

REALISMO JURÍDICO E SENTENÇA ESTRUTURAL: A INFLUÊNCIA DO DIREITO CIVIL NO DIREITO PROCESSUAL

LEGAL REALISM AND STRUCTURAL INJUNCTION: THE CIVIL LAW INFLUENCE IN THE CIVIL PROCEDURE LAW

Frederico do Valle Abreu

Professor de Direito Civil no Centro Universitário IESB-DF. Mestre em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios no Centro Universitário IESB-DF. Advogado em Brasília – DF.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3635-3137>. *E-mail*: dovalleabreu@gmail.com

Resumo: Este estudo busca analisar o conceito da sentença estrutural ou estruturante no processo civil e demonstrar que seu surgimento e fundamento de validade só foi possível em razão da evolução da doutrina civil a partir do Código Napoleônico e após o surgimento da Escola do Realismo Jurídico.

Palavras-chave: Sentença estrutural. Escola da Exegese. Código Napoleônico. Realismo jurídico. Pragmatismo jurídico.

Abstract: This study seeks analyze the structural or structuring judicial injunction type in civil procedure law and to demonstrate that its rising and validity foundation was only possible due to the evolution of civil doctrine from the Napoleonic Code and after the emergence of Legal Realism School.

Keywords: Structural injunction. Exegesis Law School. Napoleonic Code. Legal Realism School. Legal pragmatism.

Sumário: **1** A sentença estrutural e sua compreensão no processo civil – **2** Experiências comuns das sentenças estruturantes nas jurisdições brasileira e estrangeira – **3** Fundamento histórico-ideológico da sentença estrutural: a influência do direito civil no direito processual – Conclusão – Referências

1 A sentença estrutural e sua compreensão no processo civil

A sentença é comumente ligada ao poder de inteligência e persuasão racional do magistrado e, nos dizeres legais do novo Código de Processo Civil brasileiro¹ (CPC/15), é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com ou sem resolução do

¹ Lei Federal nº 13.105, de 16.3.2015.

mérito da pendência jurisdicional, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução (art. 203, §1º).

No objeto da nossa análise, estão excluídas as sentenças que colocam fim ao processo sem a resolução, ou mesmo à execução. Ocupemo-nos das sentenças que efetivamente resolvem o mérito da demanda, a fim de verificarmos que nem sempre o comando jurisdicional dado às partes na interpretação da norma, em alguns litígios mais complexos, resolve definitivamente o conflito de interesses, necessitando o Estado-Juiz de atividades aditivas e colaborativas das partes.

Alguns direitos não são implementados e garantidos à parte litigante simplesmente com a ordem estatal emanada na sentença, devendo ser criado um modo mais proativo e racional de se chegar ao resultado desejável em etapas possíveis, a fim de não tornar o comando estatal ineficaz ou mesmo impossível de ser cumprido.

Isso acontece não raras vezes nos chamados litígios de massa ou na denominada jurisdição constitucional, como exemplo, ocorreu na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF nº 378, na qual basicamente se compôs o rito do *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff, ou mesmo nas recentes decisões ligadas à pandemia causada pelo coronavírus, nas quais o Poder Judiciário passou a, em alguns casos, buscar a construção de um modo escalonado para a reabertura de lojas comerciais em ruas e *shopping centers*, escolas etc., interferindo na gestão do Poder Executivo local. Os exemplos serão esmiuçados a seguir.

Nessas ocasiões, percebe-se que há um perfil diferenciado nas sentenças proferidas, vindo a processualística a chamá-las de sentenças estruturais ou estruturantes. Segundo Sérgio Cruz Arenhart, as sentenças estruturais podem ser compreendidas como aquelas “que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado”.²

Poderia isso até ser entendido como o hoje controverso *ativismo judicial*,³ mas disso não se trata, uma vez que as decisões estruturantes apenas dessumem do regime jurídico-normativo aplicável medidas concretas para a excepcionalidade

² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 225, 2013. p. 7.

³ Sobre o tema, Luís Roberto Barroso leciona: “Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969 [...]. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Atualidades Jurídicas*, Brasília, v. 11, 2011. p. 9.

do caso. Não é o caso, pois, de *ativismo* do Poder Judiciário nas políticas públicas estatais, mas, ainda, de aplicação das leis e da Constituição.

Diante disso, é de bom alvitre termos desde já em mente que sentença estrutural ou estruturante não é aquela apenas advinda de litígios coletivos (*lato sensu*) em face do Estado, mas toda e qualquer sentença que resolva litígio complexo intervindo nas atividades dos sujeitos envolvidos, seja em relações públicas seja particulares, de modo a criar uma maneira particular de cumprimento da ordem justamente em razão da forma peculiar de se implementar o direito.

Ela se diferencia, por assim dizer, da chamada sentença de perfil aditivo (sentença aditiva), pois nesta há questão ligada à inconstitucionalidade da lei, buscando aditar e adequar a interpretação da Constituição em razão da insuficiência do enunciado da lei, com intuito de ampliar sua hipótese de incidência (*Tatbestand*), a fim de amoldá-la ao parâmetro constitucional.

O habitat natural da sentença estrutural, pois, se dá nos *litígios complexos*, sendo os litígios de massa apenas um dos seus exemplos. Isso porque os litígios complexos não devem ser entendidos exclusivamente como aqueles que abarcam discussões sobre múltiplas questões de fato ou teses jurídicas complexas, mas simplesmente como aqueles que trazem em rota de colisão variados interesses e pretensões sociais, *todos eles* dignos de consideração. Exemplificativamente, pode-se ver o contraste entre direito à saúde e ao mínimo existencial individual x direito à alocação das verbas públicas de forma eficaz para todos no âmbito da saúde; direito ao meio ambiente equilibrado x direito de instalação de usina hidrelétrica que favorecerá toda uma coletividade etc.

Esses litígios complexos são tratados por Edilson Vitorelli como litígios de difusão irradiada e que “dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio”.⁴ Segundo o autor, assim se pode antever os litígios complexos:

[São] situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas.⁵

⁴ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Repercussões do novo CPC – Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 98.

⁵ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Repercussões do novo CPC – Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 97-98.

O Owen M. Fiss,⁶ emérito professor norte-americano da Universidade de Yale, observou em primeiro lugar na doutrina que esse tipo de sentença/decisão permite ao Poder Judiciário sair do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios individuais ou privados (a chamada *dispute resolution*), alçando-o ao posto de copartícipe e parte integrante do sistema político.

