

O PROCESSO ESTRUTURAL E SUA IMPLEMENTAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DA OBRA  
SHAKESPEARIANA “MEDIDA POR MEDIDA”<sup>1</sup>

*THE STRUCTURAL ADJUDICATION AND ITS IMPLEMENTATION: CONSIDERATIONS BASED  
ON THE SHAKESPEAREAN WORK “MEASURE BY MEASURE”*

Danielly Suellen Xavier<sup>2</sup>

Paulo Henrique Guilman Tanizawa<sup>3</sup>

**RESUMO:** o presente estudo fundamenta-se na análise do instituto das *structural injunctions*, estabelecido no direito processual norte-americano com o propósito de atribuir efetividade aos ditames jurídicos, decorrente do poder de decisão do magistrado que dele se utiliza, à luz do contexto apresentado pela obra literária "medida por medida", de william shakespeare. o artigo visa examinar as medidas estruturantes a partir do comportamento do magistrado no processo judicial, bem como apresentar a possibilidade de sua integração ao sistema jurídico brasileiro, considerando sua adequação constitucional e as influências decorrentes de eventual aplicação ao ordenamento pátrio, o que se justifica em razão da inexistência de normatização específica acerca do mecanismo abordado. para tanto, realizou-se pesquisa documental, vinculada ao passo de obras doutrinárias, decisões e trabalhos jurisprudenciais. assim, demonstrou-se a aproximação do direito para com a literatura, que, além de permitir a observação do comportamento humano a certa distância, promovendo a previsão de determinadas situações, também converge com o direito quanto à interpretação de suas normas, procedimento necessário à resolução de uma demanda. evidenciou-se, deste modo, que a adoção do instituto, da maneira como tem sido utilizado em seu país de origem, pode propiciar o emprego de posturas arbitrárias em razão da exigência de maior protagonismo judicial, tal como na obra literária analisada, dado que sua aplicação conta com o envolvimento do magistrado desde a interpretação da norma constitucional até a sua operacionalização, que, se não adequada à complexidade da discussão estabelecida na demanda, pode colocar em risco a segurança jurídica vislumbrada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Processo Estrutural. Efetividade. Decisão Judicial. Literatura. William Shakespeare.

**ABSTRACT:** the present study is based on the analysis of structural injunctions' institute, established in north american processual law with the purpose to attribute effectiveness to juridical rules, resulting from the magistrate's decision-making power that applies it, taking for base the context presented in "measure by measure", by william shakespeare. this article aims to study the structural injunctions from the judge's behaviour throughout the judicial process, as well as to present the possibility of its integration into brazilian legal system, considering its constitutional adequacy and influences arising due to a possible application to

<sup>1</sup> Recebido em 16/08/2023 e aprovado em 17/02/2024.

<sup>2</sup> Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

<sup>3</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Advogado.

mentioned juridical order, which is justified by the lack of specific regulation involving the addressed mechanism. for this purpose, documental research was conducted, linked to pace with doctrinal work, decisions and jurisprudence work. accordingly, it has been demonstrated the approximation between law and literature, which, besides allowing the human behaviour observation through some distance, promoting the prediction of certain situations, also converge with the law about the interpretation of its norms, procedure required to give a solution to a litigation. therefore, it became evident that the adoption of the institute, in the way it has been applied in its native land, can provide arbitrary postures usage, since a greater judicial protagonism is required, as verified in the literary work analysed, once its application counts with magistrate's involvement from the interpretation of the constitutional norm to its operationalization, which, if not suitable to the complexity of the discussion established on the judicial demand, can put at risk the legal security perceived by the brazilian legal order.

**Key-words:** Structural injunctions. Effectiveness. Decision theory. Literature. William Shakespeare.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fundamento o processo estrutural enquanto instrumento processual capaz de sanar ameaça a valores constitucionais por meio da reformulação de instituições, cuja principal característica é atribuir efetividade à decisão prolatada, visando determinar os riscos de sua eventual adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na adoção de um processo estrutural, o Judiciário, enquanto órgão capaz de atribuir sentido a valores constitucionais, ora abstratos, em confronto com a própria burocracia governamental, é capaz de ir além das possibilidades apresentadas pelas partes, no sentido de implementar a decisão sob uma perspectiva futura, por meio de planos, considerando a especificidade do local ao qual será direcionada.

Deste modo, a investigação acerca do tema propõe-se a analisar, com base em estudos de direito comparado e questionamentos ético-filosóficos, o processo estrutural como meio apropriado à resolução de demandas judiciais envolvendo interesses múltiplos, a partir da atuação jurisdicional da qual culmina na decisão própria deste mecanismo, com o intuito de apresentar a possibilidade de integração do instituto ao sistema jurídico brasileiro, considerando sua legalidade constitucional e as influências decorrentes da possível aceitação nas decisões judiciais.

Com a intenção de aproximar Direito e Literatura, o estudo foi realizado concomitantemente à análise da obra “Medida por Medida”, de William Shakespeare, questionando o comportamento dos personagens e o contexto apresentado pela trama, além de fazer menção a outros pontos de convergência entre uma área do conhecimento e outra.

Para tanto, todo o processo de produção de conhecimento foi empreendido por meio de pesquisa documental, vinculado ao passo de obras doutrinárias, decisões e trabalhos jurisprudenciais.

Sendo assim, é demonstrada, em primeiro momento, a importância de se relacionar o Direito com a literatura, cujos aspectos são correlatos para apreensão de uma mesma vertente de conhecimento. Em seguida, a obra “Medida por medida”, de William Shakespeare, é apresentada sob a inquirição do comportamento das personagens, especialmente quanto ao jogo de poderes retratado pela

trama, permitindo o posterior desenvolvimento da decisão estrutural, partindo de sua evolução histórica, e do papel que o magistrado representa nesta espécie de atuação no processo.

Assim, o exame do instituto é voltado ao questionamento sobre sua aplicabilidade na realidade brasileira a partir do desenrolar dos primeiros provimentos estruturais existentes no direito estadunidense, além de explorar o comportamento do magistrado quando dele se utiliza e aquele apresentado pelo personagem na peça, situação que propiciou o desenvolvimento da questão a respeito dos poderes e limites que incidem na tomada de decisões, além da possibilidade e riscos que uma postura ativista seria capaz de proporcionar.

## I DIREITO E LITERATURA: UMA CRUZADA ENTRE FACTICIDADE E FICÇÃO

A maior compreensão de um tema ou área do conhecimento, e possivelmente a melhor, não é extraída somente por uma análise isolada do fenômeno, sem considerar seus desdobramentos e pontos de encontro com outras esferas, sendo a partir dessa conjuntura que se faz interessante a aproximação do jurídico para com o literário.

