

O REGIME DE TRANSIÇÃO DO ARTIGO 23 DA LINDB ASPECTOS MATERIAIS, PROCESSUAIS E A RELAÇÃO COM O PROCESSO ESTRUTURAL

THE TRANSITION REGIME OF ARTICLE 23 OF THE LINDB
MATERIAL AND PROCEDURAL ASPECTS
AND RELATIONSHIP WITH THE STRUCTURAL INJUNCTIONS

ISMAEL FERNANDO POLI VILLAS BOAS JUNIOR

Mestrando em Direito
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil
ismaelfvb@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo, ao analisar o regime de transição trazido pelo recém-adicionado artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), busca compreender as razões da reforma legislativa sob o cotejo de obra doutrinária oficial do Senado Federal. Analisam-se os aspectos materiais, seus pressupostos, condições e conteúdo normativo, além das implicações para o processo civil, como a natureza da decisão judicial que o fixa, a competência judiciária, o tratamento pelos tribunais, o regime recursal, entre outras. Expõe-se o entendimento doutrinário nacional e estrangeiro sobre os chamados processos estruturais, traça-se uma comparação entre suas características e aquelas do regime de transição, identifica semelhanças e diferenças entre os institutos.

PALAVRAS-CHAVE: Regime de transição – LINDB – Segurança jurídica – Decisões públicas – Processos estruturais.

ABSTRACT: This article aims, to analyze the transition regime brought by the recently added article 23 of the LINDB, it searches the comprehension of the reasons to the legislative reform through the collation of official doctrinal work by the Federal Senate. It analyzes the material aspects, such as its premises, its conditions and normative content, as well as the consequences to the civil procedure, like the nature of the decision that establishes it, the judiciary competence, the treatment by courts, the appeal regime, etc. Exposing the national and foreign doctrinal understanding around the structural injunctions, it traces a comparison between its characteristics and the ones from the transition regime, identifying similarities and differences.

KEYWORDS: Transition Regime – LINDB - Legal Security – Public Decisions – Structural Injunctions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As razões da reforma. 3. O regime de transição do artigo 23 da LINDB. 3.1 Aspectos materiais. 3.1.1. Hipótese de incidência ou alcance normativo. 3.1.2. Natureza jurídica. 3.1.3. Conteúdo. 3.2. Aspectos processuais. 3.2.1. Pressuposto processual. 3.2.2. Posição ou momento processual. 3.2.3. Classificação do ato processual e recorribilidade. 3.2.4. Competência, apelação, efeito suspensivo e atuação dos tribunais. 3.2.5. Conexão e reunião de processos. 3.2.6. Nulidades. 3.2.7. Fundamentação das decisões. 3.2.8. Cooperação, contraditório e consensualidade. 4. O processo estrutural. 5. Regime de transição e processo estrutural. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942), assim denominada desde 2010 por força da Lei 12.376, contém normas sobre a aplicação e interpretação de outras normas jurídicas, sendo, por isso, chamada de *Lex Legum*. De fato, seus dispositivos contêm a disciplina geral da vigência das leis (artigo 1.º), do conflito entre normas (artigo 2.º), do preenchimento de lacunas normativas (artigo 4.º), da aplicação das leis no espaço (artigo 7.º ao 9.º), dos limites da jurisdição (artigos 12 a 17), entre outras. Trata-se de um diploma de sobredireito, cuja finalidade é orientar a tarefa do operador do Direito no manejo das normas jurídicas brasileiras. Não se olvida de que essa tarefa também é exercida pela Constituição. Mas cabe observar que essa o faz mais por sua posição hierárquica fundamental, especialmente em uma carta analítica como a de 1988, do que pela sua função operacional e instrumental.

À LINDB foram acrescentados diversos artigos da Lei 13.655, a qual entrou em vigor em 26 de abril de 2018. Trata-se de alteração oriunda do Projeto de Lei 349/2015, proposto pelo senador Antônio Anastasia. O objetivo da alteração, conforme o próprio idealizador, seria “aumentar a qualidade das decisões públicas e de seu controle”, com foco “na segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público”.¹

Ao se traçar um panorama dos dispositivos acrescentados à LINDB, em especial aquele previsto pelo artigo 23, que trata da disciplina do regime de transição a ser estabelecido por determinadas decisões judiciais, controladoras ou administrativas, comparando-o, ao final, com a noção de processo estrutural ou de interesse público importada da doutrina estrangeira, busca-se entender as razões e finalidades da inserção do regime de transição no direito positivo brasileiro.

1 ANASTASIA, Antônio Augusto. *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

Trazidas algumas considerações doutrinárias a respeito dos processos estruturais ou de interesse público, passa-se à análise dos aspectos materiais e processuais do regime de transição. Ao final, comparam-se as características desse com o processo estrutural.

2. As razões da reforma

Na apresentação do projeto de lei que posteriormente viria a ser aprovado para alterar a LINDB, Anastasia identifica que um dos problemas do Brasil é “a incapacidade de o Estado gerar confiança nas pessoas, nas empresas e no chamado Terceiro Setor”, sendo certo que, sem uma melhora no ambiente institucional, o “Estado será um inimigo, jamais um parceiro”.²

Assim, partindo da premissa de que alterações nas regras e na atuação dos órgãos de controle público são normais e necessárias em um Estado de Direito, referido ambiente institucional “tem de ser capaz de conciliar as mudanças e controles com o valor da segurança jurídica, evitando que pessoas e organizações vivam em permanente risco e instabilidade”.³

Por isso, o projeto de lei seria orientado pela tarefa de “consolidar e melhorar as regulações e controles públicos existentes e, ao mesmo tempo, proteger as pessoas, organizações e servidores contra incertezas, riscos e custos injustos”.⁴

Sundfeld e Neto, depois de listarem os vários dispositivos inovadores trazidos pelo projeto de lei, concluem que se trata de normas nacionais válidas para os poderes em todos os níveis federativos sobre criação, interpretação e aplicação do direito pú-

² *Idem.* p.5.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.* p.6.

blico, motivo pelo qual a LINDB seria realmente o diploma legal adequado para sua veiculação.⁵

Por fim, Neto e Moreira asseveram a relevância da segurança jurídica e da eficiência, considerando que o direito público atual seria dinâmico, mutável, espiralado (desenrola-se a partir da Constituição e atinge multiplicidade de planos jurídicos), pluris-subjetivo e diacrônico.⁶

Disso decorreria a necessidade de “compreender o Direito sob o ponto de vista que cogite do futuro e da plurissubjetividade dos efeitos das decisões”. Ademais, embora seja comum que “a interpretação sobre normas administrativas mude com o tempo ou que haja divergência entre órgãos”, não poderia o cidadão ficar à mercê destas divergências e, por isso, diante da mudança de interpretação, torne-se necessário que “o órgão preveja um regime de transição proporcional, equânime e eficiente”.⁷

De todas essas considerações, conclui-se que a alteração da LINDB é resultado da constatação de uma crise de confiança e instabilidade nas relações administrativas entre a Administração e particulares, entre a Administração e entidades em cooperação, ou mesmo entre administradores e controladores. Além disso, entende-se que o seu objetivo é conferir segurança jurídica a essas relações, bem como eficiência à atividade administrativa, o que pretende alcançar mediante instituição de normas gerais para a criação, interpretação e aplicação do direito público.

5 SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 7-8.

6 NETO, Floriano de Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o estado de direito contemporâneo. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 9-12.

7 *Idem*.

3. O regime de transição do artigo 23 da LINDB

3.1. Aspectos materiais

O artigo 23 da LINDB estabelece:

A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

De plano, a norma em referência instituiu um dever a ser observado pelos agentes administrativos, controladores e judiciais. Trata-se efetivamente de uma obrigação cogente e não de uma mera faculdade, conclusão corroborada não apenas pela literalidade da redação legal com o uso da expressão *deverá*, mas também pelo veto presidencial ao parágrafo único previsto originalmente no diploma legal.

