

O PROCESSO ESTRUTURAL À LUZ DA TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

THE STRUCTURAL PROCESS IN THE LIGHT OF FRIEDRICH MÜLLER'S STRUCTURING THEORY

Silvana Terezinha Winckler¹

Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito
(Unochapecó, Chapecó/SC, Brasil)

Reginaldo Pereira²

Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito
(Unochapecó, Chapecó/SC, Brasil)

Camila Regina Peternelli³

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*
(Unochapecó, Chapecó/SC, Brasil)

ÁREA(S): direito processual civil.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar se a teoria estruturante do direito guarda relação com os aportes teóricos do processo estrutural e pode fundamentar a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, em um primeiro momento, indica-se quais os principais elementos e caracte-

terísticas do processo estrutural e da teoria estruturante do direito. Em seguida, estabelecem-se os seus pontos de contato e convergência e se analisa em que medida a teoria estruturante do direito fundamenta a aplicação do processo estrutural. A pesquisa é analítica e utiliza-se do método dialético, operacionalizado pela contraposição

¹ Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona (Espanha). *E-mail:* silvanaw@unochapeco.edu.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3043201410419314>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2980-2288>.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. *E-mail:* rpereira@unochapeco.edu.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3334274204121907>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2333-0232>.

³ Mestra em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Técnica Judiciária do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *E-mail:* peternellicami@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3895538104673291>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-7437-4501>.

de análises qualitativas levantadas por meio de revisão da literatura especializada. Concluiu-se que o processo estrutural é instrumento adequado para aplicação da teoria estruturante do direito, da mesma forma que a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro é adequadamente fundamentada por ela.

ABSTRACT: *The present work seeks to analyze whether the Structuring Theory of Law is related to the theoretical contributions of the structural process and can support its application in the Brazilian legal system. To this end, initially, the main elements and characteristics of the structural process and the Structuring Theory of Law are indicated. Next, their points of contact and convergence are established and the extent to which the Structuring Theory of Law underpins the application of the structural process is analyzed. The research is analytical and uses the dialectical method, operationalized by contrasting qualitative analyzes raised through a review of specialized literature. It was concluded that the structural process is an appropriate instrument for applying the structuring theory of law, in the same way that its use in the Brazilian legal system is adequately substantiated by it.*

PALAVRAS-CHAVE: concretização; efetividade; processo estrutural; teoria estruturante do direito.

KEYWORDS: *realization; effectiveness; structural process; structuring theory of law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Raiz histórica e aspectos conceituais do processo estrutural; 2 Características do processo estrutural e aplicabilidade aos processos coletivos; 3 A teoria estruturante de Friedrich Müller; 4 A teoria estruturante do direito como fundamento de aplicação do processo estrutural; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The historical root and conceptual aspects of the structural process; 2 Characteristics of the structural process and applicability to collective processes; 3 Friedrich Müller's structural theory; 4 The structural theory of law as the foundation for applying the structural process; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O campo jurídico vivencia a fase pós-positivista, desprendida de formalismos jurídicos e que requer uma participação mais ativa do juiz na condução dos processos, com vistas a uma concretização real e efetiva do direito. A complexidade de determinados casos, sobretudo aqueles que envolvem a concretização de direitos coletivos e difusos, tem desafiado o processo civil tradicional a adotar modelos mais dinâmicos de solução de controvérsias.

Neste cenário, chama a atenção a utilização do processo estrutural, caracterizado por ser um modelo processual dinâmico e flexível, com a possibilidade de ser ajustado conforme a necessidade da demanda e que visa em primeira ordem a efetividade do direito no seu maior grau, com expressiva atenção para as alterações concretas que a decisão judicial produzirá.

A dinamicidade e flexibilização das normas processuais no âmbito de aplicação do processo estrutural podem encontrar amparo na teoria estruturante do direito desenvolvida por Friedrich Müller, que propõe uma teoria do direito a partir da reformulação conceitual da norma, que passa a ser compreendida como uma construção derivada da sistematização de seus elementos textuais e de fatores reais presentes e destacados do caso concreto, superando, com isso, a ideia da separação entre o ser e o dever ser. Assim, a teoria estruturante do direito pode ser amparo à flexibilização das normas processuais na utilização do processo estrutural, adequando a aplicação delas às peculiaridades do caso concreto.

O presente trabalho busca, então, estudar o processo estrutural a partir da teoria estruturante do direito desenvolvida por Friedrich Müller. Pretende-se identificar em que medida a teoria estruturante do direito guarda relação com o processo estrutural e pode fundamentar a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, partindo-se do estudo e da compreensão de cada um desses institutos, a fim de estabelecer os pontos de contato entre eles e analisar como os aportes teóricos de Müller podem fundamentar a aplicação do processo estrutural no ordenamento jurídico brasileiro, no qual ele não possui regulamentação legal expressa.

A pesquisa é analítica, pautada pelo método dialético, centrado na contraposição conceitual da literatura especializada para se chegar às sínteses. Privilegiam-se abordagens qualitativas, em função da natureza do recorte conferida ao tema. A técnica de pesquisa utilizada é a revisão bibliográfica realizada a partir de livros, artigos e dissertações publicados em repositórios e revistas. O artigo está estruturado em duas partes principais: a primeira apresenta elementos históricos e conceituais do processo estrutural e indica, por meio da análise dos seus elementos, os motivos que o habilitam a tratar de problemas metaindividuais; a segunda trata da potencialidade apresentada pela teoria estruturante do direito em se constituir um marco teórico fundante do processo estrutural.

1 RAIZ HISTÓRICA E ASPECTOS CONCEITUAIS DO PROCESSO ESTRUTURAL

No processo civil tradicional, o juiz está limitado à lógica binária imposta à atividade judicante, na qual é dado ao magistrado escolher entre o pedido formulado pelo autor ou o pedido formulado pelo réu, ainda que nenhuma dessas duas posições sejam adequadas à solução do conflito. Essa mesma lógica aplicada ao processo individual é importada para o processo coletivo, já que nele são igualmente aplicados os princípios gerais da teoria geral do processo, tais como limites da coisa julgada material e princípio da demanda ou adstrição (ARENHART, 2013).

Essa postura adotada pelo magistrado pode, até certo ponto, ser adequada para a solução de processos individuais, sobretudo em casos nos quais orbitam unicamente direitos privados das partes. Isso não se pode dizer em relação às demandas coletivas, especialmente quando envolvem direito público, cujo problema é de complexidade ampliada e em relação ao qual gravitam diversos interesses, interconectados com outras esferas de conhecimento (ARENHART, 2013).

É neste contexto de amplificação do processo para solução adequada e efetiva de litígios coletivos complexos que surgiu a ideia de um processo estrutural.

O processo estrutural começou a ser pensado no século XX, a partir do julgamento do caso *Brown x Board of Education of Topeka*, ajuizado na Suprema Corte norte-americana por Oliver Brown e outros contra o Município de Topeka, no Estado do Kansas, em que treze pais se insurgiram contra a política de segregação racial nas escolas de ensino fundamental daquele Município (PINTO, 2017). No caso, a Suprema Corte julgou inconstitucional a prática de segregação nas escolas, pondo fim à doutrina denominada “separados, mas iguais”. O julgamento ocorreu em 17 de setembro de 1954 e representou a superação do entendimento anteriormente adotado acerca do direito à igualdade, previsto na 14ª Emenda da Constituição Americana (*Plessy v. Ferguson*, de 1896), no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*, em 1857, em que o autor foi impedido de litigar em juízo em razão de sua cor (DUARTE, 2020).