O aspecto histórico é ressaltado como um dos pontos de interseção com o Direito, tendo em vista que a Literatura nada mais é do que, muitas vezes, a própria representação da realidade. Desta forma, devemos considerar determinado momento histórico para desenvolvimento da trama e, sobretudo, para compreender sua relação “com os valores mais significativos de cada época e de cada cultura” (Carvalho, 2013, p. 276). Assim, o estudo da Literatura permite a abordagem paralela de situações abarcadas pelo Direito, em especial no tocante a ordenamentos jurídicos passados. A Literatura, portanto:

[...] nos mostra que existem vários modos de dizer as coisas. Enquanto os manuais jurídicos apresentam uma pretensa descrição neutral de um direito apartado de sua existência fática, as obras literárias fazem o contrário. Nestas, o direito encontra-se imerso na realidade cultural a que pertence, ampliando significativamente os horizontes de análise. (STRECK, 2015, p. 228)

O estudo transdisciplinar envolvendo o âmbito do Direito e da Literatura não apenas humaniza o teórico, mas, ao aproximar a realidade da ficção, possibilita indagações para além daquilo tido como posto – propõe-se o conhecimento do mundo por seus princípios imutáveis, embora não desconsiderando também os seus fenômenos transitórios. Os dois campos de conhecimento atuam, assim, como “mecanismos de mediação cultural, encorajando o questionamento de identidades e de lugares de poder e de subalternidade, bem como noções canonizadas de valor estético e cultural” (Carvalho, 2013, p. 275).

Eis a importância de relacionar a obra literária com o Direito – se o aprendizado por meio de histórias é incontestável desde o início dos tempos, a projeção da literatura para o âmbito jurídico proporciona a possibilidade de prever, talvez com maior precisão, os efeitos que determinadas opções podem

ocasionar na realidade, uma vez que as atitudes humanas costumam ser o objeto em análise, imprescindíveis para o desenrolar dos fenômenos sociais. Toma-se, então, consciência da verdade, presente na identidade do observador, ao analisar o exemplo (Pegorini, 2012, p. 14).

Não apenas pela humanização do direito, o estudo conjunto entre direito e literatura possibilita também um melhor entendimento acerca da interpretação de um texto, que, embora se presuma a necessidade de "descobrir o que seus autores (os legisladores ou os constituintes) queriam dizer" (Dworkin, 2000, p. 219) ao utilizar certas palavras ou expressões, não encontra seu fim último neste único escopo.

A hipótese de interpretação estética da literatura tem como objetivo básico "torná-la uma obra de arte melhor" (Dworkin, 2000), de modo que a importância dada à letra é tamanha a ponto de se considerar como única a possibilidade de sua interpretação, reputando comprometedor à essência textual qualquer mudança, elevando o texto, conforme posto, a um sentido canônico. Ainda nessa esfera, é possível analisar o trabalho a partir de duas vertentes: se considerarmos a obra como fator de comunicação, então a intenção daquele que a produziu deve ser conhecida para que dela possa se retirar sua finalidade; se a obra, contudo, apela para os sentidos e para as diferentes percepções que dela possam ser retiradas, então o foco principal passa a ser o leitor.

De qualquer modo, a intenção do autor não pode ser de todo ignorada, pois a obra somente existe em decorrência dela, embora não deva ser considerada como única verdade exposta pelo texto, uma vez que, por vezes, é possível que a obra tome forma própria, e o autor, em uma releitura posterior, perceba elementos ou qualquer outra coisa que antes não havia previsto, ou que, enquanto produzia, não notou que estivessem ali, atribuindo sentidos diversos à escrita quando analisada por si só.

Isto posto, se "o artista não pode criar nada sem interpretar enquanto cria", sendo esta a justificativa por detrás da criação, a qual provém do criador (sujeito), não diretamente e sem qualquer propósito da ferramenta que utiliza (objeto), igualmente:

O crítico, por sua vez, cria quando interpreta; pois embora seja limitado pelo fato da obra, definido nas partes mais formais e acadêmicas de sua teoria da arte, seu senso artístico mais prático está comprometido com a responsabilidade de decidir qual maneira de ver, ler ou compreender aquela obra a mostra como arte melhor. (Dworkin, 2000, p. 235)

O juiz, assim, quando ao decidir um novo caso, de modo algum deve considerar-se sozinho nessa cadeia formada pelo ordenamento jurídico, mas integrado ao conjunto de decisões, estruturas, convenções e práticas que formaram a história até então, ainda que a determinação provenha por seu próprio julgamento (Dworkin, 2000), o objetivo é dar continuidade (na verdade, efetividade) ao já previsto, tanto por meio da identidade, coerência e integridade ao ordenamento jurídico criado, como também demonstrando a finalidade e o valor daquela decisão, partindo do pressuposto de que seria a mais adequada (tal qual a hipótese estética de "melhor obra de arte") para a resolução da lide.

A despeito de o magistrado ter sua atividade limitada por algumas dimensões de ajuste, como as determinações de diversos documentos jurídicos, é o responsável pela escolha dentre os vários sentidos de interpretação possíveis, o que torna a interpretação jurídica mormente política, sendo que "essa

visão do Direito torna-o irredutível e irremediavelmente subjetivo, apenas uma questão do que cada juiz, individualmente, acha melhor ou do que ele comeu no café da manhã” (Dworkin, 2000, p. 242).

Deste modo, verifica-se que o magistrado não é capaz de desvencilhar-se por completo de suas convicções, ainda quando frente a julgamento que, em tese, exigiria uma postura mais objetiva e, portanto, imparcial, o que não impede, contudo, a constante busca para alcançar este ideal de julgador.

## 2 PROCESSO ESTRUTURAL E OS MODELOS DE JUIZ A PARTIR DE SHAKESPEARE: um JOGO PERVERSO PARA UM PROCESSO JUDICIAL DEMOCRÁTICO?

Notou-se uma metáfora latente vinculada ao eixo temático deste artigo sendo-a a obra “Medida por Medida”, de William Shakespeare. A trama literária possui como cenário a cidade de Viena, no início do século XVII – momento em que foi escrita, e, desde o título, percorre disfunções éticas e adversidades de um bom governo<sup>4</sup>.

### 2.1 Uma síntese narrativa da obra “medida por medida”

Logo no início da obra, o Duque Vicentio é apresentado deixando seu posto de governante, frente a um quadro de desordem e corrupção de costumes (Streck, 2015, p.232), sob o pretexto de aproveitar-se de um período de férias na Polônia, para Ângelo, sujeito virtuoso e conhecido por todos da sociedade como detentor de integridade e boa índole.

Partindo dessa substituição, o jovem cavalheiro Cláudio é preso e, posteriormente, condenado à morte sob a acusação de ter fornicado com sua noiva, Julieta. Então, sobre a irmã do jovem, Isabela, resta toda a esperança de argumentação passível de convencer Ângelo do contrário.

A princípio, Ângelo apresenta-se impassível, negando aos apelos de Isabela pela vida de seu irmão, conforme é possível extrair da seguinte passagem: “A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã.” (Shakespeare, 2015, p. 47)

Contudo, a jovem insistente, que logo seria ordenada ao claustro, em tentativa seguinte encontra um Ângelo mais maleável, suscetível de reconsideração do caso, porém sob uma condição que parece afrontar toda sua reputação construída até então – tomado de concupiscência, sugere a entrega da castidade de Isabela para poupar a vida de seu irmão: “Não, Isabel, se me der o seu amor” (Shakespeare, 2015, p. 59). Nesse momento, Ângelo deixa de ser o “senhor da lei” para se tornar o “senhor dos sentidos” (Streck, 2015, p. 232).

Ocorre que a lei que permitiu a condenação de Cláudio já há muito havia sido inutilizada, e sua retomada se deu no afã de atender aos anseios voluntaristas do intérprete.

---

<sup>4</sup> Conforme sustenta a própria tradutora do texto para a Língua Portuguesa, Barbara Heliodora, em espaço dedicado à sua Introdução para a obra.