Esse parágrafo único previa que “se o regime de transição [...] não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento [...]”. Em mensagem de veto 212/2018⁸, esclareceu a Presidência da República que, enquanto o *caput* havia estabelecido a obrigatoriedade do regime de transição quando verificadas suas hipóteses, o parágrafo único vinha trazer direito subjetivo a esse regime, o que reduziria a força cogente da própria norma, ao pressupor situações em que não se teria aplicado a regra do *caput*.

Assim, verificadas suas hipóteses, o regime de transição representa uma obrigação da autoridade que prolate a decisão administrativa, controladora ou judicial.

8 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm.

3.1.1. Hipótese de incidência ou alcance normativo

Prosseguindo na análise do dispositivo, vê-se que a hipótese de incidência se decompõe em dois pressupostos e uma condição. Pressupõe-se o *estabelecimento de interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado*, o que afasta da disciplina do artigo em comento decisões que i) não inovam interpretação ou orientação normativa e aquelas que ii) se valem de normas de conteúdo determinado.

Sobre as primeiras, é de se ver que, sendo objetivo da reforma garantir segurança e eficiência na aplicação do direito público, não se mostra necessária a fixação do regime de transição quando essa aplicação resultar da mera reiteração de interpretação ou orientação já conhecida ou consolidada, se bem que não haveria aí qualquer infração à segurança das relações. Ao contrário, nessa circunstância, a instituição de um regime de transição poderia violar justamente a confiança depositada pelas partes de que aquela interpretação que já prevalecia continuasse valendo.

Em relação à indeterminação das normas, parece que o legislador pretendeu limitar a incidência do regime de transição às situações que envolvem a aplicação inovadora de princípios, em geral, e de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados.⁹ Os princípios poderiam ser considerados *prima facie* indeterminados, em razão de prescreverem um estado ideal de coisas (*Idealzustand*) e a adoção das condutas que melhor promovam esse estado, mas sem especificarem, em abstrato, qual das condutas possíveis deve ser adotada, o que somente poderia ser aferido no

9 Conforme Ávila, princípios e regras são espécies do gênero norma, diferenciando-se por diversos aspectos. Os primeiros seriam normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivos, com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Já as regras seriam normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e construção conceitual dos fatos. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.)

caso concreto. Já as regras cuja aplicação se basearia na subsunção dos fatos ao enunciado linguístico normativo, teriam pretensões de decidibilidade e, a depender do grau de especificação da linguagem utilizada, não deixariam margem à adoção de duas ou mais posições hermeneuticamente válidas. Exceção a essa preliminar determinação das regras ocorre justamente quando seu enunciado apresenta conceitos jurídicos indeterminados, os quais, por sua própria natureza, ostentam conteúdo semântico abrangente, aberto e polissêmico. Por isso, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, fértil em controvérsias, parece razoável entender que o artigo 23 da LINDB, ao tratar de *norma de conteúdo indeterminado*, refira-se aos princípios, em geral, e às normas que contenham conceito jurídico indeterminado.

O segundo pressuposto do regime de transição é *a imposição de novo dever ou novo condicionamento de direito*. Mais uma vez, sobreleva-se a ideia de inovação da ordem jurídica, já que o dever ou o condicionamento do direito devem ser *novos*, sendo de se desconsiderar, então, deveres e condições já previstos de forma consabida e consolidada, conforme as *orientações gerais*.¹⁰ A norma não especifica os destinatários dos novos deveres ou condicionamentos de direitos, de modo que esses podem ser particulares, administradores ou a própria Administração. Em que pese a redação legal se referir a *condicionamento*, termo derivado de *condição*, não parece que a hipótese de incidência do regime de transição diga respeito tão somente às condições *strictu sensu* em sua acepção civilista tradicional, mas abarca também os ônus, os encargos e quaisquer outros óbices, contraprestações e requisitos a que se submetem os direitos.

10 Termo utilizado e conceituado pela própria LINDB em:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

É notável que o novo direito não se enquadra no pressuposto normativo, que se restringe às hipóteses de novos deveres ou condicionamento de direitos. O silêncio é, aqui, eloquente: não há sentido submeter o exercício de um direito a um regime de transição, se desse direito não resultar um dever para alguém. Não há qualquer violação de segurança jurídica e, portanto, o direito potestativo, reconhecido pela decisão que altera orientação normativa anterior, é imediatamente exercitável.

Além dos dois pressupostos, o regime de transição se vincula à condição de que seu estabelecimento seja indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente, sem prejuízo aos interesses gerais.

Então, o regime de transição é obrigatório quando sua presença for indispensável, essencial, fundamental, verdadeira *conditio sine qua non* da obtenção de proporcionalidade, equidade, eficiência e tutela dos interesses gerais no cumprimento do novo dever ou condicionamento de direito. Não basta, portanto, que apenas contribua ou seja conveniente para o atingimento desses objetivos.

Sobre os atributos listados, tem-se como proporcionalidade o postulado normativo que exige a análise, quando da aplicação de outra norma, da adequação do meio utilizado ao fim pretendido, da necessidade de sua utilização e da existência de outros meios menos gravosos para tal.¹¹

A equidade seria, conforme Reale citando Aristóteles, “a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, ‘ajustada’ à particularidade de cada fato ocorrente”.¹² Dito de outra forma, seria a aplicação ideal da norma ao caso concreto, evitando-se a aplicação mecânica de lei genérica, quando essa puder resultar em injustiça.¹³

11 AVILA, Humberto. *Op. Cit.* p. 204-217.

12 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

13 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva. Equidade*. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 352-353.

A eficiência, em sua acepção estrita, seria a otimização dos resultados da melhor utilização dos meios escassos disponíveis, apresentando as facetas de produtividade, economicidade, celeridade, qualidade, continuidade e desburocratização.¹⁴

A referência aos interesses gerais, expressão que se repete em outros dispositivos acrescentados à LINDB pela Lei 13655/2018 (artigos 21, parágrafo único, 26, *caput* e §1.º, inciso I) parece guardar sinonímia com a expressão interesse público. Vislumbra-se, *prima facie*, fungibilidade de termos, sendo certo que ambos assumem uma certa vacuidade, dada a abertura do seu conteúdo semântico. De qualquer maneira, a norma em comento determina a instauração do regime de transição para tutelar eventual prejuízo ao interesse público / interesses gerais.

Assim, as condições e pressupostos a que se submete a disciplina do regime de transição revelam o caráter pragmático da alteração da LINDB, pois a instauração do regime de transição, apesar de pressupor mudança de interpretação normativa e imposição de dever ou novo condicionamento de direito, depende efetivamente da necessidade de garantir proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento desse dever ou novo condicionamento. Liga-se, portanto, mais à execução (cumprimento do novo dever ou novo condicionamento) do que à declaração (mudança de interpretação normativa).

Disso se conclui, para fechar o raciocínio sobre a hipótese de incidência do regime de transição, que, embora a redação legal se refira a uma *decisão* administrativa, controladora ou judicial, da qual resulte interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, tem-se que o dispositivo não comporta aqui leitura literal porque atos que decidem uma questão controvertida são capazes de produzir orientações baseadas em nor-

14 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 182/183.

mas de conteúdo indeterminado e de imporem deveres ou novo condicionamento de direitos. De fato, no âmbito administrativo, também pareceres jurídicos e atos administrativos normativos são capazes de produzir tais efeitos. Com isso, tendo em vista a orientação eminentemente pragmática do dispositivo do artigo 23 da LINDB, a sua leitura literal, para excluir de sua incidência atos administrativos não estritamente decisórios, deve ser afastada, sob pena de violação de sua própria finalidade. Em suma, na sede administrativa, também os atos não decisórios, mas que atendam aos pressupostos já elencados, deverão ensejar a fixação do regime de transição. Adiante se verá que o mesmo não se aplica aos atos judiciais (veja-se item 4.2.1).

