

I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



REPENSANDO OS PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA: O CÓDIGO MODELO, A JUSTIÇA MULTIPORTAS E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Anais do Iº Seminário Ibero-Americano de Tutela Coletiva

VOLUME III

Apoio:



Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal



Universidade Federal
do Espírito Santo



ANAIS DO I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA

**Repensando os processos coletivos para a Ibero-América. O Código Modelo, a
Justiça Multiportas e os Processos Estruturais**

VOLUME III

Coordenadores

Hermes Zaneti Jr

Marcelo Abelha Rodrigues

Santiago Pereira Campos

Giovanni Priori

José Maria Salgado

Data de realização

27, 28 e 29 de novembro de 2024

Local

Vitória, Espírito Santo, Brasil

Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva. (I: 2024: Vitória, ES -Brasil).
C749a

Anais do I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva, volume III.
Repensando os processos coletivos para a Ibero-América : o código modelo, a
justiça multiportas e os processos estruturais [recurso eletrônico] /
Coordenadores: Hermes Zaneti Jr., Marcelo Abelha Rodrigues, Santiago Pereira
Campos, Giovani Priori, José Maria Salgado. –Vitória, ES: MPES/UFES, 2024.

Realizado de 27 a 29 de novembro de 2024.

1 recurso online (306 p.): PDF.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-63256-13-3

1. Direito - Congressos. 2. Processos coletivos. 3. Ministério Público. I.
Zaneti Jr., Hermes. II. Rodrigues, Marcelo Abelha. III. Campos, Santiago
Pereira. IV. Priori, Giovani. V. Salgado, José Maria. VI. Universidade Federal
do Espírito Santo. VII. Título.

CDU 34

Coordenadores

Hermes Zaneti Jr.
Marcelo Abelha Rodrigues
Santiago Pereira Campos
Giovanni Priori
José Maria Salgado

Instituições Organizadoras

Instituto Iberoamericano de Direito Processual - IIDP
Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Ministério Público do Estado do Espírito Santo - MPES
Programa de Pós-Graduação em Direito Processual - PPGDIR/UFES
Laboratório de Processo e Constituição - LAPROCON/UFES

Apoiadores

Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo - ProcNet
Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado - ESPGE Procuradoria-Geral do
Estado do Espírito Santo - PGE/ES Defensoria Pública do Espírito Santo - DPES Escola
da Magistratura do Estado do Espírito Santo - EMES

Equipe Técnica e Editorial

Gustavo Silva Alves
Ozório Vicente Netto
Pedro Henrique da Silva Menezes
Pedro Pessoa Temer
Marília Quadros Ribeiro dos Santos
Anaflavia Cera Daltro Castro
Tatiane Aurora de Moura Puck
Giordano Bruno Barone Thebaldi
Henrique Zavaris Lorenzoni
Júlia Ruy Bragatto

Arte e Diagramação

Yan Carlos Zache Dallapicola

Sumário

CARTA DE VITÓRIA – PORTUGUÊS BRASILEIRO	8
CARTA DE VITÓRIA – ESPANHOL	14
ENTIDADES DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA E A FASE EXECUTIVA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL: ALTERNATIVAS E POSSIBILIDADES <i>Adilson Carvalho Pantoja</i> <i>Gisele Santos Fernandes Góes</i>	20
O JUDICIÁRIO BRASILEIRO, AS AÇÕES COLETIVAS E O ACESSO À JUSTIÇA: A EXPERIÊNCIA DO FÓRUM NACIONAL DE AÇÕES COLETIVAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (FONACOL/CNJ) <i>Alberto Bastos Balazeiro</i> <i>Pablo Coutinho Barreto</i> <i>Raquel Leite da Silva Santana</i>	42
A PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO LIVRE DA DISCRIMINAÇÃO SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO <i>Claudio Iannotti da Rocha</i> <i>Laís Lomar de Oliveira</i>	56
O DILEMA DO EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO BRASIL: ENTRE A PREVALÊNCIA DA AUTORIDADE DO JULGADOR E A QUALIDADE DO CONTEÚDO DECISÓRIO <i>Gregório Assagra de Almeida</i> <i>Vitor Hugo Trindade Silva</i> <i>André Wilker Costa</i>	70
A INTERVENÇÃO DO INDIVÍDUO NA AÇÃO COLETIVA E A SUA (IN)EFETIVIDADE PARA A TUTELA COLETIVA E INDIVIDUAL <i>Juliana Reigota Catini</i> <i>Patricia Miranda Pizzol</i>	84
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL E A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS <i>Loianny Silva Kirmes</i> <i>Geovany Cardoso Jeveaux</i>	106

IMPACTOS ESTRUTURAIS DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO MARIA DA PENHA FERNANDES VS. BRASIL

Valesca Raizer Borges Moschen

Isabela Tonon da Costa Dondone

Ketille Christine Boecke da Silva 119

MEANINGFUL ENGAGEMENT: ENGAJAMENTO SIGNIFICATIVO COMO FERRAMENTA PARA A CONSTRUÇÃO DE DIÁLOGO E FORMAÇÃO DE CONSENSO EM PROCESSOS ESTRUTURAIS BRASILEIROS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Giulia Guimarães do Prado 138

ANÁLISE COMPARATÍSTICA DE PROCESSO ESTRUTURAL NO SUL GLOBAL: DIÁLOGO DO DIREITO BRASILEIRO E A REALIDADE SOCIAL DO CHILE ACERCA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Kleyton Santos Souza 162

A LEGITIMAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NA EXECUÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Larissa Lung Frigi 183

O TRATOR DA COLETIVIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL E AS DEVASSAS DA MODERNIDADE ORWELLIANA

O direito processual penal coletivo na fase inquisitorial-autoritária: sua pior faceta?

Pedro Pessoa Temer 202

OS IMPASSES DE ACESSO À JUSTIÇA DAS DONAS DE CASA NO SISTEMA DE PROCESSO CIVIL PREVIDENCIÁRIO: DESAFIOS E NECESSIDADES DE INCLUSÃO

Raphaela Fernanda Cruz de Sousa Lima 218

A EVOLUÇÃO DO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS NO BRASIL E O SURGIMENTO DO PILOT-JUDGEMENT PROCESS NA CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS: Uma Perspectiva Comparada das influências do Case Management na Concretização do Princípio da Duração Razoável do Processo no Brasil e na Europa

Raquel dos Santos Jorge 231

AÇÃO COLETIVA COMO MÉTODO ADEQUADO DE TRATAMENTO DA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA

Maria Izabele Bernabé de Freitas

Stella Reis Schneider 257

**POR UNA REDEFINICIÓN DEL OBJETO DE LA TUTELA COLECTIVA.
ACERCARSE A LOS CONFLICTOS Y ALEJARSE DE LAS ESENCIAS**

Francisco Verbic 278

**LEGITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS
COLECTIVOS EN ARGENTINA: EL DESAFÍO DE TRABAJAR SIN UN SISTEMA**

José María Salgado 293

I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



CARTA DE VITÓRIA

I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA

Por uma Justiça Coletiva Eficaz e Sustentável na Ibero-América

Nós, participantes do I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva, realizado entre os dias 27 e 29 de novembro de 2024, na cidade de Vitória, Espírito Santo, Brasil, promovido pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Instituto Brasileiro de Direito Processual, Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Universidade Federal do Espírito Santo e outras instituições parceiras, declaramos o seguinte:

1 CONSIDERANDOS

CONSIDERANDO que os processos coletivos são instrumentos essenciais para a proteção dos grupos de pessoas e a tutela dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, especialmente em sociedades marcadas por conflitos de massa e desigualdades estruturais;

CONSIDERANDO que o processo coletivo é uma ferramenta fundamental para fortalecer o sistema democrático e legitimar as decisões judiciais em assuntos de interesses públicos;

CONSIDERANDO que o processo deve ser desenvolvido a partir do litígio concreto, levando em conta as características do grupo prejudicado, a intensidade com que os indivíduos são afetados pelo conflito, a existência de subgrupos com interesses conflitantes e a necessidade de promover uma solução justa, isonômica, eficaz e célere para a disputa.

CONSIDERANDO que, passados 20 anos da aprovação do Código Modelo, é necessário revisitar e atualizar este instrumento à luz de novos desenvolvimentos teóricos, jurisprudenciais e regulamentares, como as Regras Europeias ELI/UNIDROIT, a Diretiva Europeia 1828/2020, em matéria de tutela coletiva de consumo, o Acordo de Escazú e os projetos de reforma da legislação coletiva em países como Brasil e Argentina;



Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal



Universidade Federal
do Espírito Santo



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



CONSIDERANDO que a troca de experiências, o aprendizado recíproco e a harmonização progressiva das normas processuais coletivas na Ibero-América, por meio de modelos como o Código Modelo de Processos Coletivos, têm potencial para fortalecer a efetividade e uniformidade do acesso à justiça;

CONSIDERANDO que o Borrador de Convenio Iberoamericano de Acceso a Justicia, em seu Artigo 27, incluindo as sugestões da Comissão de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano, reconhece o dever dos Estados Parte de garantir a existência de ações judiciais eficazes para a proteção de direitos coletivos, incluindo interesses difusos, por meio de mecanismos que assegurem tanto a cessação de danos quanto a devida reparação, e que promovam a legitimidade e a participação adequada dos grupos ou sujeitos coletivos afetados em todas as etapas processuais;

CONSIDERANDO que o evento destacou a relevância de mecanismos inovadores como a Justiça Multiportas, o Direito Processual dos Desastres e os Processos Estruturais, para a resolução de litígios complexos e estruturais, como os relacionados ao meio ambiente e aos direitos humanos e a proteção de vítimas em grupos vulneráveis;

CONSIDERANDO que o congresso promoveu uma abordagem multidisciplinar, reunindo representantes de instituições públicas, universidades, advocacia e sociedade civil para discutir soluções práticas e sustentáveis.

2 PRINCIPAIS RESULTADOS

Fortalecimento do Código Modelo: Reafirma-se a importância do Código Modelo de Processos Coletivos como referência para a construção de sistemas processuais coletivos harmonizados e eficazes na Ibero-América.

Justiça Multiportas: Incentivo à utilização de métodos adequados de resolução de conflitos, como a arbitragem, a mediação e conciliação e outras formas de autocomposição, para assegurar soluções rápidas e participativas. A Justiça Multiportas não se limita à disponibilidade de múltiplos métodos adequados de resolução de conflitos, mas envolve também a avaliação cuidadosa dos conflitos e sua derivação à instância mais apropriada para a sua



Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal



Universidade Federal
do Espírito Santo



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



resolução, seja ela jurisdicional ou extrajudicial. Essa abordagem, alinhada ao proposto no Artigo 13 do Borrador de Convenio Iberoamericano de Acceso a Justicia, reforça a necessidade de marcos normativos e institucionais que promovam essa lógica. Além disso, a experiência das Casas de Justiça é destacada como exemplo positivo, integrando diversos mecanismos de solução de conflitos em um único espaço físico e incentivando a ampla participação comunitária, fortalecendo assim o acesso à justiça de forma inclusiva e eficaz.

Processos Estruturais: Reconhecimento do processo estrutural como ferramenta essencial para abordar litígios complexos que envolvem ação ou omissão de atores públicos ou privados na implementação de direitos, com foco no engajamento significativo e na participação de todos os atores sociais, especialmente na construção de soluções dialogadas por consenso para o problema estrutural.

Educação e Formação: Necessidade de capacitação continuada da sociedade civil, da advocacia e dos profissionais do sistema de justiça e o fortalecimento de redes interinstitucionais de cooperação entre os países da Ibero-América.

Proteção de Grupos Vulneráveis: Destacou-se a importância de incluir grupos marginalizados nos processos coletivos, promovendo sua participação ativa e efetiva, a busca por representação qualificada de seus interesses e o controle e evitação dos potenciais conflitos de interesse que possam resultar da relação entre grupos e subgrupos, representantes e grupos.

3 COMPROMISSOS

Desenvolvimento de Ferramentas Práticas: Publicação dos anais do Congresso, fomento institucional a criação de manuais, guias e protocolos para implementação e monitoramento de processos coletivos e estruturais.

Aprimoramento Legislativo: Encorajar a adoção de legislações nacionais que se inspirem no Código Modelo e nos temas debatidos, adaptadas às peculiaridades locais. Ficou lançada a proposta de analisar a necessidade de atualizações no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América,



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



considerando os avanços recentes da doutrina, jurisprudência, regulações nacionais e internacionais, além de instrumentos de soft law, como as Regras Europeias ELI/UNIDROIT, para assegurar que o modelo continue atendendo às demandas contemporâneas de tutela coletiva de forma eficaz e alinhada às melhores práticas globais. Pelas mesmas razões e justificativas, e levando em conta suas especificidades e possibilidade de tratamento autônomo, considerou-se a ideia de elaboração de um Anteprojeto de Código Modelo de Processos Estruturais.

Fomento à Pesquisa e Cooperação Acadêmica: Incentivar estudos e eventos que explorem a teoria e prática da tutela coletiva e estrutural, inclusive junto aos órgãos oficiais de investigação científica.

Promoção da Sustentabilidade: Reafirmar o compromisso com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, especialmente através da tutela coletiva dos direitos, promovendo sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionando o acesso à justiça para todos e construindo instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Por fim, esta Carta de Vitória pretende reafirma nosso compromisso com a transformação do processo coletivo em uma ferramenta de justiça inclusiva e efetiva, promovendo a Justiça Multiportas, como um sistema que permita com proporcionalidade processual e cooperação, resolver os conflitos de formas mais idônea, para um futuro mais justo e sustentável para a Ibero-América, com a devida orientação que as pessoas necessitam para compreender e se beneficiar da tutela efetiva de seus direitos.

Vitória, 29 de novembro de 2024.



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



ASSINAM

Cassio Scarpinella Bueno

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Santiago Pereira Campos

Presidente do Instituto Iberoamericano do Direito Processual (IIDP)

Eduardo Oteiza

Presidente da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL)

ORGANIZADORES

Giovanni Priori

Hermes Zaneti Jr.

José Maria Salgado

Marcelo Abelha Rodrigues

Santiago Pereira Campos

PALESTRANTES

Aloyr Dias Lacerda

Francisco Verbic

Andrea Rocha

Edilson Vitorelli

Camilo Zufelato

Elaine Costa de Lima

Carlos Glave

Giovanni Priori Posada

Claudio Iannotti da Rocha

Gisele Góes Hugo Fernandes Matias



Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal



Universidade Federal
do Espírito Santo



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



Gustavo Osna

Maria Victoria Mosmann

Helder Mageski de Amorim

Paula Costa e Silva

Helen Nicacio de Araújo

Paula Pessoa

Helio Antunes Carlos

Patrícia Pizzol

Juan Carlos Guayacan Ortiz

Paula Sarno Braga

Lorenzo Bujosa Vadell

Rodrigo Mazzei

Luciana Gomes Ferreira de Andrade

Sergio Cruz Arenhart

Marco Félix Jobim

Sophia Romero

Maria José Capelo

Trícia Navarro

AVALIADORES DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Gustavo Silva Alves

Pedro Henrique da Silva Menezes

Pedro Pessoa Temer

Ozório Vicente Netto



Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



CARTA DE VITÓRIA

I CONGRESO IBEROAMERICANO DE TUTELA COLECTIVA

Por una Justicia Colectiva Eficaz y Sostenible en Iberoamérica

Nosotros, los participantes del I Congreso Iberoamericano de Tutela Colectiva, celebrado entre los días 27 y 29 de noviembre de 2024, en la ciudad de Vitória, Espírito Santo, Brasil, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el Instituto Brasileño de Derecho Procesal, el Ministerio Público del Estado de Espírito Santo, la Universidad Federal de Espírito Santo y otras instituciones asociadas, declaramos lo siguiente:

1 CONSIDERACIONES

CONSIDERANDO que los procesos colectivos son instrumentos esenciales para la protección de grupos de personas y la tutela de derechos difusos, colectivos en sentido estricto e individuales homogéneos, especialmente en sociedades marcadas por conflictos masivos y desigualdades estructurales;

CONSIDERANDO que el proceso colectivo es una herramienta fundamental para fortalecer el sistema democrático y legitimar las decisiones judiciales en asuntos de interés público;

CONSIDERANDO que el proceso debe desarrollarse a partir del litigio concreto, considerando las características del grupo afectado, la intensidad del impacto en los individuos, la existencia de subgrupos con intereses conflictivos y la necesidad de promover una solución justa, equitativa, eficaz y rápida para el conflicto;

CONSIDERANDO que, tras 20 años de la aprobación del Código Modelo, es necesario revisar y actualizar este instrumento a la luz de nuevos desarrollos teóricos, jurisprudenciales y regulatorios, como las Reglas Europeas ELI/UNIDROIT, la Directiva Europea 1828/2020 en materia de tutela colectiva del consumidor, el Acuerdo de Escazú y los proyectos de reforma de la legislación colectiva en países como Brasil y Argentina;

I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



CONSIDERANDO que el intercambio de experiencias, el aprendizaje mutuo y la armonización progresiva de normas procesales colectivas en Iberoamérica, a través de modelos como el Código Modelo de Procesos Colectivos, tienen el potencial de fortalecer la efectividad y uniformidad en el acceso a la justicia;

CONSIDERANDO que el Borrador de Convenio Iberoamericano de Acceso a la Justicia, en su Artículo 27, incluye las sugerencias de la Comisión de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano, reconoce el deber de los Estados Parte de garantizar la existencia de acciones judiciales eficaces para la protección de derechos colectivos, incluyendo intereses difusos, mediante mecanismos que aseguren tanto la cesación del daño como la debida reparación, promoviendo además la legitimidad y participación adecuada de los grupos o sujetos colectivos afectados en todas las etapas procesales;

CONSIDERANDO que el evento destacó la relevancia de mecanismos innovadores como la Justicia Multipuertas, el Derecho Procesal de Desastres y los Procesos Estructurales, para la resolución de litigios complejos y estructurales, como los relacionados con el medio ambiente, los derechos humanos y la protección de víctimas en grupos vulnerables;

CONSIDERANDO que el congreso promovió un enfoque multidisciplinario, reuniendo a representantes de instituciones públicas, universidades, la abogacía y la sociedad civil para discutir soluciones prácticas y sostenibles.