Ocorre que houve dificuldade no cumprimento do julgado pelas escolas e alguns Estados resistiram em cumprir a decisão. Um ano após o julgamento, o caso chegou novamente à Suprema Corte norte-americana, que mais uma vez

decidiu sobre a questão, no caso que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education II*. Nessa decisão, a Suprema Corte determinou uma implementação progressiva da política de não segregação, por meio da criação de planos cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local. Com isso, a decisão alcançou melhor a realidade de cada lugar, tornando possível e efetivo o seu cumprimento (ARENHART; OSNA, 2019). Ao determinar a aceitação de alunos negros na escola onde até então eram admitidos apenas alunos de cor branca, a Suprema Corte norte-americana iniciou um processo de mudança no sistema público de educação do país, fazendo emergir o que se chamou de *structural reform* (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020).

Essa decisão acabou sendo parâmetro de aplicação para outros processos que tinham por objetivo o cumprimento de garantias constitucionais, direcionados para áreas cujos serviços públicos eram deficientes ou contrários à Constituição, justificando, assim, a atuação do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas (PINTO, 2017).

À vista de tais decisões norte-americanas, iniciou-se a busca pela conceituação da nova técnica judicial entre os doutrinadores. Em 1976, Abram Chayes publicou um artigo sobre o modelo processual que denominou de *Public Law Litigation*, o qual, segundo o autor, seria caracterizado pelos seguintes elementos: a) estrutura de partes não bilateral e expansiva, com possibilidade de proteger o interesse de ambas as partes ou outros interesses; b) instrução prospectiva e legislativa, em que o juiz é chamado a avaliar as consequências das alternativas capazes de corrigir uma política pública; c) tutela prospectiva, projetada para frente, de forma ampla, flexível e negociada; d) atividade jurisdicional que não se exaure com decisão proferida no processo, exigindo uma participação contínua para além da decisão; e) alteração do objeto do processo pelo Judiciário. e não apenas pelas partes (GALDINO, 2019).

Owen Fiss, no ensaio “*The Supreme Court 1978, Term Foreword: The Forms of Justice*” (1979), propôs a utilização do conceito *structural reform* para o fenômeno ocorrido a partir da decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, pela qual se exigiu a reconstrução de uma realidade social. Segundo o autor (1979), a reforma estrutural é um tipo de atividade judicial que se distingue dos demais pelo caráter constitucional dos valores públicos em questão e por envolver embates entre o Judiciário e as burocracias estatais. Nela, o juiz procura dar significado aos valores constitucionais

na operacionalização das organizações estatais. Para tanto, adapta formas de procedimentos tradicionais à nova realidade social.

Owen Fiss (1979) propôs a seguinte caracterização da structural reform: a) o processo tem como foco o papel de grandes organizações na determinação de condições de vida social; b) o polo ativo é formado por um grupo de vítimas representado por um representante que não é necessariamente parte do grupo; c) o polo passivo pode ser representado por pessoa diversa daquela que causou o ato ilícito, de forma que a figura do autor do ato ilícito praticamente desaparece, uma vez que o foco do processo não é o ato ilícito em si, mas sim a dinâmica estatal que o produziu; d) o juiz é mais ativo no processo, assumindo uma responsabilidade afirmativa; e) a fase de execução é contínua e busca a eliminação da condição que ameaçava ou lesionava valores constitucionais; f) a decisão judicial é vista como instrumento, que enuncia uma entre as várias formas de atingir o propósito.

Galdino (2019) adverte que o conceito apresentado por Owen Fiss deve ser lido com ressalva no âmbito da conceituação do processo estrutural, na medida em que a caracterização proposta por ele para a structural reform não inclui propriamente as características dos processos estruturais – deixando de incluir, por exemplo, a estrutura multipolar –, ao mesmo tempo em que inclui processos que, apesar de coletivos, não são propriamente estruturais. Exemplifica citando que a ação civil pública conhecida como ACP do Carvão⁴, entendida pela doutrina como um processo estrutural, enquadra-se nas características indicadas por Owen Fiss, embora não esteja direcionada à reestruturação de uma burocracia estatal.

Vitorelli (2018) segue o conceito mais restritivo cunhado por Owen Fiss, pelo qual o processo estrutural é aquele voltado à reestruturação de uma burocracia estatal, e ainda atenta para o fato de que, embora alguns autores brasileiros utilizem os termos structural litigation e public law litigation como se fossem conceitos idênticos, trata-se de institutos distintos.

O processo estrutural (structural litigation) é expressão cunhada a partir do pensamento de Owen Fiss, enquanto *public law litigation* foi desenvolvido

⁴ Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, ajuizada pelo MPF para recuperação ambiental da região degradada pela mineração, na área de Criciúma/SC, conhecida como “ACP do carvão”, ajuizada em 1993 e que se encontra na quarta fase do cumprimento de sentença (ARENHART; OSNA, 2019).

por Abram Chayes em momento anterior ao caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, quando se verificou um aumento do número de leis direcionadas a solucionar problemas e modificar situações futuras, as quais ocasionaram decisões judiciais que, ao invés de remediar um ilícito pretérito, passaram a ajustar um comportamento futuro, de forma diversa do perfil de um processo judicial clássico (VITORELLI, 2018).

Embora existam semelhanças entre esses termos, há três diferenças marcantes que os separam: a) o processo de interesse público (public law litigation) não implica a reestruturação de uma instituição, mas sim a implementação de um direito não efetivado, embora já garantido; b) embora os processos de interesse público possam ser estruturais, nem todos serão, em especial porque é possível que processos de interesse público sejam conduzidos por outras vias que não do processo coletivo. Dessa maneira, todo processo estrutural é, necessariamente, um processo coletivo, ao passo que qualquer processo pode ser de interesse público, desde que busque a implementação de direitos que devem ser garantidos pelo Estado a todos aqueles que integram a sociedade e são seus destinatários; c) o Public Law Litigation volta-se apenas contra o Estado, enquanto o processo estrutural pode também voltar-se contra um ente privado (VITORELLI, 2018).

Para Vitorelli (2018), é o objetivo de implementar uma reorganização institucional e/ou reestruturar uma estrutura burocrática que define um processo como processo estrutural, e não as técnicas e os meios utilizados, entendendo que o foco do processo estrutural não é propriamente a decisão de mérito que resolve o conflito. e sim a implementação dessa decisão no mundo concreto.

A conceituação proposta por Vitorelli não é unânime entre estudiosos do tema. Duarte (2020), por exemplo, defende que os processos estruturais são litígios de alta complexidade cujas decisões têm natureza prospectiva, ou seja, para o futuro, pois são cumpridas no longo prazo, visando modificar estruturas burocráticas existentes. Ele visa não apenas reparar um dano atual, mas também evitar a continuidade de ocorrência desse dano mediante reestruturação voltada para o futuro. Pinto assevera que “a decisão estrutural deseja implantar uma reforma na estrutura das instituições tendo como objetivo maior a efetivação dos direitos fundamentais, seja pela resolução de complexas demandas, seja por meio de implementação de uma política pública [...]” (2017, p. 11).