Nisso é preciso entender que deve ser permitido ao juiz alguma margem de manobra na criação da norma, sempre dentro dos parâmetros constitucionais e legais, por óbvio.⁷ Como asseverou Marco Felix Jobim, pioneiro na análise da doutrina de Owen M. Fiss sobre decisões estruturantes e sua possível aplicação no Brasil, o Poder Judiciário (o autor menciona basicamente o STF na passagem) “não pode escapar de debates essenciais à sociedade e à manutenção de um Estado Democrático de Direito, sendo oportuno defender, pois, sua legitimidade, para que se realize, no mínimo, as promessas constitucionais”.⁸

Dessa forma, ousamos discordar de Freddie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, quando asseveram que a sentença estrutural é somente aquela que “busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental [...]”.⁹

De fato, toda sentença, na maior ou menor medida, acaba por pretender concretizar um direito fundamental com melhor calibração da norma, não sendo isso uma exclusividade da sentença estrutural. Ainda que não se possa ter, em tese, nenhum direito fundamental em jogo, só o fato de se ter o acesso ao Poder Judiciário já é a concretização de um direito fundamental. O que se tem na sentença estrutural, em primeiro plano, é a resolução de controvérsia sobre *colisão* de direitos fundamentais. Isso sim é a primeira característica desse tipo de sentença e, daí, deriva o seu conteúdo complexo.

Também se discorda dos autores acima citados quando asseveram que a “principal característica dos litígios complexos para efetivação de reformas estruturantes é a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos”. Da forma como respeitosa e entendemos, essa também não é a principal característica do litígio complexo,

⁶ FISS, Owen. *Two models of adjudication apud* DIDIER JR., Freddie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 764.

⁷ Sobre o tema, vide ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 225, 2013. p. 398.

⁸ JOBIM, Marco Felix. *As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação*. 2012. Tese (Doutorado em Teoria Geral da Jurisdição e Processo) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. p. 118-119.

⁹ DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. p. 48 *et seq.*

mas sim a característica de uma sentença de natureza e eficácia determinativa inserida em um litígio complexo, esse entendido, frisa-se, como autoatribuições de pretensões resistidas que geram colisão de direitos fundamentais.

Mas não é só.

Em segundo lugar, tem-se que a sentença estruturante não visa somente definir e planejar direitos em um ente, organização ou instituição. Ela também se aplica perfeitamente a pessoas físicas ou jurídicas em conflitos individuais, ou seja, em relações jurídicas meramente privadas.

Basta verificar o que prevê o ordenamento jurídico na sentença que decreta a falência,¹⁰ ou mesmo na proferida em uma ação possessória.¹¹ No caso da falência, a sentença pode, por exemplo, regular as diligências necessárias para resguardar os interesses envolvidos da melhor forma que entender, inclusive nomeando administrador judicial ou convocando assembleia-geral de credores. Já na ação possessória, o juiz pode amoldar (natureza instrumental e fungível das tutelas) a proteção possessória à realidade dos fatos que venham a se alterar após o ajuizamento da demanda.

No Brasil, aliás, o art. 493 do CPC/15¹² permite esse entendimento, norma que sempre foi acolhida desde antes, como se via no art. 462¹³ do derogado¹⁴ Código de Processo Civil de 1973.

No caso, não é o juiz que simplesmente toma o poder como *agente ativo* e influenciador das esferas subjetivas dos outros sujeitos ou outros poderes, mas sim *age normativamente*, ou seja, dentro do espaço da lei, para concretizar medidas ativas possibilitadas pelo ordenamento jurídico. Isso não é nada mais que a mais pura essencial função judicial de “dizer o direito”, ou seja, criar e aplicar a norma a partir da Constituição e da lei.

Soma-se a esses exemplos também a possibilidade de uma sentença estruturante na fixação do regime de convivência na ação de guarda.

¹⁰ Cf. art. 99, Lei nº 11.101/05.

¹¹ Art. 554, CPC (Lei nº 13.105/15).

¹² “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

¹³ Art. 462, CPC/73: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

¹⁴ Houve derrogação, e não ab-rogação, uma vez que o procedimento referente à insolvência civil continua, até lei posterior modificativa, regulado pelo CPC/73, cf. art. 1.052 do novo CPC: “Art. 1.052. Até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. Os artigos que regulam o procedimento da insolvência civil no CPC/73 vão do 748 ao 786-A.

É de se ver que, conforme fundamentação neste estudo, também há casos complexos no direito das famílias. Assim, o método do *dispute resolution* pode e deve ser aplicado à formação das sentenças na fixação da guarda e regime de convivência, com a possibilidade de ocorrer nesses casos uma sentença estrutural.

A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Comumente no processo de família, não é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Não raras vezes, nem a pretensão do autor nem a do réu é a mais adequada para a tutela do *melhor interesse da criança ou do adolescente* no litígio familiar, de modo que a solução pode ser construída ou aferível somente no curso do processo. Daí a necessidade de ser a sentença estrutural no direito das famílias maleável com a regra da congruência objetiva externa.

O arcabouço legal brasileiro permite perfeitamente esse entendimento, tirando-se, por exemplo, a fundamentação dos seguintes artigos da Constituição Federal de 1988 (CF) e da lei (LINDB¹⁵ e CPC/15): CF, arts. 1º, III;¹⁶ 3º, IV¹⁷ e 5º, XXXV;¹⁸ LINDB, art. 5º;¹⁹ e CPC, arts. 139, IV;²⁰ 322, §2º;²¹ 489, §3º;²² 493 e parágrafo único.²³

Por fim, é de ser lembrado que, muito embora se diga que deve ser lembrada proibição de excesso (*Übermassverbot*), no que diz respeito às tutelas do melhor interesse do menor,²⁴ deve também ser lembrada muito mais a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), sendo, portanto, o direito das famílias também um campo propício para a sentença estruturante.

¹⁵ Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei nº 12.376/10.

¹⁶ Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁷ Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹⁸ Art. 5º: “[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁹ Art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

²⁰ 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”.

²¹ Art. 322, §2º: “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

²² Art. 489, §3º: “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

²³ Art. 493: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

²⁴ Em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (cf. art. 227, §1º, V, CF).

Desse modo, tem-se desde já como juridicamente possível e legítima a existência de uma sentença estruturante, que não pode ser entendida como ativismo judicial ou mesmo como mero *aditivo* de interpretação constitucional da lei. Ela é advinda de um litígio complexo, como se vê nos exemplos trazidos a seguir.

2 Experiências comuns das sentenças estruturantes nas jurisdições brasileira e estrangeira

Como exposto, comumente o perfil de sentença estrutural é visto em litígios de massa ou na jurisdição constitucional, mas não exclusivamente.

Na jurisdição estrangeira isso se vê, por exemplo, na pioneira decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (“SCOUTS”) no caso dos presídios superlotados da Califórnia de 2011²⁵ e o conhecido caso *Brown v. Board of Education*.²⁶

Na Alemanha, pode-se ver esse tipo de sentença no entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCFA) na Reclamação Constitucional julgada em 1982 (*BVerfGE* 59, 231),²⁷ que reverteu toda a jurisprudência trabalhista que até então julgava como autônomos (*free lancer – freie Mitarbeiter*) os trabalhadores de empresas de radiodifusão, para reconhecer a relação de emprego e direcionar o contrato de trabalho.

Na Colômbia, no julgamento em 2008 do seu Tribunal Constitucional que reuniu vários casos e problemas sobre o sistema de saúde para uma decisão única, com 32 diretivas a serem cumpridas.²⁸

²⁵ Caso *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493 (2011). *Docket* N. 09-1233, julgado em maio de 2011 (Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/493/>. Acesso em: 22 jul. 2020).