2 PRINCIPALES RESULTADOS

Fortalecimiento del Código Modelo: Se reafirma la importancia del Código Modelo de Procesos Colectivos como referencia para la construcción de sistemas procesales colectivos armonizados y eficaces en Iberoamérica.

Justicia Multipuertas: Incentivo del uso de métodos adecuados de resolución de conflictos, como el arbitraje, la mediación y la conciliación, entre otros, para asegurar soluciones rápidas y participativas. La Justicia Multipuertas no se limita a la disponibilidad de múltiples métodos adecuados de resolución de



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



conflictos, sino que también implica una evaluación cuidadosa de los conflictos y su derivación al mecanismo más adecuado, ya sea jurisdiccional o extrajudicial. Este enfoque, alineado con el Artículo 13 del Borrador del Convenio Iberoamericano de Acceso a la Justicia, refuerza la necesidad de marcos normativos e institucionales que promuevan esta lógica. Además, la experiencia de las Casas de Justicia es destacada como un ejemplo positivo, integrando diversos mecanismos de solución de conflictos en un único espacio físico y fomentando la amplia participación comunitaria, fortaleciendo así el acceso a la justicia de manera inclusiva y eficaz.

Procesos Estructurales: Reconocimiento del proceso estructural como herramienta esencial para abordar litigios complejos que involucren acciones u omisiones de actores públicos o privados en la implementación de derechos, con enfoque en el compromiso significativo y la participación de todos los actores sociales, especialmente en la construcción de soluciones consensuadas al problema estructural.

Educación y Formación: Necesidad de capacitación continua de la sociedad civil, la abogacía y los profesionales del sistema de justicia, así como del fortalecimiento de redes interinstitucionales de cooperación entre los países de Iberoamérica.

Protección de Grupos Vulnerables: Relevancia de incluir a grupos marginados en los procesos colectivos, promoviendo su participación activa y efectiva, la búsqueda de una representación calificada de sus intereses y el control y prevención de potenciales conflictos de interés entre grupos y subgrupos, representantes y representados.

3 COMPROMISOS

Desarrollo de Herramientas Prácticas: Publicación de las actas del Congreso, fomento institucional para la creación de manuales, guías y protocolos para la implementación y monitoreo de procesos colectivos y estructurales.

Mejora Legislativa: Fomentar la adopción de legislaciones nacionales inspiradas en el Código Modelo y en los temas debatidos, adaptadas a las parti-



Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



cularidades locales. Se propone analizar la necesidad de actualizaciones en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, considerando los avances recientes en doctrina, jurisprudencia, regulaciones nacionales e internacionales, además de instrumentos de soft law, como las Reglas Europeas ELI/UNIDROIT, para asegurar que el modelo continúe respondiendo a las demandas contemporáneas de tutela colectiva de forma eficaz y alineada con las mejores prácticas globales. Por las mismas razones, se plantea la elaboración de un Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Estructurales.

Fomento a la Investigación y Cooperación Académica: Incentivar estudios y eventos que exploren la teoría y práctica de la tutela colectiva y estructural, incluso con el apoyo de organismos oficiales de investigación científica.

Promoción de la Sostenibilidad: Reafirmar el compromiso con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, especialmente mediante la tutela colectiva de los derechos, promoviendo sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, garantizando el acceso a la justicia para todos y construyendo instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles.

Finalmente, esta Carta de Vitória reafirma nuestro compromiso con la transformación del proceso colectivo en una herramienta de justicia inclusiva y efectiva, promoviendo la Justicia Multipuertas como un sistema que, con proporcionalidad procesal y cooperación, permita resolver los conflictos de manera más idónea, para un futuro más justo y sostenible en Iberoamérica, orientando a las personas para que comprendan y se beneficien de la tutela efectiva de sus derechos.

Vitória, 29 de noviembre de 2024.



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



FIRMAM

Cassio Scarpinella Bueno

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Santiago Pereira Campos

Presidente do Instituto Iberoamericano do Direito Processual (IIDP)

Eduardo Oteiza

Presidente da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL)

ORGANIZADORES

Giovanni Priori

Hermes Zaneti Jr.

José Maria Salgado

Marcelo Abelha Rodrigues

Santiago Pereira Campos

ORADORES

Aloyr Dias Lacerda

Francisco Verbic

Andrea Rocha

Edilson Vitorelli

Camilo Zufelato

Elaine Costa de Lima

Carlos Glave

Giovanni Priori Posada

Claudio Iannotti da Rocha

Gisele Góes Hugo Fernandes Matias



Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal



Universidade Federal
do Espírito Santo



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA



Gustavo Osna

Maria Victoria Mosmann

Helder Mageski de Amorim

Paula Costa e Silva

Helen Nicacio de Araújo

Paula Pessoa

Helio Antunes Carlos

Patrícia Pizzol

Juan Carlos Guayacan Ortiz

Paula Sarno Braga

Lorenzo Bujosa Vadell

Rodrigo Mazzei

Luciana Gomes Ferreira de Andrade

Sergio Cruz Arenhart

Marco Félix Jobim

Sophia Romero

Maria José Capelo

Trícia Navarro

REVISORES DE ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

Gustavo Silva Alves

Pedro Henrique da Silva Menezes

Pedro Pessoa Temer

Ozório Vicente Netto



Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal



Universidade Federal
do Espírito Santo



**ENTIDADES DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA E A FASE EXECUTIVA DOS
PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL: ALTERNATIVAS E POSSIBILIDADES¹**

*SPECIFIC INFRASTRUCTURE ENTITIES AND THE EXECUTIVE PHASE OF
STRUCTURAL PROCESSES IN BRAZIL: ALTERNATIVES AND POSSIBILITIES*

*Adilson Carvalho Pantoja²
Gisele Santos Fernandes Góes³*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os estágios do processo estrutural e a complexidade da fase executiva. 3. Limitações do poder judiciário na implementação de decisões estruturais. 4. Entidades de infraestrutura específica no brasil: o caso da fundação renova e perspectivas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo examina as possibilidades de utilização de Entidades de Infraestrutura Específica (EIEs), inspiradas nas *Claims Resolution Facilities* norte-americanas, como instrumentos para aprimorar a fase executiva do processo estrutural no Brasil. Para tanto, dividido em três seções principais e adotando o método dedutivo, com revisão bibliográfica e abordagem qualitativa, o estudo analisa inicialmente os estágios do processo estrutural, destacando a complexidade da fase executiva. Em seguida, investiga os entraves encontrados na implementação de decisões estruturais sob a gestão exclusiva do Poder Judiciário. Por fim, explora a aplicação de EIEs no contexto brasileiro, com destaque para o caso da Fundação Renova, avaliando suas contribuições para a efetividade da execução de decisões estruturais e a gestão de litígios coletivos. Em conclusão, verificou-se que as EIEs representam uma alternativa relevante (embora não exclusiva) para potencializar a tutela estrutural no Brasil, especialmente na fase executiva. Para que sejam eficazes, essas entidades devem operar em conformidade com os princípios da transparência e publicidade, em um ambiente dialógico, cooperativo, flexível, criativo e marcado por doses de experimentalismo.

Palavras-chave: Processos estruturais; Entidades de infraestrutura específica; decisões estruturais; Execução; Efetividade.

¹ Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural”, vinculado à Universidade Federal do Pará, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ no endereço dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/31338375406408.

² Mestrando em Direitos Humanos com ênfase em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Metropolitano da Amazônia (UNIFAMAZ). Coordenador do Grupo de Pesquisa Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural (CNPQ). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Pará (IDAPAR). Advogado. Email: adilsoncpantojaea@gmail.com.

³ Pós-doutoranda (UFPR). Doutora (PUC/SP). Mestre (UFPA). Professora de Direito Processual Civil (UFPA). Procuradora Regional do Trabalho da PRT/8ª Região. Membro IBDP, IIDP, ANNEP e Associada Honorária ABEP. Líder do Grupo de Pesquisa Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural. Integrante do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado – UFPR. Email: gisele.goes@ufpa.br.

ABSTRACT: This article examines the possibilities of using Specific Infrastructure Entities (SIEs), inspired by the American Claims Resolution Facilities, as instruments to improve the executive phase of the structural process in Brazil. To this end, divided into three main sections and adopting the deductive method, with a literature review and qualitative approach, the study initially analyzes the stages of the structural process, highlighting the complexity of the executive phase. It then investigates the obstacles encountered in implementing structural decisions under the exclusive management of the Judiciary. Finally, it explores the application of EIEs in the Brazilian context, with emphasis on the case of the Renova Foundation, evaluating their contributions to the effectiveness of the execution of structural decisions and the management of collective litigation. In conclusion, it was found that EIEs represent a relevant (although not exclusive) alternative for enhancing structural protection in Brazil, especially in the enforcement phase. In order to be effective, these entities must operate in accordance with the principles of transparency and publicity, in a dialogical, cooperative, flexible, creative environment marked by doses of experimentalism.

Keywords: Structural processes; Specific infrastructure entities; structural decisions; Execution; Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, observou-se um aumento significativo na complexidade dos litígios submetidos ao Poder Judiciário, especialmente aqueles relacionados à tutela de direitos fundamentais e à implementação de políticas públicas. Esses litígios transcendem a lógica do processo judicial tradicional, predominantemente bilateral e simplificado, exemplificado pelos clássicos "Caio e Tício". Nesse contexto, destaca-se a importância dos processos estruturais no enfrentamento de conflitos de natureza complexa e policêntrica, que demandam, para sua resolução, um espaço dialógico e cooperativo entre os diversos sujeitos envolvidos.

Entretanto, embora todas as etapas do processo estrutural sejam relevantes, o presente estudo concentra-se nos desafios relacionados à fase executiva da decisão estrutural. Essa etapa, crucial para a efetividade do processo, frequentemente não se ajusta à estrutura limitada e unilateral do Poder Judiciário, revelando dificuldades operacionais que comprometem a implementação das medidas necessárias.

Diante desse cenário, impõe-se a adoção de estratégias executivas alternativas que transcendam os meios tradicionais de execução judicial, como o uso de Entidades de Infraestrutura Específica (EIEs). Este artigo, portanto, propõe-se a investigar as possibilidades de utilização dessas entidades no contexto dos processos estruturais no Brasil, buscando responder à seguinte questão: em que medida a execução de decisões estruturais mediada por

Entidades de Infraestrutura Específica pode constituir uma alternativa efetiva para o tratamento de litígios estruturais no Brasil?

A hipótese formulada parte do reconhecimento de que a execução de decisões estruturais exclusivamente na esfera judicial enfrenta obstáculos significativos, especialmente devido à limitada capacidade técnica e operacional do Poder Judiciário e à ausência de um sistema robusto de gestão de litígios coletivos e estruturais. Nesse sentido, a participação de terceiros alheios ao processo, como as EIEs, poderia contribuir para a desconcentração das responsabilidades executivas, favorecendo a efetiva implementação das medidas estruturais. Para alcançar esse objetivo, a primeira seção do artigo analisa os diferentes estágios do processo estrutural, destacando o grau de complexidade associado a cada segmento processual. Em seguida, investiga as dificuldades específicas da implementação de decisões estruturais no espaço adjudicado do Poder Judiciário, considerando tanto a complexidade dos provimentos quanto as limitações técnicas e operacionais enfrentadas por esse órgão.

Na última seção, examinam-se as características e o histórico de uso das *Claims Resolution Facilities* no contexto norte-americano, particularmente na resolução de litígios repetitivos e coletivos. Em complemento, avalia-se a aplicação de modelos similares no Brasil, com destaque para o caso da Fundação Renova, e aborda suas contribuições na execução de decisões estruturais e seu potencial como ferramenta para o aprimoramento da gestão de litígios estruturais no país.

Metodologicamente, a pesquisa adota o método dedutivo, combinando levantamento e revisão bibliográfica com uma abordagem exploratória de natureza qualitativa. Essa estratégia busca verificar se o uso de Entidades de Infraestrutura Específica no tratamento de litígios estruturais no Brasil é uma alternativa eficiente e efetiva, bem como identificar formas de aperfeiçoamento e ampliação dessa prática na gestão de conflitos complexos e multipolarizados.

2. OS ESTÁGIOS DO PROCESSO ESTRUTURAL E A COMPLEXIDADE DA FASE EXECUTIVA

O processo estrutural é dotado de alta complexidade em sua constituição, características e desenvolvimento, fato que demanda do Judiciário uma postura muito mais desafiadora, já que na decisão de tais processos a atuação judicial não está restrita à análise fática pretérita para determinar sua modificação no presente; ao contrário, o provimento jurisdicional se desdobra para o futuro, estabelecendo parâmetros de organização e de comportamento a serem

executados pela instituição destinatária, o que atribui ao Judiciário exercício próximo ao Poder Legislativo⁴. Para Chayes, o litígio presente no processo estrutural torna-se, inevitavelmente, um fórum de natureza política e o Poder Judiciário assume a figura de uma ramificação do processo político⁵.

Essa nova postura exigida do Poder Judiciário é fator inerente à estrutura complexa e dinâmica do processo estrutural, uma vez que a finalidade da medida estrutural não é a eliminação da “violação” em sentido implícito no princípio determinante, mas a eliminação da ameaça que uma organização representa para os valores constitucionais, de maneira que o termo “violação” somente será adequadamente empregado se utilizado para descrever o objeto da demanda a partir de uma ótica sistêmica, dinâmica e prospectiva, além de compreender a existência de inúmeros caminhos para se chegar ao resultado pretendido⁶.

Por esta razão, a estrutura e desenvolvimento do processo estrutural transcendem os contornos da tutela coletiva e demonstram que, embora relevante, é insuficiente para a plena tutela jurisdicional dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois, nos litígios do processo coletivo, a solução empregada reside em uma prestação pecuniária ou uma obrigação de fazer, o que não é suficiente ao processo estrutural, visto que sua tutela envolve reformas profundas não alcançáveis por meio de prestação única, mas de prestações continuadas que se prolongam no tempo⁷. Assim, o processo estrutural clama por um novo desenho processual distante do convencional, de natureza bipolar, dado que dinâmico e não pré-determinado, uma vez que a reforma pretendida depende de um espaço de diálogo, flexibilidade, criatividade e experimentalismo.

Para Didier Jr., Zaneti Jr e Oliveira, embora não exista um procedimento especial próprio ao processo estrutural, há um *standard* histórico extraído do processo falimentar que pode ser empregado com tal finalidade, de modo que a solução (re) estruturante alvo do

⁴ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. Processos Estruturais. 4ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: JudPodivm, 2022, p. 365.

⁵ No original: “the traditional concept reflected and related to a system in which social and economic arrangements were remitted to autonomous private action, so the new model reflects and relates to a regulatory system where these arrangements are the product of positive enactment. In such a system, enforcement and application of law is necessarily implementation of regulatory policy. Litigation inevitably becomes an explicitly political forum and the court a visible arm of the political process”. CHAYES, Abram. The Role of The Judge in Public Law Litigation. Harvard Law Review. number 7, volume 89, may/1976, p. 1304

⁶ FISS, Owen. As formas de justiça. In: WATANABE, Kazuo Iet (org). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 164.