Para Puga (2013), os processos estruturais são identificados por um nexo de causalidade que privilegia o modo como os fatos são fontes de violação de direitos, tendo como objetivo a identificação e correção no lugar da imposição de sanção.

Por sua vez, Didier, Zaneti e Oliveira (2020) entendem que a existência de um processo estrutural pressupõe um problema estrutural, nem sempre ligado a casos complexos que veiculam pretensões relacionadas à efetivação de direitos fundamentais. Os autores vinculam o processo estrutural à noção de problema estrutural, conceituado por eles como um estado de desconformidade estrutural, ainda que não ilícito, mas que não corresponde ao estado ideal de coisas.

Didier, Zaneti e Oliveira (2020) entendem o processo estrutural como aquele em que se veicula um litígio estrutural desenvolvido a partir de um problema estrutural e pelo qual se busca alterar um estado de desconformidade gerador do problema estrutural, substituindo-o por um estado ideal de coisas. Na mesma linha, Galdino (2019) indica como principal marca do processo estrutural a existência de uma decisão judicial aparentemente impossibilitada de concretização no mundo real dos fatos, o que somente passa a ser possível após a transição do estado de coisas atual e violador de direitos para o estado de coisas ideal.

Já, para Reichelt e Jobim (2019), os litígios estruturais surgem da dificuldade de efetivação de determinados direitos juridicamente relevantes e da expressiva dificuldade de concretização de direitos fundamentais relacionados a questões de amplo espectro, como aquelas que dizem respeito ao meio ambiente, à saúde, à educação e ao sistema prisional.

Os estudiosos do tema convergem ao entender que o processo estrutural pressupõe a ideia de um estado geral e contínuo de desconformidade, causador da violação de direitos ou obstáculo para a sua efetivação, de tal maneira que uma decisão judicial que busque garanti-los ou exercê-los é inexecutável no plano concreto da realidade dos fatos sem que haja a prévia reorganização e reestruturação de uma estrutura, organização ou comportamento, por meio da adoção de medidas específicas, escalonadas e fiscalizadas, capazes de modificar o cenário atual e futuro, as quais devem ser adotadas no âmbito do processo, para que o bem da vida buscado seja efetivamente garantido.

Além disso, também convergem que ele se caracteriza como um processo predominantemente dialógico e prospectivo, que busca a solução do problema

a partir da correção da sua causa, a fim de se evitar novas ocorrências no futuro, por meio da abertura do diálogo entre as partes, em que todos os interesses são expostos e considerados e as soluções possíveis são discutidas de forma ampla.

2 CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO ESTRUTURAL E APLICABILIDADE AOS PROCESSOS COLETIVOS

Didier, Zaneti e Oliveira (2020) distinguem as características do processo estrutural em dois grupos: características típicas e não essenciais e características típicas e essenciais à existência do processo estrutural. As características típicas e essenciais são aquelas comumente presentes, mas não necessariamente de forma cumulativa, são elas: i) situação de desconformidade estruturada; ii) reestruturação, que envolve a transição do estado de desconformidade para um estado ideal de coisas; iii) procedimento bifásico, que envolve o reconhecimento e a definição do problema estrutural e o estabelecimento de programa ou projeto de reestruturação; iv) flexibilidade procedimental, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros, de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso e de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; e v) consensualidade. Por sua vez, as características típicas e não essenciais do processo estrutural são aquelas prescindíveis à sua existência, a saber: presença de multipolaridade, coletividade e complexidade (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020).

A multipolaridade contrapõe o caráter bipolar de um processo comum e é evidenciada em um processo no qual se identificam diversos núcleos de posições e opiniões divergentes acerca da questão litigiosa. Em razão da natureza estrutural do problema, é comum que se tenha uma diversidade de interesses envolvidos, o que justifica inserir a multipolaridade como característica marcante do processo estrutural, embora não essencial. A coletividade deriva da vinculação do processo estrutural, geralmente a uma situação coletiva. Por fim, a complexidade se perfectibiliza na existência de formas diversas de se alcançar o estado ideal de coisas. Quando há diversas formas e meios para se chegar ao objetivo final, abrindo-se a discussão sobre qual delas é a melhor e mais efetiva, tem-se um litígio complexo (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020).

Além das características essenciais e não essenciais mencionadas supra, os autores Didier, Zaneti e Oliveira (2020) indicam outras duas: a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo e

o desencadeamento de decisões seguidas de uma principal, gerando um fenômeno denominado por Sérgio Cruz Arenhart de provimentos em cascata. Arenhart (2013) destaca que, com frequência, o processo estrutural utiliza de provimentos em cascata, sendo típica a prolação de uma primeira decisão de caráter geral – decisão núcleo – que se limita a fixar apenas as diretrizes para a proteção ou garantia do direito a ser tutelado, a qual passa a ser seguida de outras decisões que se tornam necessárias na medida em que ocorrem problemas e questões pontuais decorrentes da implementação da decisão núcleo.

Para Vitorelli (2018), a execução complexa, dividida em várias fases, necessitando da cooperação do executado e do envolvimento de pessoas ou instituições alheias ao processo, não é suficiente para qualificar um processo como estrutural, sendo essencial o objetivo de reordenar uma instituição burocrática ou uma política pública por meio da via judicial.

Reichelt e Jobim destacam como elementos característicos a um processo estrutural a existência de causa de pedir e pedido dinâmicos (devido à causalidade complexa), a participação potenciada (devido à multiplicidade de interesses imbricados) e a geração de decisões prospectivas. Para os autores, a base principiológica sobre a qual o processo estrutural se alicerça são: a) o princípio democrático; b) o contraditório; c) a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva; d) a harmonização dos interesses que gravitam a causa; e) o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana; f) a atipicidade dos meios executivos (REICHELT; JOBIM, 2019).

Nessa mesma linha, Duarte (2020) enumera como pressupostos do processo estrutural a causa de pedir e pedido dinâmicos, a participação potenciada e a geração de decisões prospectivas. No processo bilateral tradicional, a causa de pedir e o pedido são elementos de estabilização da demanda, ao passo que no processo estrutural a causa de pedir e o pedido podem ser alterados para que a solução do problema seja alcançada. A complexidade do problema torna a realidade mutável durante o desenvolvimento do processo e o processo deve ser modificado para alcançá-la, daí porque se diz ser dinâmico (DUARTE, 2020).

Conjugando-se a visão dos autores aqui estudados, é possível entender o processo estrutural como aquele caracterizado pela flexibilização das normas e dos princípios procedimentais, com maior participação do juiz e das partes

e com a presença marcante do diálogo entre todas as partes do processo, bem como pela existência de uma decisão estruturante prospectiva, isto é, que busca corrigir o estado de desconformidade para o futuro, por meio da implementação de uma série de medidas a serem cumpridas de forma escalonada e estruturada, de acordo com a realidade na qual a decisão é concretizada.

Enquanto Vitorelli indica a busca pela reorganização de uma instituição burocrática ou de uma política pública como o objetivo primordial e a característica essencial de um processo estrutural, outros autores defendem que a configuração do processo estrutural decorre da conjunção de outros elementos, tais como a existência de um estado de desconformidade, denominado de problema estrutural por Didier, Zaneti e Oliveira e/ou, conforme Galdino, um estado de coisas desconforme (não ideal) a ser transformado e corrigido pelo processo.