²⁶ Em resumo, em 1954 a SCOUTS julgou serem inconstitucionais as divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas pelo país, revertendo antigo entendimento de 1896 (*Plessy v. Ferguson*) que opinava pela possibilidade de segregação racial em todos os locais públicos, como escolas, cabines e assentos de trens, hospitais, praças etc. Frisa-se que essa decisão, muito embora unânime, não foi facilmente aceita na sociedade, principalmente em setores do sul, sendo necessária uma segunda deliberação da SCOUTS (*Brown II*) para ordenar que a dessegregação em locais públicos fosse efetivada.

²⁷ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Henning *et al.* Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005. p. 829. Disponível em: http://www.mpf.br/mpf/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020. O julgamento ocorreu no período da presidência do *Justice* Warren, adepto ao realismo jurídico. Na época de Warren, a SCOUTS promoveu, ainda que de forma silenciosa, inúmeras políticas públicas dos Estados Unidos, em patente jurisprudência progressista sobre direitos fundamentais.

²⁸ Sentença T-760/2008, de 31.7.2008, do Tribunal Constitucional da Colômbia (Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em: 21 jul. 2020).

Por fim, na seara do direito internacional público, podem-se citar como exemplos as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH),²⁹ que acabam por construir e escalonar uma forma peculiar de resolução de controvérsias internacionais, segundo os critérios do *ius gentium*.

No Brasil, temos, exemplificativamente, alguns casos julgados no Supremo Tribunal Federal (STF), como os conhecidos casos da greve dos servidores públicos (MI nº 670, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes; MI nº 708, Rel. Min. Gilmar Mendes e MI nº 712, Rel. Min. Eros Grau), nos quais, em 25.10.2007, o STF realizou radical mudança de sua própria jurisprudência e reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e declarou a inconstitucionalidade da omissão legislativa, com a aplicação, por analogia, da Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, adotando sentença de perfil aditivo.

Também o caso conhecido como Raposa Serra do Sol (Ação Popular nº 3.388/RR) acerca da demarcação de terras de grupo indígena, no qual o STF determinou inúmeras condicionantes para o exercício dos titulares indígenas do usufruto da terra demarcada em razão de o imóvel estar situado em zona de fronteira.

Outro exemplo, como já salientado, ocorreu na ADPF nº 378, na qual o STF basicamente compôs o rito do *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff.³⁰

²⁹ Para uma boa listagem desses casos e acesso ao inteiro teor dos acórdãos da CIDH, acesse o portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/jurisprudencia-corte-idh/sentecas/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

³⁰ Tira-se da conclusão do julgado: “[...] E nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que redigirá o acórdão: quanto ao item A, por unanimidade, em indeferir o pedido para afirmar que não há direito à defesa prévia ao ato do Presidente da Câmara; quanto ao item B, por unanimidade, em deferir parcialmente o pedido para estabelecer, em interpretação conforme à Constituição do art. 38 da Lei nº 1.079/1950, que é possível a aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado ao processo de impeachment, desde que sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes; quanto ao item C, por maioria, em deferir parcialmente o pedido para (1) declarar recepcionados pela CF/88 os artigos 19, 20 e 21 da Lei nº 1.079/1950, interpretados conforme à Constituição, para que se entenda que as ‘diligências’ e atividades ali previstas não se destinam a provar a improcedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia; e (2) para declarar não recepcionados pela CF/88 o artigo 22, caput, 2ª parte [que se inicia com a expressão ‘No caso contrário...’], e §§1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 1.079/1950, que determinam dilação probatória e segunda deliberação na Câmara dos Deputados, partindo do pressuposto que caberia a tal casa pronunciar-se sobre o mérito da acusação, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes; quanto ao item D, por unanimidade, em indeferir o pedido, por reconhecer que a proporcionalidade na formação da comissão especial pode ser aferida em relação aos partidos e blocos partidários; quanto ao item E, por maioria, em deferir integralmente o pedido, para estabelecer que a defesa tem o direito de se manifestar após a acusação, vencido o Ministro Marco Aurélio; quanto ao item F, por unanimidade, em deferir integralmente o pedido, para estabelecer que o interrogatório deve ser o ato final da instrução probatória; quanto ao item G, por maioria, em deferir parcialmente o pedido para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 24 da Lei nº 1.079/1950, a fim de declarar que, com o advento da CF/88, o recebimento da denúncia no processo de impeachment ocorre apenas após a decisão do Plenário do Senado Federal, vencidos, nessa parte, os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes, e declarar que a votação nominal deverá ser tomada por maioria simples e presente a maioria absoluta de seus membros, vencidos, nesse ponto, os Ministros

Mais recentemente, em razão da pandemia causada pelo coronavírus, o Poder Judiciário brasileiro também trouxe várias construções dessas decisões estruturantes, como se vê, por exemplo, na decisão de 15.5.2020 da Justiça Federal da Seção Judiciária do DF na Ação Civil Pública nº 1025277-20.2020.4.01.3400, movida por três esferas do Ministério Público da União em face do Distrito Federal, a fim de barrar a reabertura do comércio na localidade, entre outros pedidos.

No caso, a 3ª Vara Cível da Seção Judiciária do DF deferiu em parte o requerimento liminar³¹ dos autores, de modo a construir uma forma escalonada de

Edson Fachin (Relator), Gilmar Mendes e Marco Aurélio; quanto ao item H, por maioria, em deferir parcialmente o pedido para declarar constitucionalmente legítima a aplicação analógica dos arts. 44, 45, 46, 47, 48 e 49 da Lei nº 1.079/1950 – os quais determinam o rito do processo de impeachment contra Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República – ao processamento no Senado Federal de crime de responsabilidade contra Presidente da República, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes; quanto ao item I, por maioria, em deferir integralmente o pedido para declarar que não foram recepcionados pela CF/88 os arts. 23, §1º, 4º e 5º; 80, 1ª parte; e 81, todos da Lei nº 1.079/1950, porque estabelecem os papéis da Câmara e do Senado Federal de modo incompatível com os arts. 51, I; 52, I; e 86, §1º, II, da CF/88, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli e Gilmar Mendes; quanto ao item J, por unanimidade, em indeferir o pedido para afirmar que os senadores não precisam se apartar da função acusatória; quanto ao item K, por unanimidade, em indeferir o pedido para reconhecer a impossibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição do CPP relativamente ao Presidente da Câmara dos Deputados. Quanto à cautelar incidental (candidatura avulsa), por maioria, em deferir integralmente o pedido para declarar que não é possível a formação de comissão especial a partir de candidaturas avulsas, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Quanto à cautelar incidental (forma de votação), por maioria, em deferir integralmente o pedido para reconhecer que a eleição da comissão especial somente pode se dar por voto aberto, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Teori Zavascki, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O Tribunal, por maioria, acorda em resolver questão de ordem suscitada da tribuna para reafirmar o quorum de maioria simples para deliberação do Senado quanto ao juízo de instauração do processo, vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio, que estabeleciam o quorum de 2/3. Ausente, nesta deliberação, o Ministro Gilmar Mendes. Ao final, o Tribunal, por unanimidade, converteu o julgamento da medida cautelar em julgamento de mérito. Ausente, nesta questão, o Ministro Gilmar Mendes” (ADPF nº 378 ED. Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 16.3.2016, Processo Eletrônico *DJe*-163 Divulg 03-08-2016 Public 04-08-2016).

