

Regulação responsiva e processo estrutural: um diálogo possível?

Responsive regulation and structural injunction: a possible dialogue?

Submetido(submitted): 12 February 2025

Parecer(reviewed): 20 February 2025

Revisado(revised): 28 February 2025

Aceito(accepted): 28 February 2025

Alexandre Gianni*

<https://orcid.org/0009-0007-2588-5772>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] To analyze potential points of contact between the structural injunction and the theory of responsive regulation, assessing the compatibility of using responsive strategies – such as the tit-for-tat strategy, regulatory tripartism and nodal governance – in pursuing the objectives of structural injunction.

[Methodology/approach/design] Theoretical approach, based on a literature review of the theory of responsive regulation and the structural injunction, promoting a comparative analysis of their fundamental characteristics, similarities and differences. The study will also promote case analysis, seeking to identify elements that may confirm or refute the hypothesis raised.

[Findings] The flexibility of the procedural path and the relaxation of the rules of objective congruence and demand stabilization proposed for structural injunctions – aiming at consensual and dialogical construction of solutions for complex structural issues – enable the adoption of various atypical measures of execution and cooperation, which can be modified as necessary, depending on the evolution of restructuring during the process. Thus, the intrinsic flexibility and consensual nature of the structural injunction allow for the use of responsive strategies to better align the defendant(s) with the structural decision and encourage greater involvement in the restructuring project.

[Practical implications] The conclusion of this article holds significant practical implications, as it advocates for the use of responsive regulatory strategies – grounded in empirical and behavioral studies developed over decades by the theory of responsive regulation – to ensure greater effectiveness in achieving the objectives of structural injunctions.

*Defensor Público do Distrito Federal. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB. Membro da Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor do Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE). Endereço: SCN, Quadra 01, Bloco G, Edifício Rossi Esplanada Business, CEP 70711-906, Brasília-DF. Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Distrito Federal. E-mail: alexgianni@msn.com.

[Originality/value] *The article fills a gap in academic research by analyzing two highly relevant contemporary legal science topics in Brazil, which are seemingly opposites, seeking connections between them.*

Keywords: *Responsive regulation theory. Structural process. Tit-for-tat strategy. Regulatory tripartism. Nodal governance.*

Resumo

[Propósito] Analisar eventuais pontos de contato entre o processo estrutural e a teoria da regulação responsiva, avaliando a compatibilidade da utilização de estratégias responsivas – como a *tit-for-tat strategy*, tripartismo regulatório e governança nodal – na busca da consecução dos objetivos dos processos estruturais.

[Metodologia/abordagem/design] Abordagem teórica, baseada em revisão bibliográfica atinente à teoria da regulação responsiva e ao processo estrutural, promovendo análise comparativa de suas características primordiais, semelhanças e dessemelhanças. O estudo promoverá também a análise de casos, buscando identificar elementos que possam confirmar ou infirmar a hipótese levantada.

[Resultados] A flexibilização do *iter* processual e a atenuação das regras de congruência objetiva e de estabilização objetiva da demanda propostas para os processos estruturais – na busca de construção consensual e dialógica de soluções para problemas complexos de natureza estrutural – possibilita a adoção de diversas medidas atípicas de execução e cooperação, podendo estas serem alteradas, quando necessário, a depender de como se dá a evolução da reestruturação no curso do processo. Assim, a flexibilidade intrínseca e a consensualidade do processo estrutural abrem a possibilidade de utilização de estratégias responsivas buscando uma melhor conformação do(s) réu(s) à decisão estrutural e seu maior engajamento na construção do projeto de reestruturação.

[Implicações práticas] A conclusão do presente artigo possui potencial implicação prática relevante, na medida em que possibilita a utilização de estratégias regulatórias responsivas – calcadas em estudos empíricos e comportamentais – para garantia de uma maior efetividade da consecução dos objetivos dos processos estruturais.

[Originalidade/relevância do texto] O artigo preenche lacuna de pesquisa acadêmica ao analisar dois temas de grande relevância para a ciência jurídica contemporânea no Brasil – aparentemente antípodas –, buscando pontos de contato entre eles.

Palavras-chave: Teoria da regulação responsiva. Processo estrutural. *Tit-for-tat strategy*. Tripartismo regulatório. Governança nodal.

INTRODUÇÃO

As reformas que resultaram na criação das primeiras agências reguladoras no Brasil, na década de 1990, despertaram grande interesse da doutrina jurídica pátria sobre as teorias da regulação e fizeram com que o sistema jurídico brasileiro, integrante da tradição da *civil law*, tivesse um novo

impulso em busca de uma maior interlocução com teorias e institutos jurídicos provenientes de países adeptos da *common law*¹.

Neste contexto, o presente artigo se dedica a analisar dois temas provenientes desta tradição jurídica que têm despertado especial interesse dos juristas pátrios atualmente: a regulação responsiva e o processo estrutural.

A revisão bibliográfica realizada em âmbito nacional e internacional não permitiu localizar nenhuma pesquisa que fizesse uma análise comparativa das características primordiais, semelhanças e dessemelhanças dos temas em questão². Tal fato talvez se dê em razão destes terem surgido em locais, de formas e em momentos históricos bastante distintos.

A origem do processo estrutural é eminentemente prática e remonta ao julgamento do caso *Brown vs Board of Education of Topeka*, de 1954, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou inconstitucional a segregação de alunos negros e brancos em escolas distintas e determinou um profundo processo de reestruturação do sistema educacional do país (PUGA, 2024, pp. 84-85).

Já a regulação responsiva tem origem teórica bem mais recente, tendo por obra seminal o livro de Ian Ayres e John Braithwaite denominado *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, de 1992, embora vários aspectos por ela defendidos já fossem objeto de estudos anteriores (ARANHA, 2024, p. 187).

Ambos os temas, contudo, só passaram a ser mais estudados no Brasil a partir do século XXI, de forma que esta aproximação temporal, meramente circunstancial, acabou por facilitar a identificação da lacuna de pesquisa que o presente artigo se propõe a explorar.

Apesar deste distanciamento quanto às origens e da celeuma quanto ao caráter eventualmente conflitante entre as atividades jurisdicional e regulatória – que será abordada posteriormente – fato é que tanto a regulação responsiva como o processo estrutural têm por premissa básica a superação da utilização exclusiva de mecanismos de comando e controle, propugnando o seu uso conjunto com outras estratégias e técnicas que abram espaço para uma construção consensual e dinâmica de soluções para problemas complexos.

A partir desse ponto de aproximação inicial, o artigo buscará aprofundar a análise, a fim de verificar se esta premissa efetivamente se coaduna com as características essenciais do processo estrutural e da regulação responsiva, bem

¹ Um exemplo de impulso anterior é o relativo às ações coletivas, que beberam da fonte dos estudos sobre as *class actions* norte-americanas promovidos pela doutrina italiana na década de 1970 (ROQUE, 2013, p. 514), e posterior, o decorrente da implantação do sistema de precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil de 2015 (MARINONI, 2009).

² Foram realizadas pesquisas de artigos científicos com as palavras-chaves “processo estrutural” e “regulação responsiva”, bem como “*structural injunction*” e “*responsive regulation*”, em diversas oportunidades no período de 20 de dezembro de 2024 a 10 de fevereiro de 2025, por meio dos sites: NSDR-UnB, Catálogos de Teses e Dissertações da CAPES, Portal de Periódicos da CAPES, Academia.edu, SSRN, Persée, SciELO e Google Acadêmico.

como identificar outros eventuais pontos de contato entre ambas, de modo a aferir a possibilidade de utilização de estratégias responsivas – como a *tit-for-tat strategy*, o tripartismo regulatório e a governança nodal – na busca da consecução dos objetivos dos processos estruturais.

Para tanto, o artigo será estruturado da seguinte forma. O primeiro capítulo traçará um panorama geral da Teoria da Regulação Responsiva e da modelagem, instrumentos e estratégias por ela propostos. O segundo capítulo fará uma exposição das principais características do processo estrutural e do delineamento geral que vem sendo dado pela doutrina pátria ao tema, bem como promoverá uma breve análise do anteprojeto de lei do processo estrutural. O terceiro capítulo se dedicará à análise comparativa das características primordiais de ambos os temas, de modo a identificar eventuais pontos de contato e de distanciamento, bem como, a partir disso, avaliar a possibilidade de utilização de estratégias responsivas no âmbito do processo estrutural. Por fim, o último capítulo analisará, a partir de casos concretos, quais estratégias responsivas se mostram mais aptas a serem utilizadas na condução do processo estrutural, com o escopo de obter uma melhor conformação do(s) réu(s) à decisão estrutural e seu maior engajamento na construção do projeto de reestruturação.