Nesse sentido, a ideia central do processo estrutural não está restrita à reestruturação de uma estrutura burocrática, ela repousa na existência de um estado de desconformidade, violador de um ou mais direitos fundamentais, que deve transitar para um estado de conformidade por meio de um processo adaptativo a essa realidade, o que necessariamente compreenderá a flexibilização de regras procedimentais, a abertura do diálogo entre as partes e a participação mais ativa do magistrado.

É nesse aspecto que o processo estrutural ganha especial relevância para a efetivação de direitos coletivos e metaindividuais. Para Pinto (2017), a ausência de efetividade dos direitos fundamentais decorre muito mais da ausência de diálogo entre os órgãos e as entidades públicas responsáveis pela concretização das normas do que da ausência de lei. Assim, a solução não perpassa pela ação de apenas um órgão, uma vez que a falta de efetividade decorre de falhas estruturais. “São as falhas estruturais o momento situacional pelo qual o judiciário pode interferir, por meio das decisões estruturais, como forma de tentar corrigir as frequentes e deliberadas omissões inconstitucionais agressoras dos direitos mais básicos dos indivíduos” (2017, p. 13).

A utilização do processo coletivo tradicional em litígios complexos gera uma decisão judicial por vezes não factível frente a realidades permeadas por um estado de coisas desconforme. A prestação jurisdicional torna-se, então, insuficiente para modificar a realidade e impedir que casos idênticos ou semelhantes continuem a existir e que demandas idênticas sejam propostas.

A propósito, Arenhart problematiza a respeito da condução ineficiente do processo coletivo, cujo tratamento pouco ou nada se diferencia de uma ação individual:

Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual, ou seja, segundo um processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra. A lógica individualista do processo coletivo é tão forte que muitas vezes sequer se percebe a submissão desse tipo de processo à mesma principiologia dos processos individuais. (ARENHART, 2016, p. 4)

A contradição não se restringe aos elementos principiológicos e normativos da questão. A inaptidão entre os fins a que se destinaria o processo coletivo e o seu conteúdo procedimental guarda relações com o exaurimento do positivismo jurídico, como um todo, e do formalismo que insiste a marcar a processualística, apesar das tentativas de ruptura.

Em meio a tensões e questionamentos quanto à efetividade, o direito processual civil atual, conforme elucidam Arenhart e Osna (2019), encontra-se em movimento de expansão e exige o uso de novas ferramentas interpretativas para que as leituras estejam atentas não apenas à norma, mas ao contexto em que serão aplicadas. Esse fator, que demanda um olhar panprocessual⁵, a extravasar o mundo jurídico, é indispensável para a compreensão adequada da natureza jurídica do processo coletivo e dos elementos necessários à sua efetividade (ARENHART; OSNA, 2019).

Se ao Judiciário cabe o conhecimento e a decisão de casos complexos e com impacto social significativo, é imprescindível que lance mão de mecanismos que sejam capazes de solucionar tais demandas adequadamente.

⁵ Processo mais próximo da realidade e que dialoga com todas as esferas envolvidas, e não apenas a jurídica.

É a partir dessa conjuntura que surgem as decisões estruturais (ARENHART; OSNA, 2019).

Explicando com maior vagar o problema, é possível destacar que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. É que, nesse tipo de hipótese, entram em jogo valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. Como efeito, seria necessário redesenhar a capacidade de atuação do processo, em um sentido mais atento às necessidades reais; se a noção de congruência impôs historicamente uma postura jurisdicional mais limitada, seria preciso redimensioná-la – formando um campo em que os provimentos estruturais poderiam desempenhar um importante papel. (ARENHART; OSNA, 2019, p. 121)

Neste cenário, o processo estrutural se revela como instrumento mais adequado à solução de litígios coletivos de alta complexidade, já que dele resultam provimentos jurisdicionais mais voltados à realidade em que serão aplicados e, por isso, possuem maiores chances de efetividade. Cabe aos aplicadores do Direito um olhar mais atento para esse instituto, desapegando-se da automaticidade do processo tradicional clássico com vistas à concretização do direito.

No campo da teoria do direito, a abertura proposta corresponde ao pós-positivismo, que renuncia ao formalismo legal para dar lugar ao formalismo valorativo. Nele, não cabe ao julgador abdicar inteiramente do positivismo, que é vital à segurança jurídica, mas incluir a análise social do direito para a construção do conceito de justiça amparado no valor e não apenas no plano ideal da norma hipotética fundamental. Tem-se, assim, a passagem de um modelo fundado na lei – Estado legislativo – para um modelo de Estado fundado na Constituição (PINTO, 2017). Entre os teóricos que se ocupam do pós-positivismo – ou neoconstitucionalismo – merece destaque, para os fins do

presente artigo, o jurista Friedrich Müller e sua obra sobre a teoria estruturante do direito.

3 A TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

A teoria estruturante do direito – ou metódica do direito – desenvolvida pelo alemão Friedrich Müller revela-se como uma teoria de interpretação e concretização do direito que busca contrapor o positivismo por meio da sistematização e da inclusão de fatos concretos e valores no âmbito de aplicação do Direito, propondo solucionar e superar a antinomia entre o ser e o dever ser por meio da integração de elementos dogmáticos e sociais (LEMOS, 2010).

A teoria defende a validade da norma constitucional, no seu sentido essencial, em detrimento do constitucionalismo nominal – que padece de eficácia em função da falta de integração com a realidade –, e busca garantir a força normativa da Constituição a partir de dois fatores: a diferenciação entre norma e texto, e a concepção da norma jurídica enquanto convergência entre realidade e direito. Trata-se de uma teoria pós-positivista, pautada na premissa segundo a qual a atividade jurídica é também uma atividade política, guiada pelos textos normativos (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

Staffen e Caletti (2016, p. 638) atribuem a emergência da teoria à necessidade de superação de um sistema engessado, cujas decisões jurídicas, ao se limitarem à subsunção lógica do caso concreto à norma, olvidam-se de componentes da realidade que não estão retratados no texto normativo, que foram totalmente ultrapassadas com o advento da pós-modernidade e com a intensificação do nível de complexidade das relações sociais. “A teoria estruturante do direito emerge e se insere exatamente no terreno dessas modernas correntes do pensamento jurídico que advogam uma conjuntura de trespasse da legalidade estrita, sem ignorar, todavia, o direito posto” (STAFFEN; CALETTI, 2016, p. 638).

Não se trata de uma teoria que se contrapõe ou pretende superar o positivismo, ou mesmo de uma teoria antipositivista, mas pós-positivista, que busca rever os postulados da ciência jurídica positivista, apontando o que dele deve ser mantido e o que precisa ser revisto. Trata-se, pois, de teoria construída a partir da crítica à teoria pura do direito formulada por Hans Kelsen (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022). Nesse ponto, Lemos atenta que a

coerência da teoria de Friedrich Müller reside justamente no fato de que, ao propor caracteres pós-positivistas na sua reformulação da teoria da norma, não permite o escape a subjetivismos e sopesamento de valores não expressos, mantendo a sua teoria sob as bases sólidas do positivismo, mas acrescentando elementos sociais e políticos, que não apenas atualizam a norma, mas a tornam mais legítima para o caso concreto (LEMOS, 2010).