Eis o cenário, portanto, em que a história se desenvolve – a substituição do governante se deu na tentativa de normalizar o caos ali presente, justificativa para o poder conferido ao substituto e oportunidade para a análise de seu modo de agir.

Tendo Ângelo I (como denominaremos sua representação até parte do Ato II) rejeitado a lei como decorrente de um processo histórico, para atender aos anseios da sociedade, e em conformidade com a moral vigente no período, para ater-se ao texto normativo, que está adstrito à apreciação do intérprete, como preceito único e verdadeiro, independente de qualquer outro conhecimento para sua fundamentação, a trama passa a ser impulsionada de modo a contestar a “verdade plena da lei”, que somente assim o foi até o momento de interferência dos sentidos do governante.

Embora, na peça, o governante substituto tenha sido bastante assente tão logo emitiu a sentença que condenou Cláudio, no instante em que conversou com Isabela pela primeira vez demonstrou indícios de que o argumento legal simbolizava mera justificativa antecipatória ao que faria em seguida. Nesse sentido verifica-se o comportamento contraditório (quicá, premeditado) da protagonista, em especial no seguinte discurso: “Eu não posso fazer o que não quero.” (Shakespeare, 2015, p. 45)

Após a visita de Isabela, Ângelo assume uma segunda postura, marcada pela discricionariedade no uso de suas funções como governante. Aquele que antes parecia venerar a “letra da lei” como desdobramento necessário para o “alcance da justiça”, passou então a relativizá-la para atender suas ambições pessoais, muito mais profundas e indecorosas para que pudessem ser compartilhadas com toda a sociedade, na certeza, contudo, de que permaneceriam encobertas. Eis o excerto que demonstra sua certeza sobre a imagem que transmite de si, bem como a verdadeira exposição de seu caráter:

Quem vai acreditar? Meu nome limpo, a minha vida austera, minha voz contra a sua, o cargo público, pesarão tanto contra sua acusação que você, sufocada pelo que afirma, vai cheirar a calúnia. Comecei, dou rédea solta à sensualidade. Trate de contentar meu apetite; deixe para lá pudores que enrubescem e encobrem suas intenções. Resgate seu irmão entregando-se a mim: de outro modo não só ele morre, mas seu descaso fará com que sua morte venha após longa tortura. Amanhã responda-me ou, pela afeição, que hoje me domina, também posso tornar-me um tirano. Mas você pode falar o quanto lhe aprouver: mentindo, inda peso mais que a sua verdade. (Shakespeare, 2015, p. 60)

Ocorre que o Duque Vicentio, ao abandonar seu posto de governante, não deixou a cena por completo, pois já possuía a intenção de observar o modo de agir de seu substituto. Para tanto, passou a usar trajes de frade na tentativa de não ser reconhecido:

para observá-lo [a Ângelo] no poder, como um irmão de sua ordem visitarei povo e príncipe. E peço que me forneça o hábito e me instrua sobre como portar-me formalmente qual frade verdadeiro. Mais razões pra tal ação eu lhe darei com o temo afora essa: Ângelo é correto, vive em guarda co'a Inveja; mal confessa que o sangue corre e que seu apetite é mais pra pão que pedra. Vamos ver se o poder muda o que parece ser. (Shakespeare, 2015, p. 24-25)

A própria passagem já anuncia um presságio acerca do rumo traçado pelo autor para a narrativa, o qual faz do Duque uma personagem-guia para a peça, figurando como referência de moralidade para todos os demais personagens, tanto que, ao fim, é ele que desmascara Ângelo perante o povo, pouco antes da execução de Cláudio, através de estratégia planejada para tal propósito.

Tendo Ângelo abandonado sua noiva, Mariana, em momento anterior não abordado pelo período do livro, Duque planejou para que esta senhorita, ciente de todo o plano, ocupasse o lugar de Isabela quando na entrega de seu corpo para salvar o seu irmão, oportunizando o cometimento de crime pelo qual outrora a personagem Ângelo estava a imputar a Cláudio. Em um dos últimos diálogos entre o Duque e a Isabela, aquele confronta as duas transgressões:

[...] mas, julgando o seu irmão, tendo ele dupla culpa – violador da santa castidade e inda traidor da palavra que deu – o que deu fim à vida de seu mano, grita a misericórdia que há na lei, bem alto, e obedecendo a ele mesmo: “Morte por morte, Ângelo por Cláudio. Pressa traz pressa, e o lazer, lazer; Feito por feito, medida por medida.” (Shakespeare, 2015, p. 129)

Entre as várias substituições proporcionadas por Duque, Cláudio somente não foi morto por ter sido enviada, em seu lugar, a cabeça de um pirata morto, Ragozine, vítima de febre já na prisão, o que lhe proporcionou o posterior perdão público. Ângelo teve de se casar com sua noiva, Mariana. Isabela foi cortejada pelo próprio Duque, de modo que a peça termina ainda com um toque de bom humor, em especial pela fala grosseira da personagem Lúcio, ao qual é atribuída uma ironia dramática durante todo o decorrer da trama.

## 2.2 Apontamentos acerca do texto literário

No momento em que Ângelo decide fazer uso da lei em desuso, em especial por seu alvedrio, nota-se a postura solipsista do protagonista, do qual decorre todo o objeto da trama, em especial neste trecho:

A Lei não ‘stava morta; ela dormia. Não teriam pecado todos esses, se o primeiro a infringir o estatuto houvesse respondido por seus atos. A lei desperta e nota, qual profeta, que os males que o futuro vê no espelho já concebidos ou que o acaso mostra sendo chocados e a ponto de nascer, que não mais passarão por tais etapas, morrendo antes que vivam. (Shakespeare, 2015, p. 47)

Na apresentação de Ângelo I, quando da interpretação estrita do enunciado legal por sujeito virtuoso, Shakespeare retrata, ainda que em forma de crítica, a personificação do chamado “mito do dado”<sup>5</sup>, pois a personagem ignora todo o contexto atual de superação do dispositivo que previa a pena de morte àquele que fornecasse antes de firmado o contrato de casamento. Assim:

[...] ao mesmo tempo em que Shakespeare critica uma justiça “mascarada”, também critica o “mito do dado”. Como um homem moderno, o bardo faz com que o seu personagem faça a predação do objeto. Para ele, não há mais que falar em *adeaquantio intellectum et rei*. (Streck, 2015, p. 233)

---

<sup>5</sup> No mesmo sentido, cumpre apontar que Lenio Streck cuida deste tema a partir da metafísica clássica aristotélico-tomista e acaba projetando uma relação com a postura legalista. Para mais informações, vide: STRECK, Lenio Luiz. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Esse apego à “letra da lei” ainda é recorrente em decisões do nosso próprio Judiciário, sobressaindo-se, inclusive, ao limite semântico do texto legal quando na criação de um novo sentido ao texto, conforme se verifica no julgamento do HC 249918/SP<sup>6</sup>, pelo STJ, no qual o princípio da insignificância<sup>7</sup> não foi aplicado ao caso de furto de objetos cuja soma resultaria no pequeno montante de R\$52,25, à época, pelo simples fato da incidência do tipo ao caso e à existência de outros processos em que o sujeito também era réu quando na análise do *habeas corpus* – não havendo que se discorrer sobre a reincidência e a obrigatoriedade do Estado de coibir pequenos crimes, pois ainda sequer havia sentença condenatória em outros autos capaz de lhe impossibilitar a concessão da ordem nesse julgamento e justificar a atuação repressiva ora adotada.