⁷ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Processos Estruturais e direito à moradia no Sul Global: contribuições das experiências sul africanas e colombiana. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 19, n. 32, p.148-183, set./dez. 2021, p. 153.

processo estrutural seria alcançável por meio de duas fases, sendo (i) a primeira relativa à constatação da existência de um problema estrutural ou estado de desconformidade e o estabelecimento de uma meta a ser atingida, a qual é fixada na decisão estrutural (ii) e a segunda fase, em que reconhecido o problema e estabelecida a meta, inicia-se a implementação da decisão estrutural, ou seja, a execução de todas as medidas necessárias à concretização do *decisum* para resolução do problema estrutural⁸.

Na primeira fase, busca-se identificar e delimitar o litígio objeto do processo estrutural, isto é, tem como escopo central a constatação do estado permanente/generalizado de desconformidade que se almeja (re)estruturar, que exige constantes adaptações ao procedimento com a melhor visualização do problema estrutural, sendo necessário flexibilidade para alteração do objeto, abertura para ampliação do espaço de participação e atribuição de perspectiva democrática ao processo, a otimização dos meios empregados para produção de provas, adequando-os ao litígio investigado⁹.

A fase inaugural é encerrada com a decisão estrutural, que fixa parâmetros ou metas a serem implementadas para alcance da (re)estruturação do estado de desconformidade¹⁰.

A decisão estrutural seria partilhada em dupla acepção deontológica, sendo a primeira de uma norma-princípio, marcada pelo estabelecimento de uma norma jurídica de conteúdo aberto, que se traduz na meta ou objetivo a ser alcançado, e a segunda de uma norma-regra, que consiste na estruturação dos meios a serem empregados para o alcance da norma-princípio, determinando as condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que a meta fixada seja alcançada¹¹.

Dessa forma, percebe-se que decisão estrutural não se assemelha à sentença do processo adjudicatório comum, seja ele individual ou coletivo, porquanto sua implementação é distinta em razão de se tratar de um comando aberto e geral, que poderá ser revisitado a qualquer momento com fins à adequação ao objeto do litígio, sendo progressivamente executada, razão pela qual Arenhart aborda a necessidade de “decisões em cascata”, que a partir de uma primeira decisão de natureza genérica e principiológica (decisão-núcleo), que fixa as linhas gerais e diretrizes para tutela do direito lesado, e o surgimento de outras decisões necessárias para

⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVIERA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo online. Vol. 303, maio/2020. p. 9-10.

⁹ Ibid., p. 10.

¹⁰ Ibid., p. 10.

¹¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 591.

resolução de questões e problemas singulares que surgirão na fase de implementação da decisão-núcleo¹².

Nesse contexto, com a prolação da decisão estrutural, o processo segue à segunda fase, que se desenvolve em torno de três parâmetros mínimos, (i) expressos na definição do tempo, o modo e o grau de estruturação a ser implementada; (ii) o regime de transição (por força do artigo 23 da LINDB); (iii) e os mecanismos de avaliação e fiscalização das medidas estruturantes, de modo continuado. No entanto, apesar de nomeada como fase executiva, onde serão iniciados os atos de implementação da “meta” estabelecida na decisão, isso não significa a superação da fase de cognição, pois mais importante que identificar a meta a ser atingida, é identificar e implementar os mecanismos necessários à sua concretização no mundo fático¹³.

Na definição do tempo, modo e grau de estruturação a serem implementados, deve-se compreender, inicialmente, que a decisão estrutural exige para sua concretização um longo e demorado processo de reestruturação do estado de desconformidade, o que, todavia, não impede que medidas urgentes sejam realizadas imediatamente, com finalidade paliativa. Quanto ao modo de implementação, o juiz assume papel relevante, como gestor da estruturação ou, diante de suas limitações cognitivas e de tempo, contar com auxílio de terceiros habilitados que possam contribuir para o projeto, valendo-se da aplicação de legislações que regulam outros procedimentos, a exemplo da lei de recuperação judicial, com a figura do administrador judicial. Por fim, o grau de reestruturação dependerá do nível de gravidade do estado de desconformidade, que determinará o grau de interferência da atuação judicial nos atos de outros ramos do Poder Público, sendo necessário repensar os conceitos já definidos e princípios como a separação dos poderes¹⁴.

Por sua vez, o regime de transição destacado por Didier Jr, Zaneti Jr e Oliviera decorre da exigência do art. 23 da LINDB, que prescreveu a qualquer órgão decisor o estabelecimento de parâmetros de transição para entre o antigo e o novo estado que se pretende implantar por meio de sua decisão, com fins a proteção da confiança¹⁵. Quanto aos mecanismos de fiscalização e avaliação permanente dos meios de implementação da decisão estrutural, caberá ao magistrado adotar medidas diversas e atípicas, a exemplo da nomeação de gestor ou comitê

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de processo online. Vol. 225/2013. Nov/2013, p. 6.

¹³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVIERA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de processo online. Vol. 303, maio/2020. p. 10-11.

¹⁴ Ibid., p. 11-12.

¹⁵ Ibid., p. 12.

específico ou mesmo um administrador ou interventor judicial, com fundamento na Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência) e na Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), respectivamente¹⁶.

Constata-se, portanto, que a fase executiva do processo estrutural não obedece às formalidades do procedimento executivo comum. Para Violin, a fase de execução da decisão estrutural apresenta maior relevância do que a cognitiva, pois não se presta à mera imposição de um comando judicial, mas consiste na própria delimitação da medida a ser adotada para solução do litígio, recorrendo ao método de tentativa e erro, de modo que essa fase se dilui em longo prazo, porque a finalidade do processo não é apenas a tutela declaratória de quem tem razão ou determinar uma prestação pecuniária, o que torna a fase de cumprimento um caminho com início e fim não pré-determinando, perdurando até que existam violações institucionais¹⁷.

Observa-se que a implementação da decisão estrutural não se exaure em único ato, em um pagamento pecuniário ou com o cumprimento de uma obrigação de fazer, o cenário é diferente e dotado de elevada plasticidade, posto que o provimento estrutural não se amolda ao tradicional fazer ou não fazer ou indenizar, ele provoca modificações sociais e institucionais relevantes a serem alcançadas continuada e gradativamente pelos sujeitos direta e indiretamente interessados, visto que os litígios estruturais “envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros podem ser afetadas pela decisão judicial”¹⁸.

Dessa forma, as decisões estruturais têm uma dinâmica complexa, marcada por tentativas, ajustes, avanços e retrocessos, conferindo ao processo estrutural um percurso de resultados incertos, os quais, em algumas ocasiões, podem nem sequer se concretizar. Nesse sentido, Vitorelli observa que o processo estrutural pode ser conduzido ao longo de vários anos sem que os resultados almejados sejam alcançados ou mesmo que os efeitos obtidos sejam de curta duração. Assim, compara-se o processo estrutural a um investimento financeiro, cujo retorno não é garantido, independentemente do tempo ou dos recursos alocados em sua implementação¹⁹.

¹⁶ Ibid., p. 13.

¹⁷ VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 67e ss.

¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de processo online. Vol. 225/2013. Nov/2013, p. 3.

¹⁹ VITORELLI, Edilson. Uma pauta de atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: por que, quando e como?. *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, Distrito Federal, Brasil, v. 4, n. 1, 2024, p. 257.

3. LIMITAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES ESTRUTURAIS

Diante desse panorama, se a fase inicial do processo estrutural (identificação do problema e fixação de metas) por si só já é um ambiente difícil, pois relacionado ao reconhecimento do litígio, à condução dialógica do processo ou mesmo à natureza e legitimidade da decisão (metas) proferida por um único julgador; na fase executiva, a complexidade é elevada, sendo que se retira do *locus* abstrato para alcançar a realidade fática, que não está inteiramente vinculada à vontade ou atos do juiz em função da natureza (re) estruturante da medida que envolve outros agentes e instituições.

A primeira dificuldade observada na implementação de uma decisão estrutural parte de uma análise econômica relativa ao elevado custo de recursos (em sentido amplo) que representará para o Poder Judiciário e, por isso, somente deveriam ser adotados nos casos que sejam efetivamente necessários, não usurpando a tutela que poderá ser realizada por medida mais simples capaz de alcançar a resolução do litígio²⁰. São indiscutíveis os encargos financeiros que um processo estrutural demandará ao Judiciário, isso porque o próprio escopo do processo tradicional é superado, as fases e o tempo de tramitação não podem ser pré-determinados, sendo adequados de acordo com o desenvolvimento das estratégias e meios empregados no curso da fase de implementação e os resultados produzidos na (re)estruturação. Além disso, outro obstáculo encontrado está na razoabilidade temporal da referida fase processual que, em muitos casos, tem seu termo inicial retardado em razão da longa fase recursal, que implica no surgimento de obstáculos em sua implementação, haja vista que, em decorrência do decurso do tempo entre sua adoção e o início de sua execução, a providência a ser adotada já se apresenta ultrapassada no momento de sua concretização no mundo fático, tornando ineficaz o comando jurisdicional²¹.

Nessa linha, Arenhart aponta que a impossibilidade de estabelecer na própria decisão estrutural quais serão os meios adequados para seu empreendimento conduz à necessidade de constante fiscalização e acompanhamento dos parâmetros gerais fixados no provimento judicial que, embora possa ser realizado pelo próprio Judiciário, em muitos casos esse controle se

²⁰ Ibid., p. 5.

²¹ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. Processos Estruturais. 4ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: JudPodivm, 2022, p. 380.

tornará inviável, exigindo uma dose de imaginação para criar instrumentos periódicos de supervisão do cumprimento da decisão estrutural²².

Ainda, outro ponto relevante nos entraves à execução estrutural está na crítica à capacidade institucional do Poder Judiciário para tal atividade²³. Nesse sentido, Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal apresentam a expressão “capacidades institucionais” como uma espécie de “recurso argumentativo no debate constitucional brasileiro para orientar e criticar escolhas do Poder Judiciário entre diferentes cursos de decisão, bem como entre teorias sobre interpretação jurídica e de posturas alternativas diante das outras instituições políticas”²⁴.

De acordo com os autores, apesar de não uniforme em sua utilização, é possível observar o uso da expressão sob dois vieses centrais, sendo o primeiro relativo ao realce das habilidades, recursos, condições e limitações encontradas por juízes e tribunais no exercício da função jurisdicional, e o segundo para descrever, de forma mais abrangente, a dimensão “institucional” da expressão capacidades, de modo a analisar se o exercício dessa capacidade se desenvolve em ambiente aberto à pluralidade de atores, sejam judiciais ou não judiciais, que possam contribuir com suas capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas²⁵.

Assim, embora distintas, é possível extrair das acepções um ponto comum relativo à possibilidade de o Poder Judiciário dar respostas adequadas às questões submetidas à sua apreciação diante dos recursos disponíveis e das limitações encontradas, tanto em sua estrutura, quanto aos procedimentos adotados para tal finalidade, em paralelo a existência de outros agentes e instituições com “maior capacidade” para determinada atividade. E quando esse discurso é levado à temática do processo estrutural, sua importância e robustez é elevada em função do objeto da demanda estrutural, que, indubitavelmente, depende da conduta de outros sujeitos e de seus recursos, mecanismos e expertise necessária para efetivação da decisão estrutural, sob pena de torna-se mero instrumento declaratório do problema.

Nesse sentido, ao abordar o assunto da capacidade institucional, Barroso argumenta:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico.

²² ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit., p. 6.

²³ SUNSTEIN, Cass; e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Michigan Law Review. v. 101, p. 885-951, fev./ 2003.

²⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan.-jun. 2011, p. 6.

²⁵ Ibid., p. 6-7.

Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa²⁶.

Nessa perspectiva, a concentração da execução da decisão estrutural no exclusivo gerenciamento e condução por parte do Poder Judiciário pode representar a ineficácia da medida estrutural, não só pela ausência de informação e capacidade institucional, mas também por se caracterizar como uma verdadeira arena, com forte apego à cultura do litígio adjudicado e sem incentivos à consensualidade e ao diálogo.

Os recursos materiais e de pessoal do Poder Judiciário são limitados, fato que aliado às limitações institucionais e balizas tradicionais, demonstra a ausência de plena capacidade institucional para as rédeas do procedimento, além da necessária fiscalização de todos os seus âmbitos de cumprimento, outorgando ao juiz a função de gestor-administrador, que precisará contar com um corpo técnico de auxílio.

No caso da conhecida Ação Civil Pública do Carvão, detalhada por Arenhart, é possível observar as limitações do Poder Judiciário para, isoladamente, conduzir com efetividade as medidas, pois as informações apresentadas pelos réus na primeira fase da execução (de 2000 a 2004), tiveram suas fragilidades detectadas somente na segunda fase da execução (2004 a 2005) por meio de estratégia adotada pelo Ministério Público Federal para enfrentamento do problema. Auxiliado por assessoria técnica e por informações do Ministério do Meio Ambiente e do Departamento Nacional de Minério, constatou inconsistências e fraquezas nas informações das rés. Assim, adotou medidas necessárias ao aprimoramento dos projetos com fins à definição dos melhores rumos a serem executados, de modo individualizado, sobre as empresas condenadas para recuperação da área degradada²⁷.

Assim, o espaço contencioso, inflexível e voltado à cultura do litígio que é o Poder Judiciário, em muitos aspectos, encontra sérios empecilhos para gerir a execução de decisões estruturais, diante da ausência de uma sistemática de gestão judicial (*case management*) de

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 16.

²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 2, 2015, p. 76.

litígios coletivos decorrentes dos expressivos encargos financeiros, limitações institucionais e estruturais ou mesmo baixa aderência ao diálogo.

4. ENTIDADES DE INFRAESTRUTURA ESPECÍFICA NO BRASIL: O CASO DA FUNDAÇÃO RENOVA E PERSPECTIVAS

No contexto norte americano, o problema relacionado à execução de decisões de natureza coletiva vem sendo modificado há bastante tempo pela utilização das *claims resolution facilities* ou espécies de entidades de infraestrutura específica (EIE's), que surgem como alternativa ao modelo de litigância clássica diante das limitações do Judiciário em tratar de problemas complexos e com a litigiosidade repetitiva, especialmente para casos de danos massificados²⁸, ou seja, compreendem uma estratégia à tradicional adjudicação de litígios complexos devido à falta de uma gestão judiciária apta a processar adequadamente conflitos coletivos ou coletivizados.

No citado sistema, essas entidades recebem demandas e realizam até juízos de cognição fáticos e jurídicos, sendo considerados verdadeiros tribunais extrajudiciais. Com isso, as *claims resolution facilities* tiveram êxito em diversas situações no gerenciamento de casos de danos coletivos e diversificados, entre eles: derramamento de óleo, acidentes de consumo ou mesmo desastres ambientais²⁹.

Como exemplo, as *claims resolution facilities* já foram utilizadas em desastres de alcance global e efeitos coletivos, como observado no caso do *World Trade Center*, no qual foi criado fundo para indenização das inúmeras vítimas de lesões físicas e seus sobreviventes do terrorismo, como uma espécie de plano de compensação através de benefícios tanto para perdas econômicas quanto não econômicas, sem atribuição de culpa³⁰.

Ao abordar a temática das *claims resolution facilities*, Cabral e Zaneti Jr. as definem como uma entidade criada com finalidade de processar, resolver ou executar medidas judiciais que alcançam um número de expressivo de pessoas, em perspectiva coletiva, que poderiam se desdobrar em milhares de ações perante o Judiciário, sejam na forma individual, caso

²⁸ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de processo online. Vol. 287, jan/2019. p. 3.

²⁹ Ibid., p. 3.

³⁰ RABIN, Robert L. The September 11th Victim Compensation Fund: A Circumscribed Response or an Auspicious Model? 53 DePaul L. Rev. 769 (2013), p. 782-783.

repetitivos ou mesmo ações coletivas³¹. Nesse panorama, observa-se que as referidas entidades surgem como mecanismos de organização e gestão de casos com dimensão coletiva ou coletivizada, o que provoca abertura para sua utilização no tratamento de litígios estruturais.

Nessa esteira, o uso das EIE's no tratamento de litígios de dimensões estruturais no Brasil tem como um de seus embriões o conhecido caso da Fundação Renova, criada em 2 de março de 2016 por meio de um Termo de Ajustamento de Conduta, que, de acordo com o art. 6º de seu Estatuto, tem objetivo gerir e executar medidas previstas em programas socioeconômicos e socioambientais, incluindo programas de assistência social aos impactados, em decorrência do rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG³².

O fato que levou à criação da referida entidade, em síntese, surge com o rompimento da barragem de Fundão, no município de Mariana/MG, que despejou cerca de 40 milhões de m³ de rejeitos nos 670km de leito do Rio Doce, ocasionando a morte de 19 pessoas, entre moradores e trabalhadores da mineradora Samarco, além dos impactos ecológicos e socioeconômicos diretos e indiretos à população que reside nos municípios à margem da bacia do Rio Doce, considerando que os rejeitos da barragem devastaram tudo o que encontraram pela frente nos 17 dias que levaram para chegar até o oceano Atlântico³³.