Assim, o regime de transição tem como pressupostos a prática de ato administrativo ou decisão judicial ou controladora que apresente nova interpretação ou orientação sobre princípios, em geral, ou regras cujos conceitos jurídicos indeterminados resultem na imposição de dever ou novo condicionamento de direito a particulares, a administradores ou à própria Administração, e se condiciona à sua essencialidade para garantir que o cumprimento desse dever ou novo condicionamento seja revestido de atributos como a proporcionalidade, a equidade e a eficiência, bem como para tutelar o interesse público.

3.1.2. Natureza jurídica

Pode ser classificada como instrumental, obrigatória e aberta.

Instrumental porque o regime de transição não representa um direito em si, noção que foi, inclusive, afastada expressamente pelo veto presidencial ao parágrafo único do artigo 23, mas configura antes um meio para se garantir a qualidade da atividade satisfativa do comando decisório, seja administrativo, controlador ou judicial.

O regime de transição é obrigatório, como visto alhures, e, portanto, um dever da autoridade administrativa, judicial e controladora. Apresenta, ainda, a característica da abertura, pois seu conteúdo, isto é, aquilo que deve o regime de transição significar ou prever, não é predefinido ou sequer esboçado pela norma de regência.

3.1.3. Conteúdo

Nem a redação do artigo 23 da LINDB nem tampouco as demais disposições da Lei 13655/2018 define em que consiste o regime de transição.

Silveira, ao tratar desse dispositivo na obra coordenada pelo seu idealizador no Senado, afirma que o regime de transição se insere no contexto de superação do sistema binário de nulidades no sistema administrativo, dada a incapacidade de uma fórmula geral (*one size fits all*) de invalidação ou convalidação de atos administrativos de proporcionar a avaliação das circunstâncias de cada caso. Assim, o regime de transição seria forma de garantir a segurança jurídica e a perspectiva democrática em favor dos administrados.¹⁵

Essa avaliação não está equivocada. Contudo, não esgota todas as possibilidades da norma em comento, já que o regime de transição, na redação final do artigo 23 da LINDB, parece ostentar uma abrangência maior do que o microssistema de nulidades dos atos administrativos. Embora efetivamente o regime de transição deva aplicar-se quando do controle judicial de legalidade de atos administrativos resultar interpretação normativa inovadora que importe dever ou novo condicionamento de direito, igualmente se vislumbra a aplicação do regime de transição em outras hipóteses.

15 SILVEIRA, Marilda de Paula. *Artigo 22*. In ANASTASIA, Antônio Augusto (Coord.) *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 23-24.

Ademais, pelo que se viu, o regime de transição não pressupõe a nulidade de um ato, mas sim a alteração sobre a hermenêutica normativa que ensejar dever ou novo condicionamento de direito, e se volta à garantia de qualidade no seu cumprimento.

Além disso, não há, no enunciado normativo sob análise, qualquer elemento que permita concluir que o regime de transição apenas deve ser aplicado em favor dos administrados, ou mesmo em uma relação em que a administração pública esteja envolvida. Não obstante se trate de projeto de lei destinado a “aumentar a qualidade das decisões públicas e de seu controle”¹⁶, a norma foi positivada na LINDB, diploma legal que cuida das diretrizes para a aplicação do ordenamento jurídico em geral. Talvez em virtude justamente dessa circunstância, a redação do artigo 23 não especifica os destinatários do novo dever ou do condicionamento de direito, o que leva a crer que esses podem ser particulares, administradores ou a própria Administração, indistintamente. Por fim, se a intenção da nova norma é garantir segurança jurídica e eficiência à aplicação do direito público¹⁷, não faria sentido, e antes militaria em sentido contrário a essa finalidade, reduzir o âmbito de alcance do seu conteúdo a apenas um desses sujeitos de direito, especialmente se considerada, ainda, a necessidade de tutelar os “interesses gerais”.

Repise-se, toda vez que presente a hipótese de incidência, deverá ser aplicado o regime de transição. Transição significa movimento de um ponto a outro no espaço e no tempo, mas representa, também, a alteração da própria coisa ou ser para uma nova versão de si mesmo. Denota travessia, mudança, transformação, dinâmica e progressão. A adolescência é a transição da infância para a vida adulta, da mesma forma que o outono é a transição do verão para o inverno. Destarte, o regime de transição implica

16 ANASTASIA, Antônio Augusto. *Op. Cit.* p. 5.

17 *Idem.* p.6.

instauração de um estado de coisas provisório, progressivamente transformado em direção a um estado de coisas almejado.

A princípio, poder-se-ia pensar que o regime de transição é meramente a modulação de efeitos da decisão, tal como previsto no direito brasileiro para as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade na Lei 9.868/1999. Entretanto, se o legislador se valeu aqui de outro termo, não parece ter sido em vão. Assim, a produção de efeitos diferida no tempo pode ser possibilidade a caracterizar o regime de transição, mas não a única.

O regime de transição não está vinculado apenas às razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, requisitos da modulação de efeitos na Lei 9.868/1999, mas, também, à garantia de proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento do dever ou novo condicionamento de direito. Considerados esses objetivos, e lembrando que proporcionalidade implica a análise da adequação do meio utilizado ao fim pretendido da necessidade de sua utilização e da existência de outros meios menos gravosos para tal, bem como que a equidade exige a adaptação da justiça às particularidades do caso concreto e a eficiência demanda a otimização dos resultados a partir de melhor uso dos meios escassos disponíveis, é possível que a mera modulação de efeitos seja suficiente à consecução dessas finalidades. Em verdade, para se atingirem essas qualidades no cumprimento da decisão pode ser necessário, para além do diferimento da sua eficácia no tempo, a adoção, pela autoridade administrativa, controladora ou judicial, de uma postura proativa e comprometida com os recursos disponíveis e o resultado almejado. Eventualmente, haverá na oitiva cooperação dos envolvidos e de especialistas, a fixação de um plano de trabalho, a fiscalização de seu cumprimento, flexibilização das diretrizes iniciais em face das dificuldades reais encontradas.

Em suma, o conteúdo do regime de transição mantém íntima relação com a natureza dos seus objetivos e só pode ser especificado perante o caso concreto, devendo representar ali a melhor medida para atendê-los. De fato, é impossível uma predefinição

abstrata daquilo que melhor atenderá às exigências da equidade e proporcionalidade, senão quando confrontadas com as necessidades do caso concreto, sob pena de verdadeira contradição em termos. Essa aparente indefinição não significa, porém, a discricionariedade da autoridade administrativa, controladora ou judicial ao fixar o regime de transição, pois estarão ainda vinculadas à consecução daqueles objetivos, sendo seus atos, portanto, passíveis de controle, caso se distanciem pragmática ou ideologicamente deles. Dito de outra forma, se a decisão proferida no âmbito do regime de transição não estiver contida no escopo de garantir proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento do dever ou condicionamento de direito, ou se não contribuir para o atingimento desse estado de coisas, poderá ser reformada pelos meios processuais disponíveis.

3.2 Aspectos processuais

Como visto, a LINDB é diploma legal que versa sobre normas gerais destinadas a disciplinar a criação, interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico. Natural, portanto, que suas disposições repercutam nos mais diversos ramos do Direito. No caso do artigo 23, porém, percebe-se a produção de efeitos notáveis sobre o direito processual, sem que isso tenha sido acompanhado, entretanto, de maiores diretrizes normativas sobre a ordenação desses efeitos.