Trata-se de uma teoria complexa, que inclui na sua formulação – como seus elementos materiais – a teoria da norma, a metodologia, a dogmática e a teoria da Constituição, sendo a dogmática entendida como o referencial de trabalho do jurista; a teoria da norma como uma teoria reformulada a partir da perspectiva estruturante; e a teoria constitucional repensada a partir da perspectiva da dogmática, da metódica e da teoria da norma (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

No desenvolvimento de sua teoria, Friedrich Müller questiona a mera transposição da metódica das ciências naturais para as ciências humanas, tornando a realidade um fato externo à norma e que somente é analisado *ex post facto*:

Ainda em Kelsen fica claro que o positivismo jurídico procura determinar menos a peculiaridade da jurisprudência a partir do direito, do que transfere sem maior exame a sua concepção de cientificidade para o universo do direito, que é compreendido erroneamente como um ser que repousa em si e deve ser relacionado, por assim dizer, só *ex post facto* com relações da realidade social. A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos em si sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição. (MÜLLER, 2008, p. 18)

O autor critica o pressuposto básico da teoria kelseniana, consistente na separação entre ser e dever ser, em que a realidade é excluída da análise de aplicação da norma, reduzindo a aplicação do direito a um mero processo

siológico-dedutivista, que ignora que a norma não é apenas uma vontade vazia, mas é também composta por elementos da realidade que a circundam (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022). “Em geral e sem tal diferenciação, as ‘letras’ e o ‘espírito’ da disposição legal já são distinguidos em toda parte em que o solo do positivismo ingênuo ou do normologismo é abandonado” (MÜLLER, 2008, p. 195).

Nessa ordem, a teoria estruturante do direito diferencia-se da teoria pura do direito ao entender a norma como um processo estruturado, por meio do qual a norma é construída a partir do texto e da realidade na qual ela será aplicada. O seu objetivo é concretizar a norma no tempo, espaço e contexto, e não apenas a interpretar. O foco principal é a realização prática do Direito em lugar da sua simples aplicação (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

Na teoria estruturante do direito, norma, normatividade e texto da norma não são conceitos sinônimos. O texto normativo tem caráter prescritivo e se apresenta unicamente como um dos elementos que compõem a norma, correspondendo ao ponto de partida e ao limite de alternativas aceitáveis à concretização da norma⁶. Já a normatividade corresponde à própria concretização da norma jurídica no caso concreto, o produto do processo de realização do direito. Assim, a norma jurídica não corresponde ao texto da norma e tampouco está contida nele, mas é construída a partir da conjugação desses elementos textuais com os elementos da realidade, sendo, por assim ser, fruto do processo de concretização em um caso individualizado (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

Esse processo de construção da norma jurídica é denominado por Müller como concretização. E, para a formulação desse processo, o autor propõe a metódica estruturante, a partir da reformulação da teoria da norma: “Noutras palavras, a norma jurídica é criada em face do caso específico, consubstanciando-se no resultado de uma concretização fundamentada na metódica estruturante” (STAFFEN; CALETTI, 2016, p. 640).

⁶ “[...]. A ‘norma pura’ não possui uma normatividade concreta, já que não possui conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma. No sentido do conceito normativo aqui desenvolvido, entretanto, não constitui nem mesmo isso, mas apenas um texto que deve ser visto como forma linguística de uma norma.” (MÜLLER, 2008, p. 193)

Nas palavras de Müller,

é essa a razão teórico-normativa para designar como “âmbito” normativo a estrutura material normativamente assumida, sendo que o âmbito normativo não é um objeto isolado, mas na linguagem figurada indica o escopo do qual a concretização prática sempre necessita. E “concretização prática” significa que tanto o âmbito normativo como também, de antemão, o programa normativo – e, com isso, a norma jurídica no todo – somente são produzidos pelo operador do direito no caso específico. Concretização da norma é construção da norma. (2008, p. 231)

Müller propõe, portanto, que esse processo de construção da norma se dê por meio do processo de concretização, que deve ocorrer de forma racionalizada, controlada e fundamentada na metódica estruturante. A metódica estruturante é, então, um processo racionalizante e uma técnica de implementação da ciência prática nos processos decisórios, por meio de um trabalho controlável de decisão e de fundamentação decorrentes da apreensão de elementos do âmbito da norma e do programa da norma, compreendendo a hermenêutica, a interpretação, os métodos de interpretação e a metodologia (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

Na teoria estruturante, a norma jurídica é construída durante o processo de concretização, sendo formulada a partir da interação entre dados reais e linguísticos que compõem os denominados âmbito da norma e programa da norma, respectivamente, os quais, por sua vez, compõem o plano prático do processo de concretização.

O programa normativo é compreendido como o teor literal do texto, consistindo nos aspectos linguísticos da norma, somado aos recursos auxiliares próprios da atividade interpretativa. Trata-se, assim, do ponto de partida do processo de construção da norma, que assume caráter prescritivo, sendo, contudo, desprovido de normatividade. É, a um só tempo, aquele que inicia o processo de estruturação da norma jurídica e que traça os limites da construção da norma, já que, apesar de texto e norma não guardarem sinonímia e a norma não estar contida no texto normativo, ela deve, sempre, ser produzida por meio dele. É a partir do programa da norma que os dados da realidade que

integrarão o âmbito da norma serão selecionados como relevantes do ponto de vista normativo (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

Segundo Lemos (2010), o principal objetivo do programa da norma é esgotar os seus significados para compatibilizá-los com o âmbito da norma, não podendo olvidar-se do fato de que o texto normativo é o limite da concretização da norma, de maneira que qualquer interpretação contrária ao texto deve ser rejeitada. Os programas normativos devem ser analisados em conjunto com outros programas normativos do texto constitucional e infraconstitucional relacionados à matéria que se pretende ver concretizada.

O âmbito da norma, por sua vez, refere-se à estrutura do segmento social instituído pelo programa da norma, constituído pelo âmbito material – fatos genéricos e individuais do tipo do caso – e pelo âmbito do caso – fatos extraídos do âmbito material e que possuem relevância significativa para o caso concreto analisado (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022). Trata-se, portanto, de elementos sociais e políticos da realidade que de forma relevante influenciam de forma direta o caso concreto, não limitado, segundo Müller, ao puro empirismo de um recorte da realidade. “[...] ele só aparece quando o programa normativo assinala, no processo da interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, as estruturas básicas relevantes desse âmbito normativo, considerando o caso particular” (MÜLLER, 2008, p. 249).

Müller ressalta que o âmbito normativo compõe-se também de elementos axiológicos, na medida em que busca concretizar não apenas aspectos materiais da realidade como também as concepções axiológicas: “A análise do âmbito normativo também precisa, nesse processo, se ater aos valores, no sentido de concepções axiológicas socialmente eficazes, bem como as suas estruturas, que constituem a expressão de determinadas noções axiológicas” (MÜLLER, 2008, p. 248). Vale dizer que o âmbito normativo, que corresponde justamente aos fatores e às circunstâncias da realidade, integra a norma jurídica, na medida em que faz parte do próprio processo de produção da norma: “O âmbito normativo como componente estrutural da norma jurídica é um projeto tipificador no campo das possibilidades reais daquilo que aparece regulado realmente como caso particular no âmbito de realidade da norma concretizada” (MÜLLER, 2008, p. 199).