De acordo com estudo de caso realizado por professores pesquisadores do Programa institucional da Fundação Instituto de Administração – FIA, que se dedica à Governança e Gestão de Sistemas Agroindustriais (PENSA-FIA), os motivos que levaram a criação de uma entidade direito privado para execução de todas as atividades estabelecidas no TAC foram pautados no princípio de que as ações destinadas à reparação de todos os impactos provocados pelo desastre ambiental e a compensação econômicas dos afetados deveriam ocorrer de forma imediata, o que não comportava o longo tempo da tramitação de um procedimento judicial, cuja duração e resultados seriam de difícil previsibilidade³⁴.

O TAC de criação da entidade contou com a participação de diversas entidades e instituições do poder público, na qualidade de compromitentes, sendo assinado pela União, Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, diversas autarquias e fundações, e de outro lado, entidades privadas, sendo elas a mineradora Samarco e suas controladoras (Vale S.A e BHP

³¹ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. op. cit., p. 3.

³² FUNDAÇÃO RENOVA. Estatuto da Fundação Renova, de 10 de junho de 2019. Belo Horizonte, 22p. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2020/07/estatuto-registrado-2019.pdf>. Acesso em: 01 out. 2022, p. 2.

³³ MACHADO FILHO, Cláudio Antonio Pinheiro; *et al.* Governança em ambiente de alta complexidade – O caso da Fundação Renova. PENSA-FIA, 2019, p. 4.

³⁴ *Ibid.*, p. 4.

Billiton Brasil LTDA), tendo como objetivo único a consolidação e implementação de medidas, programas e estratégias voltadas à reparação ambiental, econômica e social dos abalos provocados pelo rompimento da barragem. Verifica-se que o arranjo de criação da entidade foi marcado pela alta complexidade e conflituosidade presente nos litígios estruturais, com interesses múltiplos e conflitantes, diversas entidades, instituições e agentes públicos e privados, e a necessidade de uma tutela apta a provocar uma (re)estruturação de um completo estado de desconformidade.

O contexto complexo e policêntrico do litígio objeto do TAC pode ser exemplificado pelos numerosos e variados programas, que, de acordo com o Estudo do PENSA-FIA, foram agrupados em três eixos centrais: a) eixo 1 – pessoas e comunidades (ou socioeconômicos), voltado à identificação e indenização, a educação e cultura, saúde e bem-estar, comunidades tradicionais e indígenas, fomento à economia e engajamento e diálogo; b) eixo 2 – terra e água (ou socioambientais), possuindo como principais objetivos a avaliação das condições para reparação do uso do solo, a gestão hídrica, estratégias para o manejo dos rejeitos, o tratamento da biodiversidade, assistência animais e técnicas de inovação; c) eixo 3 – reconstrução e infraestrutura, com frentes de atuação no ressecamento, contenção dos rejeitos despejados, o tratamento da água e efluentes, além de medidas de infraestrutura urbana e acessos³⁵.

Para desenvolvimento dos programas, a fundação precisou contar com um corpo técnico de profissionais de diversas áreas, como advogados, engenheiros, administradores, biólogos, economistas, arquitetos, sociólogos, agrônomos, veterinários, médicos, antropólogos, pedagogos, entre outros inúmeros colaboradores, que somavam um número aproximado de 500, executando e gerindo 42 programas, com custo anual entre R\$ 2 e 3 bilhões³⁶.

O TAC inicial, após inúmeras críticas, especialmente relativas à governança, transparência, participação dos indivíduos diretamente interessados e meios de fiscalização, foi objeto de novas tratativas, que, após Ação Civil Pública ajuizada pelos Ministérios Públicos Estadual e Federal e as Defensorias Públicas, culminaram na formulação de um novo acordo, denominado de TAC Governança, que foi homologado judicialmente e somado ao TAC preliminar, estabelecendo uma série de medidas a serem implementadas pelos envolvidos com fins à garantia de transparência e ampliação da participação, sob pena de consequências

³⁵ Ibid., p. 5.

³⁶ Ibid., p. 3.

judiciais, o que conferiu ao Judiciário responsabilidade pela fiscalização do efetivo cumprimento das medidas³⁷, que vem sendo executadas até os dias atuais.

Sob esse horizonte, ainda que se considerem diversas críticas dirigidas à entidade ou ações realizadas por instituições de fiscalização, como o Ministério Público Federal, defende-se que a ideia central ou finalidade nuclear presente na criação e utilização de uma entidade de infraestrutura específica para casos semelhantes ao narrado apresenta-se como estratégia promissora e adequada à superação de obstáculos à implementação de medidas estruturantes no âmbito exclusivo do Poder Judiciário no Brasil.

Na defesa desse argumento, o primeiro ponto a ser destacado é a possibilidade de adoção dessa estratégia no bojo de um processo judicial, haja vista que, perante a complexidade e a ausência de regulamentação própria, o manejo das decisões estruturantes, em regra, ocorre pela adoção de medidas atípicas, com base na combinação do art. 139, IV³⁸ e art. 536, §1º³⁹, ambos do CPC, que outorga ao juiz margem de discricionariedade, de porte extraordinário, podendo fazer uso de meios atípicos para cumprimento de decisões judiciais, que somados à flexibilidade procedimental consagrada pelo art. 190 do CPC⁴⁰, a exemplo dos negócios jurídicos processuais, legitima a criação e uso de uma EIE na execução da decisão estrutural.

Além disso, a execução de decisões coletivo-estruturais por meios desjudicializados é uma das proposições constantes no Projeto de Lei 1.641/2021, que recebeu o nome Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), que tem como objetivo a disciplina e aperfeiçoamento da Ação Civil Pública e demais ações coletivas, incluídos os processos estruturais. O art. 26, §4º, do referido PL estabelece que o acordo ou sentença oriundo de demandas coletivo-estruturais deve prever a execução das medidas estabelecidas, preferencialmente, por meios desjudicializados, inclusive pela constituição de fundo ou entidade de infraestrutura específica.

³⁷ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de processo online. Vol. 287, jan/2019. p. 6.

³⁸ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

³⁹ Art. 536. [...]

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

⁴⁰ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo

No mesmo sentido, a versão final do Anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil, embora não preveja expressamente o uso de entidades de infraestrutura específica, traz em seu bojo diversos dispositivos que viabilizam a adoção de tal técnica, entre os quais podem ser citados os incisos I, II e VII do art. 2º, que preveem, respectivamente, como normas fundamentais do processo estrutural a resolução extrajudicial do litígios estruturais, a necessidade de respeito às capacidades institucionais dos poderes e flexibilidade procedimental⁴¹. Logo, o referido projeto de lei deve ser lido por uma ótica substancialista, que compreenda o processo estrutural e as técnicas a ele correlatas a partir da leitura sistêmica e conjunta de todos os dispositivos, por meio da qual é possível extrair seu objetivo fim.

Nessa linha de raciocínio, a instrumentalidade da delegação de atos do processo estrutural a entidades de infraestrutura específica é caracterizada como uma técnica heterodoxa de jurisdição, que atribui a condução do processo a sujeitos externos ao Poder Judiciário, que possuem cognição mais adequada à resolução de litígios estruturais, reconhecendo a incapacidade técnica do magistrado necessária para resolução de todas as questões que orbitam os problemas dessa configuração, típicos dos litígios estruturais⁴².

Para Leão, a existência de litígios metaindividuais, como é o caso dos estruturais, exige a adoção de técnicas coletivas capazes de alcançar provimentos adequados ao tratamento do litígio de massa, que, ao envolverem inúmeros indivíduos e exigirem um processo justo, dão origem a decisões que assumem dimensões maiores de generalização e não somente interpartes, alcançado alta relevância para a comunidade⁴³.

Assim, a necessidade de adotar outras estratégias à implementação de provimentos estruturais é inerente à natureza dinâmica da decisão estrutural, como propõe Owen Fiss, ao advertir que a decisão estrutural exige interação continuada, visto que o juiz mantém uma relação contínua e prolongada com a instituição alvo de reestruturação, não existindo um modelo único ou fácil, já que uma série de intervenções são inevitáveis, pois o processo de reestruturação carece de avaliação e novas instruções são emitidas, uma ou outra vez⁴⁴.

⁴¹ BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil. Disciplina o processo estrutural. 2024.

⁴² VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processos Estruturais. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JudPodivm, 2021, p. 393.

⁴³ LEÃO, Semírames de Cássia Lopes. A eficiência da tutela jurisdicional coletiva e a análise econômica do direito. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Temas em direito e economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 374.

⁴⁴ FISS, Owen M. The civil rights injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978, p. 28.

Para Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira, a utilização de entidades de infraestrutura específica na execução de decisões estruturais tem potencial para transformar a tutela de problemas estruturais e conduzem a novas formas de pensar o uso de institutos próprios do processo civil brasileiro, pois, além de implicarem em nova forma de admissão de terceiro, podem ser criadas por meio de convenções processuais ou delegação de função jurisdicional por ato conjunto⁴⁵. Assim, a inserção de entidades de infraestrutura específica, além de potencializar os graus de eficiência na implementação de medidas estruturantes, reformula institutos processuais com fins à efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Ainda, diante da crise judiciária vivenciada atualmente que, para Wanderlei⁴⁶, seria uma “crise de gestão”, as EIE’s podem ser empregadas como técnica de gestão e eficiência processual, visto que “pretendem proceder a uma alocação mais eficiente da prestação jurisdicional e do sistema de justiça com menos custos do que se atuasse o próprio Judiciário na execução das medidas para correção do ilícito”⁴⁷.

Vale destacar que essas entidades, apesar de não possuírem competência para prolação de atos decisórios propriamente ditos, podem potencializar a fase executiva por possuírem a capacidade necessária para aferir a regularidade da medida executiva direta ou indireta, contrariando a lógica de que os atos executórios seriam exclusivos do Poder Judiciário, o que, porém, não significa que os atos praticados pelas entidades não esteja blindado à fiscalização do Poder Judiciário, ou seja, que sua atividade não esteja sujeita à supervisão, em qualquer medida, pelo juiz⁴⁸.

Portanto, a própria natureza complexa e multipolar das decisões estruturais exige para a sua execução ou implementação um espaço de maior flexibilidade e aberto à criatividade, o que se amolda ao *designer* das entidades de infraestrutura específica, que, por apresentarem um *design* de flexibilidade procedimental, permitem a formulação de planos de atuação mais adequados e passíveis de revisão de forma dinâmica, a partir de um constante *feedback* dos destinatários e grupos interessados⁴⁹.

⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de processo online. Vol. 287, jan/2019. p. 17.

⁴⁶ WANDERLEI, José Reis. Juiz-Gestor: um novo paradigma. Revista do Instituto Brasileiro de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: RIDB, Ano2 (2013), nº8, p. 8699.

⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. op. cit., p. 3.

⁴⁸ VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processos Estruturais. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JudPodivm, 2021, p. 394.

⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. op. cit., p. 11.

Ademais, as entidades de infraestrutura específica teriam potencial de modificar o argumento de falta de capacidade institucional imputada ao Poder Judiciário que, para Arenhart e Osna não deve estar centrado na instituição judiciário, mas no meio empregado para resolução de suas demandas: o processo, inclusive com a aplicação residual de condutas de natureza adjudicatória e adoção privilegiada de técnicas de consenso, diálogo e cooperação entre os envolvidos⁵⁰. Nessa ótica, os autores argumentam que a ressignificação do processo para ampliar o desenho seria a estratégia adequada para superação do argumento de ausência de “capacidade”, que entre outros meios, poderia ser alcançado por meio das entidades de infraestrutura específica, as quais, por serem providas de plasticidade e aderência ao debate, poderiam estreitar a relação entre jurisdicionado e realidade material, e, por consequência, produzir resultados muito mais proveitosos⁵¹.

Assim, as EIE’s representam uma via própria às críticas relativas à capacidade institucional do Poder Judiciário para tratamento de problemas estruturais, posto que podem gerir e reduzir a complexidade inerente à efetiva proteção coletiva, consistindo em micro instituições providas de ambiente mais fértil à consolidação dos provimentos estruturais, de modo a reduzir o possível déficit de concretização encontrado nas amarras do processo perante o Poder Judiciário⁵².

E Arenhart e Osna são ainda mais otimistas, e argumentam que, considerando que o objeto dessas entidades seria a efetiva proteção coletiva, sua estruturação poderia ser desenhada da forma mais adequada ao alcance de sua finalidade e, por isso, apresentam o arquétipo ideal tanto para reparação de interesses individuais repetitivos, como para a implementação de projetos de recomposição de abalos de natureza metaindividual, contribuindo para a otimização de esforços para resolução do conflitos de maneira que os instrumentos ortodoxos do processo civil não seriam capazes de concretizar⁵³.

Portanto, utilização dessas entidades transforma o próprio sistema processual com eficiência e efetividade, de modo a favorecer a racionalização das técnicas de prestação jurisdicional, ao mesmo tempo que amplia os horizontes do efetivo acesso à justiça, sem estar restrito à adjudicação. A modificação de um novo sistema processual exige a alteração das

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – “processos estruturais” e “capacidades institucionais”. Revista de processo online. Vol. 332/2022, out/2022, p. 6.

⁵¹ Ibid., p. 8.

⁵² Ibid., p. 9.

⁵³ Ibid., p. 9.

estruturas e dinâmicas tradicionais, que migram de um processo estático, formal e litigioso, para um processo dinâmico, flexível e aberto ao consenso e diálogo.

Essa possibilidade de adoção de um procedimento com *design* diferenciado para implementação de políticas públicas é resultado das profundas reflexões provocadas pela nova realidade de concretização de direitos coletivos pela via processual, como a legitimidade ativa, extensão da coisa julgada, competência, poderes do juiz e outros, que impactaram a construção de uma nova forma de tutela jurisdicional coletiva, demandando a construção de procedimentos diferenciados⁵⁴. Nesse sentido, a partir das complexas fases de implementação das medidas da Ação Civil Pública do Carvão, Arenhart destaca a necessidade de um novo olhar ao processo:

Pensar o processo que lida com políticas públicas sem a pressão do tempo e da rigidez da sequência de atos processuais pode contribuir para oferecer a maturação suficiente para encontrar soluções mais adequadas ao caso concreto. Ademais, o diálogo franco entre as partes — eventualmente sem a participação do juiz, cuja intervenção pode, em alguns casos, inibir certas colocações ou dificultar a exposição de algumas informações — pode colaborar para que cada parte tenha a exata dimensão dos problemas enfrentados pela outra e, assim, para que se possa ter contornos mais precisos do conflito a ser resolvido⁵⁵.

Com isso, cabe refletir criticamente acerca da ressignificação do papel do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas, não para retirá-lo do clico de diálogo e implementação de medidas estruturantes, ao contrário, a presença do Judiciário se faz necessária como controle e garantia, porém não como o centro em uma visão de Estado máximo, mas na atribuição aos sujeitos diretamente interessados ou a terceiros da possibilidade de construção e execução dialogada da medida estrutural, contando com a garantia do Judiciário, como ocorre nos processos de recuperação judicial e falência, nos quais o juiz nomeia um terceiro com expertise necessária, que conduz o desenvolvimento processual, tratativas e negociações, e o judiciário homologa, gerencia ou preside (Art. 21 da Lei nº 11.101/2015⁵⁶).

⁵⁴ BAHIA, Alexandre Melo F. de M.; NUNES, Leonardo S.; COTA, Samuel P. Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.) Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 24.

⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 2, 2015, p. 77.

⁵⁶ Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada. Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

Ainda, não se pode esquecer das possibilidades múltiplas e multifacetadas que o uso das EIE's pode representar para os litígios estruturais no Brasil, pois diferente que das *claims resolution facilities* nos Estados Unidos, sua aplicação no Brasil poderá alcançar possibilidades ampliadas, visto que, segundo Cabral e Zanetti Jr., no contexto brasileiro seu objeto pode ser muito mais amplo que simples indenizações individuais e alcançar reparações pecuniárias difusas, implementação de projetos de melhorias de políticas públicas, influenciar a regulação de setores interessados por meio de proposições legislativas, e outros, todos capazes de alcançar resultados práticos e efetivos na tutela de obrigações específicas⁵⁷.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo abordou as possibilidades de utilização de Entidades de Infraestrutura Específica (ou *Claims Resolution Facilities*) como instrumento de potencialização da fase executiva do processo estrutural no Brasil, com vistas à ampliação das alternativas de implementação de medidas complexas e policêntricas diante das limitações técnicas e institucionais do Poder Judiciário.