³¹ “...PELO EXPOSTO, modificando a decisão proferida em 06 de maio p.p., DEFIRO EM PARTE A LIMINAR PARA CONDICIONAR a abertura das atividades comerciais previstas nos blocos 1 e 2 da tabela 11 da Nota Técnica da Codeplan (id 232694887), mantendo-se o intervalo temporal de 15 dias para cada etapa de liberação, fixando protocolos sanitários para cada uma das atividades econômicas específicas, como já foi feito para as atividades bancárias, especificando entre outros, quantitativo de pessoas por metro quadrado para evitar aglomerações e permitir o distanciamento mínimo recomendado por autoridades de saúde; fornecimento de equipamento de proteção individual a todos os empregados, colaboradores, terceirizados e prestadores de serviço; disponibilização de álcool gel 70% para empregados e clientes; regras específicas de higienização do ambiente; regras de aferição de temperatura e de encaminhamento à rede de saúde de empregados ou clientes com sintomas; normas específicas que favoreçam o isolamento de pessoas idosas, crianças, gestantes e com doenças crônicas, tais como afastamento do trabalho, horário de atendimento especial ou com hora marcada, ou de entrega, escalas de revezamento de trabalho, regras para uso de banheiro e locais de alimentação, funcionamento em horários que melhor atendam a mobilidade dos trabalhadores que utilizam transporte público, indicando os órgãos responsáveis pela fiscalização. Quanto ao transporte público, necessário que também sejam fixadas regras de quantitativo de passageiros para evitar aglomeração dentro dos meios de transporte. Ainda, conforme proposto pelo Distrito Federal, deverá ser permitido acesso às partes dos dados referentes à ocupação de leitos hospitalares e UTIs, fluxo no uso de transporte coletivo, bem como demais elementos que

reabertura, interferindo na gestão do Poder Executivo local. Essa decisão foi posteriormente suspensa no tribunal competente.³²

Como se vê, são inúmeros os exemplos no Brasil e mundo afora da utilização dessa técnica para a resolução de conflitos complexos.

3 Fundamento histórico-ideológico da sentença estrutural: a influência do direito civil no direito processual

A construção histórica para a possibilidade da implementação legítima de uma sentença estruturante em dado ordenamento jurídico levou tempo. Como se viu acima, ela é empregada não só no direito de tradição romano-germânica, mas também anglo-saxã.

Ao longo da história, foi preciso o desenvolver da teoria jurídica e a quebra de sucessivos paradigmas para que o atual estágio de método interpretativo pudesse emergir. Por óbvio, essa evolução está permeada de ideologias, como se passa a comprovar a seguir. Busca-se, pois, encontrar o *locus* da sentença estruturante no espaço-tempo da ciência jurídica.

Atualmente, como preconiza a doutrina, é preciso que se admita certa atenuação da *regra da congruência objetiva externa* no direito processual civil, que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve. Eis o entendimento doutrinário³³ hodierno sobre o tema:

Além disso, é preciso que se admita certa atenuação da regra da congruência objetiva externa, que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, “de modo a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”. Em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside

permitam compreender de forma transparente as medidas que vêm sendo adotadas pelo Distrito Federal no combate ao COVID-19. Intime-se o Distrito Federal, para imediato cumprimento, por mandado a ser cumprido por Oficial de Justiça, devendo fazer juntar aos autos eventuais alterações do plano de retomada (tabela 11), bem como dos protocolos sanitários que se refiram às atividades que venha a flexibilizar, ficando na sua responsabilidade todas as campanhas educativas, medidas de fiscalização e divulgação, podendo reverter ou postergar qualquer medida de flexibilização conforme competência que lhe é atribuída constitucionalmente. Dê-se vista às partes de toda a documentação juntada aos autos. Encaminhe-se cópia da presente decisão ao ilustre Desembargador Federal Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal, ao qual foi distribuída a Suspensão de Segurança nº 1013870- 32.2020.4.01.0000”.

³² Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Suspensão de Segurança nº 1013870- 32.2020.4.01.0000.

³³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. p. 56-7.

os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação. A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo. Daí a necessidade de ser maleável com a regra da congruência objetiva externa. A flexibilidade da congruência objetiva supõe, por isso, que a interpretação do pedido (art. 322, §2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Basta imaginar uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o maior acidente ambiental da história brasileira. O andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais. A interpretação do pedido é seguida de perto pela necessidade da interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação e da decisão e da boa fé (art. 489, §3º, CPC). Segundo essa perspectiva, o art. 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência²⁵. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados.

A bem da verdade, esse entendimento doutrinário é a evolução da Escola da Exegese, evolução essa necessária e comum no desenrolar da dialética da quebra de paradigmas científicos.³⁴

Voltemo-nos, pois, à construção histórica do cientificismo jurídico a partir³⁵ da Escola da Exegese para melhor análise.

³⁴ Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

³⁵ A comunidade jurídica habitualmente informa que os antecessores dessa Escola foram, em geral, o jusnaturalismo, o positivismo e o contratualismo. A teoria jusnaturalista está ligada ao direito natural e possuía na

A Escola da Exegese³⁶ pontuava precipuamente que a palavra do legislador, escrita sob forma de lei, era basicamente a garantia do arbítrio judicial, de modo que ao juiz, intérprete dessa lei, não cabia qualquer função criativa ou modificativa da *voluntas legislatoris*.

O que havia, portanto, era uma metodologia estática da interpretação jurídica, sem qualquer outra influência valorativa (axiológica). Isso fazia total sentido à época³⁷ (e ainda o faz nas devidas proporções), pois os valores emergentes no sistema eram os da certeza, completude e previsibilidade do comando jurisdicional resultado da lei (*norma agendi*), chegando Michel Mialle a falar de um “fetichismo da forma” do direito.³⁸ O juiz neste caso era a mera “boca da lei”, na expressão consagrada no meio jurídico, consagrando-se a teoria da separação dos poderes³⁹ na sua forma mais pura.⁴⁰

Idade Média influência teológica. A racionalidade antropocêntrica que ali despontava tinha seus expoentes filosóficos em Thomas Hobbes e Rousseau. Em contraposição à teoria anterior surge o juspositivismo. A Escola Positivista tem Augusto Comte como seu precursor ideológico e filosófico. Segundo Comte, as organizações sociais deveriam ultrapassar a teologia e a metafísica para chegar na fase positivista, de modo a deixarem para trás o comando dos deuses ou dos princípios abstratos e passarem a serem regidas pelo conhecimento empírico do homem. No direito, essa influência culminou no juspositivismo, no qual deve-se dar importância apenas ao que é dito válido pelo Estado, sendo justo apenas o que é válido, sem maiores comprometimentos axiológicos com outras influências no campo normativo. Teve por expoente o jurista Hans Kelsen. Já o contratualismo busca basicamente a origem da sociedade para, a partir daí, buscar entender e regular as consequências. A partir de Thomas Hobbes (o Leviatã) houve a contraposição de John Locke, com a ideia de pacto social para as correções das imperfeições do estado natural do homem. Nessa toada, despontou o filósofo Rousseau, com a conhecida obra *O contrato social*, demonstrando que a sociedade tem nítido caráter contratualista, assim entendido pela manifestação de um ente heterônomo capaz de cassar a voz da vontade privada que prejudique o bem comum e a vontade geral. Obviamente essas teorias e escolas são interdependentes, não sendo simplesmente sucessivas no momento histórico, mas subsistem ainda hoje como influências ideológicas em qualquer sistema jurídico-social.