Acerca, ainda, da inclusão do âmbito normativo como elemento de produção da norma jurídica, Müller ensina:

[...] Se, em contrapartida, o direito for entendido pela teoria jurídica da norma como dever-ser normativo, a norma não será abstratamente contraposta a uma realidade indistintamente materializada, mas a estrutura da normatividade jurídica será analisada sob os aspectos do âmbito normativo e do programa normativo, de modo que a norma geral, como dever-ser, constituirá o âmbito normativo do modelo de ordenamento a ser intelectualmente aceito mais do que seu próprio texto, sendo que tal modelo deve esboçar o âmbito normativo e remodelá-lo normativamente. (2008, p. 199)

O processo se desenvolve a partir do caso concreto e do texto da norma, os quais, sem guardar relação de hierarquia, inter-relacionam-se congregando elementos reais (caso) que efetivamente importam ao processo – selecionados pelo programa da norma – e elementos linguísticos (texto da norma). Desse processo emerge a norma jurídica, de caráter geral, e a posterior norma de decisão (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

Neste contexto, a concretização se inicia a partir da apresentação do caso ao operador do Direito, que analisará as circunstâncias relevantes e as transformará em circunstâncias do caso, que serão confrontadas com as hipóteses de textos de normas válidas relacionadas ao caso, criando-se, assim, o âmbito da matéria. Uma vez criado o âmbito da matéria, uma nova análise é realizada, selecionando-se apenas os aspectos factuais convenientes ao texto normativo. Da análise do texto da norma e dos elementos de concretização, o programa da norma é criado e delimitado, sendo que, da complementação recíproca entre o âmbito normativo e o programa da norma, a norma jurídica é produzida e, uma vez aplicada, dá ensejo à norma de decisão que põe fim ao processo de concretização (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

O que propõe a teoria estruturante é a produção da norma jurídica de forma estruturada, partindo-se do texto normativo, mas acrescentando ao processo a influência de técnicas interpretativas e elementos significativos que compõem a realidade. É, portanto, a partir da relação recíproca e complementar estabelecida entre o programa da norma e o âmbito normativo que a norma jurídica é construída em um processo estruturado, pelo qual a norma jurídica se transforma em norma de decisão. Em outros termos, ao estabelecer a

relação entre o programa normativo e o âmbito da norma, o operador do Direito cria uma norma jurídica de caráter geral, que, ao ser aplicada de forma individualizada ao caso concreto, por meio das etapas de concretização que compõem a metódica estruturante, transforma-se na norma de decisão. É da norma jurídica produzida nesse processo que nasce a normatividade (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

A normatividade emerge da composição entre o programa normativo e os dados reais presentes no âmbito da norma, sendo uma qualidade dinâmica da norma jurídica construída no processo de concretização e aferível apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas (STAFFEN; CALETTI, 2016). Para Müller, a compreensão da norma desenvolvida como base da sua teoria é orientada aos métodos, na medida em que pretende elucidar as estruturas da norma e da normatividade a partir dos problemas reais da concretização prática. Nesse aspecto, a norma deve ser entendida como elemento da relação com a realidade (MÜLLER, 2008).

Friedrich Müller propõe, então, uma teoria do direito a partir da reformulação da norma, compreendendo-a não como um dado posto, mas como uma construção que se dá a partir da sistematização de elementos que compõem o texto da norma com elementos reais presentes e destacados do caso concreto, superando, com isso, a ideia de separação entre o ser e o dever ser com vistas à consecução da real efetividade e concretização do direito.

Propõe-se uma operação indutiva, na qual o sujeito da decisão jurídica deixa de ser a lei e passa ser o operador do Direito, não limitado a uma atuação voltada à mera aplicação ou interpretação, mas sim à concretização, assim entendida como a própria produção da norma jurídica no caso individual que será decidido. Não se trata de interpretar a norma e subsumi-la ao caso concreto, mas de produzi-la a partir dele (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

4 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO COMO FUNDAMENTO DE APLICAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL

As análises permitem afirmar, *a priori*, que há importantes pontos de contato entre os dois institutos, uma vez que tanto a teoria estruturante quanto o processo estrutural: (i) propõem a aplicação do direito de forma a atender à realidade concreta dos fatos; (ii) propõem a participação mais ativa do juiz; (iii)

podem ser aplicados em outras esferas do direito, mas foram criados visando à garantia e concretização de direitos constitucionais.

Sob o ponto de vista procedimental, não é difícil perceber que, considerando o caráter instrumental do processo, o processo estrutural se mostra instrumento adequado para aplicação da teoria estruturante do direito, da mesma forma que a sua utilização pode ser fundamentada por ela. É o que se pretende demonstrar neste item.

Inicialmente, é relevante fazer duas importantes considerações. A primeira delas é a de que o processo estrutural, embora tenha a sua aplicação defendida por importante parcela da doutrina, não possui regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, circunstância que confere maior relevância e justificativa ao presente ensaio. A segunda está relacionada à aplicação da teoria estruturante do direito. Embora tenha sido formulada para conformar questões relacionadas a direitos constitucionais, aplica-se a todas os tipos de normas: “[...] a estrutura da norma a ser teoricamente diferenciada de acordo com o âmbito e o programa normativo, bem como a normatividade são fundamentalmente aplicáveis a todas as normas jurídicas, ainda que na relação de mistura sejam muito diferentes” (MÜLLER, 2008, p. 106).

É o que também concluem Staffen e Caletti: “Ao fim e ao cabo, o conceito de norma construído a partir da Teoria Estruturante do Direito dá lugar à concretização de todas as espécies de normas jurídicas, especialmente as inerentes a direitos fundamentais” (2016, p. 644). Da mesma forma, não há óbice à aplicação da metódica estruturante a normas processuais, posto que a maior proximidade à realidade constitucional não impossibilita a sua utilização a outras espécies normativas, tal como a norma processual.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que uma das características marcantes do processo estrutural é a flexibilização das normas e dos princípios processuais, para que o processo se torne permeável e adequado às necessidades da realidade trazida pelo caso concreto, permitindo, com isso, que a decisão de mérito encontre uma realidade fática capaz de absorvê-la.

É nesse ponto que a teoria estruturante do direito ganha especial relevância na aplicação do processo estrutural, já que ela pode servir de amparo à flexibilização das normas processuais, moldando-as às peculiaridades do caso concreto, que, segundo Arenhart (2013), deverá, por suas contingências e necessidades, moldar a decisão judicial.

Nos litígios estruturais, o julgador não pode estar limitado à vontade do legislador, aplicando pura e simplesmente os comandos legislativos. A figura de um juiz burocrata, com forte apego às formalidades e com atuação voltada à rigidez excessiva, é incompatível com o processo estrutural, que invoca a presença de um juiz mais atento às necessidades do processo e que saia da posição de passividade e neutralidade para uma atuação mais ativa e voltada à solução efetiva e eficaz (DE OLIVEIRA, 2022).

As formas, solenidades e estruturas que compõem o direito processual não podem ser rígidas, inflexíveis e absolutas, devendo prevalecer somente enquanto forem úteis e necessárias à efetivação do direito material. Quando representarem óbice à concretização do direito, deve-se permitir a adoção de alternativas que melhor se adéquem à tutela efetiva do direito. Nesse sentido é que se deve entender o processo como dinâmico, desapegado de conceitualismos e estruturalismos incompatíveis com a efetiva prestação jurisdicional (PINTO, 2017).