Não obstante os problemas encontrados e a existência de críticas, conclui-se que o uso de entidades de infraestrutura específica figura como uma alternativa apta e eficaz ao tratamento de litígios estruturais no Brasil. Contudo, não se trata de tarefa fácil. Sua efetiva instrumentalização para a implementação de medidas estruturais somente será alcançável quando pautada pelos princípios da cooperação, publicidade e transparência, pela prevalência do diálogo interinstitucional e realizável em um ambiente flexível, criativo e experimentalista, onde os agentes estatais compreendam o seu papel na resolução de litígios coletivos e estruturais.

Essa alternativa possibilita que as decisões estruturais transcendam a abstração normativa, gerando mudanças concretas que beneficiem grupos vulneráveis e localidades desfavorecidas, e o processo estrutural assuma o papel de promotor da democracia, da igualdade e da realização de direitos fundamentais.

⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETTI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de processo online. Vol. 287, jan/2019. p. 4.

Ao final, é necessário advertir que este ensaio não propõe a substituição do Poder Judiciário ou sua exclusão do cenário dos processos estruturais, tampouco de sua atuação na implementação de políticas públicas e na tutela de direitos fundamentais. O objetivo, ao contrário, reside na ressignificação do papel do Judiciário nesse contexto, promovendo a expansão dos horizontes para a concretização da norma-princípio contida nas decisões estruturais e a adoção de meios eficazes para esse propósito, sempre resguardadas as garantias fundamentais da Norma Fundamental brasileira (CRFB/88).

6. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo online**. Vol. 225/2013. Nov/2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais – “processos estruturais” e “capacidades institucionais”. **Revista dos Processo online**. Vol. 332/2022, out/2022.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan.-jun. 2011.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil**. Disciplina o processo estrutural. 2024. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2664/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

BAHIA, Alexandre Melo F. de M.; NUNES, Leonardo S.; COTA, Samuel P. Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.) **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais** [recurso eletrônico]. Porto Alegre, Editora Fi, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo online**. Vol. 287, jan/2019.

CHAYES, Abram. **The Role of The Judge in Public Law Litigation**. **Harvard Law Review**. number 7, volume 89, may/1976.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVIERA, Rafel Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de processo online**. Vol. 303, maio/2020.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: WATANABE, Kazuo Iet) (org). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JudPodivm, 2017.

FUNDAÇÃO RENOVA. **Estatuto da Fundação Renova, de 10 de junho de 2019**. Belo Horizonte, 22p. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2020/07/estatuto-registrado-2019.pdf>. Acesso em: 01 out. 2022.

LEÃO, Semírames de Cássia Lopes. A eficiência da tutela jurisdicional coletiva e a análise econômica do direito. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Temas em direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. 408 p.

MACHADO FILHO, Cláudio Antônio Pinheiro; *et al.* **Governança em ambiente de alta complexidade – O caso da Fundação Renova**. PENSEA-FIA, 2019. Disponível em: <http://pensa.org.br/wp-content/uploads/2021/08/Caso-da-Fundacao-Renova-1.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2024.

RABIN, Robert L. **The September 11th Victim Compensation Fund: A Circumscribed Response or an Auspicious Model?**, 53 DePaul L. Rev. 769 (2013). Disponível em: [<https://via.library.depaul.edu/law-review/vol53/iss2/17>]. Acesso em: 01 out. 2024.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Processos Estruturais e direito à moradia no Sul Global: contribuições das experiências sul africanas e colombiana. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 19, n. 32, p.148-183, set./dez. 2021.

SUNSTEIN, Cass; e VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Michigan Law Review. v. 101, p. 885-951, fev./ 2003.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos Estruturais**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

VITORELLI, Edilson. Uma pauta de atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: por que, quando e como?. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, Distrito Federal, Brasil, v. 4, n. 1, p. 253–297, 2024. Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/372>. Acesso em: 22 nov. 2024.

VOGT, Fernanda Costa; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). **Processos Estruturais**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2021.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norteamericana na resolução de litígios policêntricos**. Salvador: Juspodivm, 2023.

WANDERLEI, José Reis. Juiz-Gestor: um novo paradigma. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: RIDB, Ano 2 (2013), nº 8, 8697-8707.**

**O JUDICIÁRIO BRASILEIRO, AS AÇÕES COLETIVAS E O ACESSO À JUSTIÇA:
A EXPERIÊNCIA DO FÓRUM NACIONAL DE AÇÕES COLETIVAS DO
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (FONACOL/CNJ)**

*THE BRAZILIAN JUDICIARY, CLASS ACTIONS AND ACCESS TO JUSTICE: THE
EXPERIENCE OF THE FORUM OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE'S
(FONACOL/CNJ) NATIONAL CLASS ACTIONS*

Alberto Bastos Balazeiro¹

Pablo Coutinho Barreto²

Raquel Leite da Silva Santana³

SUMÁRIO: 1. Introdução: o papel das ações coletivas para a garantia do direito ao acesso à justiça. 2. Fórum nacional de ações coletivas do conselho nacional de justiça (FONACOL/CNJ): fronteiras de um procedimento estrutural trabalhista. 3. Resolução conjunta CNJ/CNMP Nº 10/2024. 4. Recomendação Nº 158/2024: democratização do processo judicial. 5. “I jornada em boas práticas em tutelas coletivas”: diálogo social e criatividade jurídica. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: A atuação do Poder Judiciário Brasileiro deve se articular em torno da relação harmônica entre tutelas coletivas e acesso à justiça. O Fórum Nacional de Ações Coletivas (FONACOL/CNJ) pode ser considerado um procedimento estrutural e uma das “entidades de infraestrutura específica” (claims resolution facilities) do Poder Judiciário. O presente trabalho dedica-se a apresentar 3 (três) medidas realizadas pelo FONACOL/CNJ no ano de 2024: (i) Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024; (ii) Recomendação nº 158/2024; (iii) I Jornada de Boas Práticas em Tutelas Coletivas. Conclui-se que iniciativas do Poder Judiciário de natureza dialógica, tal como as realizadas pelo FONACOL em 2024 são instrumentos indispensáveis para a democratização do acesso à Justiça.

Palavras-chave: Poder Judiciário Brasileiro; Ações Coletivas; Acesso à Justiça; Fórum Nacional de ações Coletivas (FONACOL); Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024, Recomendação nº 158/2024; I Jornada de Boas Práticas em Tutelas Coletivas.

ABSTRACT: The Brazilian Judiciary must be articulated around the harmonious relationship between collective protections and access to justice. The National Forum for Collective Actions (FONACOL/CNJ) can be considered one of the “specific infrastructure entities” (claims resolution facilities) of the Judiciary. This work is dedicated to presenting 3 (three) measures carried out by FONACOL/CNJ in the year 2024: (i) Joint Resolution CNJ/CNMP nº 10/2024;

¹ É ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutor em Direito Constitucional (IDP).

² É conselheiro do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP.

³ É assessora de ministro do TST. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB.

(ii) Recommendation No. 158/2024; (iii) 1st Conference on Collective Protections. It is concluded that Judiciary initiatives of a dialogical nature, such as those carried out by FONACOL in 2024, are indispensable instruments for the democratization of access to Justice.

Keywords: Brazilian Judiciary, FONACOL, Collective Actions; Access to Justice, Democratization, Joint Resolution CNJ/CNMP nº 10/2024, Recommendation nº 158/2024; 1st Good Practices Conference;

1. INTRODUÇÃO: O PAPEL DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A GARANTIA DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

A contemporaneidade tem sido marcada por diversos desafios, em que as crises sociais, demográficas, climáticas, trabalhistas, educacionais, éticas, entre tantas outras, têm instado a atuação das instituições públicas brasileiras na solução de conflitos policêntricos e complexos.

Nesse sentido, o processo de constitucionalização de diversos direitos no bojo da Constituição Federal de 1988 impulsionou a ampliação de conscientização da sociedade civil sobre seus direitos, o que demanda intervenção ativa do Estado para a concreção dessas garantias.

Em razão disso, as demandas por respostas institucionais têm sido mais recorrentes e o Poder Judiciário brasileiro é uma das multiportas a que as pessoas afetadas por violações se socorre, funcionando como verdadeiro “fórum de protestos”⁴ para grupos socialmente vulnerabilizados, que almejam respostas às suas demandas.

Portanto, garantir o pleno acesso à justiça é fundamental para a consecução dos fundamentos da República e o processo coletivo oferece ferramentas que possibilitam o aprofundamento democrático na superação dos litígios inerentes a essas crises.

Trata-se, aqui, de cenário que reflete alguns dos conflitos inerentes à sociedade de massas e que conduz a uma premissa central: a atuação do Poder Judiciário Brasileiro deve se articular em torno da relação harmônica entre tutelas coletivas e acesso à justiça.

Esses aspectos permitem afirmar que se está diante de novo paradigma para as ações e processos coletivos, em que a harmonização entre os anseios individuais e coletivos é alcançada mediante a democratização do acesso à justiça. E é dentro desse novo paradigma, voltado ao aprimoramento do acesso à justiça por intermédio de ações e tutelas coletivas, que o Fórum Nacional de Ações Coletivas (FONACOL/CNJ) se insere.

⁴ A expressão é de Matheus Casimiro. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3963-3783>.

Em outro espectro, o processo coletivo possui princípios e mecanismos próprios que permitem a supressão de micro e macro lesões sociais por intermédio da molecularização de ações de difuso alcance social. Com isso, a tutela de direitos transindividuais pode ser realizada de forma mais célere e econômica, por meio da substituição do ajuizamento de centenas de ações individuais por uma coletiva, cujos resultados tendem a atender a todos os integrantes de uma comunidade, de forma mais igualitária e eficiente.

Além do próprio ajuizamento de ações coletivas, o Poder Judiciário brasileiro conta com centros de inteligência e fóruns especializados para a solução de litígios coletivos e complexos. O Fórum Nacional de Ações Coletivas (FONACOL/CNJ) é uma das “entidades de infraestrutura específica” (*claims resolution facilities*)⁵, que contribui para o aprimoramento das tutelas coletivas no Brasil. Entre outras atribuições, o FONACOL contribui para o desenvolvimento de melhorias da tutela de direitos e interesses coletivos - difusos, transindividuais ou individuais homogêneos.

Nesse cenário, o fórum também é um dos exemplos de procedimento estrutural que, no âmbito do poder público, pode ser definido como “política judiciária (...) orientada por uma visão de longo prazo, em que a resolução de litígios e a promoção da justiça passam pela transformação das condições estruturais”⁶.

Trata-se, ainda, de fórum de trabalho que reflete o reconhecimento do Poder Judiciário acerca da importância de não serem adotadas abordagens pontais e reativas, mas sim “mudanças sistêmicas e sustentáveis”⁷ nas ações coletivas que, em sua grande maioria, são atinentes a questões complexas que atingem um grande espectro de pessoas.

Ainda, mencionado fórum dedica-se a propor medidas concretas e normativas voltadas à modernização de rotinas processuais, à organização, à especialização e à estruturação das unidades judiciárias. Conforme se verá no próximo tópico deste trabalho, o FONACOL foi responsável pela elaboração de ações concretas, tal como a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024, que, entre outros, dispõe sobre a destinação de recursos decorrentes de reparações pecuniárias fixadas em ações coletivas.

⁵ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista dos Tribunais Online*, 2019.

⁶ BALAZEIRO, Alberto Bastos. PROCESSO ESTRUTURAL LABORAL: PRINCIPIOLOGIA, AUTONOMIA E CASUÍSTICA. Londrina, PR: Thoth, 2024 p. 77-79.

⁷ *Ibid.*

O presente trabalho dedica-se a apresentar 3 (três) medidas realizadas pelo FONACOL/CNJ e que contribuíram para o aprimoramento das tutelas coletivas e do igualitário acesso à justiça no ano de 2024.

2. FÓRUM NACIONAL DE AÇÕES COLETIVAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (FONACOL/CNJ): FRONTEIRAS DE UM PROCEDIMENTO ESTRUTURAL TRABALHISTA

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro que tem por um de seus objetivos o aprimoramento do sistema de justiça, além de “primar pela eficiência dos serviços judiciais, formulando e executando políticas judiciárias nacionais e atuando no fomento e disseminação das melhores práticas”⁸. O Fórum Nacional das Ações Coletivas (FONACOL) é um dos programas do CNJ e foi criado pela Resolução CNJ n. 138/2011, atualizada pela Resolução CNJ nº 326/2020. Sua composição foi definida pela Portaria CNJ nº 363/2023 e possui representantes do CNJ, CNMP, magistratura, academia e sociedade civil.

Conforme introduzido, o FONACOL destina-se ao acompanhamento e monitoramento das ações e à resolução de questões que tenham por objetivo a tutela de direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos e atua em ações concretas de prevenção a danos à funcionalidade do Sistema de Justiça.

Em 2023, o fórum retomou suas atividades em reuniões periódicas para a elaboração de estratégias de atuação.

Em 2024, o trabalho conjunto realizado no âmbito do FONACOL obteve êxito na articulação, aprovação e execução de importantes ações concretas. Entre elas, (i) Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024 (Dispõe sobre os procedimentos e as medidas para a destinação de bens e recursos decorrentes de decisões judiciais e instrumentos negociais de autocomposição em tutela coletiva, bem como sobre medidas de transparência, impessoalidade, fiscalização e prestação de contas); (ii) Recomendação nº 158/2024 (Recomenda aos tribunais brasileiros que considerem a realização de consultas ou audiências públicas em processos nos

⁸ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/panorama-e-estrutura-do-poder-judiciario-brasileiro/> Acesso em 21/11/2024.

quais a eficácia da decisão possa atingir um grande número de pessoas); (iii) I Jornada de Boas Práticas em Tutelas Coletivas.

A seguir, destacaremos as principais medidas concernentes a cada uma das ações concretas.

3. RESOLUÇÃO CONJUNTA CNJ/CNMP Nº 10/2024

O FONACOL tem atuado em diversas frentes para solidificar mecanismos que possibilitem a melhoria do acesso à jurisdição e a primeira das ações concretas realizadas em 2024 é a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024. A norma dispõe sobre os procedimentos e sobre as medidas para a destinação de bens e recursos decorrentes de decisões judiciais e instrumentos negociais de autocomposição em tutela coletiva.

A mencionada resolução direciona-se a garantir segurança jurídica no que se refere à “destinação de receitas de condenações em ações civis públicas”⁹, além de reforçar a “preferência pela adoção de medidas de garantia ou de recomposição do bem jurídico violado ou ameaçado, na forma de tutela específica ou por equivalência em detrimento àquelas de natureza indenizatória.”¹⁰

Trata-se de normativo que busca suprir distorções na aplicação de recursos no Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD). Este último foi criado pela Lei 7.347/1985 (Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.) e regulamentado pela Lei nº 9.008/95. O FDD tem por finalidade a “a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.”¹¹. A respeito das especificidades do FDD, esclarece o Ministério da Justiça e Segurança Pública, a que está vinculado:

Trata-se de fundo que nasceu para o cumprimento de finalidade específica, uma vez que as receitas que o compõem, oriundas de processos - judiciais ou administrativos - iniciados quando constatada a lesão a direito difuso ou coletivo, devem ser

⁹ BRASILb, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/acoes-coletivas-forum-deve-construir-proposta-referente-a-destinacao-de-indenizacoes/> Acesso em 21/11/2024.

¹⁰ BRASILc. Ministério Público do Paraná. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/meioambiente/Noticia/Tutela-Coletiva-CNMP-e-CNJ-publicam-Resolucao-Conjunta-sobre-destinacao-de> Acesso em 21/11/2024.

¹¹ Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/consumidor/fundo-de-defesa-de-direitos-difusos> Acesso em 21/11/2024.

empregadas em projetos que previnam ou recomponham danos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico, ao consumidor, à ordem econômica, ao trabalhador, às pessoas idosas ou portadoras de deficiências e ao patrimônio público e social, de acordo com o rol constante do art. 1º da Lei n.º 7.347/85.

Esse Fundo, portanto, é dotado de uma peculiaridade que deve ser evidenciada: as verbas que o formam, em sua maioria, decorrem da ocorrência de dano a direito difuso ou coletivo, direcionadas pelo Ministério Público (Federal, do Trabalho, Estadual e Distrital), pela Secretaria Nacional do Consumidor e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”). Portanto, sua principal fonte de recursos não decorre de receita oriunda da arrecadação de tributos federais, como ocorre na grande maioria dos fundos federais.

As mencionadas distorções foram noticiadas no Acórdão nº 13669/2020, prolatado pelo Tribunal de Contas da União (TCU)¹², que é o órgão de controle externo do governo federal brasileiro e responsável por acompanhar a execução orçamentária e financeira do país, em apoio ao Poder Legislativo¹³. No Acórdão nº 13669/2020 o TCU mencionou existir, entre outras, irregularidades relativas à ausência de participação de representantes dos Ministérios Públicos na composição do conselho gestor do FDD.