I – A TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

I.1) Características Gerais

A teoria da regulação responsiva surge nos anos 1990 como uma resposta às políticas de desregulamentação promovidas pelos governos de Margareth Thatcher, na Inglaterra, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos (ARANHA e LOPES, 2019, p. 205), que acabaram gerando grande eco em outros países.

Em seu livro inaugural, de 1992, Ian Ayres e John Braithwaite buscam superar o debate entre regular ou desregular, propondo uma nova sistemática regulatória baseada na criação de incentivos que induzam o regulado a cumprir voluntariamente as normas (*compliance*), a partir de um ambiente regulatório de constante diálogo, no qual a conduta mais ou menos rigorosa do regulador será responsiva ao perfil e ao comportamento do regulado, de acordo com o maior ou menor grau de colaboração apresentado a cada momento (ARANHA, 2024, pp. 79, 129 e 187-188).

Logo, percebe-se que a regulação responsiva questiona a eficácia da utilização exclusiva de mecanismos de comando e controle, pautados pela lógica da racionalidade meramente econômica – maximizadora de utilidades e, portanto, lucros –, segundo a qual uma conduta seria passível de conformação quando o custo da coerção extrínseca superasse o ganho financeiro obtido com a prática ilícita pelo regulado (ARANHA, 2024, pp. 107-108).

A regulação responsiva propugna, portanto, uma análise mais aprofundada do comportamento do regulado, reconhecendo que ao lado das condutas de desconformidade há também aquelas virtuosas, que exorbitam os deveres impostos normativamente (*beyonde compliance*), por serem calcadas

em processos distintos de racionalidade, ínsitos à dinâmica empresarial, como dinâmicas internas de poder e liderança (PRAKASH *apud* ARANHA, 2024, p. 108) ou em avaliações exasperadas sobre os riscos advindos do descumprimento da regulação (DEHART-DAVIS e BOZEMAN *apud* ARANHA, 2024, p. 108).

Assim, a regulação responsiva compreende que, enquanto alguns regulados somente irão cumprir a lei quando for economicamente racional fazê-lo, outros irão manter conformidade às normas simplesmente porque a lei é a lei, em um senso ínsito de responsabilidade social e de racionalidade deontológica (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, pp. 19 e 24).

Em seus estudos empíricos, os autores da teoria identificaram, também, que para muitos executivos de grandes empresas a publicidade negativa era temida não só pelo impacto que teria na imagem e lucros da empresa, mas também pelo impacto que teria em suas próprias reputações pessoais, demonstrando, assim, que este é um ativo inestimável no âmbito corporativo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 22).

Para a regulação responsiva, os regulados poderão ser divididos, portanto, em três perfis distintos – os virtuosos, os racionais e os irracionais (ou incompetentes ou contumazes)³ – sendo cada um deles movidos por motivações distintas e demandando tratamentos diferenciados (BRAITHWAITE *apud* ARANHA, 2024, p. 235).

Além dos diversos perfis de regulados, a regulação responsiva identifica, ainda, que um mesmo regulado poderá ter comportamentos distintos e, por vezes, contraditórios, apresentando, assim, “diferentes personalidades”, a depender do momento, contexto, motivações e incentivos dados pelo ambiente (ARANHA, 2024, p. 198).

A partir dessa concepção, a regulação responsiva apregoa que a aplicação de uma estratégia regulatória baseada apenas na coerção extrínseca prejudicará a boa-vontade dos regulados motivados por um senso de responsabilidade social e criará uma subcultura de resistência à regulação (*game of regulatory cat-and-mouse*), enquanto uma estratégia baseada primordialmente na persuasão ou autorregulação será indevidamente explorada por regulados majoritariamente norteados pela racionalidade econômica (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, pp. 19-20).

Apesar do questionamento feito à eficácia da regulação focada estritamente em mecanismos de comando e controle, a regulação responsiva identificou que a obtenção da conformação voluntária à regulação depende, essencialmente, do fato de os reguladores atuarem como *benign big guns*, que detêm variados, poderosos e intimidadores elementos de coerção extrínseca (*big sticks*), que lhes permitirão dialogar suavemente (*speak softly*) e agir com flexibilidade, mas sem perda do espírito colaborativo do regulado e,

³ Vale ressaltar que já há autores, como Drahos, que defendem a existência de um quarto perfil de regulado – o resistente à norma – cujo patamar na pirâmide ficaria localizado entre o ator racional e o irracional (*apud* ARANHA, 2024, p. 235).

consequentemente, da eficácia regulatória (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19).

A teoria da regulação responsiva defende que, quão mais variados forem os instrumentos de coerção à disposição do regulador, dotados de diferentes graus de intensidade, maior será a eficácia da estratégia regulatória baseada na dissuasão moral, na medida em que isso aumentará a sua capacidade de dialogar com as diversas motivações que norteiam o comportamento dos regulados, fomentando um espírito de confiança e virtude cívica (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, pp. 19-20).

Municiado deste instrumental regulatório, o regulador será capaz de implementar uma atuação estratégica de constrangimento normativo (*enforcement*), adequando sua conduta ao perfil do regulado, à motivação identificada e ao comportamento mais ou menos colaborativo por ele apresentado a cada momento, denominada de *tit-for-tat strategy* (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19).

Esta conduta regulatória, também denominada pela doutrina pátria de estratégia de constrangimento de reação equivalente, está embasada na transposição da teoria dos jogos para a prática regulatória (ARANHA, 2024, p. 211), por meio da qual se pôde aferir – a partir de simulações computacionais probabilísticas – que esta forma de atuação favoreceria a atuação colaborativa, maximizando a conformação do regulado à norma, reduzindo os custos e beneficiando tanto regulador como regulado (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 21).

Deste modo, o regulador não adotará nem uma estratégia meramente persuasiva, nem uma estratégia totalmente punitiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 24), devendo estar disposto a escalar de um diálogo suave para medidas duras quando necessário, bem como a diminuir a escalada quando atendido com boa vontade pelo regulado (KOLIEB, 2015, p. 139).

Outro pressuposto da teoria da regulação responsiva digno de destaque é o de que a teoria da regulação responsiva reconhece a incapacidade de a lei e o processo atingirem simultaneamente todos os objetivos neles pretendidos (BRAITHWAITE e DIVER *apud* ARANHA e OTHON, 2019, p. 205), pois tanto regulados como reguladores atuam de forma ineficiente, razão pela qual prescreve a contínua “procura de novas estratégias quando o regulador é confrontado com insucessos recorrentes” (BRAITHWAITE *apud* ARANHA e OTHON, 2019, p. 207).

Por fim, a regulação responsiva conclui que:

“regras governamentais detalhadas nunca poderão cobrir adequadamente as deficiências de gestão empresarial decorrentes de planejamento inadequado, falhas de comunicação e contabilidade deficiente; as minúcias de uma gestão empresarial eficiente são inalcançáveis por regras

estatais, mas passíveis de incentivo pela escalada regulatória (BRAITHWAITE, 1985, p. 124-125)⁴.

A fim de buscar uma maior eficácia para a regulação e superar todos esses desafios práticos identificados, a regulação responsiva se utiliza de um arcabouço de estratégias e instrumentos, que serão analisados, mais detidamente, a seguir.

I.II) As pirâmides regulatórias

A teoria da regulação responsiva buscou sintetizar, sem qualquer pretensão exauriente, “passos heurísticos representativos” de seu corpo teórico por meio das figuras das pirâmides regulatórias, de modo a ilustrar e facilitar a aplicabilidade prática por parte do regulador (ARANHA e OTHON, 2019, p. 229).

Tendo em conta que o presente artigo não possui a pretensão de aprofundar todos os aspectos da regulação responsiva, mas apenas aqueles que possuam maior possibilidade de aplicação intercambiada com o processo estrutural, iremos mencionar aqui apenas quatro das pirâmides regulatórias concebidas por Ayres e Braithwaite: a pirâmide de estratégias regulatórias, a pirâmide de *enforcement* ou das medidas de constrangimento, a pirâmide de perfis de regulados e a pirâmide das finalidades regulatórias ou da teleologia das medidas de constrangimento, abaixo reproduzidas.



Figura 1 – Pirâmide de Estratégias Regulatórias

Fonte: Ayres e Braithwaite *apud* ARANHA e OTHON, 2019, p. 230.

⁴ ARANHA e OTHON, 2019, p. 209.



Figura 2 – Pirâmide de Enforcement ou das medidas de constrangimento.

Fonte: Ayres e Braithwaite *apud* ARANHA e OTHON, 2019, p. 230.