Dessa forma, passa-se a estudar, ainda que preliminarmente, os aspectos processuais do regime de transição previsto por referido artigo, especificamente quanto à sua repercussão para o processo civil judicial.

3.2.1 Pressuposto processual

Já se afirmou que o regime de transição opera de forma condicional, isto é, se e somente se indispensável para a garantia da pro-

porcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento de dever ou novo condicionamento, exsurvido de mudança na interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado. Por isso, foi dito que ele se ligaria mais à execução (cumprimento do dever ou novo condicionamento) do que à declaração (mudança de interpretação normativa), já que sua função seria conferir aqueles atributos à satisfação do dever ou novo condicionamento.

O regime de transição pressupõe efetivamente, no processo judicial, uma decisão em sentido estrito¹⁸. Isso porque, por excelência, impor deveres ou condicionar direitos, em interpretação de normas jurídicas, é a decisão proferida em observância ao devido processo legal. Os chamados atos meramente ordinatórios, apesar de efetivamente produzirem efeitos na esfera jurídica dos envolvidos, não têm, em tese, o condão de inovarem direitos e deveres.

Além disso, mais do que uma decisão, é necessário que se trate de uma decisão de mérito, pois sentido não haveria de se projetar o atingimento equânime, proporcional e eficaz de um estado de coisas provisório, cuja precariedade exige sempre que se lhe desprenda tratamento compatível a possível reversão. Como se não bastasse, o regime de transição representa inegável antagonismo à satisfação ou preservação imediata do direito material envolvido, o que conflitaria de maneira inadmissível com a urgência e cautelaridade das tutelas provisórias. Pense-se, por exemplo, no regime de transição com cumprimento progressivo e diferido no tempo, de uma liminar que determine imediata realização de procedimento cirúrgico em paciente com risco de morte. Ao intérprete é vedada a interpretação que conduza ao absurdo.

3.2.2 Posição ou momento processual

Apesar de pressupor a existência de uma decisão de mérito, a fixação do regime de transição não necessariamente precisa in-

¹⁸ Ao contrário dos atos administrativos, sobre os quais se discorreu anteriormente no item 4.1.1.

tegrar o corpo do *decisum*, ou seja, a norma do artigo 23 não adicionou novo capítulo obrigatório à sentença, além daqueles previstos nos incisos do artigo 489 do Código de Processo Civil. Destarte, embora o estabelecimento do regime de transição seja um dever, quando verificada a hipótese de incidência, isso não significa que a sua descrição deva constar do mesmo ato sentencial que lhe deu ensejo. Pode ser, se conveniente, mas não tem de sê-lo forçosamente. De fato, acerca da natureza pragmática do instituto, voltado a adequar o cumprimento dos deveres e condicionamentos de direito às exigências da equidade, proporcionalidade e eficiência, o estabelecimento do regime de transição pode demandar a prolação de sucessivas decisões negociadas, planejadas e, especialmente, revisáveis. Assim, pode ser impossível condensar todas essas atividades no próprio ato decisório que originou a necessidade do regime de transição.

3.2.3. Classificação do ato processual e recorribilidade

Por não se incluir obrigatoriamente na sentença ou acórdão nem encerrar o processo, o ato judicial que fixa o regime de transição deve ser qualificado como decisão interlocutória. Não se pode confundir o regime de transição com a pressuposta sentença de mérito. Voltado à disciplina do cumprimento da sentença que lhe é anterior, desafia a interposição do recurso de agravo de instrumento, conforme permissivo do artigo 1.015, parágrafo único, do CPC/2015, isto é, decisão interlocutória proferida na sede de liquidação ou cumprimento de sentença.

3.2.4. Competência, apelação, efeito suspensivo e atuação dos tribunais

Não há, na redação do artigo 23 da LINDB, qualquer indicativo sobre competência para a fixação do regime de transição, isto é,

autoridade judiciária que teria atribuições para tal. Assim, à mínima de uma restrição normativa expressa, entende-se que tanto os juízes de primeira instância quanto de tribunais das justiças estaduais, federal e especializadas, bem como das cortes superiores, terão o dever de adotar o regime de transição quando se lhes depararem a hipótese de incidência.

Questão interessante surge quanto às situações em que o regime de transição houver sido fixado por decisão de primeira instância cuja prolação de sentença se tenha sujeitado a recurso de apelação dotado de efeito suspensivo (artigo 1.012 do CPC/2015). A interposição de recurso de apelação em face da sentença que ensejou a fixação do regime de transição tem o poder de, via de regra, suspender sua eficácia. A princípio, essa circunstância pode causar estranheza e, de fato, há que se debruçar sobre o tema.

A doutrina muito discute a conveniência de subsistir tal efeito suspensivo automático da apelação, e “o legislador ensaiou mudar o sistema, mas a alteração não avançou”¹⁹. No sistema atual, não há como conciliar, em regra, a implementação do regime de transição na pendência de apelação com efeito suspensivo. Em parte, pelo mesmo motivo aduzido alhures da incompatível precariedade das tutelas provisórias e o regime de transição. Mas esse fundamento é apenas parcialmente aplicável pois, diferentemente das tutelas provisórias, a sentença de mérito ostenta pretensão de definitividade, embora sujeita a recurso com amplo efeito devolutivo. O cerne da questão está, então, em pensar que o efeito suspensivo pode abarcar os capítulos da sentença relativos à declaração da interpretação ou orientação sobre norma jurídica de conteúdo indeterminado e/ou imposição de novo dever ou condicionamento de direito. Como visto, esses pressupostos, caso abrangidos pelo efeito suspensivo da apelação, tornam sem eficácia o regime de transição, por arrastamento lógico.

19 GONÇALVES, Glaucio Maciel. *Recursos “ordinários”*. In THEODORO JR, Humberto. *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.222.

Entretanto, se a insurgência recursal for dirigida apenas a capítulos independentes que não digam respeito à alteração da orientação normativa ou à imposição de novo dever ou condicionamento de direito, não haverá qualquer óbice à produção de efeitos do regime de transição. Assim, no cúmulo de ações em um mesmo processo, o recurso de apelação que impugne o julgamento de pedidos autônomos não prejudica a execução definitiva do comando sentencial em relação aos demais, pois a extensão do efeito devolutivo é limitada horizontalmente à matéria relativa ao capítulo impugnado (artigo 1013, parágrafos 1.º e 2.º do CPC/2015). Coisa julgada parcial e interposição de recurso de cognição delimitada voluntariamente²⁰ que não questionem os capítulos referentes à declaração da interpretação ou orientação nova sobre norma jurídica de conteúdo indeterminado e imposição de dever ou condicionamento de direito em nada prejudica a fixação e implementação do regime de transição.

Note-se que a mera suspensão dos efeitos da sentença no que toca a esses pressupostos não retira a possibilidade da fixação do regime de transição pelo juízo sentenciante, tampouco a obrigatoriedade de o fazer durante o cumprimento da sentença. A suspensão opera efeitos no plano da eficácia, não da validade ou existência. Desse modo, é perfeitamente imaginável situação em que o magistrado de primeira instância, ao sentenciar, fixe o regime de transição, que remanesce com eficácia suspensa até a confirmação da sentença em segundo grau e eventual manifestação dos tribunais superiores. Volvendo os autos para a fase de cumprimento, passa a vigorar o regime de transição fixado.