³⁶ Cf. ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza, saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milão: Giuffrè, 1984. p. 112 *et seq.*

³⁷ Essa obra de Proudhon pode ser lida no original em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6462763c/f14.image.textelimage>. Acesso em: 26 ago. 2020. Solicitamos ao atento leitor para não confundir esse doutrinador com seu primo Pierre-Joseph Proudhon, expoente francês tido por primeiro ideólogo anarquista que viveu na mesma época.

³⁸ MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994, *passim*. O autor ainda assevera, citando lição dos irmãos Mezeaud, que, no “Antigo Regime, o costume era quase a única fonte do direito privado [...]. A redacção do Código Civil secou, praticamente, essa fonte. Pelo contrário, o costume continua muito vigoroso nos países anglo-saxónico” (MEZEAUD, H. L.; MAZEAUD, J. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1972 *apud* MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994. p. 208). Vale lembrar que os insígnis juristas e irmãos Mezeaud sempre nos incentivam a estudar a história, “cuja importância para o jurista nunca será de mais sublinhar” (cf. tradução livre em *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1972. p. 39).

³⁹ Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993, *passim*.

⁴⁰ O que tempos depois passou a ser impermeada pela teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), também inicialmente formulada pelo mesmo Montesquieu após a Revolução Francesa e adotada em nossa Constituição Federal de 1988.

A Escola da Exegese durou conforme a *communis opinio doctorum* de 1804 a 1889, passando daí a declinar. Teve a sua expressão máxima a partir do Código Napoleônico (Código Civil francês, que entrou em vigor em 21.3.1804).

Após a Revolução Francesa, com o advento do liberalismo e surgimento do juspositivismo, iniciou-se nova fase da ciência do direito,⁴¹ consolidando-se a referida Escola em toda a tradição romano-germânica. No seio doutrinário, isso culminou, em 1809, na conhecida obra *Cours de droit français*, de Jean-Baptiste-Victor Proudhon, Deão da Escola de Direito de Dijon, cuja obra foi uma das primeiras a tratar com rigor científico-metodológico, com forte retomada do direito romano, a interpretação que se deveria dar ao Código Napoleônico.

O pensamento de Proudhon quebrou os paradigmas exegéticos dos costumes do Antigo Regime, para se implementar no âmbito doutrinário a pura aplicação da vontade da lei com rigor metodológico e nos termos do art. 4º do Código Napoleônico, que assim ainda dispõe e serviu de influência para inúmeros outros ordenamentos jurídicos não só da Europa, mas também de todos os continentes: “Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.⁴²

Cumprido frisar que o *Code Napoléon* exerceu por longo período função quase constitucional, regulando e defendendo as estruturas mais caras à burguesia (família, propriedade e contrato) como direito fundamental e de forma mais contundente do que as muitas constituições que a França viu por ela passar.

Naquele dado momento histórico, e ao menos até o declínio da Escola da Exegese ao final do século XIX, como se viu, não seria juridicamente concebível ou válida a existência de uma sentença do tipo estrutural. O que vigorava no entendimento da ciência ou filosofia do direito (“jurisprudência”) à época era o “codicismo”,⁴³ com o pretense entendimento de que não haveria um caso concreto sequer que não fosse previsto na lei.⁴⁴

Paralelamente, enquanto a França e o mundo se deslumbrava com o seu Código Civil, a comunidade jurídica da vizinha Alemanha no início do século XIX, liderada por ninguém menos que Savigny,⁴⁵ como reação à Escola da Exegese, criou

⁴¹ Para aqueles que assim entendem o direito como ciência.

⁴² Em tradução livre: “O juiz que se recusar a julgar a pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, pode ser processado como culpado de denegação de justiça”. Diante da completude do ordenamento, era e é vedado o *non liquet*.

⁴³ Eis o dogma da plenitude do Código: a lei não possui lacunas.

⁴⁴ Principalmente no Código Napoleão.

⁴⁵ Friedrich Carl von Savigny foi um jurista alemão do século XIX e até hoje vivo no pensamento do direito. É considerado o fundador do moderno direito internacional privado, tendo criado a ideia de sistema no direito, considerando o ordenamento jurídico de um povo uma realidade viva, trazendo a concepção das ciências naturais para o direito. Para maior detalhe sobre vida, obra e influência de Savigny, consultar o capítulo introdutório de RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

o que depois veio a ser consagrada como Escola Histórica do Direito.⁴⁶ Também pudera: se a França foi influenciada pelo Iluminismo, a Alemanha estava vivendo a herança deixada por Hegel e sua filosofia historicista, de modo que houve natural reação ideológica ao abstracionismo legalista francês. Vigorava na consciência social tedesca o romantismo alemão, opondo-se ao racionalismo francês.

Os juristas, assim, encabeçados por Savigny, preocupavam-se com a natureza das coisas e se inseriam no seio social, entendendo que nenhuma lógica formal seria capaz de alterar a ordem natural percebida. Essa escola preconizava, então, que a sociedade era produto dinâmico das forças das relações humanas no desenrolar histórico. Daí a influência de Hegel, com a sua razão dialética histórica, em Marx.

Após o declínio da Escola da Exegese, com o surgimento da *Segunda Revolução Industrial*⁴⁷ e com a aparecimento das primeiras alterações no texto do Código Napoleônico, após longa e natural discussão dos influxos ideológicos da sociedade que surgia, passou a ser encampada no meio jurídico a tese que depois veio a ser chamada de *ideologia dinâmica da interpretação jurídica*, sobrelevando a partir dali os influxos das escolas do realismo e historicismo do direito.

É de se perceber que o direito pode ser, nessa visão histórico-ideológica, visto simplesmente como uma projeção normativa da instrumentalização de princípios ideológicos e controle de poder de determinado grupo social em dada época. Não foi diferente o caminho trilhado por essas escolas.