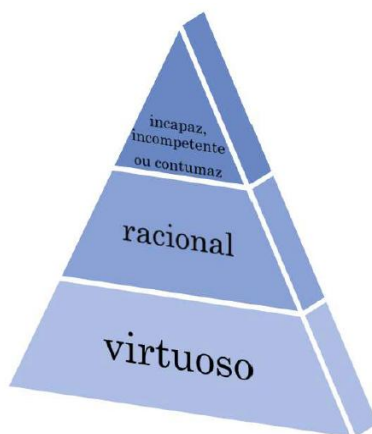


Figura 3 – Pirâmide de Perfis dos Regulados.

Fonte: Ayres e Braithwaite *apud* ARANHA e OTHON, 2019, p. 231.



Figura 4 – Pirâmide de finalidades regulatórias ou da teleologia das medidas de constrangimento.

Fonte: Ayres e Braithwaite *apud* ARANHA e OTHON, 2019, p. 230.

Ao criar a pirâmide de estratégias regulatórias, Ayres e Braithwaite buscam sintetizar a modelagem regulatória proposta pela teoria responsiva, ao colocar em sua base um espaço de autonomia para indústria, caracterizado pela possibilidade de autorregulação e que se configura como o “espaço estratégico ótimo” de maior eficiência e menor custo, tanto para indústria como para o regulador.

Caso os regulados, contudo, abusem desta prerrogativa e adotem uma postura de “*suboptimal compliance*”, haverá então uma escalada para as posturas regulatórias cada vez mais intervencionistas, que estão descritas nos patamares superiores da pirâmide.

A etapa subsequente é a da autorregulação regulada, na qual a prerrogativa de autorregulação é preservada, mas norteada por diretrizes fornecidas pelo regulador, deixando espaço ao regulado, contudo, para definir e adotar as medidas que entender mais convenientes e adequadas para atender a tais diretrizes.

Em seguida há a regulação por sanções discricionárias, em que as medidas práticas para consecução das diretrizes passam a ser definidas mais detalhadamente pelo regulador, mas cujas sanções somente serão aplicadas caso necessário, ou seja, quando o perfil e a motivação do regulado indicarem resistência, abrindo espaço, assim, para o perdão quando o regulado se conformar às normas e adequar sua conduta.

E, por fim, no topo da pirâmide, há o estágio da regulação por sanções não discricionárias, caracterizada pela aplicação obrigatória das sanções, e que somente deve ser alcançado em situações em que reste absolutamente evidente a total resistência do regulado a conformação e que, uma vez alcançada, deve se

pautar pela tática militar de “*burning bridges*”, ou seja, de não retrocesso aos patamares anteriores, a fim de demonstrar o total compromisso do regulador em “nunca desistir” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 38).

A pirâmide de *enforcement*, por sua vez, tem por objetivo permitir a visualização da escalada das medidas de constrangimento em caso de um comportamento não colaborativo do regulado, não só a fim de nortear a atuação do regulador, como, também, para permitir que o regulado tenha ciência do quão grave poderá ser sua punição a depender de sua conduta, contribuindo assim para a obtenção da conformação voluntária à norma (ARANHA e OTHON, 2019, p. 235).

A pirâmide de perfis de regulados possui uma umbilical ligação com a pirâmide das finalidades regulatórias, na medida em que as medidas de maior gravidade, ou seja, de privação ou incapacitação, somente devem ser destinadas a agentes irracionais, incompetentes ou contumazes, enquanto as de dissuasão devem ser aplicadas aos agentes racionais e as de persuasão aos virtuosos (ARANHA e OTHON, 2019, pp. 239-240).

Importante se faz registrar, todavia, que nem sempre as divisões das pirâmides guardam uma possibilidade de espelhamento com um “nível equivalente” das demais. Esse fato talvez se mostre mais evidente a partir da comparação entre as pirâmides de *enforcement* e de estratégias regulatórias, não só pela disparidade do número de níveis de ambas – a primeira possui seis, enquanto a segunda apenas quatro –, mas também porque sanções mais graves, como as criminais, por exemplo, podem também ser aplicadas a condutas de desconformidade mesmo em estratégias menos interventivas, como a de autorregulação regulada (ARANHA e LOPES, 2019, p. 241).

Além disso, as pirâmides devem ser devidamente adaptadas às peculiaridades de cada setor regulado (ARANHA e LOPES, 2019, p. 242) e aos aspectos circunstanciais, não devendo se transformar, portanto, em um elemento de engessamento de uma teoria que tem por princípio fundamental a maleabilidade.

I.III) O Tripartismo Regulatório e a Governança Nodal

Dois últimos aspectos da teoria da regulação responsiva dignos de destaque para os objetivos deste artigo são os referentes ao tripartismo regulatório e à governança nodal.

O tripartismo regulatório, previsto na obra inaugural da regulação responsiva, propugna que a participação de agentes relevantes do terceiro setor no processo regulatório gera um incremento da eficácia regulatória, tanto por fugir da dicotomia regulado-regulador, agregando uma nova visão à busca de soluções de problemas, bem como por criar um mecanismo de inibição a eventuais capturas regulatórias decorrentes da maior proximidade e diálogo apregoados pela teoria da regulação responsiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, pp. 56-57).

A governança nodal, por sua vez, é desdobramento da teoria das redes contemporânea que explica como uma variedade de atores, operando em sistemas sociais complexos, interagem em rede para governar os sistemas que

habitam, a partir de respostas adaptativas às condutas uns dos outros, às instituições, às tecnologias, às racionalidades, a seus equipamentos biológicos e às condições e estímulos do ambiente físico e social no qual operam (BURRIS *et al.*, 2005, pp. 5-7).

No âmbito da Teoria da Regulação Responsiva foi incorporada como um desdobramento evolutivo do tripartismo regulatório, que propõe não só a integração de diversos agentes na governança regulatória, de modo que atuem conjuntamente na construção da solução de problemas, mas também exerçam uma atividade fiscalizatória de maior pressão em relação ator regulado (BRAITHWAITE *apud* ARANHA e OTHON, 2019, pp. 245-246).

Estes conceitos serão especialmente valiosos para a proposta que interlocução com o processo estrutural que será elaborada posteriormente, mas, antes disto, será feita uma breve apresentação das características do processo estrutural.

II - O PROCESSO ESTRUTURAL

II.I. Características Gerais

Passados 36 anos do advento da Constituição Federal de 1988, muitas das promessas e direitos constantes de seu texto ainda não saíram do papel, de modo que a busca por mecanismos jurídicos que superem a mera análise atomizada de casos individuais, em busca da alteração de realidades complexas, estruturalmente enraizadas, tem despertado grande interesse acadêmico.

Este, contudo, não é um problema exclusivo do Brasil – já que violações a direitos fundamentais pululam em diversas democracias do mundo –, de forma que as discussões atinentes ao processo estrutural se inserem em um contexto internacional mais amplo, que defende um novo modelo que confere legitimidade ao judiciário para intervir na atuação das autoridades administrativas com o objetivo de promover implementação ou melhoria de políticas públicas que visem salvaguardar direitos fundamentais sistematicamente violados (GAURI e BRINKS; GAGARELLA *et al. apud* ARAÚJO e PORFIRO, 2024, p. 92).

Tratando-se de um novo modelo, naturalmente o tema tem sido objeto de críticas que questionam a legitimidade democrática de o judiciário se imiscuir em funções típicas do executivo (BICKEL, ELY E BERGER *apud* VITORELLI, 2023, pp. 107-111), a capacidade técnica de juízes enfrentarem questões altamente complexas e policêntricas (FULLER e ROSENBERG *apud* FRANÇA, 2024, pp. 455-457 e 461-463), bem como o risco de um ativismo judicial desmedido (MENDES *apud* VITORELLI, 2023, p. 107).

Ademais, tal missão já havia sido abraçada, em certa medida, pelo microsistema de ações coletivas, que também não se mostrou exitoso em alterar substancialmente a realidade nacional.

Todavia, é justamente na busca da superação de dificuldades práticas vivenciadas nas ações coletivas para a solução problemas estruturais complexos,

que o esforço teórico em prol dos processos estruturais apresenta a sua maior contribuição (ARENHART, 2024, pp. 1283-1286).

Talvez o maior problema enfrentado pelas ações coletivas seja a apresentação de soluções simples – por meio de mero comando de sentença (DIDDIER JR e FERNANDEZ, 2024, p. 424) – para problemas extremamente complexos, cuja solução demanda planejamento, provisão orçamentária e adoção de medidas sucessivas, impossíveis de serem implementadas de imediato ou em curto espaço de tempo.

Isso fez com que muitas tutelas jurisdicionais obtidas em ações coletivas fossem vistas como ineficazes pelo fato de sua concretização somente ter se dado muitos anos após a prolação da sentença, sem que, por vezes, seja possível sequer se estabelecer – por falta de acompanhamento judicial de como se deram os desdobramentos administrativos – uma relação de causa e efeito entre a tutela jurisdicional prestada e a solução posteriormente implementada.