Nesse ponto, é possível questionar se os tribunais, em instância recursal, poderiam no regime de transição, desde logo, decidir aplicar a teoria da causa madura. Não parece haver óbice a isso,

20 DIDIER JR., Fredie. *Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015*. In *Grandes Temas do Novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Volume 12. DIDIER JR., Fredie; Cabral, Antonio do Passo (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2018. p. 89/92.

o que não significa que as cortes não façam uso dessa faculdade com cautela. De fato, ainda que em sede recursal o órgão jurisdicional que julgue a interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado e impõe novos deveres ou condicionamentos de direitos seja competente para lhe fixar as diretrizes de cumprimento, não seria aconselhável que isso passasse das diretrizes gerais iniciais, porquanto o regime de transição, sendo incidente afeito à execução e destinado a lhe garantir equidade, proporcionalidade e eficiência, pode exigir atencioso cuidado, fiscalização e acompanhamento. Tais exigências podem ser mais bem concretizadas pelo juízo do cumprimento de sentença, sendo inconveniente que cada intercorrência prática seja levada para decisão em órgão colegiado.

Além disso, a manifestação colegiada e o duplo grau de jurisdição restarão sempre preservados pela possibilidade, já referida, de interposição de agravo de instrumento em face das decisões do juízo singular. Ademais, o acesso aos tribunais superiores também estará garantido pela via da reclamação, caso tenham eles fixado as diretrizes do regime de transição. O mandado de segurança também é forma de controlar eventual ato coator praticado pelo juízo singular. Em suma, nas ações de competência originária de tribunais, indiscutível sua competência para a fixação e o acompanhamento direto do regime de transição. Quando conhecerem da questão em grau recursal, melhor que se atenham à fixação de diretrizes gerais, deixando o acompanhamento direto para o juízo singular e conhecendo de eventuais impugnações pela via de agravo, reclamação ou mandado de segurança.

3.2.5. Conexão e reunião de processos

O regime de transição aparece como forma de garantir o melhor cumprimento de deveres ou condicionamentos de direito surgidos de mudança na interpretação ou orientação de normas

jurídicas. Liga-se aos objetivos gerais de segurança jurídica e de eficiência da reforma da LINDB.

Assim, seria impensável a coexistência de um regime de transição aplicável a um ou mais sujeitos e inaplicável a outros, que se submetem aos mesmos deveres ou condicionamentos de direitos, mas sem o correspondente regime de transição. A incidência do regime de transição só para uns importaria evidente violação à segurança jurídica, finalidade última da norma em comento.

Quando o regime de transição disser respeito a bens jurídicos indivisíveis ou a interesses coletivos e difusos, não haverá qualquer dificuldade. Pense-se na imposição de dever urbanístico ou ambiental a todos os habitantes de um local, indistintamente, na fixação de tarifas módicas em serviços públicos e, também, no condicionamento de direitos que atingem um sem-número de pessoas, como a imposição de requisitos para o ingresso nas carreiras públicas, para contratação com o poder público ou exercício de determinada atividade que exija autorização. Em qualquer dos casos, uma única decisão submeterá todos os possíveis afetados.

Entretanto, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a situação pode agravar-se com a indesejável violação à igualdade pelo tratamento diferenciado daqueles em idêntica situação. Tendo isso em mente, e sem que se pretenda enveredar, neste momento, para temas como a ampliação subjetiva da coisa julgada, é possível apontar para a inegável ocorrência de conexão entre as ações, uma vez fixado o regime de transição em uma delas. Assim, trabalhar a ideia de prevenção do juízo que fixou o regime de transição para o conhecimento e julgamento das demais ações versando sobre o cumprimento dos mesmos deveres e condicionamento de direitos, que deverão ser reunidas para o seu acompanhamento conjunto, não seria uma prevenção para definir competência na fase cognitiva, mas sim para a fase de cumprimento de sentença, desde que isso não represente óbice

à consecução das finalidades do instituto (garantia da proporcionalidade, equidade e eficiência) em razão de deslocamentos territoriais, comunicação com as partes, etc.

3.2.6. Nulidades

Considerando que o regime de transição é obrigatório quando verificadas as suas hipóteses normativas, a decisão que deixa de fixá-lo padece de nulidade. Entretanto, essa nulidade não contamina todo o processo e certamente não vicia os capítulos declaratórios da sentença. Como visto, o regime de transição somente apresenta eficácia no processo judicial na fase de cumprimento de sentença, de modo que sua ausência prejudica exatamente tais atos executórios, não repercutindo nos atos cognitivos e declaratórios realizados antes.

De se refletir, ainda, que o regime de transição representa um diferimento temporal ou procedimental na satisfação das obrigações estatuídas pela sentença, as quais normalmente têm execução imediata, mas que, com o uso dos meios coercitivos disponíveis, passam a ter sua exigibilidade desmembrada ou fragmentada, pois são cumpridas de forma progressiva, parcelada ou diferida no tempo. Assim, a ausência do regime de transição, quando a presença for obrigatória, configura hipótese de inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, nos termos do artigo 525, inciso III, e 535, inciso III, ambos do CPC/2015. Dessa forma, o executado que se sentir lesado pela ausência da fixação do regime de transição poderá alegá-lo em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

3.2.7 Fundamentação das decisões

As decisões que fixam o regime de transição ou que decidem sobre

incidentes no curso de sua implementação ostentam uma natureza especial e distinta dos demais atos judiciais e, por isso, exigem fundamentação idônea que se adapte à realidade. Com efeito, a grande maioria dos atos judiciais é, acima de tudo, cognitiva e interpretativa. O juiz deve conhecer os fatos e julgar suas repercussões jurídicas à luz da interpretação das normas aplicáveis e da subsunção dos comandos legais abstratos às circunstâncias do caso concreto, construindo sentido jurídico à decisão da controvérsia.

No regime de transição, a atividade exercida pelo juiz é primordialmente estratégica e voltada à consecução ótima de resultados. Deveras, o regime de transição tem como finalidade garantir que a concretização de deveres jurídicos se dê de forma proporcional, equânime e eficiente. Exige, portanto, avaliações pragmáticas, controle empírico de produtividade, economicidade, simplicidade e celeridade, considerando a situação concreta das partes e os recursos disponíveis.

As decisões judiciais que versam sobre o regime de transição não podem guardar fundamentação presa ao raciocínio lógico-jurídico ligado à atividade cognitiva e interpretativa. Devem ser motivadas segundo critérios de eficiência, proporcionalidade e equidade ligados à atividade finalística e pragmática, sem, no entanto, desbordar para a ilegalidade. Dentro das molduras normativas, os argumentos judiciais utilizados para estabelecer o regime de transição devem observância à sua natureza e às finalidades, sob pena de nulidade a ser controlada pelas recursais e impugnativas já mencionadas.

3.2.8. Cooperação, contraditório e consensualidade

O princípio da cooperação rege todo o processo civil brasileiro como norma que lhe é fundamental (artigo 6.º do CPC/2015). Dele se projetam diversos deveres não somente para as partes,

mas também para o juiz, os quais densificam a noção de contraditório.²¹ Por essa razão, a decisão judicial relativa ao regime de transição se deveria dar em cooperação com as partes, embora o novo sistema processual exija que se busque, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (artigo 3.º, §2.º, CPC/2015), o que apenas reforça a necessidade do estabelecimento do diálogo entre as partes e o juízo no âmbito do regime de transição.

Realmente, uma vez que o novo dever ou condicionamento de direito já foi imposto, é possível pensar que as partes cheguem a um acordo sobre a melhor forma de lhe dar cumprimento. Com isso, a solução negociada e consensual pode apresentar diversos atrativos, pois torna desnecessário intervenção judicial com medidas coercitivas, evita-se a oneração do processo e lhe pode conferir maior celeridade.

Simplicidade, economicidade e celeridade, se atributos obtidos pela consensualidade e negociação, representam instrumentos eficientes para o juiz não só quando da fixação do regime de transição, mas também durante seu acompanhamento.