Nessa toada de críticas e influxos ideológicos no direito, entre outras tantas vertentes de escolas interpretativas que queriam se ver livres dos exegetas da

⁴⁶ Savigny em sua juventude demonstrava interesse na lógica positivista formal, por influência de seus estudos de direito romano e da escola pandectista alemã, que bebia da fonte do Código Justiniano. Quando do surgimento do Código Napoleônico, existiam os partidários que viam como necessário ser feito o mesmo na Alemanha. Em um primeiro momento, por razões políticas, Savigny foi ferrenhamente contrário à ideia, por entender que naquele momento histórico a Alemanha ainda estava dividida em muitos pequenos estados, feudos e burgos, não existindo unificação que levasse à aplicação de uma única lei para todos. Isso mudou toda a sua concepção do direito. Diante da influência pandectista e por serem eles sucessores históricos do direito romano, defenderam a criação e implementação gradual de uma legislação temporária, que pudesse ir sedimentando as leis romanas aos costumes locais nos diferentes povos ali divididos. Somente assim poderiam legitimar e unificar posteriormente a lei em um só código, após preservar e respeitar a cultura e os costumes dos povos que viviam na Alemanha. Foi o que foi feito, vindo o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*, ou BGB) a ser desenvolvido e idealizado somente a partir de 1881, e publicado em vigência desde 1^o.1.1900, com uma Alemanha já unificada. Savigny não chegou a ver o BGB, pois morreu em 1861. Saiu-se vitorioso na polêmica sobre a codificação em seu país e deixou a todos um legado jurídico monumental.

⁴⁷ Segunda metade do século XIX até o final da Segunda Guerra Mundial. Diz respeito aos avanços tecnológicos da indústria que se expandiram, saindo da Inglaterra e indo encontrar a França, Alemanha, Rússia, Japão e Estados Unidos, evoluindo com técnicas que se utilizam agora do aço, eletricidade e petróleo, e não mais apenas o ferro, carvão e o vapor. Isso gerou profunda transformação social. Para maiores detalhes, v. WILSON, Daniel C. S. Arnold Toynbee and the Industrial Revolution: the science of history, political economy and the machine past. *History and Memory*, v. 26, n. 2, p. 133-161, Fall/Winter 2014.

época que permeavam todo o Velho Mundo, surgiu, em 1899, a célebre obra de François Geny *Método de interpretação e fontes em direito privado positivo: ensaio crítico*, pregando com profundo rasgo na Escola da Exegese, em plena França das cadeiras universitárias de direito civil que não ensinavam nada além Código Napoleônico e seu dogma da completude da lei, o método da *livre investigação científica do direito*, com base nos costumes e na doutrina para se encontrar a completude da lei “fora dela”.

Isso teve vital importância no desenvolvimento das escolas do direito, pois a partir dali passou-se a perceber que o jurista podia e deveria ir além da lei, muito embora pudesse partir dela. Dava-se ao método jurídico maior liberdade e legitimidade, o que abriu espaço pleno para o realismo.

A Escola do Realismo Jurídico, por não ser a construção jurídica autóctone, surgiu e cresceu não só na Europa, inclusive no direito escandinavo,⁴⁸ mas também alçou voo no início do século XX para a América.⁴⁹

No realismo que se desenvolveu na parte setentrional da Europa, por exemplo, encontramos em Karl Olivecrona⁵⁰ profunda análise dos desdobramentos psicológicos da norma⁵¹ em seus destinatários (psicologia social), bem como a concepção de um direito válido que não assegura nem o fato nem o dever-ser, pois

⁴⁸ Ver a obra do dinamarquês Alf Ross (*Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, *passim*), influenciado pelo sueco Axel Hägerström, que por sua vez fundou a chamada Escola de Uppsala, herança do realismo jurídico e do Círculo de Viena.

⁴⁹ Na América do Norte, passou a ganhar expressão Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, considerado símbolo do pragmatismo em suas atuações perante os Tribunais. Acerca do pensamento de Holmes Jr., vide o artigo “O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.”, do insuperável Prof. Arnaldo Sampaio de Godoy (GODOY, Arnaldo Sampaio de. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.* Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Arnaldo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 ago. 2020). Ou ainda, do mesmo autor: A trajetória de Holmes Jr., o herói do Direito dos EUA. *Conjur*, 3 fev. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-03/embargos-culturais-trajetoria-holmes-jr-heroi-direito-eua>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁰ Um dos autores escandinavos de maior destaque, bastante citado por Alf Ross.

⁵¹ Essa questão também pode ser abordada com base na doutrina marxista. Nara Roberta Silva, em artigo intitulado “Sobre a dinâmica da ideologia à luz da interpretação luckásiana”, com base em Marx, assevera que a concepção histórica e ideológica da realidade “só ocorre a partir de uma pré-formulação ideal da mesma, a qual tem lugar na consciência do agente (MARX, 1985, p. 149-150) – esta última emergente e conformada a partir do próprio imperativo de atuar sobre o mundo. A grande questão, então, é que a realidade objetiva aparece como o ponto de partida efetivo para o desenvolvimento social e histórico e para a compreensão do mesmo. Porém, ela só pode ser elucidada através de sua interrelação com a subjetividade, a qual exerce um papel decisivo – já que a consciência então se configura como um guia da e para a ação. Com isso, se antes eram visualizadas em oposição ou mesmo em contradição, com Marx, realidade objetiva e subjetividade passam a ser compreendidas em sua necessária relação não dicotômica – onde se entende o lugar de cada uma a partir da interação entre ambas. O materialismo marxiano, assim, localiza na realidade objetiva a determinação fundamental, sem deixar de atribuir aos produtos da consciência uma atuação não só possível, mas, sobretudo, necessária”. Vide SILVA, Nara Roberto. Sobre a dinâmica da ideologia à luz da interpretação luckásiana. *Mediações*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 338-358, jan./jul. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Frederico/Downloads/20370-102845-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

o fato é um imperativo da lei e o dever-ser não se encontra na natureza. Haveria apenas o dever descoberto na *norma* pelo magistrado, que tem como fundamento o fato e o dever-ser, direcionado a um indivíduo de fato inserido na natureza.⁵²

A influência de outras ciências no direito também só foi possível após o surgimento das escolas historicista e realista, ambas ligadas diretamente ao contraponto da Escola da Exegese.⁵³ Buscava-se novamente, antes mesmo de uma legalidade, uma *legitimidade* ao direito.

Com o realismo, pode-se até mesmo dizer que a grandiosidade do positivismo jurídico foi readequada.⁵⁴ O enfoque não seria mais apenas o da “validade” da norma e as reminiscências à norma superior, conforme a teoria pura de Kelsen, mas sim a preocupação com a “vigência” e “aplicação eficaz” dela, perquirindo-se sobre o comportamento de seus destinatários e com o sentimento de sua obrigatoriedade.

O discurso dessa escola é de fato condizente com o momento histórico da sociedade da época, após a segunda metade do século XIX, com o surgimento da Segunda Revolução Industrial. Em contrapartida ao formalismo exacerbado da Escola da Exegese, passou a comunidade jurídica a pregar cada vez mais a legitimidade do direito posto como aquele que o magistrado anuncia no momento da concretização judicial. Isso é o que se entende por *norma*, e o resultado é relativo ao caso concreto. Daí o relativismo do direito.

Como veio a dizer Antonio Carlos Wolkmer, “numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como ‘reais’, ‘justas’ e ‘éticas’”.⁵⁵ O dogma da neutralidade axiológica e da legalidade, pois, foi suplantado.