Essa constatação nos traz dois espectros de análise. O primeiro, atinente à forma de construção da solução judicial para o problema estrutural, que deve superar a mera concepção adversarial do processo judicial tradicional, em busca de uma condução cooperativa e dialógica, que não se limite a impor uma solução solipsista, mas que propicie ampla participação dos interessados e compreenda as causas e as dificuldades de solução do problema em questão (SARAIVA, 2024). O segundo, relativo à necessidade de uma flexibilização do *iter* processual, de modo que este seja adaptado às necessidades práticas de cada caso concreto, a fim que seja viabilizada não só a construção de uma solução planejada para o problema, mas o efetivo acompanhamento de sua implementação, bem como de eventuais intercorrências surgidas durante o processo de reestruturação (DIDDIER *et al.*, 2020, pp. 14-18).

Apesar de o processo estrutural ter origem no ativismo judicial estadunidense (DIDDIER JR *et al.*, 2020, p.1) e, portanto, não possuir um arcabouço legal ou teórico fundante, questões como as acima delineadas tem impellido a doutrina jurídica nacional a desenvolver um marco teórico próprio para o instituto, com fim de adequá-lo às características e ao formalismo processual de nosso sistema jurídico (*ex vi* ARENHART *et al.*, 2022, DIDDIER JR *et al.*, 2020 e VITORELLI, 2022).

Da mesma feita, como já dito, há anteprojeto de lei submetido ao Senado Federal⁵ – de cuja confecção participaram os dois últimos doutrinadores supracitados – buscando inserir formalmente o instituto em nosso ordenamento jurídico.

O anteprojeto elenca como características do processo estrutural: a multipolaridade; o impacto social; a prospectividade; a natureza incrementada e duradoura das intervenções necessárias; a complexidade; a existência de

⁵ Apresentado pela comissão de juristas instituída pelo ato da presidência do Senado Federal nº 3 de 2024, por meio do Parecer nº 1, de 2024. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9837996&ts=1733395143305&disposition=inline> (Consultado em 31.01.2025).

situação grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão e a intervenção no modo de atuação de instituição pública ou privada.

A análise dessas características será feita a seguir. Antes, contudo, convém tratar dos conceitos de problema estrutural e de complexidade para uma melhor compreensão do tema. Por fim, serão abordadas as questões das fases do processo estrutural e dos elementos da decisão estrutural.

II.II. O problema estrutural e a sua complexidade

O problema estrutural é caracterizado pela existência de um estado de ilicitude contínua e permanente violadora de direitos ou uma situação de inadequação não propriamente ilícita em relação ao estado de coisas ideal (DIDDIER JR *et al.*, 2020, p. 2), cuja solução demanda um processo de reestruturação complexo e, por vezes, de longa duração.

A reestruturação na política demandada pode ser de natureza material ou organizacional, mas sempre apresenta um fundo principiológico (SCHMIDT, 2018).

A título exemplificativo, um problema relativo à acessibilidade de um determinado edifício é um problema estrutural que demanda uma adequação eminentemente material, a fim de garantir a possibilidade de acesso facilitado aos portadores de deficiência locomotiva, como a criação de rampas de acesso, banheiros adaptados *etc.* Contudo, sua base é principiológica, pois os objetivos e diretrizes do projeto original do edifício ignoraram a questão da acessibilidade e para que o problema seja superado, primeiramente, será necessária a adoção de um novo princípio inclusivo no processo de reestruturação, a fim de que uma solução eficiente possa ser efetivamente implementada.

Já um problema referente às práticas discriminatórias no âmbito de uma empresa, apesar de possuir natureza organizacional – cuja solução demandará uma reestruturação nos setores de gerenciamento de pessoal e nos processos organizacionais correlatos – também tem um cunho principiológico, pois a primeira mudança a ser implementada será quanto ao princípio de não discriminação racial que deverá nortear os critérios de seleção e promoção de pessoal no âmbito da empresa.

Assim, percebe-se que o problema estrutural se reveste de evidente complexidade, tanto por lidar com questões principiológicas – por vezes ligadas a aspectos valorativos de foro íntimo e, portanto, de difícil conformação –, como ainda, por envolver reestruturações materiais e organizacionais, cuja implementação não se dá de forma imediata, demandando todo um planejamento para implementação em etapas sucessivas e um criterioso processo de avaliação e fiscalização, que não é característico da atuação dos órgãos jurisdicionais pátrios.

A complexidade se caracteriza, ainda, pelo fato de o processo comportar diversas soluções distintas, sendo mais complexos quão maiores forem os interesses envolvidos e a possibilidade de tutelas jurisdicionais alternativas a serem prestadas (VITORELLI, 2023, pp. 37-38).

Ademais, a real extensão do problema nem sempre é passível de ser aferida inicialmente, de modo que não é incomum que outros problemas passem a ser identificados ou até mesmo venham a surgir à medida em que o plano de reestruturação vai sendo implementado “em um quadro de complexidade tendencialmente progressiva” (DIDIER JR. e FERNANDEZ, 2024, p. 424).

II.III. A consensualidade e a decisão estrutural

Outro aspecto essencial do processo estrutural é a busca pela consensualidade, tanto pelo fato de uma solução negociada sempre ser preferível, mesmo em processos individuais, como porque a complexidade e a multipolaridade do processo estrutural tornam mais difícil uma solução em que não haja cooperação das partes (DIDIER JR. *et al.*, 2020, p. 9).

Por esse motivo, o anteprojeto de lei do processo estrutural estabelece como normas fundamentais deste procedimento a “prevenção e resolução consensual dos litígios estruturais, judicial ou extrajudicialmente” (inciso I do art. 2º) e a “boa-fé e cooperação” (inciso XI do art. 2º).

A fim de viabilizar a consecução de tais premissas estabelece, ainda, que “para a obtenção do consenso, o juiz, além de atuar pessoalmente, pode remeter o processo à mediação ou a outros métodos de autocomposição” (§1º do art. 10) e que quando o acordo não for possível “o juiz deve, preferencialmente, adotar decisões parciais ou provisórias” ou conferir novamente aos interessados oportunidade de pleitear novas medidas “instrutórias ou negociais ou de complementar os espaços decisórios não exauridos nos pronunciamentos judiciais anteriores”, bem como que “as decisões judiciais e os acordos são passíveis de revisão ou ajustes, mediante provocação de qualquer interessado” (§ 5º art. 10).

II.IV. Outras características do processo estrutural

Um dos desdobramentos da complexidade do problema estrutural é a sua natureza multipolar e seu impacto social. Enquanto um processo individual é marcado por uma relação bipolar de cunho adversarial, na qual cada um dos polos da ação busca defender sua pretensão (DIDIER JR. *et al.*, 2020, p. 6), o conflito estrutural possui “diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado” (ARENHART *et al.*, 2022, p. 800).

Portanto, em um processo estrutural, o órgão jurisdicional lidará com demandas de relevante impacto social – compostas por uma multiplicidade de agentes, com interesses, por vezes, conflitantes – com a árdua tarefa de tentar equacioná-los. Um exemplo ilustrativo seria o de uma ação estrutural que verse sobre efeitos socioambientais decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica, que desloca populações, alaga terras, atinge comunidades tradicionais, interfere na estrutura econômica da região, afeta estradas, gera impactos negativos no bioma local *etc.* (VITORELLI, 2023, p. 39).

Outra característica do processo estrutural é a prospectividade, ou seja, ao contrário do processo tradicional que se preocupa com a reparação de um

dano ocorrido no passado, o processo estrutural se dedica evitar que uma dada situação de violação sistemática de direitos continue a gerar efeitos no futuro (FRANÇA, 2024, p. 459-460), buscando monitorá-los e solucioná-los durante a execução do plano de atuação por meio de “metas específicas e aferíveis [...] voltadas a alterar progressivamente a situação de fato objeto do processo”, “indicadores quantitativos e qualitativos de alcance das metas”, “cronograma de implementação [...] contemplando marcos parciais e finais”, “metodologia e periodicidade da supervisão do alcance e da revisão das metas definidas”, dentre outras, como prevê o anteprojeto de lei do processo estrutural (incisos do § 3º do art. 9º)⁶.

A existência de situação grave de contínua e permanente irregularidade – que pode se dar por ação ou mera omissão – e que demande a intervenção duradoura e incrementada no modo de atuação de instituição pública ou privada, são outras características do processo estrutural.