Quanto à postura do julgador, ao considerar o contexto de uma sociedade em transição, como na época do renascimento, não é possível delinear com precisão o modelo de autoridade a ser seguido. Ocorre que, ousado dizer, embora certos conceitos morais estejam bem assentados em um determinado período da história, o comportamento humano ainda será imprevisível, uma vez que suas ações são, por vezes, determinadas por seus desejos, dos quais não é possível afastar-se por completo, além de não serem passíveis de absoluto conhecimento quando ainda não exteriorizados. Assim, um modelo nesse sentido, em qualquer época que seja, é falho. A respeito da inconstância nos comportamentos, tem-se que:

Não há mais modelos a serem seguidos porque na vida de pessoas notáveis há singularidade e contingência (desprovida de autoridade normativa) e nesse contexto nenhum modelo é fixo ou universal, mas serve à orientação dos desejos do homem. (Pegorini, 2012, p. 15)

A atuação de Ângelo, na peça, constituiu atitude estapafúrdia para o momento em que se verificou, atingindo a todos de maneira inesperada, e ainda, na trama, de modo infeliz, em especial por sua fragilidade posteriormente desmantelada. Assim, se a conduta extravagante consiste em modelo cuja sensatez prevê distanciamento, seria possível caracterizar a conduta do magistrado que inova para muito além dos pedidos das partes e de modo a reestruturar o próprio sistema com incidência na demanda, ainda que de boa-fé (requisito mínimo a se esperar do operador do direito), como extravagante e, portanto, arriscada, uma vez a instabilidade do magistrado e a causalidade do efeito no caso concreto. A partir da primeira postura da personagem, extrai-se que:

---

<sup>6</sup> HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO SIMPLES TENTADO. OBJETOS DE PEQUENO VALOR (UM VIDRO DE CACHAÇA, TRÊS PEÇAS DE CARNE E QUATRO PACOTES DE LINGUIÇA, COM VALOR TOTAL DE R\$ 52.25). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS AÇÕES EM CURSO, INCLUSIVE PELO EVENTUAL COMETIMENTO DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA TURMA. HABEAS CORPUS DENEGADO. [...]

(STJ - HC: 249918 SP 2012/0157604-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 23/10/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/10/2012)

<sup>7</sup> Esse princípio permite que a tipicidade material seja afastada em razão da mínima ofensividade e reduzida reprovabilidade social da conduta do agente, inexistência de periculosidade social da ação e, por fim, da inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado, uma vez que o Direito Penal possui caráter de *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima). Embora o tema principal do artigo envolva o processo civil e o comportamento do julgador, seria ingênuo diferenciar os magistrados do juízo criminal e do juízo cível, uma vez que não há distinção quando na preparação e na escolha para a atribuição da função.

na peça *Medida por medida*, Shakespeare, através da crítica da mentira, mostra um agir temerário de Ângelo que pretendeu governar de acordo com um modelo de virtude (representado) que estava de acordo com as leis civis rigorosas do lugar, mas em oposição aos usos e às práticas em sociedade, então tal modelo não teve eficácia. (Pegorini, 2012, p. 25)

No livro, é a postura de Ângelo II que permite explicitar o ato do julgamento como um ato de vontade de poder<sup>8</sup> investido no cargo do julgador, tendo em vista sua latente contradição com o modo de agir anterior<sup>9</sup>, e é Isabela que primeiramente denuncia a ampla liberdade decorrente desse livre convencimento do qual o julgador possui como prerrogativa: “[...] Oh bocas perigosas, que contendo uma só e única língua pra condenar ou dar aprovação, fazendo a lei curvar-se ao seu capricho, fismam o bem e o mal de acordo co’o apetite, e puxam sua linha!” (Shakespeare, 2015, p. 60-61)

Outro aspecto a ser ressaltado é a reincidência<sup>10</sup>, porém numa versão expandida, do solilóquio presente em *Hamlet*, peça publicada 20 anos antes da peça estudada, também de Shakespeare, quando na célebre frase “Ser ou não ser? Eis a questão”, representado pela fala do Duque quando em visita à Claudio na prisão:

[...] espere só a morte: morte ou vida serão assim mais doces. Diga à vida: se eu te perder, eu só perco uma coisa que só os tolos querem. És um sopro sujeito a todas as influências celestes, que afligem constantemente esta prisão em que vives. És o bobo da Morte; dela é que buscas ‘star sempre fugindo, e pra ela é que corres. Não és nobre, pois todos os confortos que te envolvem vêm do mais reles. Tampouco és valente; pois temes tornar-se a refeição de pobres vermes. O sono é o repouso, que tantas vezes buscas, mas tens medo da morte, que é só isso. Nem és nada, pois só existes por milhões de grãos que saíram do pó. E nem és feliz, pois sempre lutas pelo que não tens. Tu não és firme, pois teu aspecto muda estranhamente segundo a Lua. Sendo rico, és pobre; pois qual asno vergado pelo ouro, nesta viagem carregas pesadas riquezas em que a morte o liberta. Sem amigos, as próprias tripas que te chamam pai, e até os eflúvios dessa tua ilharga, xingam a gota, a sarna e o catarro por não matar-te logo. Não és jovem nem velho, mas um sono após a ceia, que sonha co’ambos. Pois tua juventude é qual velhice a implorar esmolas ao velho enfermo. E se velho e rico, faltam-te fogo, afeto e até beleza pra gozar as riquezas. O que, nisso, podes chamar de vida? Na vida, escondem-se mil mortes e nós tememos a morte que nivela tudo. (Shakespeare, 2015, p. 61-62)

Nesse fragmento, Shakespeare, por meio do Duque, realça a importância do autoconhecimento, uma vez que inspira Cláudio a refletir sobre a natureza da mortalidade ao se aproximar da morte que não o alcançou de fato. Em outras passagens, a mesma personagem conduz Julieta a refletir sobre seu próprio comportamento (Ato II, Cena III), e Isabela a entender a piedade como virtude tão indispensável quanto a justiça (em especial em sua súplica presente no Ato V, Cena I).

Ocorre que esses solilóquios não são tão constantes com relação ao Duque como são quanto a Ângelo, de modo que não é possível afirmar a veracidade da natureza que aquela personagem aparenta em grande parte da trama, e isso somente se percebe em uma de suas últimas falas, enquanto está a

<sup>8</sup> Discussão realizada pela crítica hermenêutica do direito para demonstrar uma relação entre a vontade de poder explicitado no fatalismo nietzschiano e o positivismo normativista de Hans Kelsen. Para maiores informações, vide: STRECK, L. L. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 222-223. No mesmo sentido, cumpre salientar: KELSEN, H. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WNF-Martins Fontes, 2012. p. 392-394

<sup>9</sup> “He [Angelo] is a self-deceiver rather than a deceiver of others.” (Schanzer, 1963, p. 103)

<sup>10</sup> Por coincidência ou não, as duas passagens se encontram no mesmo trecho de seus respectivos livros: Ato III, Cena I.

condenar Lúcio, explicitando o motivo pelo qual o faz: “Quem ofende príncipe o merece.” (Shakespeare, 2015, p. 134).