É diante desse cenário que o FONACOL se propôs a buscar a regulamentação de mecanismos que pudessem oferecer segurança jurídica, ao estabelecer “parâmetros para a tutela específica, visando à recomposição do dano, mediante obrigações de conduta, retorno ao status quo ante ou compensação por resultado prático equivalente, preservando a autonomia de atuação dos ramos e unidades ministeriais e do Poder Judiciário.”¹⁴

Em atenção à Lei 7.347/1985, que trata da reparação de danos causados aos direitos coletivos, a resolução estabelece ordem de prioridade para recomposição do bem jurídico tutelado: inicialmente, deve-se priorizar a tutela específica e, não sendo possível, a recomposição do dano (artts 11 e 13 da referida lei, respectivamente). A respeito da mencionada ordem de preferência, estabelece Fredie Didier:

Há uma ordem de prioridade: (a) deve-se priorizar a tutela específica (art. 497, *caput*, primeira parte, CPC); (b) se não for possível a tutela específica ou se assim recomendar o postulado da proporcionalidade, deve-se tentar alcançar um resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 497, *caput*, segunda parte, CPC); (c) a

¹² BRASILd. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Geral do Trabalho. Grupo de Trabalho de Reversões. Disponível em: https://mpt.mp.br/planejamento-gestao-estrategica/gestao-estrategica/grupos_estudos Acesso em 21/11/2024.

¹³ Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/> Acesso em 21/11/2024.

¹⁴ BRASILd. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Geral do Trabalho. Grupo de Trabalho de Reversões. Disponível em: https://mpt.mp.br/planejamento-gestao-estrategica/gestao-estrategica/grupos_estudos Acesso em 21/11/2024.

requerimento do credor, ou sendo impossível deferir a tutela específica ou o resultado prático equivalente, deve-se converter a prestação de fato numa indenização (art. 499, CPC).¹⁵

É o que se extrai do artigo 2º, *caput*, da Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024:

Art. 2º As medidas de garantia ou de recomposição do bem jurídico violado ou ameaçado, na forma de tutela específica ou por equivalência, são preferenciais às medidas de natureza indenizatória, tanto nas decisões judiciais, quanto em instrumentos negociais de autocomposição coletiva.

Ainda no que se refere à ordem de priorização dos modos de recomposição dos danos, são precisas as orientações contidas na Nota Técnica nº 8 da Procuradoria Geral do Trabalho (Grupo de Trabalho de Reversões) do Ministério Público do Trabalho:

A conversão da obrigação reparatória em perdas e danos ou condenação genérica deve ser a última solução de modelo a ser buscada. Antes, o membro e a membra devem esgotar as possibilidades de tutela específica, por meio de obrigações de fazer, não-fazer e dar, ou de tutela por equivalência, com resultados práticos equivalentes à recomposição do bem jurídico lesado, no local de sua ocorrência, por meio das formas possíveis que melhor se adaptem a situação concreta, conforme os artigos 497, 499 e 536 do Código de Processo Civil.¹⁶

Dessa forma, a teor do que também dispõe o artigo 13 da Lei nº 7.347/1985, nos casos em que se faça necessário o estabelecimento de tutela reparatória para recomposição de danos, na referida resolução prevê-se que essa deve ser proporcional à dimensão do dano; beneficiar, preferencialmente, os locais e as comunidades diretamente atingidos pela lesão ou ameaça de lesão e ser aplicada em finalidades que guardem pertinência temática com a natureza do bem jurídico lesado ou ameaçado (art. 4º, I, II e III, da Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024).

Ainda, a resolução estabelece que a recomposição dos danos por meio da tutela reparatória deverá ser revertida em benefício daqueles cujos direitos foram violados. É uma medida, portanto, que se volta à inclusão social por meio da própria tutela reparatória.

Além disso, são previstos mecanismos específicos para auxiliar na transparência, impessoalidade, fiscalização e prestação de contas dos valores destinados (arts. 6º e ss. da

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução./ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandre de Oliveira. 12ª ed. rev., ampl. E atual.. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

¹⁶ BRASILd. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Geral do Trabalho. Grupo de Trabalho de Reversões. Disponível em: https://mpt.mp.br/planejamento-gestao-estrategica/gestao-estrategica/grupos_estudos Acesso em 21/11/2024.

Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024) às instituições exemplificativamente previstas no normativo (art. 5º da Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024).

Portanto, trata-se de norma voltada ao fortalecimento de uma atuação judicial comprometida com a impessoalidade e a efetividade dos direitos e interesses da sociedade civil em ações coletivas – o que se soma aos esforços de manutenção da estabilidade, integridade e legitimidade do Sistema de Justiça brasileiro.

4. RECOMENDAÇÃO Nº 158/2024: DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

As audiências públicas são importantes instrumentos de inclusão social e de acesso ao Judiciário e têm por objetivo auxiliar os membros do sistema de justiça na formação de convicção, a partir da perspectiva das comunidades de pessoas afetadas por violações de direitos em litígios coletivos. Ainda, trata-se de mecanismo que contribui para a formação de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”, conforme proposto por Peter Häberle:

Nesse tipo de sociedade aberta, o sistema de justiça, no exercício de sua função de intérprete do texto constitucional, deve estar tão aberto quanto possível para os agentes sociais. Com isso, confere-se mais legitimidade aos julgamentos, que poderão refletir outras formas de interpretação, a partir das contribuições oferecidas pelos diversos intérpretes chamados a contribuir no processo democrático. A esse respeito são as observações de Häberle:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação Constitucional tem sido até agora conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.¹⁷

¹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

A utilização das audiências públicas no Poder Judiciário está associada às ações de controle concentrado de constitucionalidade, previstas nas Leis 9.882/99 e 9.868/99, que disciplinam o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental – julgamentos esses realizados pelo Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal realizou sua primeira audiência pública em 2007, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto. Na ocasião, o relator mencionou a importância da audiência como instrumento de “abertura para a participação popular que, a partir de suas contribuições, trariam maior legitimidade para os futuros julgamentos do Tribunal e, conseqüentemente, uma democratização do processo judicial”¹⁸. No despacho convocatório de audiência pública na ADI 3510, o Ministro Relator do feito proferiu despacho nos seguintes termos:

A matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública (...) além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.¹⁹

A Suprema Corte regulamentou as audiências públicas na Emenda Regimental 29/2009:

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.²⁰

¹⁸ GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas. *Rev. Direito e Práx.* 11 (01). Jan-Mar 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/36633> Acesso em 20/11/2024.

¹⁹ GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas. *Rev. Direito e Práx.* 11 (01). Jan-Mar 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/36633> Acesso em 20/11/2024.

²⁰ Disponível: <https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/default.asp>

Nesse cenário, a Recomendação nº 158 de 2024/CNJ é fruto dos trabalhos realizados pelo FONACOL, a partir da preocupação com o estabelecimento de diretrizes para auxiliar na construção de julgamentos coletivos que inclua os mais diversos “intérpretes da constituição”, em todas as instâncias de julgamento – e não apenas pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, recomenda-se na norma que os tribunais brasileiros, com exceção da Suprema Corte, “considerem a realização de consultas ou audiências públicas em processos nos quais a eficácia da decisão possa atingir um grande número de pessoas” (art. 1º da Recomendação nº 158 de 2024/CNJ).

Além disso, o objetivo da norma é estimular que nesses processos sejam ouvidos “sujeitos potencialmente atingidos pela decisão ou de pessoas com experiência e conhecimento na matéria discutida no processo ou relativa aos fatos objeto de prova, cujos conhecimentos sejam relevantes para a decisão” (art. 2º da Recomendação nº 158 de 2024/CNJ).

Como forma de possibilitar ampla inclusão social, prevê-se, ainda, a possibilidade da audiência pública ser realizada fora do espaço físico do Judiciário para viabilizar ampla participação dos interessados:

[art. 4º] § 8º O Juiz ou Relator poderá determinar a realização da audiência fora do prédio do tribunal, em local de fácil acesso ao público destinatário, inclusive fora da sede do juízo, sempre que julgar necessário para viabilizar amplo comparecimento.

Diante disso, a Recomendação nº 158 de 2024/CNJ é mais uma das ações concretas do FONACOL, que se soma àquelas voltadas à concretização do amplo acesso à Justiça em ações coletivas.

A possibilidade de trocas de experiências, amplo diálogo social o robustecimento do processo decisório democrático foram alguns dos objetivos da I Jornada em Boas Práticas em Tutelas Coletivas, realizada em setembro de 2024 pelo FONACOL.

5. “I JORNADA EM BOAS PRÁTICAS EM TUTELAS COLETIVAS”: DIÁLOGO SOCIAL E CRIATIVIDADE JURÍDICA

A I Jornada em Boas Práticas em Tutelas Coletivas aconteceu nos dias 2, 3 e 4 de setembro de 2024 e teve por objetivo construir um catálogo de boas práticas e comunicações. O propósito da iniciativa foi o de valorizar e divulgar iniciativas em ações coletivas, que tenham contribuído ou possam contribuir de modo inovador e significativo para a solução, prevenção

ou gestão de conflitos, em âmbito judicial, extrajudicial ou por meio dos espaços institucionais que atuam na concretização de políticas judiciárias.

O evento destinou-se aos membros e aos integrantes do Poder Judiciário, Ministério Público e suas unidades, especialistas, juristas, professores (as) universitários (as), estudantes e demais interessados na matéria.

No dia 2 de setembro de 2024 foi realizada Palestra Magna de Abertura, proferida pelo Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho de Justiça Federal, Hermann Benjamin com o tema “Processos estruturais e desastres no Estado Democrático de Direito”.

No dia 3 de setembro de 2024 foram realizados painéis sobre tutela e ações coletivas, em 5 (cinco) diferentes eixos: (i) tutela coletiva do trabalho; (ii) tutela coletiva do meio ambiente; (iii) tutela coletiva e proteção do consumidor e da ordem econômica; (iv) tutela coletiva socioambiental; (v) tutela coletiva e proteção ao patrimônio público.

Por sua vez, no dia 4 de setembro houve a realização de oficinas temáticas simultâneas, em que serão discutidas e apresentadas boas práticas e comunicações em ações coletivas no CNJ. No total, foram discutidas 27 (vinte e sete) boas práticas e/ou comunicações jurídicas previamente aprovadas pelo Comitê científico do evento. As boas práticas e as comunicações jurídicas foram assim definidas no edital de chamamento da I Jornada:

Entende-se por **boas práticas** as ações concretas em tutela coletiva, que tenham contribuído de modo inovador e significativo para a solução, prevenção ou gestão de conflitos, em âmbito judicial, extrajudicial ou por meio dos espaços institucionais que atuam na concretização de políticas judiciárias.

Entende-se por **comunicações jurídicas** as medidas em tutela coletiva, os enunciados que versem sobre a interpretação de normas jurídicas, fundamentadas em obras doutrinárias e/ou textos jurisprudenciais, vivências práticas e outros.²¹

As boas práticas e as comunicações jurídicas foram enviadas por representantes de diversos ramos do Poder Judiciário, além de pesquisadores e integrantes da sociedade civil.

A possibilidade de trocas de experiências entre as diferentes boas práticas tem o potencial de encorajar a criação de redes de solidariedade entre os agentes estatais, estimulando o diálogo e o robustecimento do processo decisório democrático, além de contribuir para subsidiar iniciativas que se voltem ao aperfeiçoamento do processo coletivo brasileiro.

²¹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/i-jornada-de-boas-praticas-em-tutelas-coletivas-comeca-na-segunda-feira-2-9/>

Além disso, espaços de trocas de experiências e boas práticas –neste caso, em ações coletivas- auxiliam no processo de tomada de decisão e contribuem para a diminuição da lateralidade das decisões judiciais- aspecto a que Mauro Cappelletti dedicou especial atenção:

Os direitos sociais, ao demandarem intervenção ativa do Estado para concreção, acabam por levar aos juízes uma avaliação acerca da própria forma de efetivação, o que também torna mais amplo o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.

A legislação social e os direitos sociais tiveram profundo efeito na transformação e no papel da Magistratura. A legislação social parece optar por uma técnica legislativa na qual apenas indica certas finalidades ou princípios, deixando a especificação a normas subordinadas ou a decisões de ministros ou autoridades regionais ou locais, o que favorece maior lateralidade nas decisões judiciais.²²

Assim, embora a os direitos sociais contenham marcante carga axiológica no texto constitucional, o estabelecimento de uma rede de boas práticas em ações coletivas permite que se repliquem experiências bem sucedidas na solução de litígios complexos, estreitando o tempo de entrega da prestação jurisdicional e diminuindo a adoção de estratégias que eventualmente não gerariam o impacto almejado. Este foi um dos objetivos traçados e alcançados com a realização da I Jornada de Boas Práticas em Ações Coletivas pelo FONACOL.

6. CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que são inúmeros os desafios para que se chegue a soluções confluentes em uma sociedade marcada pelas desigualdades sociais, raciais, de gênero, de origem, de princípios e valores morais e éticos. No entanto, a consolidação do processo democrático, por mais desafiador que o seja, impulsiona o florescimento da criatividade. A escuta atenta dos envolvidos nas demandas de massa – o que, aliás, deve ser um dos pilares das soluções buscadas nos processos coletivos-, proporciona uma simbiose entre diálogo social e acesso à justiça.

O efeito dessa simbiose é o fortalecimento das bases de uma sociedade mais igualitária, participativa e voltada à concretização dos direitos fundamentais daqueles que ainda se encontram à margem de nosso sistema social.

²² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão, 1999

Assim, a tutela coletiva de direitos fundamentais é essencial à democratização do acesso à justiça e à adequada prestação jurisdicional, ainda que se reconheça a complexidade inerente à concretização desses direitos.

Em atenção a esse cenário, em 2024, o Supremo Tribunal Federal criou o Núcleo de Processos Estruturais Complexos (NUPEC) com o objetivo de “colaborar com a tutela efetiva de direitos fundamentais”. A finalidade do núcleo é assim descrita pela Suprema Corte:

A finalidade do Núcleo é apoiar a atuação dos Gabinetes na identificação e processamento de ações estruturais e complexas. Mediante a solicitação dos Gabinetes ou dos Relatores, o Núcleo pode dar apoio aos processos estruturais, como por exemplo: elaborar pareceres em ações estruturais e complexas, que tenham significativa repercussão econômica e social; emitir notas técnicas sobre os temas discutidos nessas ações; participar de reuniões de mediação, juntamente ao Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL); compor as Salas de Monitoramento, criadas para acompanhar ações estruturais específicas; auxiliar na construção de indicadores para monitoramento, avaliação e efetividade das medidas.²³

Até a finalização deste artigo (novembro de 2024), o Supremo Tribunal Federal contabilizava 33 (trinta e três) decisões estruturais proferidas com apoio do NUPEC; 57 (cinquenta e sete) audiências e reuniões técnicas e realizava o monitoramento de 12 (doze) processos dessa natureza.

A criação de referido núcleo para o monitoramento e apoio na tomada de decisões em ações complexas evidencia as preocupações do Poder Judiciário com a eficaz solução de litígios complexos, sem se olvidar igualmente que o efetivo acesso à justiça pelas comunidades afetadas é pilar essencial para concretude da democratização da tutela coletiva.

Em virtude disso, iniciativas do Poder Judiciário de natureza dialógica, tal como o Fórum Nacional de Ações Coletivas (FONACOL), tornam-se instrumentos indispensáveis para o aprimoramento do sistema de justiça e para o amplo acesso à Justiça – o que se tornou palpável no ano de 2024 na proposição e aprovação pelo FONACOL da Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 10/2024 e da Recomendação nº 158/2024, além da realização da I Jornada de Boas Práticas em Tutelas Coletivas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALAZEIRO, Alberto Bastos. PROCESSO ESTRUTURAL LABORAL:

²³ Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao

PRINCIPIOLOGIA, AUTONOMIA E CASUÍSTICA. Londrina, PR: Thoth, 2024.

BRASILa. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/panorama-e-estrutura-do-poder-judiciario-brasileiro/> Acesso em 21/11/2024.

BRASILb. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/acoes-coletivas-forum-deve-construir-proposta-referente-a-destinacao-de-indenizacoes/> Acesso em 21/11/2024.

BRASILc. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/acao-a-informacao/perguntas-frequentes/consumidor/fundo-de-defesa-de-direitos-difusos> Acesso em 21/11/2024.

BRASILd. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Geral do Trabalho. Grupo de Trabalho de Reversões. Disponível em: https://mpt.mp.br/planejamento-gestao-estrategica/gestao-estrategica/grupos_estudos Acesso em 21/11/2024.