Isso também gerou uma *jurisprudência* com maior embasamento filosófico, de modo a orientar a realidade inesperada e avassaladora que a sociedade via descortinar. Buscou-se uma melhor conformação da lei (ainda prevalecente como fonte primária do direito) à realidade social do homem ante as circunstâncias econômicas, históricas, antropológicas, psicológicas etc.

⁵² OLIVERCRONA, Karl. *El derecho como hecho*. Tradução de Jerónimo Cortes Funes. Buenos Aires: Depalma, 1959, *passim*.

⁵³ Foi o caso do “bom juiz Magnaud”, como era conhecido, em sua atuação de 1889 a 1904 e quando ele presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Tierry. Em plena França do Código Napoleônico, ele chegava a chocar a comunidade jurídica com decisões que eram totalmente avessas à Escola da Exegese, de modo que não se preocupava com a lei, mas com o caso concreto, privilegiava a equidade, ainda que tivesse de decidir *contra legem*.

⁵⁴ Este pensamento é tirado de Alf Ross (*Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, *passim*), bem como de Friedrich Müller (cf. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011).

⁵⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 89.

A exegese passou a ter como norte a contextualização da norma ao meio em que o próprio homem espacial e temporalmente se encontrava e, com isso, a metodologia da interpretação da lei se alterou, primando por um viés sistêmico e funcional (até mesmo prático), de modo a adaptar não só a lei, mas o direito, à realidade imanente ao caso concreto com que o magistrado se depara.

O monopólio do legislador e a autossuficiência da lei apregoada no art. 4º do Código Napoleônico foram superados, cedendo paulatinamente lugar, ainda que vigorante a ideia dos *checks and balances* desde Montesquieu, como visto acima, a outras fontes do direito e o papel principal do juiz na construção da medida adequada para se dizer a lei, ou seja, para se chegar à norma. A vontade do legislador, por assim dizer, deixou de ter *toda* a relevância,⁵⁶ passando a existir a criação do direito de forma mais autônoma, marcada pelo limite do chamado Estado constitucional do direito.⁵⁷

É justamente com esse cenário político-social-econômico que surgiu a voz de uma doutrina jurídica de vanguarda em evolução desde o Código Napoleônico. Somente ali se falou pela primeira e se passou a discutir o que antes era inconcebível: o *ativismo judicial* e o *pragmatismo jurídico*.

Tudo isso só foi possível, como se procurou demonstrar acima com o esboço histórico, com a evolução do próprio direito civil, que é muito anterior a qualquer direito constitucional conhecido. Diante disso, somente com o surgimento da Escola do Realismo Jurídico, que o direito civil veio a permear as técnicas processuais de se redigir a sentença e dar o comando estatal de forma mais eficaz para o caso concreto de litígios complexos que surgiam, a fim de que não ocorresse o odioso *non liquet*.⁵⁸

⁵⁶ Vê-se em Eros Grau o ensinamento de que o direito é dinâmico e é insuficiente a ideologia estática da interpretação jurídica, não se podendo ter como suficiente apenas o pensamento voltado à "vontade do legislador". Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 129.

⁵⁷ Para aprofundamento do tema, *vide* o capítulo "Interpretação e/ou Argumentação", do volume I do livro *O justo*, de Paul Ricoeur (RICOEUR, Paul. *O justo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008).

⁵⁸ Esse tema pode ser aprofundado em Habermas. *Vide* HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 57 *et seq.* Sobre o tema da completude da norma, encerramento do sistema e modernas técnicas hermenêuticas, *vide* estudo da lógica paraconsistente criada pelo brasileiro Newton da Costa. Cita-se: COSTA, Newton C. A. *Sistemas formais inconsistentes*. Curitiba: UFPR, 1993. Do mesmo autor: *O conhecimento científico*. 2. ed. São Paulo: Discurso, 1997. Ainda: COSTA, Newton C. A.; KRAUSE, Décio. *Notas de lógica*. Parte I: Lógicas proposicionais clássica e paraconsistente. Florianópolis: UFSC, 2007. Sobre colmatação de lacunas pelo juiz, afastando-se um pouco do pensamento de Ross e Holmes, *vide* CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 58 *et seq.* Ainda sobre a questão do sistema, *vide* capítulo 9 intitulado "Política e Direito", da obra de Niklas Luhmann, em que se lê o excerto: "O que existe como direito já não é mais resultado da presença de conflitos para cuja solução tiveram de ser desenvolvidas regras generalizáveis; o que se tem é o direito, na intenção de realizar fins

Aí, boa parte por influência da evolução do direito civil desde o momento histórico do Código Napoleônico de 1804 até o surgimento do realismo jurídico⁵⁹ no final do século XIX e início do século XX, que se fez nascer na teoria processual a possibilidade de a doutrina aventar uma sentença com um perfil diferente do tradicional, para dar respostas a litígios complexos de uma sociedade cada vez mais complexa e sistêmica, o que depois ficou conhecido como a nossa *sentença estrutural*.

Essa doutrina foi paulatinamente e cada vez mais sendo incorporada na consciência dos juízes, surgindo então nos Estados Unidos no início da segunda metade do século XX uma das primeiras sentenças estruturais diretamente ligada à Escola do Realismo Jurídico: o caso *Brown v. Board of Education*, já referido no capítulo acima, de 1954.

A partir do realismo – muitos parecem esquecer – a metodologia jurídica do século XX foi sendo desenvolvida por privatistas. Basta verificar, a título de comprovação, que o atual núcleo das decisões que envolvem o direito constitucional advém da utilização dos *princípios* e de toda teoria que os envolvem criada no século XX e até hoje utilizada com as láureas acadêmicas dadas a Robert Alexy⁶⁰ e a Ronald Dworkin.

Essa teoria dos princípios foi verdadeira e primeiramente iniciada por Josef Esser⁶¹ no âmbito do direito civil, sendo a ponte utilizada tanto por Alexy, quanto

políticos, a criar conflitos, mas somente aqueles para cuja solução será invocado o direito. E uma vez que a possibilidade de ativar a política para modificar o direito reproduz-se continuamente na comunicação social, e dado que o próprio direito legitima essa ativação legalizando a atividade legislativa parlamentar, na prática do direito isso resulta da necessidade de distinguir entre a origem das modificações jurídicas por meio da interpretação ‘ativa’ do direito e a espera por uma nova forma de opinião política. Afinal, a positividade do direito e a democratização da política apoiam-se reciprocamente e, com tal força, têm impregnado o que hoje se apresenta como sistema político e como sistema do direito, tornando-se difícil perceber aí dois sistemas diferentes e, mais ainda, dois sistemas livres de coincidências e fechados em sua operação. Mas é precisamente a democratização da política que exige, finalmente, mais proteção jurídica individual do particular, sobretudo quanto a seus direitos constitucionais” (LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Sérgio Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016).

⁵⁹ Em suas três vertentes: psicológica, de Olivecrona; social (comportamental), de Ross e pragmática, de Holmes Jr.