Assim, Shakespeare aparenta deixar ao leitor a indagação acerca do comportamento dos dois personagens (Ângelo e Duque), de modo que dos dois governantes (e julgadores) é possível extrair comportamentos duvidosos, permitindo depreender a deturpação como proveniente do próprio poder a eles atribuído.

### 3 A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DOS JUÍZES

Nesta quadra da história, o ato de decisão se assemelha, por demasiado, a um jogo de xadrez, em que cada peça tem um movimento específico e pré-definido, por exemplo, o Legislativo tem como peça a constituição de leis e atos normativos pautados nos anseios da comunidade política; já o Poder Executivo tem como seu afã a concretização de Políticas Públicas que viabilizem o caminhar da efetivação das leis da República; e, por fim, temos o Poder Judiciário, poder este encarregado de aplicar as regras deste jogo.

A interação entre esses Poderes, contudo, resultou em diversos processos de intervenção em esferas distintas daquelas para os quais cada um foi criado para atuar, constituindo uma espécie de fiscalização mútua para o bom desenvolvimento estatal.

Um desses controles, exercido pelo Poder Judiciário, é o chamado “Controle de Constitucionalidade”<sup>11</sup>, que possui como *leading case*<sup>12</sup>, nos Estados Unidos da América, o caso *Marbury v. Madison* (de 1803), no qual William Marbury, um dos juízes de paz nomeados às pressas quando na perda das eleições presidenciais, de 1800, dos federalistas em favor dos republicanos, e em razão de movimento estratégico para deixar ramificações do partido perdedor com a finalidade de não se eximir por completo do poder, acionou a Suprema Corte para requerer seu ato de investidura, permitido pelo *Circuit Court Act*, porém não realizado em função do tempo e não outorgado pelo novo Secretário de Estado, James Madison, a qual considerou o dispositivo legal no qual se baseava seu *writ of mandamus* (equivalente ao nosso mandado de segurança) como inconstitucional – houve o reconhecimento de conflito entre uma lei federal e a própria Constituição do país, bem como a prevalência desta.

---

<sup>11</sup> O controle de constitucionalidade tem como objetivo exercer uma filtragem constitucional no ordenamento jurídico, cujo horizonte é alcançar uma alta constitucionalidade na esfera da validade e eficácia dos textos legais. Por conseguinte, chancelando a (in)constitucionalidade do ato normativo a partir da supremacia da Constituição, entendendo-se, dessa forma, a Carta da República como um livro de regras básicas da democracia. Eis o motivo para a existência do controle de constitucionalidade: para que todas as leis da República sigam as regras do jogo democrático. Para maior aprofundamento no tema: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP. p. 154-155.

<sup>12</sup> É a controvérsia originária, a qual, por se tratar de matéria relevante, tem seu julgamento tido como paradigma para todos os demais órgãos julgadores.

Esse exame de normas infraconstitucionais seguiu, posteriormente, para casos envolvendo questões raciais, sendo três os escolhidos como de maior repercussão: *Dred Scott v. Sandford*<sup>13</sup> (em 1857), *Plessy v. Ferguson*<sup>14</sup> (em 1896), até alcançar o caso simbólico de *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954, cuja solução tornou-se exemplo emblemático de desenvolvimento das *structural injunctions*.

Antes desse último caso, contudo, em 1938, houve o julgamento da demanda *United States v. Carolene Products*, que resultou na disposição de uma anotação (*footnote n. 4*) que estabelecia a presunção da constitucionalidade das disposições produzidas pelo Legislativo, definindo a atuação do Judiciário como vinculada a eventual “falha legislativa”, isto é, quando, justificadamente, o processo legislativo fosse considerado inadequado, delineando o ativismo judicial a ser manifestado posteriormente.

Foi então, no julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka*, que a Suprema Corte dos Estados Unidos manifestou-se de maneira incomum: na ação coletiva ajuizada por 13 pais contra o município de Topeka (Kansas), a política de segregação contestada quanto à sua incidência nas escolas fundamentais foi considerada inconstitucional por confrontar o disposto na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América<sup>15</sup>. Após um ano, as reclamações, dessa vez, das escolas sobre a dificuldade de implementar a decisão, impeliram a Suprema Corte a reexaminar o caso, em que proferiu novo julgamento conhecido como *Brown v. Board of Education II*, no qual a integração entre as crianças ocorreria por meio da “progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais” (Arenhart, 2013, p. 395).

A própria intervenção judicial no *leading case* se insere em uma das duas hipóteses de falha legislativa dispostas na *footnote n. 4* – a de preconceito direcionado a minorias “discretas e insulares”, que no caso seria a comunidade negra do estado americano do Kansas.

Ocorre que esse comentário (*footnote n. 4*) não explica a função judicial, ainda que em casos de falha legislativa, de modo que eventual inversão, mudança ou expansão da redação da nota n. 4 acarretaria a incoerência de sua utilização (FISS, 1979). Por essa possibilidade decorrer do fato de que qualquer um pode reclamar a posição de minoria insular (seja ao perder uma briga política ou falhar na tentativa de obter atenção do Legislativo ou Executivo), a redação da anotação é evidentemente incompleta.

A teoria da falha legislativa identifica ocasiões em que o poder do Judiciário deve ser usado, mas não explica o motivo para essa intervenção ou o modo de procedência para tanto. Além disso, não há como afirmar que a atuação do Judiciário seria capaz de corrigir essa falha – é impossível afirmar que o modelo proposto pelo magistrado, se utilizado antes, teria evitado esse próprio estado de defeito. A alternativa judicial, por si só, é tida como imprecisa em seus efeitos.

---

<sup>13</sup> *Dred Scott*, escravo, pleiteou por sua liberdade, sob o fundamento de ter constituído residência em áreas onde era proibido o sistema escravocrata, em virtude do Missouri Compromise (lei que proibia a escravidão em determinados territórios dos Estados Unidos). Este julgamento precedeu a Guerra Civil estadunidense, que, por sua vez, culminou na promulgação de três emendas à Constituição dos Estados Unidos – a décima terceira, a décima quarta e a décima quinta. (Jobim, 2013, p. 67-72)

<sup>14</sup> O caso constitui narração do crime cometido por Homer Plessy que, ao entrar em um vagão de trem destinado apenas a brancos, tinha como objetivo testar a Louisiana’s Separate Car Act (lei que determinava o oferecimento de acomodações iguais, porém separadas, aos passageiros pelas companhias ferroviárias, tomando por base a cor da pele de cada um). (Jobim, 2013, p. 72-75)

<sup>15</sup> Essa decisão somente foi possível em razão da mudança em curso na sociedade da época – a escravidão já havia sido abolida e aos negros havia sido garantido (embora ainda limitado) o direito ao voto.

A existência do Judiciário, portanto, não deve ser vista como decorrente de falha do Legislativo ou do Executivo, mas como uma instituição governamental organizada e dotada de funções próprias, sendo, uma delas, a capacidade de atribuir significados a valores constitucionais.

E foi o que aconteceu quando no julgamento de *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual a 14ª Emenda foi interpretada em favor daquela comunidade negra, por conta do princípio da igualdade dela extraído.