Pegemos como exemplo o *leading case* do processo estrutural, o caso *Brown vs Board of Education of Topeka*. Neste caso a situação de grave, contínua e permanente irregularidade era caracterizada pela política *separate but equal*, segundo a qual negros e brancos eram segregados em escolas distintas, mas, teoricamente, dotadas das mesmas condições (ARAÚJO e PORFIRO, 2024, p. 92). Tratava-se, portanto, de uma conduta comissiva, cuja correção demandou toda reestruturação da rede de ensino norte-americana ao longo de anos, caracterizando, assim, uma intervenção acentuada e duradoura na política pública educacional daquele país.

II.V. O rito do processo estrutural

As características acima delineadas já permitem antever que a estrutura processual típica – que estabelece um *iter* processual rígido, com fases sucessivas a serem seguidas até a prolação da sentença – dificilmente permitiria uma solução satisfatória para um problema estrutural.

Ante a isto, um grande esforço doutrinário vem sendo envidado para uma flexibilização intrínseca do rito processual, que permita a sua adaptação aos diversos tipos de problemas estruturais, até porque “variando o objeto da ação, variam também as adaptações procedimentais necessárias” de modo que a tutela para defesa da saúde demandará medidas distintas das relativas a problemas de segregação racial, por exemplo (VIOLIN *apud* DIDDIER JR, 2020, p. 9).

Para consecução deste objetivo, o anteprojeto do processo estrutural prevê “a flexibilidade do procedimento e das providências de estruturação” (inciso VII do art. 2º), a possibilidade de alteração do objeto de atuação estrutural mediante acordo das partes (§1º do art. 7º), a possibilidade de modificação “das metas e indicadores da atuação estrutural em razão de fatos supervenientes, em novas informações ou em diagnósticos” (§2º do art. 7º), permite ainda que “a especificação dos elementos do plano seja feita de forma parcelada e progressiva” a partir de contribuições dadas pelas partes ou grupos

⁶ Doravante, todas as menções a dispositivos normativos serão atinentes ao anteprojeto de lei do processo estrutural, salvo quando mencionada expressamente outra fonte.

interessados” (§ 4º do art. 9º), que em questões que não tenham sido consensuadas sejam proferidas “decisões parciais ou provisórias” (§2º do art. 10) e possibilidade “de revisão de decisões judiciais e [...] acordos [...] em razão de fatos supervenientes”, como ainda a realização “de novas avaliações acerca dos efeitos da implementação do plano” mesmo em fase de cumprimento de sentença (§5º do art. 10).

Estas técnicas processuais flexibilizadoras perfilhadas pelo anteprojeto atenuam, portanto, as regras da congruência objetiva e de estabilização objetiva da demanda (DIDDIER JR. *et al.*, 2020, p. 9), permitindo que, em razão da complexidade do problema estrutural, haja adequação do processo a medida em que a realidade subjacente vai sendo mais bem elucidada no curso da demanda, o que pode vir a ocorrer, inclusive e não raras vezes, já na fase de execução (ARENHART, 2024, pp. 1291-1292)

O anteprojeto do processo estrutural promove, também, uma ampliação no regime de participação democrática no processo, ao permitir a “admissão de pessoas ou entidades representativas dos grupos impactados pelo litígio” (inciso I do art. 8º), ao possibilitar a participação de especialistas e representantes de grupos sociais impactados, bem como de outros atores que possam contribuir para a elucidação do problema (§ 2º do art. 6º), a “realização de reuniões ou consultas técnicas ou comunitárias” (inciso II do art. 8º) e de audiências públicas com metodologia adaptada às características do processo (inciso III do art. 8º), bem como ao determinar a utilização de “mecanismos de ampliação de publicidade e transparência”, incluindo o uso de redes sociais ou da *internet* para divulgação de informações sobre o andamento do processo (inciso IX do art. 8º).

Busca, ainda, superar gargalos que frequentemente dificultam a tramitação de ações coletivas ao permitir, mesmo em primeira instância, a “designação de outros juízes para que o processo seja conduzido e julgado [...] de forma colegiada” (inciso I do art. 4º), a “disponibilização de recursos humanos e materiais adequados às necessidades específicas do processo” e a “adoção de medidas de cooperação judiciária e interinstitucional com sujeitos que possam contribuir com a solução do litígio” (inciso XI do art. 8º).

III - PONTOS DE DISTANCIAMENTO E DE APROXIMAÇÃO ENTRE A REGULAÇÃO RESPONSIVA E O PROCESSO ESTRUTURAL

III.I. Pontos de Distanciamento

III.I.I. *Disparidade de objetos*

A partir da apresentação das características primordiais da regulação responsiva e do processo estrutural, a primeira objeção que se poderia fazer quanto à tentativa de interlocução entre os temas seria a de que os objetos por eles abordados seriam muito distintos, pois, enquanto a regulação impõe regramento majoritariamente à atividade privada de produção e prestação de

serviços⁷, o processo estrutural tem por objeto não só a atuação privada, como, também e porque não dizer primordialmente, a atuação do próprio Estado.

Diante desta constatação, deve-se questionar se a perquirição quanto à motivação estritamente econômica ou não, promovida pela teoria da regulação responsiva, para definição das melhores estratégias de conformação do regulado à norma, seria aplicável à esfera estatal, cuja atuação deveria ser norteada estritamente pelo interesse público e não estaria sujeita, em tese, a comportamentos contraditórios causados por motivações diversas.

A primeira resposta a ser dada a tal indagação talvez provenha da própria definição de problema estrutural, segundo a qual este é caracterizado por uma violação contínua e permanente de um direito subjetivo decorrente de um aspecto estrutural.

Assim, a própria existência de um problema estrutural já é um indicativo de que o interesse público, que deveria estar a nortear a atuação estatal, não está sendo observado, na medida em que a violação sistemática de direitos subjetivos reconhecidos pelo ordenamento jurídico não se coaduna com tal princípio. Se isto está a ocorrer corriqueiramente, é porque há alguma outra motivação se sobrepondo ao interesse público.

Essa conclusão encontra esteio também em diversos estudos vinculados à corrente da ciência política norte-americana denominada *Public Choice*, que busca identificar as motivações políticas e burocráticas para a tomada de decisões coletivas, mediante aplicação de métodos da economia neoclássica, lastreados no individualismo metodológico e na premissa da racionalidade maximizadora de utilidades (ARANHA, 2019, pp. 12 e 14).

Logo, para a Teoria da Escolha Pública, os indivíduos, independentemente dos incentivos fornecidos pelo ambiente ou da função que estejam a desempenhar (consumidor, eleitor, empresário, agente público *etc.*), irão atuar sempre na busca da satisfação de seus interesses pessoais, mesmo quando eles estejam travestidos de interesse público (QUIRINO, 2018, pp. 967-968).

A *Public Choice* desloca, portanto, o elemento motivacional das escolhas públicas para o extremo oposto do propugnado pelo paradigma clássico, que é calcado na moralidade e no interesse público.

Este fato gerou, por óbvio, um forte embate no Brasil entre a *Public Choice* e as vertentes jurídicas que perfilham o paradigma clássico, em especial com o direito administrativo, cujo princípio primordial continua sendo o da supremacia do interesse público (DI PIETRO, 2010).

Contudo, o crescimento da influência da psicologia sobre as ciências sociais – das quais a Economia Comportamental e a própria Teoria da Regulação Responsiva são reflexos – promoveram a evolução do tema para uma

⁷Embora a regulação tenha surgido como uma forma de intervenção estatal na atividade privada, a evolução do instituto fez com que a regulação passasse a dirigir também a atividades tipicamente estatais. Um exemplo disto, no Brasil, é a Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD, cuja regulação se dirige tanto a agentes privados como também aos órgãos públicos.

posição intermediária, segundo a qual os indivíduos agem racionalmente, mas também incorrem sistematicamente em comportamentos irracionais (vieses) ao se valerem de atalhos mentais para tomadas rápidas de decisão (heurísticas) (KAHNEMAN, 2012), além de poderem ser norteados por diversas motivações, que os fazem adotar distintas atitudes e comportamentos, por vezes contraditórios, a depender do contexto e dos incentivos ambientais apresentados (ARONSON e ARONSON, 2024).

Ante a isto, podemos concluir que apesar de o processo estrutural se dedicar, na maioria dos casos, à busca da adequação da conduta do próprio Estado, isto não configura obstáculo inafastável à aplicação de preceitos da teoria da regulação responsiva, na medida em que tanto agentes públicos como privados agem tanto de forma racional, como irracional, e são mobilizados por diversas motivações, cuja identificação pode facilitar o trabalho de construção cooperativa da solução para o problema enfrentado.