BRASILE. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública. Disponível: <https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/default.asp>

BRASILf. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/i-jornada-de-boas-praticas-em-tutelas-coletivas-comeca-na-segunda-feira-2-9/>

BRASILf. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista dos Tribunais Online*, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão, 1999

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução./ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandre de Oliveira. 12ª ed. rev., ampl. E atual.. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/> Acesso em 21/11/2024.

GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas. *Rev. Direito e Práx.* 11 (01). Jan-Mar 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/36633> Acesso em 20/11/2024.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

**A PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO LIVRE DA
DISCRIMINAÇÃO SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO¹**

**THE PROTECTION OF THE RIGHT TO THE WORK ENVIRONMENT FREE FROM
DISCRIMINATION FROM THE PERSPECTIVE OF TRANSITIONAL JUSTICE**

Claudio Iannotti da Rocha²

Laís Lomar de Oliveira³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A tutela do direito ao meio ambiente do trabalho livre da discriminação. 3. A Justiça de transição na superação de conflitos. 4. A perspectiva transicional sobre a discriminação no meio ambiente do trabalho. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: Propõe-se a análise qualitativa de bibliografias e de documentos a fim de aproximar os institutos da proteção do meio ambiente do trabalho livre da discriminação e da Justiça de transição, contribuindo com a apresentação de arranjo jurídico-processual capaz de reconciliar a sociedade.

Palavras-chave: Meio ambiente do trabalho; Discriminação; Justiça de transição; Medidas transicionais; Estado de direito.

ABSTRACT: A qualitative analysis of bibliographies and documents is proposed in order to bring together the institutes of protection of the work environment free from discrimination and of transitional justice, contributing to the presentation of a legal-procedural arrangement capable of reconciling society.

Key-words: Work environment; Discrimination; Transitional justice; Transitional measures; Rule of law.

¹ Este artigo é resultado da pesquisa desenvolvida pelos autores no âmbito do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Seguridade Social e Processo: Diálogos e Críticas” (UFES-CNPq), da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES) e do Projeto de Pesquisa “Trabalho, Sustentabilidade, Tecnologias e Justiça Climática: Interlocações entre Direito e Processo do Trabalho e Direito Ambiental” (UFES).

² Professor de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), da Graduação e do Programa de Pós-Graduação de Direito Processual. Coordenador do Programa de Pós-Graduação de Direito Processual (PPGDIR). Pos-Doutor, Doutor e Mestre em Direito. Bolsista Pesquisador Produtividade da FAPES. E-mail: claudiojannotti@hotmail.com

³ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Seguridade Social e Processo: Diálogos e Críticas” (UFES-CNPq). Pesquisadora. Bolsista da CAPES (2024-). E-mail: lais_lomar21@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O preconceito e a discriminação face a grupos vulneráveis por questões de cor, raça, religião, opinião política, orientação sexual, gênero e questões físicas, tem exemplos prejudiciais nos mais diferentes ambientes sociais, sendo o trabalho um deles. A prerrogativa do exercício de poder diretivo é utilizada para justificar e validar práticas de violência executadas de forma velada à nível institucional e organizacional, o que Tristan Green⁴ chama de *discriminatory work culture*. Dentre tais práticas é possível citar como exemplos o sexismo na seleção de ingresso e nos critérios de progressão de carreira, a permissividade do racismo recreativo, o isolamento homofóbico, transfóbico e político⁵. Tal cultura corresponde a anseios empresariais que, em detrimento dos direitos humanos, acumula proveitos econômicos por toda cadeia de produção, atuação predatória que deve ter a atenção estatal, principalmente considerando a repercussão social da manutenção de atos lesivos⁶. Trabalhadores, consumidores, parceiros comerciais e comunidade inerente⁷, são exemplos de afetados pela postura empresarial discriminatória, indivíduos que como parte da estrutura social não só sofrem passivamente, como representam potenciais agentes discriminatórios, a partir da reprodução de práticas discriminatórias normalizadas. A discriminação estrutural ou institucional tem origem justamente na perpetuação da estratificação de certos grupos vulneráveis por instituições sociais dominantes a partir da naturalização da violência⁸, o que tem na relação de trabalho um campo fértil dado a assimetria de poder e a inerente subordinação.

Existem diferentes tutelas oferecidas pelo judiciário capazes de transformar essa realizada, podendo-se citar a reparatória, a inibitória e a estrutural, medidas que guardam caráter prospectivo e educativo. É possível ir além e ousar pensar em medidas que proporcionem conscientização, empoderamento e consolidem um legado antidiscriminatório em contraponto ao ciclo de violência alimentado pela lógica do capital. A Justiça de transição surge, nesse

⁴ GREEN, Tristan. Work culture and discrimination. *California Law Review*, v. 3, n. 93, 2005, p.643- 644.

⁵ No Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça e no Protocolo para Atuação e Julgamento com Perspectiva Antidiscriminatória do Tribunal Superior do Trabalho são ilustrados exemplos mais detalhados, com métodos de identificação e meios de combate.

⁶ ASSAD, Sandra Flugel. *Julgamento com perspectiva interseccional de gênero: uma releitura do direito a partir dos métodos feministas e decoloniais*. 1. ed. Brasília, DF: Editora Venturoli, 2024.

⁷ ASSAD, 2024.

⁸ GODOI, Bárbara Klopas Locks de; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. O direito antidiscriminatório como instrumento para a promoção da igualdade e o combate à discriminação racial no trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 87, n. 4, p. 236-255, out./dez. 2021.

contexto, como fonte de inspiração às tutelas antidiscriminatórias a fim de responsabilizar os agentes na medida da proporção coletiva, social e cultural que a violação toma.

A presente pesquisa questiona como a Justiça de transição pode contribuir para a concretização do direito ao meio ambiente do trabalho livre da discriminação, tendo por objetivo geral aplicar as dimensões da Justiça de transição aos casos de contaminação do meio ambiente laboral pela discriminação institucional ou organizacional. Como objetivos específicos, tem-se: analisar a natureza coletiva do direito ao meio ambiente do trabalho livre da discriminação e conhecer a dogmática da Justiça de transição, assim, espera-se que as intersecções encontradas munam o processo do trabalho para a entrega de uma tutela mais efetiva.

2. A TUTELA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO LIVRE DA DISCRIMINAÇÃO

Conhecer a natureza jurídica do direito ao meio ambiente do trabalho digno permite enxergar a repercussão coletiva de sua violação, o que exige uma resposta jurisdicional especial e específica.

A partir do texto constitucional é possível observar a relação existente entre o meio ambiente, o trabalho e o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana no ordenamento nacional. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é assegurado como “essencial à sadia qualidade de vida”⁹, o que inevitavelmente depende das condições laborais a que homens e mulheres são submetidos diariamente¹⁰. A “existência digna” também é assegurada como fim da ordem econômica que rege a atividade laborativa, a qual para tanto deve observar os princípios da “defesa do meio ambiente” e da “busca pelo pleno emprego”¹¹. Pela lógica constitucional fica evidente, como afirmam Vitor da Costa Honorato de Siqueira e Gilsilene Passon Picoretti Francischetto, “a imprescindibilidade do labor para o sustento de uma vida

⁹ Art. 225, CF. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁰ PADILHA, Norma Sueli. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. São Paulo: LTr, 2002.

¹¹ Art. 170, CF. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
VIII - busca do pleno emprego;

digna e, por conseguinte, a necessidade de uma vida digna para manutenção da ordem econômica”¹².

Situa-se o direito ao meio ambiente do trabalho digno, equilibrado ou hígido como um direito materialmente fundamental¹³ a ser tutelado, sendo primordial para tanto compreender seu conteúdo. Observa-se, primeiramente, que o artigo 7º da Constituição (CF)¹⁴ estabelece rol exemplificativo de direitos fundamentais do trabalhador, sendo admitidos “outros que visem a melhoria das suas condições sociais”¹⁵. Pensando na melhoria da qualidade de vida do trabalhador, nota-se que sua saúde, segurança e bem-estar dependem da higidez do meio ambiente laborativo, o qual deve ser sustentável para manutenção da saúde física, sensorial e mental dos trabalhadores¹⁶. No entendimento transversal do que se tem por meio ambiente do trabalho hígido, destaca-se o professor Claudio Iannotti Rocha com a criação da chamada Justiça climática trabalhista, pela qual o autor defende a aplicação de princípios do Direito Ambiental (prevenção, precaução e do poluidor-pagador) no processo do trabalho a fim “eliminar todos os riscos ambientais”¹⁷. O autor vai além, ao excetuar que tais riscos a serem combatidos não se limitam às questões físicas, químicas, biológicas e ergonômicas, em suas palavras, o meio ambiente de trabalho saudável e seguro “também atua e garante o combate a toda e qualquer discriminação (racismo, machismo, etarismo, gordofobia, capacitismo, xenofobia, sexismo, homofobia, questões eleitorais e religiosas)”¹⁸.

A discriminação que afeta a qualidade das relações interpessoais desenvolvidas no trabalho é flagrante violação ao direito constitucional ao meio ambiente do trabalho hígido, derivando-se daí o chamado, na presente pesquisa, de “direito ao meio ambiente do trabalho livre da discriminação”, requisito para a constituição de um habitat laboral sustentável.

¹² SIQUEIRA, Vitor da Costa Honorato de; FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Direito fundamental ao meio ambiente do trabalho digno: medidas de desinvisibilização do trabalhador. *Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas*. Macapá, n. 10, p. 69-79, 2018. p. 72.

¹³ “Fala-se em direito materialmente fundamental, pois o direito ao meio ambiente não se encontra elencado de forma expressa entre os demais direitos fundamentais dispostos na Constituição. Entretanto, nem por isso perde seu conteúdo e importância, tendo em vista que o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, declara que os direitos fundamentais elencados não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados”. GARCEZ, Gabriela Soldano. Do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 314-339, jul./dez. 2011. p. 327.

¹⁴ Art. 7º, CF. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

¹⁵ GARCEZ, 2011.

¹⁶ ROCHA, Cláudio Iannotti da. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. Brasília, DF: Editora Venturolli, 2024.

¹⁷ ROCHA, 2024. p. 246

¹⁸ ROCHA, 2024. p. 246

A aproximação entre os preceitos do Direito Ambiental e o meio ambiente do trabalho é defendida, também, por Norma Sueli Padilha¹⁹ quem denuncia a repercussão dos efeitos de uma violação ao meio ambiente do trabalho equilibrado para além das fronteiras espaciais do labor, “uma vez que os danos ao meio ambiente do trabalho não ficam restritos ao ambiente em que o trabalhador exerce seu labuto, mas o acompanham após o fim do expediente”. Rocha²⁰, por sua vez, aponta a interdependência “entre o meio ambiente do trabalho, meio ambiente natural, meio ambiente urbanístico e o cultural”, de modo que quando se tutela um se tutela os outros. Nesse sentido, cabe destacar a assertiva de Padilha²¹:

Portanto, a real dimensão do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado não se limita, em absoluto, à relação obrigacional, nem tampouco aos limites físicos dos empreendimentos industriais, uma vez que se está apenas pontuando um dos múltiplos aspectos do meio ambiente e, meio ambiente equilibrado é, por natureza, um direito difuso.

O caráter metaindividual do direito ao meio ambiente do trabalho livre da discriminação tem como exemplo o caso Miguel, veículo em ação civil pública (ACP) pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) em 2023, o qual reconheceu a adequação da ação, a legitimidade do MPT e o dano moral coletivo dado à “dimensão difusa e coletiva do racismo e da discriminação racial no mundo do trabalho”²². Mais à frente na pesquisa, será mais bem descrito o caso.

3. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA SUPERAÇÃO DE CONFLITOS

O Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) traz esclarecimentos no Relatório S/2004/616 quanto ao que se entende por Justiça de transição na

¹⁹ PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. vol. 77, n. 4, out./dez. 2011. p. 244.

²⁰ ROCHA, 2024. p. 246

²¹ PADILHA, 2011. p. 244.

²² No julgado, adota-se a classificação dos direitos coletivos prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC), contudo, filia-se a uma abordagem genérica de tais categorias, sendo prescindível a subsunção completa de determinada categoria para com o caso concreto, uma vez que essas em muito se confundem dado à complexidade das relações desenvolvidas na contemporaneidade. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RRAg-597-15.2020.5.06.0021/Pernambuco*. Recorrente: SARI MARIANA COSTA GASPAR e outro. Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Rel. Min. Alberto Bastos Balazeiro. Terceira Turma. 30, jun. 2023. p. 4.

passagem para um Estado Democrático de Direitos em sociedades que sofreram com conflitos. Nesse sentido, dispõem que:

A noção de “justiça transicional” discutida neste relatório abrange toda a gama de processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade para resolver problemas decorrentes de um passado de abusos em grande escala, para que os responsáveis sejam responsabilizados pelas suas ações, sirvam a justiça e alcançar a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais ou extrajudiciais e ter diferentes níveis de participação internacional (ou não ter devido à complexidade), bem como abranger a acusação de indivíduos, compensação, busca da verdade, reforma institucional, verificação, remoção do cargo ou combinações de todos eles.²³

Esse é um conceito transdisciplinar englobando tanto medidas jurídicas, como também medidas políticas²⁴, não se limitando a estabelecer direitos, como também garantir sua efetividade e continuidade de forma teleológica. Nas palavras de Paul Van Zyl²⁵, a Justiça de transição consiste justamente no “esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistêmica dos direitos humanos”.

Muitos autores se ocupam de melhor definir o termo, ainda mais considerando o desenvolvimento histórico da aplicação desse, sendo muito marcante após as grandes guerras mundiais e após ditaduras militares. Os horrores vivenciados nesses períodos traumatizaram a sociedade de forma a se exigir mais do que a ruptura com o passado, como também a garantia de não se retornar aquele estado. A Justiça de transição intervém, nesse contexto, ditando diversificadas medidas para “a construção da paz sustentável”, o que não significa esquecer e, sim, enfrentar o passado.

²³ Texto traduzido. “La noción de “justicia de transición” que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”. CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós conflito. *Relatório do Secretário Geral S/2004/616*. Disponível em: < <https://digitallibrary.un.org/record/527647?v=pdf>>. Acesso em: 21, nov. 2024. p. 6.

²⁴ BATISTI, Fabiane. *A escravidão brasileira sob a ótica da justiça de transição: o direito negro a memória, verdade, justiça e reparação*. Trabalho de conclusão de graduação (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

²⁵ VAN ZYL, Paul. “Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, DF, n. 1, jan./jun. 2009. pp. 32-55. Dossiê: O que é justiça de transição? Disponível em: <<https://docvirt.com/DocReader.net/docreader.aspx?bib=DocBNM&pagfis=75924>>. Acesso em: 21 nov. 2024. p. 32.

Em uma de suas passagens, o já citado relatório da ONU expõe a dificuldade de se consolidar a paz imediatamente após um período de conflito e revela que nessa transição as vulnerabilidades de “minorias, das mulheres, das crianças, dos prisioneiros e detidos, das pessoas deslocadas, dos refugiados, etc” se acentuam²⁶. As questões que originaram a situação de conflito, violência e violação dos Direitos Humanos são profundas e para sua verdadeira prevenção são exigidas medidas para além da punição dos responsáveis e da reparação das vítimas.

Diferentes medidas transicionais são elencadas por diferentes estudiosos. Van Zyl, por sua vez, cita a justiça, a busca da verdade, a reparação, a reforma institucional e a reconciliação²⁷. A atuação da Justiça de transição perpassa, então, pelo julgamento, responsabilização e punição dos responsáveis pela grave violência sofrida; por políticas para o amplo conhecimento da verdade sobre os fatos ocorridos pela sociedade, registrando o passado na história daquela comunidade, o que muitos autores tratam como direito à memória, para formação de consciência coletiva de reprovação e não-repetição; pela reparação das vítimas, seja material, seja simbolicamente; pela reestruturação das instituições públicas e privadas, extirpando práticas e culturas violentas e alinhando as políticas aos novos ideais perseguidos; pela garantia de proteção à grupos vulneráveis, valorizando a diversidade e promovendo a paz.

Como já mencionado, essa última medida é desafiadora no pós-conflito, quando impera a revolta e o trauma por todo horror vivido. A reconciliação da sociedade chega a ser medida controversa, justamente por ser, muitas vezes, associada equivocadamente ao esquecimento e à impunidade pelo perdão, criando um estado de superação forçada, com feridas sociais não tratadas. Foi o que ocorreu a princípio no Brasil, onde “optou-se, durante quase duas décadas, pelo silêncio e o esquecimento quanto às atrocidades cometidas durante a Ditadura Militar, escolhendo não responsabilizar agentes da repressão que promoveram desaparecimentos, sequestros, mortes, estupro, torturas, entre outros crimes [...]”²⁸.