As medidas estruturantes constituem, portanto, um instituto processual por meio do qual, o Judiciário<sup>16</sup>, exercendo sua função de atribuir conteúdos operacionais a valores constitucionais, os quais possuem ampla possibilidade de interpretação, acompanha a implementação de ações, previamente discutidas e escolhidas, com o objetivo de modificar, como o próprio nome antecipa, a estrutura de organizações burocratizadas<sup>17</sup>. É o Judiciário interferindo diretamente, declarando o direito e acompanhando sua efetivação, na realidade originária da ameaça, na tentativa de permitir a eficácia de ditames previstos pela Constituição.

A estes significados, aos quais são atribuídos valores públicos, é sempre devida a harmonia para com a Constituição como um todo. Quanto mais distante a interpretação do texto, maior a possibilidade que abusos sejam cometidos. Quando magistrados se utilizam de convicções próprias, refletindo suas experiências sociais, sob o pretexto de terem encontrado o verdadeiro significado do valor ali inserido, há a possibilidade de fuga da intenção presente no texto constitucional (Fiss, 1979, p.11). Eis outro ponto de apoio à teoria da falha legislativa, a qual, contudo, em momento algum apontou os motivos pela preferência do povo (representado pelos legisladores) à preferência dos magistrados.

A grande questão, no entanto, é a perda da crença nos valores da Constituição, o que impediria, partindo do conceito de que o Judiciário seria o verdadeiro intérprete dos valores constitucionais, função própria da atuação dessa instituição – o alvo, portanto, não seria apenas o modo de agir dos magistrados, mas o desdobramento de uma predileção à representatividade daquilo que o povo tem considerado importante em determinado momento, tradução da legitimidade do Legislativo. Ocorre que aquele que julga não deve, também, ser, de todo, visto como dissociado da sociedade e de suas inclinações, uma vez ser parte inequívoca desta.

Não fosse este o caso, tal limitação sequer teria motivos para ser apresentada:

the judge must be certain that the full range of interests is vigorously represented, but he need not turn his back on the constitutional claim or deny an effective remedy because each and every individual affected will not or cannot meaningfully participate in the suit. (Fiss, 1979, p. 41)<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Assim como o Executivo e o Legislativo, além de instituições privadas, não figurando de todo sozinho neste trajeto.

<sup>17</sup> As *structural injunctions*, nesse sentido, decorrem da necessidade de se afirmar direitos constitucionais no plano material a partir de decisões "denominadas 'estruturais' em virtude de o tribunal, para dar-lhes efetivo cumprimento e garantir a observância do direito das partes, exercer necessária supervisão nas práticas e políticas adotadas pelas instituições que estão sob intervenção judicial". (Bauermann, 2017, p. 284)

<sup>18</sup> Tradução livre: "o juiz deve ter certeza de que os interesses estão plenamente representados, mas não precisa virar as costas à demanda constitucional ou negar um remédio efetivo caso cada um dos indivíduos afetados não participe ou não possa participar significativamente no processo judicial. (FISS, 1979, p. 41)"

Nesse sentido, verifica-se que o processo estrutural diferencia-se do processo tradicional, uma vez que preza pela participação dos grupos interessados na demanda e que por ela podem, de algum modo, ser afetados, não resultando em mera conversão do processo tradicional, como ocorre no processo coletivo em relação ao processo individual<sup>19</sup>, mas mas em demanda com peculiaridades atinentes ao conflito estrutural, o qual é constituído pela coexistência de interesses e multiplicidade de sujeitos, os quais não necessariamente devem encontrar-se em posições antagônicas no decorrer do processo (Arenhart, 2017) — no processo estrutural, portanto, reformula características "como a adstrição da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada" (Arenhart, 2015, p. 216).

O processo estrutural, por lidar com a estrutura de organizações, como o próprio nome pressupõe, é mais suscetível de erros, principalmente pela magnitude das mudanças que visa promover. Além disso, ao ter de prever o futuro e a implementação de medidas gradativas, não possui meios de garantir que a solução pretendida realmente alcançará o objetivo esperado.

Ocorre que, embora essa instabilidade faça parte do processo estrutural, isso não significa que o Judiciário deve deixar de lidar com eles. Por ser função desse órgão agir nos limites daquilo que melhor faria, no caso, aquilo com maior índice de sucesso (se ater à resolução de litígios), os sucessos eventuais compensariam as próprias falhas recorrentes, também pelo primeiro motivo (Fiss, 1979, p. 32).

Para tanto, essa mesma crítica propõe que os processos estruturais sejam deslocados para operações administrativas, sob a justificativa de que esse âmbito teria maior conhecimento sobre o funcionamento das organizações alvo das medidas resultantes do processo, parecendo se esquecer, contudo, que este modelo de processo está muito mais relacionado à atribuição de sentidos aos valores públicos, à eliminação de ameaças, do que a mera alteração na operacionalização de determinadas instituições. (Fiss, 1979)

Aqueles que defendem a compatibilidade do instituto com o ordenamento brasileiro se apoiam na premissa de que as *structural injunctions* encontram guarida na possibilidade assentada pelo STF de que o Judiciário é ente competente para intervir em políticas públicas, especialmente quando em casos de ofensa aos direitos humanos, além de constituir mecanismo mais "maleável – e, até mesmo, dialogado – de solução de controvérsias" (Arenhart, 2013, p. 396). Nesse sentido:

antes de implementar uma medida estruturante, o magistrado deve ouvir a opinião dos interessados e de terceiros que possam auxiliá-lo na tomada da melhor decisão para o caso e, sobretudo, evitar provimento que por mais bem intencionado que seja, pode trazer consequências indesejadas. (Pinho; Côrtes, 2014, p. 254-255)

---

<sup>19</sup> No processo coletivo, a legitimidade atribuída a instituições específicas não garante, com precisão, a verdadeira representação dos anseios da sociedade, culminando na possibilidade de transformar o processo em promoção dos desejos do representante, que pode conduzi-lo da maneira que melhor lhe apetece — a ausência da participação dos sujeitos em discussão no processo coletivo faz com que prevaleça a vontade do representante, que nem sempre coincide com a vontade do grupo representado. Observa-se, assim, que o processo coletivo mantém o magistrado adstrito ao princípio dispositivo e ao princípio da demanda, tal como o processo individual, de modo que "se a imperícia ou a negligência do autor coletivo conduz a uma solução inadequada do caso, é talvez porque esse é o 'desejo da coletividade'." (ARENHART, 2017, p. 427)

A decisão estruturante seria uma medida de concretização extensiva e ampla de direitos a ser utilizada, não substituindo medidas mais simples que possam conter o conflito, tendo em vista o seu grande porte e conseqüente “elevado custo de recursos”. (Fiss, 1979)<sup>20</sup>

Ademais, imprescindível seria a atenuação do princípio da demanda, o que, como já apontado, em uma leitura apressada, implicaria em disseminação do ativismo judicial para essas situações, uma vez que o magistrado de fato julgaria, e não mais decidiria entre um argumento e outro, deixando de ficar adstrito ao pedido formulado pelas partes.

O processo estrutural, todavia, depende tanto da declaração do direito como da implementação da solução encontrada, etapas que não poderiam ser divididas entre dois agentes estatais, uma vez que a implementação, se praticada por agente diverso, poderia transformar a declaração para algo diferente daquilo que havia sido prevista (Fiss, 1979, p. 52). Eis a defesa para que o magistrado deste modelo de processo declare e participe da efetivação do direito. (Fiss, 1979, p. 52).