4. O processo estrutural

Ao longo do século XX se observaram profundas alterações no processo civil. Conceitos e modelos tradicionalmente fixados e enraizados na cultura jurídica ocidental, de domínio liberal e positivista desde o século XVIII, têm sido relativizados para adequar o processo às novas exigências da dinâmica social. Sem o abandono das práticas processuais clássicas, permitiu o reconhecimento às vezes desordenado de gestação pretoriana de novas práticas judiciais destinadas a moldar a função jurisdicional às demandas de interesse público ou coletivo.

21 THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82-126

No âmbito do *common law*, Chayes identificou as características do modelo tradicional do processo civil e as comparou com os atributos dos processos que ele denomina litígios de direito público.²²

O tradicional processo civil norte-americano seria: a) bipolar, dois interesses unitários e opostos; b) retrospectivo, voltado à verificação de fatos ocorridos e suas consequências jurídicas; c) interdependente com o direito material, na medida em que o remédio processual derivaria do escopo da violação ao direito substantivo; d) limitado em alcance, pois os comandos judiciais atingiriam apenas as partes; e) iniciado e controlado pelas partes que detêm a iniciativa de delimitar os fatos, produzir as provas e formular os pedidos e questões a serem decididas pelo juiz.²³

Esse modelo processual de cunho privatístico passou a sofrer críticas a partir de 1875, em face do crescimento da regulação legislativa e intervenção estatal nos arranjos sociais e econômicos bem como da necessidade de questionar o caráter lógico e dedutivo da jurisdição. Por causa de suas consequências políticas, alterações teriam surgido no sistema processual, as quais não seriam apenas reformas pontuais destinadas a conferir maior eficiência à adjudicação, dentro, ainda, do modelo tradicional, mas elementos de um novo modelo de ação judicial e de função jurisdicional.²⁴

As características desse modelo seriam: a) o escopo da ação não é dado exogenamente, mas fixado pelas cortes e pelas partes; b) a estrutura de partes não é rigidamente bilateral, mas dispersa e amorfa; c) a inquirição de fatos não é histórica e adjudicativa, mas preditiva e legislativa; d) o remédio judicial não é uma compensação pela violação do direito, mas é prospectivo, flexível e

22 CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K.; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.31-69. Publicação original em Harvard Law Review, volume 89-1976, p.1.281-1.316.

23 *Idem*. p. 33-34.

24 *Idem*. p. 39-40.

aberto; e) o remédio não é imposto, mas negociado; f) a sentença não encerra o envolvimento judicial no assunto, mas requer a contínua participação da corte para administrar sua execução; g) o juiz não é passivo, já que se envolve na avaliação de fatos e na delimitação do litígio; h) o objeto litigioso não é uma matéria privada entre particulares, mas uma disputa sobre a operação de políticas públicas.²⁵

Fiss também trabalhou a questão do novo modelo de processo civil verificado nos Estados Unidos²⁶, especialmente durante a década de 1960, com a Corte Warren²⁷, o qual denominou processo estrutural, em oposição ao modelo clássico, que chama de solução de controvérsias. A análise do autor restringe a ocorrência do processo estrutural aos casos em que o judiciário altera a estrutura e a organização de burocracias da Administração ao dar concretude aos valores constitucionais abstratos.²⁸

Para Fiss, a função primeira da atividade jurisdicional seria exatamente “conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais”,²⁹ sendo a eliminação de controvérsias entre as partes mera consequência do exercício dessa função.³⁰ Daí dis-

25 *Idem.* p. 53.

26 FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 25-104.

Também em: FISS, Owen. *As formas de justiça*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017, p.119-174.

27 Warren Court é a denominação da composição da Suprema Corte dos Estados Unidos da América enquanto presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren, entre os anos de 1953 e 1969.

28 *Idem.* p. 2.

29 *Idem.* p. 9.

30 De fato, ele questiona a postura dogmática que considera a solução de controvérsias como função histórica dos juizes, descrita metaforicamente pela narrativa de dois indivíduos que, ao chegarem a um impasse sobre um pedaço de terra, submetem a disputa a um terceiro imparcial para evitar o uso da força entre eles, de modo que as cortes seriam a institucionalização desse terceiro imparcial. O autor trata a alegoria como uma “estória que não captura a lógica social das cortes” e propõe a substituição por outra: “o soberano envia seus oficiais por todo o território para divulgar o direito e verificar se ele está sendo observado”. Assim, considerando

cordar de Chayes de que haveria um modelo tradicional (solução de controvérsias) e um novo modelo (processo estrutural ou de litígios de direito público). Conforme Fiss, a função jurisdicional sempre teria sido a mesma, de modo que evoluída teria sido a forma de adjudicação.³¹

Já quanto ao processo civil italiano, Bonato³² descreve a jurisdição administrativa historicamente atrelada à função de exercer o controle de legalidade dos atos administrativos e declarar, eventualmente, sua anulação. Informa, entretanto, a existência de instrumento processual denominado juízo de conformidade (*Giudizio di Ottemperanza*), previsto no direito positivo desde 1971, que permite ao juízo administrativo, verificado o inadimplemento da Administração, fazer-se substituir para corrigir a violação, determinando a prática e o conteúdo de atos ou mesmo praticando ele mesmo os atos. Trata-se, portanto, de procedimento de natureza mista, isto é, sucessivamente cognitivo e executivo, de formação progressiva. Para trazer efetividade à execução do comando sentencial, o juízo pode valer-se da nomeação de um comissário judicial *ad acta* para o representar como *longa manus* do órgão judicial.

No Brasil, Grinover³³ fala da existência dos conflitos de interesse público ou estratégicos como sendo aqueles “que se destinam à implementação de direitos fundamentais coletivos, implicando

que a função jurisdicional seria caracterizada por conferir significado aos valores públicos constitucionais, o processo estrutural seria apenas uma maneira de exercer esse encargo, ao passo que as disputas puramente privadas, que não envolvem a interpretação dos valores públicos, deveriam ser resolvidas por árbitros privados. (*Idem.* p.31-32).

31 *Idem.* p.37.

32 BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il comissário ad acta nel processo amministrativo italiano*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.317-339.

33 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticos públicas*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 423-448.

colocar em debate a atuação de grandes instituições ou serviços públicos”. Essa categoria de litígios deve ser diferenciada não só dos conflitos privados, mas também do restante dos litígios coletivos, pois o diálogo processual ali estabelecido teria natureza “institucional, envolvendo outros ‘poderes’ estatais”. Seriam características marcantes desses processos a decisão versar não sobre fatos passados, mas projetar-se em dimensão prospectiva; a ordem judicial não se limitar ao “pague ou faça”, mas representar uma indicação dos passos a serem empreendidos para se alcançar o resultado pretendido; a sentença ser construída em diálogo entre as partes, e preferencialmente com a presença de *amicus curiae*; a ampliação da cognição, com a participação de assessorias especializadas; a flexibilização do cumprimento de sentença, acompanhado pelo juízo, que se pode valer de terceiro interposto; a utilização do método dialógico, entre os poderes estatais.

No mesmo sentido, Arenhart³⁴ reconhece que “o processo brasileiro não comporta, sob seus princípios e seus procedimentos tradicionais, os requisitos necessários para uma adequada discussão de políticas públicas.” Para tanto, seria necessária uma redefinição do conceito de contraditório, com nova dimensão e conteúdo, para que o direito de influir na decisão seja exercido pelos vários núcleos de interesse no objeto da controvérsia diretamente, por “representantes adequados”, pela oitiva de especialistas. Além disso, “elementos como a adstrição da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada exigem reformulação completa”.