Sob esse aspecto, Müller discorre:

A pré-compreensão em termos de teoria constitucional está referida nos seus detalhes e, se materialmente compreendida, fundamentalmente também como projeto aos resultados individuais da práxis do caso. Fundamenta esses resultados e torna-se simultaneamente verificável na concretização da norma, sendo detalhada ou corrigida. Assim uma teoria constitucional dessarte compreendida é concreta não apenas com referência a um determinado ordenamento constitucional e jurídica, mas no sentido mais amplo também com referência a uma determinada ordem cultural. Por meio da inclusão dos problemas materiais, a serem apreendidos normativamente, no direito e na concretização do direito, uma caracterização objetual ocorre também quando a eficácia dos problemas materiais permanece encoberta por formalismos. (2008, p. 65)

A teoria estruturante do direito, tal como o processo estrutural, propõe abrir mão de formalismos com o objetivo de trazer maior eficácia ao direito, permitindo a sua concretização plena e efetiva. A dinamicidade e flexibilização

das normas processuais no âmbito de aplicação do processo estrutural podem encontrar amparo na teoria estruturante do direito, que propõe uma teoria do direito a partir da reformulação da norma, compreendendo-a como uma construção que emerge da sistematização entre seus elementos textuais e elementos reais presentes e destacados do caso concreto, superando, com isso, a ideia da separação entre o ser e o dever ser, com vistas à consecução da real efetividade e concretização do direito.

Afirma-se, por isso, que a adoção da teoria estruturante do direito pode fundamentar a aplicação do processo estrutural, porquanto é a partir dela que se pode ter o texto da norma apenas como ponto de partida, permitindo a construção de uma norma processual adequada ao caso. Ela permite ao juiz, a um só tempo, voltar-se à construção e estruturação da norma processual e à construção e estruturação de um processo adequado à realidade fática para a concretização efetiva do direito.

Didier, Zaneti e Oliveira (2020) defendem que o procedimento comum previsto no Código de Processo Civil pode ser a base de um processo estrutural, já que nele há previsões de regras procedimentais bastante flexíveis que permitem a adaptação do procedimento ao caso concreto⁷. Assim, a ausência de regulação específica do processo estrutural no ordenamento jurídico brasileiro não impede a sua utilização, já que há cláusulas abertas que devem ser utilizadas para a criação de mecanismos e desenvolvimento de processos estruturais, como os contidos nos arts. 139, inciso IV⁸, 536⁹ e 537¹⁰, todos do

⁷ Cita-se, a título de exemplo, os arts. 7º, 139, IV, 297, 300 e 536, § 1º, todos do CPC; a admissão de tutela provisória, cautelar ou satisfativa, fundada em urgência ou em evidência, liminarmente ou durante o processo; o fracionamento da resolução do mérito (arts. 354, parágrafo único, e 356, ambos do CPC); a permissão de cooperação judiciária (arts. 67 a 69 do CPC), entre outros (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020).

⁸ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...]”

⁹ “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.”

¹⁰ “Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.”

Código de Processo Civil e no art. 84¹¹ do Código de Defesa do Consumidor (ARENHART, 2016).

Portanto, a despeito da inexistência de uma lei que discipline o processo estrutural, a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro é viável a partir das normas processuais já existentes, cujo conteúdo aberto permite a utilização das técnicas estruturais a partir da utilização da teoria estruturante do direito. Dessa forma, a teoria estruturante do direito é adequada, por assim dizer, para fundamentar a aplicação do processo estrutural no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo que o juiz utilize as normas processuais – sobretudo aquelas entendidas como cláusulas abertas – como início da construção da norma processual e do processo, estruturando-se, assim, a norma e o próprio processo de acordo com o caso concreto apresentado.

Importante atentar que uma preocupação na aplicação do processo estrutural é justamente o poder que se atribui ao juiz na condução do processo e tomada de decisão, como lembra Sérgio Cruz Arenhart:

Em conclusão, talvez alguém imagine que os provimentos estruturais sejam uma perigosa, e por isso indesejada, ferramenta posta à disposição do Judiciário. Não há dúvida de que a amplitude que essas medidas podem assumir importam, efetivamente, um risco, na medida em que se oferece ao magistrado um poder que não encontra limites prévios dados pelas partes [...]. (2013, p. 10)

A metódica estruturante, que orienta a construção da norma a partir do texto legal, tendo os elementos textuais como ponto de partida e como limite da estruturação da norma jurídica, acaba solucionando os problemas relacionados ao ativismo judicial.

A aplicação do processo estrutural a partir da teoria estruturante do direito permite a dinamicidade processual necessária à concretização do direito, sem, com isso, renunciar à base positivista para permitir arbitrariedades e teratologias por parte do julgador. É o que conclui Lemos:

¹¹ “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

Desta feita, Müller propõe uma teoria com menores possibilidades de divagações, mais fundamentada e transparente, unindo não apenas a espécie normativa, bem como aspectos culturais e sociológicos da população; esta convergência de elementos, desde que realizada de maneira densa e motivada, é um passo para uma atuação mais sólida e legítima do Poder Judiciário. (2010, p. 207)

Ao mesmo tempo em que a teoria estruturante do direito se adequa para fundamentar o processo estrutural, em um movimento complementar, o processo estrutural é o campo fértil para a aplicação da teoria estruturante do direito, demonstrando haver uma relação simbiótica entre os institutos.

Se, de um lado, a teoria estruturante do direito pode fundamentar a aplicação do processo estrutural a partir da sua utilização para construção de normas processuais; de outro, as características do processo estrutural – que podem ser resumidas no seu caráter dinâmico – demonstram que o processo estrutural é modelo processual adequado à finalidade proposta pela teoria estruturante de Friedrich Müller, uma vez que permite ao juiz construir não apenas a norma jurídica (de direito material e processual), mas construir também um processo capaz de concretizá-la, tendo-se, assim, uma norma jurídica e um processo mais conectados à realidade do caso apresentado. Uma vez que a teoria estruturante do direito propõe a construção da norma a partir da inserção de elementos do caso concreto e de modo estruturado, não há dúvidas de que a sua concretização encontrará maior eficácia se conduzida por um processo que instrumentalize a sua aplicação de forma igualmente construída.

E aqui é possível estabelecer um outro paralelo entre o processo estrutural e a teoria de Friedrich Müller, qual seja, entre a metódica estruturante e os provimentos em cascata, típicos do processo estrutural.

O processo de concretização da norma proposto por Müller se inicia a partir da apresentação do caso ao operador do direito, que analisará as circunstâncias relevantes e as transformará em circunstâncias do caso. Essas circunstâncias elementares são confrontadas com as hipóteses de textos de normas válidas relacionadas ao caso, criando-se, assim, o âmbito da matéria. Uma vez criado o âmbito da matéria, uma nova análise é realizada. Nela haverá a seleção dos aspectos factuais convenientes ao texto normativo. Da análise

do texto da norma e dos elementos de concretização, o programa da norma é criado e delimitado. É da complementação recíproca entre o âmbito normativo e o programa da norma que a norma jurídica é produzida e, uma vez aplicada, dá ensejo à norma de decisão (BURG; AMORIM FILHO; DAS NEVES, 2022).

Trazendo essa metódica para a construção do processo estrutural, é possível dizer que os provimentos em cascata são, na verdade, uma aplicação da metódica estruturante proposta por Müller. Como explica Arenhart (2013), é típico do processo estrutural que uma primeira decisão seja proferida – de conteúdo abrangente e principiológico – que se limitará a fixar diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado e pela qual é criado o núcleo da posição jurisdicional sobre o caso. A seguir, outras decisões são proferidas, de forma mais pontual e de acordo com os elementos do caso concreto evidenciados quando da aplicação da primeira decisão¹². Essa primeira decisão, denominada por Arenhart de “decisão núcleo”, encontra semelhança com o programa da norma da teoria de Müller, enquanto as decisões subseqüentes, denominadas provimentos em cascata, encontram semelhança com o âmbito normativo da teoria estruturante.