No entanto, uma situação provável durante a efetivação do valor constitucional judicialmente interpretado seria a perda da independência do juiz (talvez, inclusive, da imparcialidade tão esperada) quando durante a efetivação da medida, que pode durar anos e envolver várias entidades de uma só vez, o magistrado tende a se envolver demais com a solução encontrada e se afastar da organização destinatária da modificação, de modo a se identificar muito mais com a medida e com as implicações de fazê-la produzir resultados satisfatórios (Fiss, 1979, p. 52). Além disso, assim como a afirmação sobre a disposição de efetivar a solução escolhida, também é possível afirmar a dificuldade de qualquer juiz em declarar sua impotência, o que o levaria a adaptar o direito à medida (Fiss, 1979, p. 55).

No mais, a solução emitida pelo magistrado deve tratar da ameaça ao ditame constitucional, não da violação, que, neste sentido, pode ser entendida como o incidente que teria dado origem ao processo, solução esta que deve ser determinada dentre várias, tendo em vista que a escolha entre as possibilidades é um processo a ser construído durante esta etapa processual de reparação – a depender da construção, qualquer desenlace poderia modificar o rumo das medidas, embora a ameaça continuasse sendo a mesma.

Esse princípio, de se fazer algo especialmente para atingir um propósito, também não foi feliz ao estabelecer que a solução encontrada decorre unicamente da violação do direito. Isso porque outros fatores (sejam normativos, ao estabelecer valores diferentes daquele que ocasionou a intervenção, ou não) costumam influenciar na escolha da resposta mais adequada ao processo e, uma vez escolhida, dão forma às medidas impostas.

A necessidade de certeza ao se prolatar a sentença também é outro erro apontado. É claro que o magistrado deve sim buscar o melhor modo de resolver a controvérsia. Todavia, é provável que, ao acompanhar a implementação da decisão, tenha de alterar medidas para que o objetivo seja, de fato, alcançado. Por vezes, a solução que antes parecia ser a melhor alternativa para o problema não apresenta os resultados esperados, ou se mostra mais onerosa que o previsto, ensejando sua substituição.

---

<sup>20</sup> Owen Fiss (1979, p. 29) entende ser função do Judiciário, não a resolução de litígios, mas o modo de atribuição de significados aos valores públicos constitucionais. Ciente de que disputas surgem o tempo todo durante o processo de evolução das sociedades, aponta a arbitragem como método capaz para a resolução de conflitos.

#### 4 A MEDIDA POR MEDIDA DO PROCESSO ESTRUTURAL

À postura positiva do juiz, muito mais do que à própria tripartição de Poderes, foi atribuído o desaparecimento recente da utilização das decisões estruturais em julgados da Corte norte-americana, em especial pelo temor à interpretação da Constituição com base apenas na perspectiva pessoal do magistrado (Gilles, 2003, p. 161) que, ao instituir soluções em longo prazo para a resolução do litígio, sem qualquer limitação para tanto, poderia propagar no tempo a emissão de ordens e criação de regras com base, em última análise, em sua própria moral, anunciando a intenção de fazer o bem e não mais aplicar e interpretar a finalidade do ordenamento já posto. A essa discricionariedade temerária é possível a condução de falsa existência em si, enquanto ser supostamente superior, cujo poder de decisão seria inquestionável, tanto que:

Neither the top-down concern expressed by the neo-federalists, nor the functional concerns of separation of powers jurisprudence captures the core, and very deep, critique that judges exercising broad, long-term remedial authority over local institutions are playing God: making rules and issuing orders based solely or largely on their own personal moral views. (GILLES, 2003, p. 161)<sup>21</sup>

Anos após a resolução do emblemático caso de *Brown vs Board of Education*, observou-se, nos EUA, a vulnerabilidade da atuação judicial quanto à autonomia atribuída ao julgador para a modificação de microssistemas estatais, de modo que tornou-se necessária a criação de algumas espécies de barreiras para a propositura de ações cuja pretensão seria a utilização das *structural injunctions*<sup>22</sup>.

Na peça em questão, Cláudio poderia ter perdido sua vida não fosse a interferência do Duque, cujo papel se mostrou ser o de conduzir e ponderar a própria peça, sem, contudo, atrair a atenção para si<sup>23</sup>, enquanto que, em situações não literárias, o magistrado poderia lesionar ainda mais a instituição a qual pretende corrigir a violação constitucional quando não vinculado a qualquer tipo de segurança normativa<sup>24</sup>, a qual somente adquire validade após superar um procedimento próprio, envolvendo discussões sobre a necessidade e o verdadeiro anseio social, o que não ocorre no curso de um procedimento judicial.

---

<sup>21</sup> Tradução livre: "Nem a preocupação hierárquica expressa pelos neo-federalistas, nem as preocupações funcionais de jurisprudência acerca de separação de poderes apreendem a crítica base, e muito profunda, de que os juízes, ao exercer autoridade ampla e a longo prazo sobre instituições locais, estão brincando de Deus: criando regras e emitindo ordens baseadas, exclusivamente ou em grande parte, em suas próprias visões morais." (Gilles, 2003, p. 161)

<sup>22</sup> Além da exigência dos requisitos já assentados, uma dessas barreiras se resume à restrição do requerente – somente poderia propor ação que ensejasse a aplicação de medidas estruturantes aquele que demonstrasse que foi ou que poderia ser atingido pela violação constitucional alegada, não sendo suficiente que apenas comprovasse o modo como foi atingido, caso envolvesse ação passada, mas também a persistência dos efeitos prejudiciais dela decorrentes. (Gilles, 2003, p. 164)

<sup>23</sup> Talvez seja por isso que, apesar da existência de solilóquios envolvendo as demais personagens, permitindo ao leitor a análise individual do psicológico de cada um deles, Shakespeare não se preocupou em fazer o mesmo para com o Duque.

<sup>24</sup> O juiz pode não possuir os conhecimentos necessários sobre a dinâmica da organização que pretende modificar e, devido também a outros fatores, pode ser compelido a escolher a solução que talvez não seja a mais adequada ao caso.

Embora a personagem representada por Duque tenha reestabelecido, ao menos momentaneamente, a ordem na peça, não é possível depreender, conforme já assentado, sua atitude como regular ou tampouco genuína, tendo em vista que ao final da peça deixa transparecer o caráter pessoal da motivação a qual gerou a condenação de Lúcio, o que torna duvidosa a consideração de uma continuação para além da resolução da trama principal – não é possível afirmar, por exemplo, que com a destituição de Ângelo e a volta de Duque ao poder o cenário se transformaria em exemplo de justiça e equidade; que Duque seria o verdadeiro oposto de Ângelo, fazendo jus à retomada da função de julgador.

Assim, tendo em vista a utilização das decisões estruturais como dependente de certa autonomia atribuída ao magistrado, relativamente afastado inclusive das amarras do ordenamento jurídico do qual é parte e para o qual deve agir em favor, bem como da volatilidade comportamental característica do ser humano em geral, o instituto, quando considerado em terras brasileiras, deve ser encarado com cuidado.