Portanto, o processo estrutural ou de interesse público, antes de resultar de uma reforma planejada do direito positivo, configura uma realidade da prática jurídica dos diversos sistemas observa-

34 ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 475-492.

da notadamente a partir do crescimento da intervenção estatal na regulação social e econômica, com a provocação das cortes a concretizarem direitos, valores e princípios constitucionais abertos e programáticos. A atuação judicial se tornou proativa e passou a intervir quando verificado que a estrutura de burocracias administrativas representava óbice à consecução daqueles princípios.

Sem que se adentre o mérito das críticas surgidas à legitimidade dessa atividade judicial, registre-se que, para alguns, ela estaria inserida na própria noção de jurisdição³⁵. Pragmatically, a doutrina tem apontado necessidade da revisão de institutos processuais clássicos, que devem ser flexibilizados para se adequarem às exigências desses novos processos.³⁶

O processo estrutural ou de interesse público seria, então, o instrumento adequado à solução de litígios especiais, nos quais a atividade jurisdicional interfere, com mais vigor, nas atividades dos demais órgãos estatais, já que essa peculiaridade exigiria a observância de procedimento igualmente peculiar, com a superação/revisão de conceitos processuais tradicionais.

5. Regime de transição e processo estrutural

Estudados os objetivos, as posições doutrinárias sobre o processo estrutural ou de interesse público e as características normativas materiais e processuais do artigo 23 da LINDB, cabe analisar se a modalidade judicial do regime de transição equivale à positividade do processo estrutural no direito brasileiro.

35 Como visto em FISS, Owen. *As formas de justiça...*

36 Projeto de Lei 8058/2014, de autoria do deputado Paulo Teixeira, em trâmite na Câmara dos Deputados e disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C25289141BA48D58B621BA249C19564.proposicoesWebExterno1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014.

Vejam-se, ainda, comentários doutrinários ao projeto: GRINOVER, A.D.; WATANABE, K.; LUCON, P.H.S. *Projeto de Lei 8058/2014 – considerações gerais e proposta de substitutivo*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K.; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 609-650.

Tanto o regime de transição quanto o processo estrutural partem da premissa de que o órgão jurisdicional atuou de forma a concretizar normas indeterminadas. O regime de transição pressupõe interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado compreendida como princípios, em geral, e regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados. Para Fiss, o processo estrutural seria decorrência da própria função jurisdicional de “conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais”.³⁷ Considerando que nossa Constituição é rica em normas principiológicas, programáticas e conceitos jurídicos indeterminados, os institutos do regime de transição e processo estrutural compartilhariam mesma característica de pressuporem a atividade jurisdicional de interpretação e concretização de princípios e valores abstratos.

Da mesma forma, ambos os institutos têm vocação prospectiva. O regime de transição, apesar de pressupor mudança de interpretação ou orientação jurídica e imposição de novo dever ou condicionamento de direito, depende efetivamente da necessidade de se garantir proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento desse dever ou condicionamento. Liga-se mais à execução do que à declaração. O foco da autoridade que fixa o regime de transição é trabalhar mais a satisfação do direito no futuro do que perquirir retrospectivamente as circunstâncias de sua violação. A esse respeito, Chayes³⁸, Fiss³⁹ e Grinover⁴⁰ são harmônicos em afirmar o caráter prospectivo e *pro futuro* do processo estrutural.

Por isso, o regime de transição e o processo estrutural exigem procedimento flexível, com ampla possibilidade de revisão das

37 FISS, Owen. *As formas de justiça...* p.128.

38 CHAYES, Abram. *The role of the judge...* p.53 ou 1.302, conforme publicação.

39 FISS, Owen. *As formas de justiça...* p.130.

40 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do...* p. 445.

decisões quando verificada a inadequação aos objetivos. Fiss entende que se trata de um procedimento dependente da substância.⁴¹ O mesmo ocorre no regime de transição, cujo conteúdo e procedimento estão ambos atrelados à consecução de proporcionalidade, equidade e eficiência.

Ademais, a relativização do princípio dispositivo e da adstrição ou congruência é uma nota marcante do processo estrutural e também do regime de transição. Chayes afirma que, no processo de interesse público, o remédio judicial não é uma compensação pela violação do direito, mas é prospectivo, flexível e aberto⁴², enquanto Arenhart expressa a necessidade de revisão daqueles princípios.⁴³ O regime de transição se origina de um processo cujo objeto seria a interpretação de uma norma de conteúdo indeterminado, com a consequente imposição de deveres ou condicionamentos de direito. Não obstante, para garantir o cumprimento equânime, proporcional e eficiente desses deveres ou condicionamentos de direitos, é possível que o juiz fixe medidas transitórias a serem observadas pelas partes e que não estavam incluídas nos seus pedidos, sem que isso configure decisão *extra petita*. De igual modo, o juiz não concede imediatamente a satisfação do direito postulado, mas determina que isso se dê diferida e progressivamente sem que resulte em decisão *infra petita*.

Além disso, o processo estrutural e o regime de transição comungam a necessidade de acompanhamento judicial de seu cumprimento, de modo que a atividade judicante não se encerra com a mera prolação da declaração da parte vencedora. Pelo contrário, o exercício da supervisão, controle e fiscalização da decisão judicial pode tornar necessário que o juízo se valha de interpostas pessoas, com qualificação técnica e isenção para re-

41 FISS, Owen. *As formas de justiça...*p. 121.

42 CHAYES, Abram. *Idem*.

43 ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no...*p.481/482.

presentá-lo, a fim de melhor cumprir esses encargos. Fiss lhe denomina *special master*⁴⁴, Bonato fala do comissário *ad acta*⁴⁵, enquanto Arenhart entende que as normas positivas existentes no Brasil já possuem o potencial de permitir a nomeação de tais administradores judiciais.⁴⁶

Uma nota característica dos processos estruturais que também se faz presente no regime de transição é a atuação do órgão judicial em cooperação e negociação entre as partes. Para Fiss, o diálogo processual, ao lado da independência (imparcialidade), seria a base da legitimidade dos juízes para promoverem as reformas estruturais.⁴⁷ Quanto ao regime de transição, não bastasse a cooperação e o contraditório serem normas fundamentais do processo civil em geral, a natureza mesma desse instituto reforça a necessidade do juízo de se abrir ao diálogo em busca de solução consensual entre as partes. De fato, não apenas circunstâncias técnicas podem ensejar que o juízo se valha de cooperação como essa. A consensualidade pode ser decisiva para o sucesso do regime de transição na obtenção de equidade, proporcionalidade e, principalmente, eficiência no cumprimento dos comandos judiciais.

Por todo o exposto, o regime de transição e o processo estrutural ou de interesse público são a mesma coisa? Parece que não. Ainda que comunhem características semelhantes, os institutos ainda guardam distinções.

Para Fiss, o processo estrutural “é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos ins-

44 FISS, Owen. *As formas de justiça...*p. 144/145.

45 BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza...*p.335 e ss.

46 ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no...*p.490.

47 FISS, Owen. *As formas de justiça...*p. 130 e 168.

titucionais existentes”.⁴⁸ Para Chayes, o objeto do novo processo, identificado como litígio de direito público, “não seria uma disputa entre indivíduos sobre direitos privados, mas uma controvérsia sobre a operação de uma política pública”.⁴⁹

É verdade que o regime de transição pode ser aplicado a casos em que a decisão judicial resulte em reorganização das estruturas administrativas, da mesma forma como certamente se deve aplicar em controvérsias sobre políticas públicas. Entretanto, da forma como positivado em nosso ordenamento, o regime de transição não se limita a isso.