III.I.II. Responsabilidade Civil versus Regulação

Outro ponto de distanciamento entre a regulação responsiva e o processo estrutural – talvez o mais crítico – é o referente ao fato de os temas pertencerem a vertentes distintas de enfrentamento, por parte do Estado, de comportamentos lesivos ou potencialmente causadores de danos. Isto porque, enquanto a responsabilização civil busca a dissuasão pela via judicial, a partir de condenações pecuniárias, a regulação busca a conformação pela via extrajudicial, por meio de comandos e penalidades (PADRE, 2023, p. 36) e mecanismos indutores de coerção intrínseca (ARANHA, 2024, p. 171).

Esse fato faz com que os temas sejam vistos, por vezes, como estratégias antípodas – em especial por aqueles que concebem as atividades jurisdicional e regulatória como excludentes (SHAVELL *apud* RODRIGUES, 2019, pp. 18-19) – o que afastaria, ou ao menos dificultaria, a possibilidade de diálogo que permitisse a aplicação intercambiada de conhecimentos, técnicas e estratégias de um em relação ao outro.

Há, contudo, vertentes doutrinárias que entendem que a regulação e a responsabilidade civil possuem funções complementares, amplificadoras da eficácia da intervenção estatal, na medida em que a responsabilização civil de agentes regulados reforçaria padrões de cuidado, gerando incremento de segurança (PHILIPSON *et al apud* RODRIGUES, 2019, p. 20), bem como dificultaria a possibilidade de captura regulatória aventada por Stigler (POSNER *apud* RODRIGUES, 2019, pp. 20-21).

A par do acalorado debate acadêmico sobre o tema, fato é que no Brasil, assim como em diversos outros países, o sistema regulatório coexiste com o judicial, o que faz com que as normas regulatórias e suas eventuais lacunas, dubiedades, contradições e colidências com a legislação em vigor sejam invariavelmente apreciadas pelos órgãos jurisdicionais (RODRIGUES, 2019, p. 21).

Ante isto e tendo em conta, ainda, que nossa atual ordem constitucional erigiu a inafastabilidade da jurisdição à condição de cláusula pétrea (art. 5º, XXXV), qualquer discussão teórica que busque inviabilizar a submissão de

violações a direitos à ingerência judicial acaba por esbarrar obstáculo jurídico intransponível (FRANÇA, 2024, p. 464), mesmo quando tais direitos já sejam objeto da atividade reguladora estatal, de modo que, a melhor estratégia, talvez, seja buscar os pontos aproximação ou contato, que permitam um melhor diálogo entre os temas.

III.II. Pontos de Aproximação

III.II.I. Apelo à Consensualidade

A partir do exposto, verifica-se que a regulação responsiva e o processo estrutural buscam a superação da utilização exclusiva de instrumentos de comando e controle, abrindo espaço para outras estratégias e técnicas que permitam a construção consensual e dialógica de soluções para os problemas enfrentados.

Ambos os temas se alinham, portanto, ao desenvolvimento teórico que o Direito experimentou a partir da segunda metade do século XX, por meio de correntes jusfilosóficas de autores como Habermass, Luhmann, Arendt, entre outros, que defendiam – em linhas gerais e apesar de divergências pontuais – uma concepção de Direito que superasse o aspecto meramente coercitivo da normas, em prol da solidariedade, do diálogo, da confiança e da persuasão (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, pp. 85, 95 e 97; VITORRELI, 2023, p. 24).

III.II.II. Estímulo à Cooperação e à Autonomia

Outro ponto de aproximação entre o processo estrutural e a regulação responsiva é o estímulo à atitude virtuosa por meio da criação de um espaço cooperativo que preserve, sempre que possível, a autonomia do regulado ou do agente responsável na construção da melhor solução para o problema apontado.

Tal concepção parte da presunção de boa-fé quanto à motivação do regulado ou do agente responsável em solucionar o problema – ao perceber que, muitas vezes, este era simplesmente ignorado, mal compreendido ou não recebia o devido grau de importância e que tal situação pode ser solucionada a partir de orientação e persuasão –, bem como do reconhecimento de que ninguém conhece melhor do que eles os meandros da atividade e, portanto, as soluções que podem ser elaboradas.

Por este motivo que a regulação responsiva propugna que a melhor estratégia para regulados virtuosos – que corresponderiam à maioria da indústria – é a autorregulação. Presunção similar pode ser identificada no anteprojeto do processo estrutural, quando este estabelece por diretriz que a minuta inicial do plano de atuação ou reestruturação deve ser elaborada, sempre que possível, pelo sujeito encarregado da atividade objeto da intervenção jurisdicional (§ 1º do art. 9º).

IV - APLICAÇÃO DE ESTRATÉGIAS RESPONSIVAS AO PROCESSO ESTRUTURAL

A partir do exposto, pode-se constatar que os temas em análise possuem uma compatibilidade teórica que permite a abertura de um canal de diálogo, passível de ser utilizado para um maior intercâmbio de conhecimentos e técnicas, na busca de um incremento de efetividade.

O fato de a teoria da regulação responsiva se embasar em estudos empíricos, provenientes das ciências comportamentais, acabou lhe permitindo desenvolver estratégias para a obtenção da conformação voluntária, cuja utilização em processos estruturais pode se mostrar salutar.

Por isso, neste capítulo, iremos abordar algumas destas estratégias e analisar sua aplicabilidade a situações típicas do processo estrutural. Para facilitar a abordagem – embora o processo estrutural possa ter no polo passivo tanto pessoas de direito público como privado – iremos presumir que este se direciona especificamente à administração pública, até porque sua aplicação a entidades privadas é mais simples e exige menor esforço adaptativo.

IV.I. A autorregulação e a autorregulação regulada

A partir da análise da pirâmide de estratégias regulatórias⁸, verifica-se que a autorregulação corresponde à base da pirâmide, devendo ser, portanto, endereçada à maioria dos regulados, cujo comportamento é virtuoso.

Fazendo uma extrapolação para o âmbito do processo estrutural, contata-se que a autorregulação corresponde à situação típica da administração pública, que exerce de forma completamente autônoma suas atribuições, podendo definir, assim, o desenho das políticas públicas que irão materializar os direitos fundamentais.

A partir do momento em que é identificado um problema estrutural no processo, há, contudo, uma mudança de patamar, na medida em que já restou evidenciada a necessidade de algum grau de intervenção judicial na atuação da administração pública.

Assim, a estratégia mais tênue no curso do processo estrutural será a autorregulação regulada, por meio da qual o judiciário se limitará a traçar algumas diretrizes para a solução do problema, deixando, o desenvolvimento pormenorizado das medidas de implementação para a própria administração, sem prejuízo, por óbvio, da avaliação de sua eficácia e efetiva implementação no curso do processo, com participação das partes e demais interessados.

Neste sentido, aliás, é o que determina o Tema de Repercussão Geral nº 698 do Supremo Tribunal Federal (STF), ao afirmar que na:

“intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais (...) a decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e

⁸ Vide figura 1, p. 8.

determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado”⁹.

Na mesma linha de entendimento, é o delineamento dado pelo anteprojeto de lei do processo estrutural, que preconiza que:

“Sempre que possível, o juiz facultará que a versão inicial do plano seja elaborada pelo sujeito encarregado da atividade sobre a qual recai o processo, valorizando seu conhecimento quanto ao objeto e considerando os obstáculos e as dificuldades reais da implementação das medidas” (§ 1º do art. 9º).

Não se pode olvidar que o problema estrutural é complexo por natureza e que o Poder Judiciário não dispõe – ao contrário do Executivo e Legislativo – de estrutura e pessoal qualificado para a implementação de políticas públicas¹⁰ (ROSENBERG *apud* FRANÇA, 2024, p. 462), razão pela qual a condução, pelo juízo, do processo de forma democrática, buscando a cooperação e diálogo entre todos os interessados para construção de uma solução dialógica para o problema estrutural enfrentado, inclusive por meio de amplas deliberações entre os interessados (*town meeting*), se faz fundamental (VITORELLI, 2023, p. 495).

Essa conclusão se encontra em perfeita consonância, aliás, com a premissa da regulação responsiva de que por mais detalhadas que sejam as regras governamentais, estas nunca poderão solucionar adequadamente problemas atinentes a deficiências de gestão (BRAITHWAITE *apud* ARANHA e OTHON, 2019, p. 209).

IV.II. A regulação com sanções discricionárias e não discricionárias

Apesar do apelo à consensualidade e à cooperação empreendidos pelas teorias em estudo, fato é que, para a regulação responsiva, a possibilidade devidamente explicitada de escalada para medidas interventivas de maior gravidade, por meio de mecanismos de comando e controle, faz-se essencial para a conformação voluntária à norma¹¹.

A figura da *benign big gun* – a ser assumida pelo regulador – é fundamental para a teoria da regulação responsiva, pois será ela que permitirá a

⁹ Disponível para consulta no seguinte endereço eletrônico: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698> (consultado em 10/02/2025).