Um dos vários motivos aos quais foram atribuídos o enfraquecimento e a limitação das decisões estruturais ao longo dos anos em seu país de origem diz respeito, também, à restrição dos sujeitos afetados pela implementação da decisão estruturante, os quais poderiam questionar novamente o litígio causador da mudança<sup>25</sup>. Deste modo:

Because structural injunctions seek to reorganize bureaucratic organizations, they will necessarily affect people who, at the moment of the initial suit, have no relationship whatsoever to the organization but who may be brought into contact with the organization at some later day and only then be adversely affected by the decree. (Fiss, 1993, p. 970)<sup>26</sup>

Deste modo, ciente da ameaça que a atitude do julgador pode causar quando afastada do direito consolidado, além das diversas tentativas de controle desse instrumento instauradas em julgados norte americanos, seria arriscado admitir a implementação do instituto, da maneira como é conhecido em seu país de origem, no sistema jurídico brasileiro, uma vez o reconhecimento dos efeitos que o protagonismo judicial ilimitado pode causar.

Com efeito, o processual estrutural assume relevância e vem, aos poucos, compondo a agenda do Poder Judiciário brasileiro. Em uma sociedade culturalmente arraigada pela litigiosidade e com estruturas estatais fragilizadas pela incompetência e baixos níveis de funcionalidade, não razão para não se volver ao tema.

## CONCLUSÃO

---

<sup>25</sup> Esse é o direito individual de participação extraído do julgamento de *Martin v. Wilks*, em 1989. Owen Fiss, ao questionar esse direito como capaz de expor a decisão a um ataque permanente de indivíduos não participantes do processo de adjudicação, defende o direito de representação, de modo que bastaria a plena representação das vontades e necessidades de um grupo por um único sujeito capaz para tanto. Para mais informações, vide: FISS, Owen. *The Allure of Individualism*. **Iowa Law Review**. vol. 78, n.5, 1993, p. 965-980.

<sup>26</sup> Tradução livre: "Tendo em vista que as medidas estruturantes procuram reestruturar organizações burocráticas, elas afetarão, necessariamente, pessoas que, no momento inicial do processo, não possuem qualquer relacionamento com a organização, mas que dela podem se aproximar em algum momento depois e somente então ser negativamente afetada pela decisão." (Fiss, 1993, p. 970)

Como se pode observar, o presente estudo evidencia o perfil de instabilidade decorrente do uso das medidas estruturantes, especialmente em virtude da atuação desmedida do magistrado quando se utiliza desse instrumento.

As decisões estruturais, então, podem ser conceituadas como o instrumento utilizado pelo Judiciário para interferir, de modo contínuo e por meio de etapas bem definidas, na estrutura de instituições burocráticas, com a finalidade de resguardar os valores constitucionais ali violados, sempre tomando por base a interpretação dada pelo julgador em questão quanto ao conteúdo operacional derivado da norma.

Ao considerar a obra “Medida por Medida”, por um lado há Ângelo, personagem da trama de Shakespeare, que em um primeiro momento rejeita a produção legal como resultado de um processo histórico para ater-se à letra da lei, que sequer refletia mais a sociedade para a qual foi criada, para então propor atitude diversa (além de questionável) em seguida, o tempo todo em favor de sua vontade, como se fonte única e ideal de compreensão dos fenômenos que permeiam a vida em conjunto.

Tomando por base o papel do julgador quando utiliza o instituto examinado no trabalho, é possível afirmar que o irrestrito protagonismo judicial, nesse contexto, pode ser capaz de causar danos muito maiores do que aquele que pretende sanar, ainda mais por se tratar de reformulação de entidade burocrática, devido à sua complexidade e importância social. Se a interpretação é imanente ao sujeito e, portanto, submetida à carga valorativa que ele mesmo construiu ao longo da vida, bem como aos seus sentidos e modo de experimentar o mundo, é possível a atenção maior a sua maneira de melhor lidar com o problema do que com aquilo que o ordenamento realmente poderia conjecturar, colocando em risco a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

Deste modo, vale lembrar que por este mesmo motivo o uso desse instituto processual vem sofrendo restrições, em especial desde os anos 60 e 70, o que possibilitou o entendimento sobre seus reflexos e permitiu questionamentos acerca da legitimidade das mudanças ocorridas. A Suprema Corte norte-americana não demonstrou uma posição uniforme acerca da utilização desse modelo de reforma estrutural, decidindo ora contra, ora a favor de sua utilização.

Conclui-se, portanto, que embora o instituto das *structural injunctions* tenha contribuído de modo bastante contundente para a efetividade de disposições constitucionais norte-americanas em meados do século XX, sua legítima adoção pelo ordenamento brasileiro, tal como está, exige cuidado, o que nada impediria, contudo, que após mais estudos e propostas de limitações à atuação do magistrado, bem como acerca da carga de responsabilidade a incidir sobre os efeitos das medidas, que o instituto fosse conformado à realidade brasileira e em conformidade com os ideais esperados do Judiciário pela sociedade. Se a preocupação é tornar a esfera jurídica cada vez mais eficiente e digna de crédito social, os instrumentos não devem ser tratados como axiomas, mas questionados o tempo todo, especialmente em razão da realidade sobre a qual deve recair.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sergio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, vol. 225, p.389.

\_\_\_\_\_. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Revista de Processo Comparado: Rcp, Brasília, v.1, n.2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99442>>. Acesso em: 29 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**. In: ARENHART, Sérgio Cruz et al (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

BAUERMANN, Desirê. **Structural injunctions no Direito norte-americano**. In: ARENHART, Sérgio Cruz et al (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202.

CARVALHO, Isaias Francisco de. **A luta pelo direito nas interseções do literário com o jurídico**. *Revista da Faculdade de Direito Ufpr*, [s.l.], v. 57, p.269-282, 3 dez. 2013. Universidade Federal do Paraná. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v57i0.34567>.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FISS, Owen. **The Allure of Individualism**. *Iowa Law Review*. vol. 78, n.5, 1993, p. 965-980.

\_\_\_\_\_. **The Forms of Justice**. *Harvard Law Review*, n° 93, Nov. 1979. Disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers) >. Acesso em: 09 dez. 2016.

GILLES, Myriam. **An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops ... It's Still Moving!** *University of Miami Law Review*, Coral Gables, v. 58, n. 1, p.143-171, out. 2003. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1433&context=umlr>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. 238 p.

KELSEN, Hans. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. *The Journal Of Politics*, Chicago, v. 4, n. 2, p.183-200, maio 1942. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2125770>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WNF-Martins Fontes, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP.

PEGORINI, Fernanda Vecchi. Quando sou autoridade, não sou autoridade: identidade na ambivalência em *medida por medida*, de Shakespeare. **I Colóquio Internacional de Direito e Literatura**. Passo Fundo, v. 1, n. 1, 11-26, 2012. Disponível em: <[https://www.imed.edu.br/Uploads/ANAIS\\_2012\\_01.pdf](https://www.imed.edu.br/Uploads/ANAIS_2012_01.pdf)> Acesso em 29 de Maio de 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CORTÊS, Victor Augusto Passos Villan. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. n. 13. Rio de Janeiro: 2014.

SCHANZER, Ernest. **The Problem Plays of Shakespeare: A study of Julius Caesar, Measure for Measure, Antony and Cleopatra**. New York: Schocken Books, 1963.

SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. 144 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. Os modelos de juiz e a literatura. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Os modelos de juiz**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 227-236.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