Com isso, demonstra-se que há intrínseca relação entre os institutos, sendo o processo estrutural instrumento adequado para aplicação da teoria estruturante do direito, da mesma forma que a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro é adequadamente fundamentada por ela.

CONCLUSÃO

A partir dos estudos realizados acerca do processo estrutural e da teoria estruturante do direito, verificou-se importantes pontos de contato entre os dois institutos, uma vez que tanto a teoria estruturante quanto o processo estrutural: (i) propõem a aplicação do direito de forma a atender à realidade concreta dos fatos; (ii) propõem a participação mais ativa do juiz; (iii) podem

¹² Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principiológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida (ARENHART, 2013, p. 6).

ser aplicados em outras esferas do direito, mas foram criados visando à garantia e concretização de direitos constitucionais.

Infere-se do estudo exposto que uma das principais características do processo estrutural é a flexibilização das normas e dos princípios processuais, para que o processo se torne permeável e adequado às necessidades da realidade trazida pelo caso concreto, permitindo, com isso, que a decisão de mérito encontre uma realidade fática capaz de absorvê-la. Nesse ponto, verificou-se que a teoria estruturante do direito é relevante para fundamentar a aplicação do processo estrutural, já que referida teoria pode ser amparo a essa necessária flexibilização das normas processuais, adequando a aplicação delas às peculiaridades do caso concreto.

Além disso, a teoria estruturante do direito e o processo estrutural propõem abrir mão de formalismos com o objetivo de trazer maior eficácia ao direito, permitindo a sua concretização plena e efetiva. Dessa forma, a dinamicidade e flexibilização das normas processuais no âmbito de aplicação do processo estrutural podem encontrar amparo na teoria estruturante do direito, que propõe que a norma seja produto da construção emergente da sistematização entre elementos textuais da norma e elementos reais presentes e destacados do caso concreto, superando, com isso, a ideia de separação entre o ser e o dever ser, com vistas à consecução da real efetividade e concretização do direito.

A adoção da teoria estruturante do direito pode fundamentar a aplicação do processo estrutural, porquanto é a partir dela que se pode ter o texto da norma apenas como ponto de partida, permitindo a construção de uma norma processual adequada ao caso. Desse modo, a despeito da inexistência de uma lei que discipline o processo estrutural, a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro é viável a partir das normas processuais já existentes, a partir da utilização da teoria estruturante do direito.

Assim, que a teoria estruturante do direito é adequada para fundamentar a aplicação do processo estrutural no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo que o juiz utilize as normas processuais – sobretudo aquelas entendidas como cláusulas abertas – como início da construção da norma processual e do processo, estruturando-se, assim, a norma e o próprio processo de acordo com o caso concreto apresentado.

Além do mais, a teoria estruturante do direito é não apenas a teoria adequada para fundamentar o processo estrutural, mas é também o processo

estrutural o campo fértil para a aplicação da teoria estruturante do direito, porque, se, de um lado, a teoria estruturante do direito pode fundamentar a aplicação do processo estrutural a partir da sua utilização para construção de normas processuais; de outro, as características próprias do processo estrutural aqui estudadas demonstram que o processo estrutural é modelo processual adequado à finalidade proposta pela teoria estruturante de Friedrich Müller, por permitir que o juiz construa não apenas a norma jurídica, de direito material e processual, mas um processo capaz de concretizá-la. Conclui-se que há intrínseca relação ente os institutos, sendo o processo estrutural instrumento adequado para aplicação da teoria estruturante do direito, da mesma forma que a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro é adequadamente fundamentada por ela.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, A.; MASSON, C.; ANDRADE, L. Interesses difusos e coletivos esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

ARENHART, S. C. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Interesse Público [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 18, n. 97, maio/jun. 2016. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/105924/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx.pdf. Acesso em: 25 jul. 2023.

ARENHART, S. C.; OSNA, G. Curso de processo civil coletivo. São Paulo: Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2019.

ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, p. 389-410, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16.03.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BURG, A.; K.; AMORIM FILHO, N. N.; DAS NEVES GONÇALVES, E. A teoria estruturante do direito de Friedrich Müller no Brasil: uma análise a partir dos estudos acadêmicos realizados no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Direito Público, v. 19, n. 103, 2022. Disponível em: <https://>

www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6394. Acesso em: 23 jul. 2023.

CHAYES, A. The Role of the Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, maio 1976, p. 1297. Disponível em: <https://www.econbiz.de/Record/the-role-of-the-judge-in-public-law-litigation-chayes-abram/10002000435>. Acesso em: 25 jul. de 2023.

CRUZ, L. P. de F.; VASCONCELOS, L. M. A. de. The structural litigation as a form of protecting fundamental rights to the environment. *Research, Society and Development*, [s. l.], v. 10, n. 2, p. e11710211605, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i2.11605. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/11605>. Acesso em: 25 jul. 2023.

DE OLIVEIRA, L. Z.; RIBEIRO, L. A. P. Processo estrutural: da importância da atuação do julgador. *Conpedi Law Review*, v. 7, n. 2, p. 56-75, 2022. Disponível em: <https://scholar.archive.org/work/txhazsm7lrfphnfiju2acuklfm/access/wayback/https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/download/8129/pdf>. Acesso em: 26 jul. 2023.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H.; OLIVEIRA, R. A. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75/artigo-das-pags-101-136>. Acesso em: 25 jul. 2023.

DUARTE, V. R. As técnicas do processo estrutural na efetivação da tutela jurisdicional contra o ilícito ambiental. Recife, 2020. Dissertação apresentada para conclusão de Mestrado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/39563>. Acesso em: 23 jul. 2023.

GALDINO, M. S. Elementos pra uma compreensão tipológica dos processos estruturais. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/30432>. Acesso em: 28 jul. 2023.

LEMOS, R. D. D. Apontamentos acerca da teoria estruturante do direito e a importância de sua utilização no Direito brasileiro. *Revista Direito e Liberdade*, v. 11, n. 2, p. 193-208, 2010. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/328. Acesso em: 28 jul. 2023.

MÜLLER, F. Teoria estruturante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINTO, H. A. O enquadramento das decisões estruturais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 369-402, 2017.

PUGA, M. Litigio estructural. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Disponível em: <https://www.>

researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em: 28 jul. 2023.

REICHELT, L. A.; JOBIM, M. F. Coletivização e unidade do direito. Londrina/PR: Thoth, 2019.

STAFFEN, M. R.; CALETTI, L.. O conflito entre princípios na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 45, p. 633-655, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1848>. Acesso em: 28 jul. 2023.

VITORELLI, E. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019.

VITORELLI, E. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 43, v. 284, p. 333-369, 2018. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=jksQdQ4AAAAJ&citation_for_view=jksQdQ4AAAAJ:hqOjcs7Dif8C. Acesso em: 20 jul. 2023.

Submissão em: 17.03.2024

(Avaliador A) Avaliado em: 08.07.2024

(Avaliador B) Avaliado em: 31.03.2025

Aceito em: 21.05.2025