¹⁰ Já há iniciativas, contudo, para superação dessa realidade, como a criação, pela Resolução n. 790/2022 do STF, do Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos, vinculado ao Centro de Soluções Alternativas de Litígios. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf> (consultado em 30.01.2025).

¹¹ *Vide* figura 2, p. 8.

condução mansa e suave das tratativas, sem que os regulados se aproveitem da situação para fugir do *compliance*.

Em um esforço de adaptação da estratégia para o campo do processo estrutural, pode-se perceber que comportamento similar deve ser adotado por parte do órgão jurisdicional responsável pela condução do processo, até porque esta também é uma preocupação do processo estrutural, tanto que seu anteprojeto prevê “o juiz adotará medidas para coibir comportamentos protelatórios nas atividades de autocomposição” (§ 3º do art. 10).

Neste tópico, portanto, a contribuição que pode ser dada pela regulação responsiva à condução do processo estrutural é de que sejam devidamente evidenciadas pelo julgador as medidas de constrangimento que poderão ser implementadas em caso de desconformidade e que sejam fixadas medidas com grau de gravidade compatível com o da desconformidade eventualmente identificada (*big sticks*), capazes de induzir a um comportamento efetivamente colaborativo.

Embora isso possa parecer uma obviedade, a experiência prática demonstra que, por vezes, o juízo deixa para fixar a multa cominatória ou outras medidas constritivas apenas quando informado do descumprimento da obrigação objeto da condenação e que, muitas vezes, o faz sem se atentar para a proporcionalidade com gravidade da desconformidade constatada.

Essa ponderação se faz ainda mais salutar se for considerado que o anteprojeto do processo estrutural prevê a questionável¹² possibilidade de suspensão, reunião ou centralização da prática de atos processuais de ações individuais correlatas “de modo a permitir a solução coordenada e isonômica do litígio, sem prejuízo da adoção de medidas urgentes” (inciso X do art. 8º).

Assim, quer seja para a garantia de êxito do próprio processo estrutural, quer seja em razão de seus efeitos reflexos sobre pretensões deduzidas em processos individuais, é salutar que órgão jurisdicional adote as cautelas necessárias para que o apelo à consensualidade e a construção dialógica de soluções não seja indevidamente explorado pelos agentes responsáveis para a mera protelação das medidas reestruturantes necessárias à solução do problema.

IV.III. Tit-for-tat strategy

Outro constructo teórico da regulação responsiva passível de ser adaptado ao processo estrutural é a estratégia regulatória da retaliação equivalente (*tit-for-tat strategy*). Esta forma de atuação propugna que a conduta do regulador seja adaptável ao comportamento do regulado, de modo que a escalada ou desescalada na pirâmide de *enforcement* não seja necessariamente gradual, mas sim responsiva ao grau de desconformidade ou conformidade apresentado pelo regulado a cada momento e às motivações identificadas para seu comportamento.

¹² Percuciente crítica sobre este aspecto do anteprojeto é feita por CARDORE no artigo *Processos estruturais, processos individuais e por que um precisa do outro*, disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-out-10/processos-estruturais-processos-individuais-e-por-que-um-precisa-do-outro/> (consulta em 24 de fevereiro de 2025).

Assim, o regulador deve estar disposto não só a aplicar sanções graves, mas como, também, eventualmente perdoar condutas de desconformidade quando o regulado demonstre propensão a modificar seu comportamento se adequando à norma (ARANHA e OTHON, 2019, p. 210).

Sob o aspecto formal, embora o anteprojeto do processo estrutural não traga disposições específicas sobre a questão sancionatória, o próprio regramento processual atual já confere uma maleabilidade ao órgão jurisdicional, tanto ao prever um rol aberto de medidas constitutivas indutoras ou sub-rogadoras passíveis de aplicação (ARENHART, 2024, p. 1295) – tais como multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva – como ao permitir a majoração ou minoração de multas e outras sanções aplicadas no curso do processo quando estas se mostrem excessivas, insuficientes ou, ainda, quando haja cumprimento parcial superveniente da obrigação¹³.

Outro aspecto relevante a ser ponderado pelo órgão jurisdicional é a motivação – ou conflito de motivações – por trás da violação sistemática de determinado direito fundamental, característica do problema estrutural em questão.

Não se pode olvidar que o Estado é um ente complexo, formado por diversos setores distintos, sendo que cada um deles é norteado por motivações ou princípios próprios. Portanto, não são raros os problemas de agência – caracterizados por embates entre a área técnica e a área política de um dado governo (OLIVEIRA e FONTES FILHO, 2017, pp. 600-601) – e os conflitos entre áreas técnicas estatais distintas, como, por exemplo, a econômica ou a ambiental e a executiva.

Assim, se faz importante que o órgão jurisdicional, ao analisar um dado problema estrutural, busque identificar também as motivações subjacentes, de modo a escolher a estratégia mais adequada à superação de tal entrave, mediando as soluções entre os setores estatais em conflito, cuja relação, por vezes, é de pautada por relações hierarquizadas, formalmente estabelecidas ou não¹⁴.

No caso de conflitos meramente burocráticos entres áreas técnicas distintas, uma estratégia meramente persuasiva pode ser extremamente eficaz para solução do conflito, até porque a solução, por vezes, já havia sido aventada no âmbito administrativo, não tendo sido implementada por ter restado vencida frente a outras prioridades ou entendimentos diversos.

De outro lado, quando a violação encontra esteio em princípios do programa político da administração vigente, a conformação pode ser alvo de forte resistência, demandando, portanto, intervenções mais incisivas por parte do Poder Judiciário. O próprio *leading case* do processo estrutural é um

¹³ Neste sentido dispõem os art. 536 e 537 do Código de Processo Civil.

¹⁴ Conforme o programa político de um determinado governo, certos setores – como o econômico, ambiental ou de desenvolvimento – podem ser momentaneamente fortalecidos frente a outros, ganhando maior peso na definição das políticas públicas, apesar de não guardarem relação de subordinação hierárquica propriamente dita entre si.

exemplo típico desta situação, pois a segregação racial nas escolas norte-americanas possuía não só amparo político, como também lastro legal em alguns estados (PUGA, 2024, pp. 85-81), apesar de ser flagrantemente violadora de direitos fundamentais.

A aplicação dessa estratégia à condução do processo estrutural se mostra salutar, portanto, ao favorecer a construção dialógica de soluções pretendida pelo processo estrutural, sem permitir, contudo, que o apelo à consensualidade e à cooperação possam ser indevidamente utilizados para mera protelação ou ineficácia do processo, quando haja uma motivação deliberada de descumprimento das obrigações constitucionalmente estabelecidas.

IV.IV. Tripartismo regulatório e Governança Nodal

O tripartismo regulatório e Governança Nodal tem como essência a participação de terceiros no processo regulatório com fim de se obter um incremento de eficiência na solução de problemas e no processo fiscalizatório.

O processo estrutural comunga de concepção similar ao buscar ampliar a participação democrática no processo não só de interessados no litígio, mas também de *experts* e outros agentes que possam contribuir com substratos técnicos importantes para o julgamento do feito (incisos I, II, III, VI, VII, IX e XI do art. 8º).

Há previsão, ainda, de que o plano de ação definirá os “sujeitos responsáveis pela implementação das ações” e os “sujeitos ou instituições que acompanharão a implementação do plano, definindo as respectivas atribuições” (incisos V e VII do art. 9º).

Neste contexto, a doutrina nacional tem dado especial destaque às figuras dos administradores judiciais – entidades designadas pelo juízo para acompanhar o processo de reestruturação, fiscalizar o cumprimento das metas e diretrizes fixadas, como ainda sugerir soluções para problemas intercorrentes (ANREHART, 2024, p. 1295) – e das assessorias técnicas independentes (ATI) – contratadas para prestar auxílio técnico aos grupos de titulares de direito vitimados pelo problema estrutural (VITORELLI *apud* BORGES, 2024, pp. 1267-1272).

Assim, verifica-se que, ao permitir o engajamento e a participação de terceiros, o processo estrutural abre a possibilidade de utilização da *expertise* angariada por meio da aplicação empírica do tripartismo regulatório e da governança nodal para consecução dos objetivos do processo estrutural, até porque não há restrição quanto à natureza jurídica dos sujeitos que poderão nomeados responsáveis para implementação ou fiscalização das ações, viabilizando a utilização de entes privados na consecução de tais fins.