⁶⁰ Seus estudos culminaram na publicação do conhecido *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt e Main: Shurkamp Verlag, 1986). No Brasil, aliás, a influência e importância de Robert Alexy são tamanhas, principalmente após a tradução de seu livro *Teoria dos direitos fundamentais* pelo Prof. Virgílio Afonso da Silva, publicado em 2006 (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2017), que chega a dizer que não encontro uma sentença judicial sequer que trate de colisão de direitos fundamentais proferida no século XXI sem a utilização de seus ensinamentos ou sem a sua citação.

⁶¹ Esser faleceu em 1999. Estudou pioneiramente a questão dos princípios no direito privado e é citado nas obras de Alexy e Dworkin. Além de grandioso estudo do direito das obrigações e outros, deixou em seu legado o *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung*, de 1956 (*Princípio e norma na criação jurisprudencial do direito privado*). Há uma tradução para o espanhol do Prof. Eduardo Valentí Fiol, sob o título de *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (Bosch, 1961).

por Dworkin, para transportar a metodologia privatista para o direito constitucional no final do século XX e início do século XXI.

Toda essa técnica da principiologia jurídica também passou, pois, por influência direta do direito civil a partir da Escola do Realismo Jurídico, a ser empregada na técnica processual das sentenças estruturais, de modo que, hoje, o que antes era impossível ser concebido a um comando judicial, é não só possível, como até mesmo recomendável, em casos de litígios complexos.

Demonstrou-se, pois, que o realismo jurídico e o desenvolvimento do próprio direito civil influenciaram o direito processual a partir da segunda metade do século XIX, o que até hoje se vê no caso das sentenças estruturais.

Conclusão

Ao contrário do que boa parte da doutrina sustenta, a sentença estrutural não é somente a que pode existir em litígios coletivos, pois também é tecnicamente possível dar espaço a ela em *microlitígios*. Isso foi visto nos exemplos dos casos de guarda de menores e outros derivados do direito das famílias, em questões possessórias e também falimentares. O que importa para a utilização da técnica da sentença de perfil estruturante é a configuração do *litígio complexo*, em que outros métodos de resolução de conflitos devem ser implementados para maior eficácia do comando jurisdicional e da norma.

Daí surgem os métodos da *dispute resolution*, *structural reform*, entre outros, de modo a se permitir que o Poder Judiciário saia do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios complexos justamente em razão da peculiaridade cada vez mais complexa das relações sociais, surgindo a necessária atuação do juiz inserido na comunidade em que vive e integrante do sistema político. O próprio caráter da historicidade dos direitos fundamentais assim exige.

A mesma conclusão sobre a obra de Esser encontrei no insigne Otávio Luiz Rodrigues Jr. (*Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 9): “As bases dessa metodologia jurídica do século XX, liderada por privatistas, encontram na obra de Josef Esser (1910 – 1999) a ponte para a questão dos *princípios*, a qual viria a se tornar o núcleo da teoria da decisão do Direito Constitucional contemporâneo. Uma vez mais, está no Direito Privado, não apenas no Direito Civil, a chave para se entender problemas como o sopesamento, ponderação e colisão de princípios, os quais viriam a assegurar as glórias acadêmicas, ao final do século passado, a Robert Alexy e a Ronald Dworkin”. Talvez a possível explicação para o relativo esquecimento do nome deste autor (nunca de sua obra!) pode ser encontrada em seu obituário, escrito pelo Prof. Wolfgang Zöllner e encontrado na internet em tradução livre: “Desde sua aposentadoria em 1977, viveu recluso e deixou de dar aulas. Ele quase não participou da discussão científica. Apesar disso, seu nome está plenamente presente no mundo jurídico” (ZÖLLNER, Wolfgang. *Obituário de Joseph Esser*. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20080605160721/http://www.uni-tuebingen.de/uni/qvo/Tun/TUN95-23.html>. Acesso em: 29 ago. 2020).

Não trata a sentença estrutural, pois, de *ativismo judicial* no sentido de criação de norma fora da validade e vigência do ordenamento jurídico, mas apenas de interpretação evoluída a partir da Escola da Exegese e em contrapartida a ela, vindo a evolução do próprio direito civil, como se viu, a influenciar a técnica da elaboração da própria sentença no processo civil. Assim, trata-se de influência direta do direito civil no direito processual e, ousamos dizer, no próprio direito público.

O maior peso dessa influência do direito civil no processo civil, como se procurou demonstrar, surgiu justamente com a Escola do Realismo Jurídico, a partir da Segunda Revolução Industrial, em razão dos crescentes e complexos conflitos sociais que passaram a também surgir, demandando do juiz uma calibração da interpretação da norma que pudesse, de fato, resolver com maior eficácia os problemas cada vez mais complexos trazidos ao Poder Judiciário. Eis o palco para o surgimento da sentença estrutural.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 225, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Atualidades Jurídicas*, Brasília, v. 11, 2011.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- COSTA, Newton C. A. *O conhecimento científico*. 2. ed. São Paulo: Discurso, 1997.
- COSTA, Newton C. A. *Sistemas formais inconsistentes*. Curitiba: UFPR, 1993.
- COSTA, Newton C. A.; KRAUSE, Décio. *Notas de lógica*. Parte I: Lógicas proposicionais clássica e paraconsistente. Florianópolis: UFSC, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017.
- ESSER, Joseph. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de. A trajetória de Holmes Jr., o herói do Direito dos EUA. *Conjur*, 3 fev. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-03/embargos-culturais-trajetoria-holmes-jr-heroi-direito-eua>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de. *O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.* Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Arnaldo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 ago. 2020.

- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- JOBIM, Marco Felix. *As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação*. 2012. Tese (Doutorado em Teoria Geral da Jurisdição e Processo) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Repercussões do novo CPC – Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Sérgio Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MEZEAUD, H. L.; MAZEAUD, J. *Leçons de droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1972.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.
- OLIVERCRONA, Karl. *El derecho como hecho*. Tradução de Jerônimo Cortes Funes. Buenos Aires: Depalma, 1959.
- PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. *Cours de droit français*. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6462763c/f14.image.texteImage>. Acesso em: 26 ago. 2020.
- RICOEUR, Paul. *O justo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Henning et al. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 22 jul. 2020.
- SILVA, Nara Roberto. Sobre a dinâmica da ideologia à luz da interpretação luckásiana. *Mediações*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 338-358, jan./jul. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Frederico/Downloads/20370-102845-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

WILSON, Daniel C. S. Arnold Toynbee and the Industrial Revolution: the science of history, political economy and the machine past. *History and Memory*, v. 26, n. 2, p. 133-161, Fall/Winter 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ZACCARIA, Giuseppe. *Emeneutica e giurisprudenza, saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milão: Giuffrè, 1984.

ZÖLLNER, Wolfgang. *Obituário de Joseph Esser*. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20080605160721/http://www.uni-tuebingen.de/uni/qvo/Tun/TUN95-23.html>. Acesso em: 29 ago. 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ABREU, Frederico do Valle. Realismo jurídico e sentença estrutural: a influência do direito civil no direito processual. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 17-38, out./dez. 2023. DOI: 10.33242/rbdc.2023.04.002.

Recebido em: 06.04.2021

Aprovado em: 25.07.2021