Não há nada que indique que o regime de transição tenha de se ater a conflitos na administração pública. É, pois, perfeitamente possível que se aplique a controvérsias entre particulares, na hipótese em que a decisão judicial operar interpretação nova sobre norma jurídica de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou condicionamento de direito, cujo cumprimento requeira proporcionalidade, equidade e eficiência, especialmente considerada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Basta pensar em litígios que envolvam direitos do consumidor em que a decisão judicial, interpretando os conceitos abertos do Código de Defesa do Consumidor⁵⁰, imponha ao fornecedor o dever de sanar vícios em produtos ou em sua divulgação, com implicações produtivas e gerenciais em larga escala. O mesmo se aplica à defesa de outros interesses, como o meio ambiente, o patrimônio público, etc. O regime de transição pode ser aplicado, ainda, em lides absolutamente privadas, em que haja o cumprimento específico de obrigação de fazer complexa. Ademais, a recuperação judicial, no âmbito do direito comercial, é, de certa forma, uma

48 *Idem.* p.120.

49 CHAYES, Abram. *Idem.*

50 Como, por exemplo, as expressões “riscos normais e previsíveis” e “informações necessárias e adequadas” (artigo 8.º do CDC), “vícios de qualidade que os tornem [produtos] impróprios ou inadequados ao consumo” (artigo 18, CDC).

modalidade legal de regime de transição com objetivos e requisitos específicos.⁵¹

Além disso, a flexibilização do princípio dispositivo e da adstrição ou congruência parece ter sido menos dramática no regime de transição. Nos processos estruturais, os limites à atuação judicial são a efetivação de um valor constitucional e a eliminação da ameaça a ele representada pela estrutura administrativa. No regime de transição, o juiz se encontra vinculado à garantia do melhor cumprimento dos deveres ou condicionamento de direitos impostos pela sentença precedente. Dessa forma, o objeto de deliberação judicial mais aberta ou permissiva é menos o entrave estrutural da Administração à concretização do valor constitucional do que as formas mais equânimes, proporcionais e eficientes de garantir o cumprimento de um dever ou condicionamento de direito específico. No processo estrutural, a atenção judiciária se desprende da violação específica que deu origem ao conflito para se abrir ao cenário amplo de violações inespecíficas, enquanto no regime de transição se foca na melhor maneira de dar cumprimento a uma obrigação específica.

Portanto, o regime de transição e o processo estrutural ou de interesse público possuem várias semelhanças, mas não representam o mesmo instituto. Sob o aspecto hipótese de incidência, o regime de transição se mostra mais abrangente do que os processos estruturais ou de interesse público. Sob outro aspecto – alcance da atuação judicial – o processo estrutural vai além do escopo específico do regime de transição.

51 Entre outros efeitos, a recuperação judicial pode resultar na alteração do modo de cumprimento das obrigações do devedor para garantir a superação da sua crise econômica, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores (artigo 47 da Lei 11.101/2005).

6. Conclusão

Por todo o exposto, a reforma da LINDB operada pela Lei 13655/2018, que visou conferir qualidade, segurança jurídica e eficiência às decisões públicas, pode vir a atingir seus objetivos no que tange ao regime de transição previsto pelo artigo 23.

Naturalmente, a ausência de disciplina mais detalhada do alcance e implicações desse dispositivo poderão causar, num primeiro momento, certa perplexidade e hesitação na comunidade jurídica, o que, por sua vez, acarreta justamente a diminuição da segurança jurídica que envolve a norma.

Porém, compreendidas as funções e as exigências do instituto, bem como observância de boa técnica processual e atenção rigorosa às suas finalidades, o regime de transição pode tornar-se, de fato, instrumento adequado aos ideais de segurança jurídica e eficiência no trato do Direito, em geral, e não apenas às decisões públicas.

Além disso, o regime de transição:

1. É obrigatório, instrumental e aberto.
2. Tem como pressupostos a prática de um ato administrativo ou decisão judicial ou controladora que apresente nova interpretação ou orientação sobre princípios, em geral, ou regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados dos quais resultem imposição de novo dever ou condicionamento de direito a particulares, a administradores ou à própria Administração, e se condiciona à sua essencialidade de garantir que o cumprimento desse novo dever ou condicionamento seja revestido de atributos como a proporcionalidade, a equidade e a eficiência para tutelar o interesse público.
3. Não se aplica aos casos sem inovação de interpretação ou orientação normativa, àqueles em que há operação hermenêu-

tica sobre regra de conteúdo determinado e àqueles em que se criam direitos potestativos.

4. Não se limita aos litígios na administração pública, ao escopo do microsistema das nulidades de atos administrativos ou à modulação temporal de efeitos da Lei 9868/1999.

5. Liga-se mais à execução do que à declaração, e está vinculado à consecução de proporcionalidade, equidade e eficiência ao cumprimento do dever ou condicionamento de direito.

6. Pressupõe, no processo judicial, decisão anterior de mérito.

7. Não precisa integrar o corpo da sentença.

8. É decisão interlocutória que desafia a interposição de agravo de instrumento, conforme permissivo do artigo 1.015, parágrafo único, CPC/2015.

9. Pode ser fixado por qualquer instância judicial.

10. Submete-se ao efeito suspensivo da apelação, caso esse recurso impugne os capítulos da sentença relativos à declaração da nova orientação sobre norma jurídica ou à imposição do novo dever ou condicionamento de direito.

11. Pode ser fixado mesmo com a interposição do recurso de apelação, caso em que, verificada a hipótese do item anterior, permanecerá com eficácia suspensa até a confirmação da sentença e eventual manifestação dos tribunais superiores.

12. Pode ser fixado pelos tribunais em grau recursal, mas é aconselhável que, nesse caso, as cortes não ultrapassem o plano de diretrizes gerais e iniciais e deleguem o acompanhamento, avaliação e controle para a primeira instância.

13. Enseja a conexão e reunião de processos que versarem sobre idêntica controvérsia, na fase de cumprimento de sentença.

14. Sua ausência, quando presentes as hipóteses de incidência, acarreta a nulidade dos atos executórios, mas não dos cognitivos anteriores, ensejando, ainda, a inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, arguíveis em sede de impugnação e embargos.

15. Exige fundamentação adequada, finalística e pragmática, segundo critérios de eficiência, proporcionalidade e equidade.

16. Incrementa a importância da cooperação, do contraditório e da consensualidade no processo.

17. Possui em comum com os processos estruturais a premissa de que a atuação jurisdicional interpretou normas de conteúdo indeterminado, tem vocação prospectiva, demanda procedimento flexível, relativiza os princípios dispositivo e da adstrição, exige atuação proativa do juízo em cognição estendida e, também, em cooperação entre as partes, o uso, inclusive, de auxiliares judiciais.

18. Guarda distinção em relação aos processos estruturais de maior abrangência, para além de litígios de direito público que envolvem a administração pública, ao mesmo tempo que apresenta escopo mais delimitado, isto é, o foco na melhor maneira de dar cumprimento a uma obrigação específica.

7. Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

ANASTASIA, Antônio Augusto. *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il commissário ad acta nel processo amministrativo italiano*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. Publicação original em Harvard Law Review, volume 89/1976.

DIDIER JR., Fredie. *Algumas novidades sobre a disciplina normativa da coisa julgada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015*. In *Grandes Temas do Novo CPC: Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Volume 12. DIDIER JR., Fredie; Cabral, Antonio do Passo (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2018.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *As formas de justiça*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, Glaucio Maciel. *Recursos “ordinários”*. In THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticos públicas*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; MOREIRA, Egon Bockmann. *Uma lei para o estado de direito contemporâneo. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Artigo 22. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In ANASTASIA, Antônio Augusto (coord.) Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Artigo recebido em 27/8/2018

Artigo aprovado em 29/11/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190012