Um caso emblemático do uso da governança nodal é o de Zwelethemba, uma comunidade da África do Sul, que sofria com a pobreza extrema, exclusão social e falta de serviços essenciais adequados. Para buscar superar essa situação de sistemática violação aos direitos fundamentais, foram criados comitês de paz ligados a uma ONG, denominada Programa de Paz Comunitária, que fornecia apoio administrativo e coordenava a angariação de fundos, as relações governamentais e fomentava a criação de novos comitês. Foi instituído um

Código de Boas Práticas a partir de princípios de não violência, cooperação comunitária e foco no futuro, com o qual os comitês conseguiram obter a conformidade da comunidade em prol da pacificação social e do desenvolvimento de soluções para os problemas locais (BURRIS *et al.*, 2005, p. 30-36).

Este caso ilustra como a governança nodal pode contribuir para a solução de problemas estruturais típicos da realidade nacional, por meio da superação de limitações da governança tradicional em áreas desfavorecidas, promovendo segurança, justiça e desenvolvimento social a partir da criação de nós locais, que mobilizam o conhecimento e os recursos da própria comunidade.

Um outro exemplo exitoso inspirado em tais estratégias, agora de âmbito nacional, foi o atinente ao caso da portabilidade de números telefônicos entre operadoras distintas, no qual a ANATEL incumbiu a tarefa de custodiar o número intermediário, utilizado durante a efetivação do processo de portabilidade, a uma terceira empresa. Foi criado também um grupo de trabalho, com entidades governamentais e não governamentais, que recebeu a incumbência de fiscalizar a atuação de todos os agentes durante o processo de portabilidade, viabilizando a aplicação de sanções contra condutas que buscassem frustrar a sua efetivação (ARANHA, 2016, p. 95-96).

Esse caso demonstra, por sua vez, como a participação de agentes relevantes do terceiro setor podem ser extremamente úteis para implementação de um processo fiscalizatório mais robusto, que induza a conformidade dos agentes responsáveis e propicie um incremento de eficácia na implantação do plano de ação elaborado no processo estrutural.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou identificar eventuais pontos de contato e distanciamento entre o processo estrutural e a teoria da regulação responsiva, a fim de avaliar a compatibilidade da utilização de estratégias responsivas – como a *tit-for-tat strategy*, tripartismo regulatório e governança nodal – na busca da consecução dos objetivos dos processos estruturais.

A partir da revisão bibliográfica sobre os temas, da análise comparativa de suas características essenciais e do estudo de alguns casos concretos, foi possível constatar que a relação entre os temas é de maior proximidade do que distanciamento – ao contrário do que uma análise mais superficial poderia dar a concluir –, não tendo sido identificado nenhum elemento de dissonância passível de inviabilizar o debate entre ambos.

Constatamos que a flexibilização do *iter* processual e a atenuação das regras de congruência objetiva e de estabilização objetiva da demanda propostas para os processos estruturais – na busca de construção consensual e dialógica de soluções para problemas complexos de natureza estrutural – possibilita a adoção de diversas medidas atípicas de execução e cooperação, podendo estas serem alteradas, quando necessário, a depender de como se dá a evolução da reestruturação no curso do processo.

Restou evidenciado, deste modo, que a flexibilidade intrínseca e a consensualidade características do processo estrutural abrem a possibilidade de utilização de estratégias responsivas em prol de uma melhor conformação do(s) réu(s) à decisão estrutural e seu maior engajamento na construção do projeto de reestruturação, confirmando, portanto, a hipótese formulada.

Por fim, concluímos, a partir da análise de casos, que a utilização da estratégia de constrangimento de reação equivalente (*tit-for-tar strategy*), do tripartismo regulatório e da governança nodal, além de compatíveis com as características e procedimentos delineados para o processo estrutural, podem ser instrumentos extremamente úteis na superação de problemas estruturais advindos da violação sistemática e duradoura de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, M. I. Telecommunications Regulatory Design in Brazil: Networking around State Capacity Deficits. **Economia Publica**, v. 25, n. 2, 2016. p. 83-105.
- ARANHA, M. I. **Teoria Jurídica da Regulação**: entre Escolha Pública e Captura. Brasília: Revista Oficial do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado Acadêmico – do Instituto Brasiliense de Direito Público, 2019.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 9ª. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2024.
- ARANHA, M. I.; LOPES, O. D. A. **Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos**. Pesquisa e Inovação Acadêmica em Regulação apoiada em incentivos na Fiscalização Regulatória. Projeto ANATEL-UnB (Meta5). Brasília: Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB. 2019.
- ARAÚJO, V. S. D.; PORFIRO, C. A. O procedimento e a efetividade dos litígios estruturais: os modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 4, n. 1, jan./jun. 2024. p. 89-122.
- ARENHART, S. C. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In: ANRENHART, S. C.; JOBIM, M. F.; OSNA, G. **Processos Estruturais**. 5ª. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. Cap. 54, p. p. 1283-1300.
- ARENHART, S. C.; OSNA, G.; JOBIM, M. F. **Curso de Processo Estrutural**. 2ª rev., atual. e ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

- ARONSON, E.; ARONSON, J. **O animal social**. 1ª ed. ed. São Paulo: Goya, 2024.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **RESPONSIVE REGULATION: Transcending the deregulation debate**. New York: Oxford University Press, 1992.
- BORGES, S. N. Assessoria Técnica Independente e o Processo Estrutural. In: ARENRART, S. C.; JOBIM, M. F.; OSNA, G. **Processos Estruturais**. 5ª. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. Cap. 53, p. 1245-1282.
- BURRIS, S.; DRAHOS, P.; SHEARING, C. Nodal Governance. **The Australian Journal of Legal Philosophy**, Canberra, 2005. p. 30-58.
- CARDORE, S. Processos estruturais, processos individuais e por que um precisa do outro. **Consultor Jurídico**, outubro 2024. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-out-10/processos-estruturais-processos-individuais-e-por-que-um-precisa-do-outro/>>. Acesso em: 24 fevereiro 2025.
- DI PIETRO, M. S. Z. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85-102.
- DIDIER JR. , F.; FERNANDEZ, L. Processo Estrutural e justiça multiportas. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v.4, n.2., jul./dez. 2024. p. 419-452.
- FRANÇA, E. P. D. C. Respostas simples para problemas complexos? Processos Estruturais e a Proteção Equitativa dos Direitos Fundamentais. In: ARENRART, S. C.; JOBIM, M. F.; OSNA, G. **Processos Estruturais**. 5ª. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. Cap. 20, p. 453-473.
- FREDIE DIDIER JR., H. Z.; ZANETI JR., H.; OLIVEIRA, R. A. D. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 405, Maio 2020. p. 45-81.
- KAHNEMAN, D. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KOLIEB, J. **When to Punish, When to Persuade and when to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond**. Melbourne: Monash University Law Review, v. 41(1), 2015. 136-162 p.
- GIANNI, A. *Regulação responsiva e processo estrutural: um diálogo possível?* **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 11, nº 1, p. 390-418, maio de 2025.

- MARINONI, L. G. **Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, 2009. Acesso em: 01 Fevereiro 2025.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, C. B. D.; FONTES FILHO, J. R. Problemas de agência no setor público: o papel dos intermediadores da relação entre poder central e unidades executoras. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 51(4), jul.-ago. 2017. 596-615.
- PUGA, M. La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board os Education. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F.; OSNA, G. **Processos Estruturais**. 5ª. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. Cap. 4, p. 84-125.
- QUIRINO, C. D. C. **Irracionalidade do Agente Público e Teoria da Escolha Pública Comportamental**: Notas sobre um Elefante na Sala. Rio de Janeiro: Revista Quaestio Juris, v. 11, 2018. 965-986 p.
- RODRIGUES, E. C. **Regulação versus Judicialização**: o Duplo Sistema Regulatório da Saúde Suplementar. [Dissertação de Mestrado]. Rio de Janeiro: Escola de Direito, Fundação Getulio Vargas (FGV-RIO), 2019.
- ROQUE, A. V. **Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos**: o que podemos aprender com eles? Salvador: Jus Podivm, 2013.
- SARAIVA, C. B. Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F.; OSNA, G. **Processos Estruturais**. São Paulo: JusPodivm, 2024. Cap. 15, p. 317-346.
- SCHMIDT, J. P. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, vol. 3, n. 56, set./dez. 2018. p. 119-149.
- VITORELLI, E. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. 4ª. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2023.

OUTRAS REFERÊNCIAS

- BRASIL. Congresso Nacional. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. (Consultado em 30.01.2025).
- BRASIL. Senado Federal. Presidência. **Parecer nº 1, de 31 de outubro de 2024, da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil**, instituída pelo Ato do presidente do Senado Federal nº 3, de 2024. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9837996&ts=1733395143305&disposition=inline> (Consultado em 31.01.2025).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Tema de Repercussão Geral nº 698**. Definido no RE 684612/RJ. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em 18 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.o.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698> (Consultado em 10.02.2025).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. **Resolução nº 790, de 22 de dezembro de 2022**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf> (Consultado em 30.01.2025).

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsrs@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>