A cultura do esquecimento é um obstáculo à conclusão da transição para um estado de direito, uma vez que a ignorância do passado propicia sua repetição mesmo que sob novas

²⁶ Texto traduzido. “[...] Al mismo tiempo, la mayor vulnerabilidad de las minorías, las mujeres, los niños, los reclusos y detenidos, los desplazados, los refugiados, etc., que resulta evidente en todos los conflictos y las situaciones posteriores a ellos, introduce un elemento de urgencia en la necesidad de restablecer el Estado de derecho”. CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004. p. 4.

²⁷ VAN ZYL, 2009. p. 32.

²⁸ VIÉGAS, Diego Pereira; VECHIA, Renato da Silva Della. Políticas de memória, verdade e justiça de transição: Análise da experiência brasileira. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 17, n. 1, p. e60011, 2024. p. 5.

formas, ainda mais difíceis de identificar e de combater. Esse é o caso do chamado mito da democracia racial no Brasil, visto que, ao considerar a escravidão um estado de exceção e de violação generalizada dos Direitos Humanos que marcou a identidade nacional – o que será mais bem explorado a seguir –, é possível observar que o esquecimento proporcionou uma falsa ideia coletiva de democracia e de paz, ignorando-se os efeitos permanentes do racismo na estrutura social. Esse é um entrave à concretização da Justiça de transição “e mantém a nação como refém de cicatrizes históricas abertas que impedem a efetivação do compromisso democrático e respeito às pluralidades assumidos formalmente no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988”²⁹.

4. A PERSPECTIVA TRANSICIONAL SOBRE A DISCRIMINAÇÃO NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

No âmbito nacional, a ditadura militar é tradicionalmente considerada como referência de aplicação da Justiça de transição. Fabiane Batisti³⁰ defende a ampliação do conceito para o enquadramento do período de escravidão na seara de aplicação da Justiça de transição, por se tratar de período traumático de violação dos direitos humanos em contexto de regime de exceção, o qual a sociedade brasileira se comprometeu a superar dado a vasta legislação disponível. Na defesa dessa ideia, Batisti tem como pressuposto teórico o conceito de estado de exceção adotado por Giorgio Agamben que o desassocia da figura restrita do regime ditatorial e o aproxima da ideia de ausência de direitos, o que se desdobra em violência institucional direcionada a certos indivíduos para exclusão política³¹. Sendo a vivência prévia de um estado de exceção um dos requisitos para o olhar transicional, a escravidão pela acepção de Agamben estaria entre os alvos da Justiça de transição em território nacional, por representar um período de exceção, ou seja, de ausência de direitos. Somado a esse requisito tem-se o fato de a escravidão representar um período de violação generalizada dos Direitos Humanos, o qual a sociedade intenta superar com a edição de legislações e políticas, mas seus reflexos ainda maculam o seio social de forma velada, caracterizando-se área de atuação da Justiça de transição.

²⁹ SILVA, Jonata Wiliam Sousa da. (In)justiça de transição: o mito da democracia racial e a cultura do esquecimento na formação da identidade nacional brasileira. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 21, p. 35-44, 1 fev. 2022. p. 43.

³⁰ BATISTI, 2013.

³¹ BATISTI, 2013. p. 57-58.

No que tange à aplicação das medidas transicionais, a autora destaca que “a impossibilidade jurídica de garantir a responsabilização daqueles que durante o período escravista praticaram crimes de toda a ordem contra a população cativa, não significa que não se possa garantir aos negros de hoje o direito à justiça”³². Isso se dá pela reprodução atual do modelo escravista de sociedade de forma velada, sendo citados pela autora exemplos como a substituição da dicotomia “senzala e casa grande” por “favela e centros urbanos” e a associação do negro à criminalidade pelo cidadão comum e pela força policial estatal que age violentamente para com essa população³³. Semelhantemente, poderiam ser denunciados outros exemplos da mentalidade escravagista ainda impregnada na sociedade, como a divisão sexual e racial do trabalho e a naturalização de práticas discriminatórias como o racismo recreativo. Levar essas práticas à punição seria “o primeiro passo para a concretização do direito negro à justiça, além de se apresentar como mecanismo de garantia de não-repetição”³⁴. Não obstante o mecanismo da justiça já citada, a autora menciona ainda outras medidas como a promoção de educação histórica para além da perspectiva eurocentrista, a criação de espaços simbólicos e a garantia de medidas afirmativas à população negra para concretização da Justiça de transição.

Pela mesma lógica, acredita-se que medidas transicionais devem ser empregadas em casos de discriminação no meio ambiente do trabalho por questões seja de raça, gênero, sexualidade, política etc. Isso porque tais manifestações são reflexos de um período de ausência de direitos e violência institucionalizada direcionada à certos indivíduos. Tomando-se como marco a promulgação da Constituição de 1988, pode-se dizer que grupos vulneráveis, como as mulheres, passaram de um estado de ausência de direitos e garantias, para um estado de proteção material. A tentativa de superação do estado de marginalização dos grupos vulneráveis é ratificada por Instrumentos recentes como os Protocolos para julgamento com perspectiva racial e de gênero do Conselho Nacional de Justiça³⁵³⁶ e o Protocolo para atuação e julgamento com perspectiva antidiscriminatória, interseccional e inclusiva da Justiça do Trabalho³⁷. Contudo,

³² BATISTI, 2013. p. 114.

³³ BATISTI, 2013.

³⁴ BATISTI, 2013. p. 116.

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *ATO NORMATIVO n° 0007307-92.2024.2.00.0000*. 2024. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnnibpcajpegglefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial.pdf>>. Acesso em: 21, nov. 2024.

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em: 21, nov. 2024.

³⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO; CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Protocolos para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho*. Araucária, PR: Impressoart Gráfica e Editora, 2024.

assim como ocorre com relação à escravidão e o racismo, resquícios do período de ausência de direitos e violência contra esses grupos ainda persistem de forma velada, estrutural, oculta e indireta. A vigência desse período de transição é identificável no habitat laboral e é asseverada pela assimetria da relação trabalhista, na qual os detentores do poder econômico usam da sua prerrogativa diretiva para lucrar com base em discriminações. Essa postura se reproduz por toda cadeia de produção e pela sociedade afetada, naturalizando-se a violência.

Corroboram para tal entendimento os ensinamentos do professor Claudio Iannotti Rocha³⁸ que, ao tratar da imprescritibilidade do crime de trabalho análogo ao de escravo por se tratar de crime contra a humanidade, leciona sobre o papel da Justiça de transição no combate à escravidão moderna, nos seguintes termos:

Através da Justiça de Transição as instituições, as empresas e/ou as famílias que utilizam o trabalho análogo ao de escravo devem ser obrigadas a reconhecerem e a repararem tudo que praticaram, ensejando um passado violento de escravidão, que causou ao povo brasileiro um verdadeiro prejuízo que ainda permeia todo o território nacional, ao qual a sociedade nacional não quer, em hipótese alguma, regressar e de um presente e futuro que precisam ser diferentes para que realmente se possa dizer: escravidão nunca mais!

O autor destaca o exemplo do trabalho análogo ao de escravo doméstico, cujos efeitos reverberam em prejuízo de toda a sociedade que ainda sofre com a herança escravocrata, mesmo atingindo uma única vítima³⁹. Nota-se que as vítimas desse crime são comumente mulheres negras, o que simboliza a interseccionalidade das vulnerabilidades e representa um prejuízo social ainda mais severo ao reproduzir tanto o racismo quanto o sexismo ainda presentes no mundo do trabalho. A sobreposição de discriminações é um legado que contamina o meio ambiente do trabalho, tornando-o hostil ao trabalhador e insustentável à sociedade.

A fim de dar contorno ao arranjo jurídico proposto na presente pesquisa, cabe retomar o caso Miguel já mencionado a título exemplificativo. Trata-se de ACP interposta pelo MPT com base no racismo estrutural reproduzido na relação de trabalho que culminou na trágica morte do menino Miguel, o qual aos 5 anos caiu do 9º andar do condomínio em que sua mãe e sua avó laboravam como domésticas. Cumpre destacar que as trabalhadoras eram mulheres negras; que os empregadores são pessoas de posição social elevada; que a criança estava sob os

³⁸ ROCHA, 2024, p. 111.

³⁹ O autor cita o RRAg 1000612-76.2020.5.02.0053 em que o TST reconheceu a natureza metaindividual do direito tutela em caso de trabalho análogo ao de escravo doméstico, sendo legitimado o MPT e cabendo ACP. ROCHA, 2024.

cuidados da empregadora da mãe e da avó no momento do acidente e que o trabalho exercido por essas era informal e sem a devida proteção sanitária inerente ao período pandêmico.

O meio ambiente laboral a que foram submetidas as trabalhadoras, foi claramente maculado pelo sexismo, machismo, racismo e pela discriminação estrutural, tornando-se hostil não somente às trabalhadoras, mas para toda a sociedade ao reproduzir e perpetuar “a lógica esmagadoramente excludente do passado escravocrata do Brasil”⁴⁰. Na decisão proferida pelo TST, restou confirmada a proporção coletiva dos danos, tendo sido inclusive providas medidas inibitórias para garantir que os agentes não reincidam na prática ilícita em prejuízo à sociedade. Pela lógica da justiça transicional, poderiam ser pensadas diferentes estratégias para não somente inibir a prática isoladamente, como também para educar os envolvidos e a sociedade, firmando uma ruptura com o passado e deixando um legado na passagem de um estado discriminatório, para uma nova realidade, desta feita antidiscriminatória.

A situação discriminatória vivenciada pelas trabalhadoras é fruto da superação ineficiente de um passado marcado pela escravidão racial e desigualdade de gênero. Além disso, o caso assumiu proporção massificada ante a repercussão nacional e, sem dúvidas, marcou profundamente a vida e a existência das vítimas, merecendo um olhar transicional.

A dinamicidade social impossibilita, em muito, a visualização da vigência de um período de transição, em que ainda se convive com o legado de pensamentos raciais, patriarcais e capacitistas que marcaram uma era de carência de direitos e ainda respingam no presente. Diante da coexistência entre a herança discriminatória e a sua vedação, dois caminhos são propostos: a ignorância pelo esquecimento ou o empoderamento pela conscientização, sendo essa última o intento da Justiça de transição. Propõe-se enfrentar o legado discriminatório, em casos como o do menino Miguel, com a construção e o fortalecimento de um legado antidiscriminatório que reconheça, repare, puna, lembre o passado para não repetir e mire em um futuro de paz e reconciliação social.

O olhar transicional sobre casos como o apresentado proporciona a utilização do processo do trabalho como instrumento de tutela efetiva do direito a um meio ambiente do trabalho livre da discriminação e de concretização da Justiça de transição. Medidas transversais, para além da punição e reparação oferecidas, podem ser pensadas a fim de corroborar o processo transicional, com o envolvimento da comunidade para construção de uma consciência coletiva

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RRAg-597-15.2020.5.06.0021/Pernambuco*. Recorrente: SARI MARIANA COSTA GASPAR e outro. Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Rel. Min. Alberto Bastos Balazeiro. Terceira Turma. 30, jun. 2023. p. 5.

para reconhecimento das influências discriminatórias e direcionamento comum para um futuro antidiscriminatório.

5. CONCLUSÃO

Visando uma intersecção entre a proteção do direito ao meio ambiente do trabalho livre da discriminação e a Justiça de transição a presente pesquisa buscou compreender a natureza da discriminação observada e aproximar esse fenômeno das características de um período transicional. O racismo e o sexismo são exemplos de violências que maculam o habitat laboral tendo origem histórica e efeitos prejudiciais à vítima direta e à coletividade, já que sua replicação e naturalização perpetuam o ciclo de violência cultural e estrutural contra grupos vulneráveis. Pensando na Justiça de transição como conjunto de medidas a serem tomadas na ruptura com um passado de ausência de direitos em prol de um futuro de direitos, consciência, enfrentamento e não-repetição, foi possível vislumbrar sua aplicação de forma analógica aos casos de discriminação no meio ambiente do trabalho.

Os fatores histórico e sociológico que dão origem ao ciclo discriminatório estrutural vigente remontam, por exemplo, à herança patriarcal, autoritária e segregacionista da humanidade, que passou por períodos marcantes de subjugação de grupos sociais por questões de cor, raça, religião, opinião política, orientação sexual, gênero, dentre outras. A ignorância desses fatores impossibilita a consciência coletiva, a identificação da violência e seu combate, sendo necessário mais do que somente punir os agentes discriminatórios, mas também reparar e conscientizar para prevenir e empoderar.

Com a adoção de uma perspectiva transicional é possível vislumbrar no processo do trabalho um instrumento para obtenção de tutelas mais adequadas à superação da discriminação estrutural enfrentada. Para além da punição, pela lógica transicional, são elencadas medidas de reparação a partir da imposição de ações afirmativas, de memória e de verdade por meio da conscientização dos agentes e da sociedade e de reconciliação na elevação de grupos vulneráveis à posição de igualdade material.

Assim, confirma-se a hipótese ao se constatar a contribuição oferecida pela Justiça de transição ao processo do trabalho na tutela do direito ao meio ambiente do trabalho livre da discriminação, tornando-o capaz de transformar a realidade, rompendo o ciclo de perpetuação da discriminação e concretizando os ideais transicionais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAD, Sandra Flugel. *Julgamento com perspectiva interseccional de gênero: uma releitura do direito a partir dos métodos feministas e decoloniais*. 1. ed. Brasília, DF: Editora Venturoli, 2024.

BATISTI, Fabiane. *A escravidão brasileira sob a ótica da justiça de transição: o direito negro a memória, verdade, justiça e reparação*. Trabalho de conclusão de graduação (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RRAg-597-15.2020.5.06.0021/Pernambuco*. Recorrente: SARI MARIANA COSTA GASPAR e outro. Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Rel. Min. Alberto Bastos Balazeiro. Terceira Turma. 30, jun. 2023

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós conflito. *Relatório do Secretário Geral S/2004/616*. Disponível em: < <https://digitallibrary.un.org/record/527647?v=pdf>>. Acesso em: 21, nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *ATO NORMATIVO nº 0007307-92.2024.2.00.0000*. 2024. Disponível em: < <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcgclclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial.pdf>>. Acesso em: 21, nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em: 21, nov. 2024.

GARCEZ, Gabriela Soldano. Do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 314-339, jul./dez. 2011.

GODOI, Bárbara Klopas Locks de; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. O direito antidiscriminatório como instrumento para a promoção da igualdade e o combate à discriminação racial no trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 87, n. 4, p. 236-255, out./dez. 2021.

GREEN,Tristan. Work culture and discrimination. *California Law Review*, v. 3, n. 93, 2005,p.643- 644.

PADILHA, Norma Sueli. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. São Paulo: LTr, 2002.

_____, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. vol. 77, n. 4, out./dez. 2011.

ROCHA, Cláudio Ianotti da. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. Brasília, DF: Editora Venturolli, 2024.

SILVA, Jonata Wiliam Sousa da. (In)justiça de transição: o mito da democracia racial e a cultura do esquecimento na formação da identidade nacional brasileira. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 21, p. 35-44, 1 fev. 2022.

SIQUEIRA, Vitor da Costa Honorato de; FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Direito fundamental ao meio ambiente do trabalho digno: medidas de desinvisibilização do trabalhador. *Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas*. Macapá, n. 10, p. 69-79, 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO; CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Protocolos para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho*. Araucária, PR: Impressoart Gráfica e Editora, 2024.

VAN ZYL, Paul. “Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, DF, n. 1, jan./jun. 2009. pp. 32-55. Dossiê: O que é justiça de transição? Disponível em: <<https://docvirt.com/DocReader.net/docreader.aspx?bib=DocBNM&pagfis=75924>>. Acesso em: 21 nov. 2024.

VIÉGAS, Diego Pereira; VECHIA, Renato da Silva Della. Políticas de memória, verdade e justiça de transição: Análise da experiência brasileira. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 17, n. 1, p. e60011, 2024

**O DILEMA DO EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO BRASIL: ENTRE
A PREVALÊNCIA DA AUTORIDADE DO JULGADOR E A QUALIDADE DO
CONTEÚDO DECISÓRIO**

*THE DILEMMA OF THE BINDING EFFECT OF PRECEDENTS IN BRAZIL: BETWEEN
THE PREVALENCE OF THE JUDGMENT'S AUTHORITY AND THE QUALITY OF
DECISION-MAKING CONTENT*

Gregório Assagra de Almeida¹

Vitor Hugo Trindade Silva²

André Wilker Costa³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Modelo de precedentes no Brasil: prestígio e críticas. 3. Precedentes e a uniformização da jurisprudência. 4. Sistema brasileiro: prevalência da autoridade ou qualidade do conteúdo decisório? 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: O Código de Processo Civil implementou um sistema de precedentes vinculantes, importado a partir de outros modelos adotados no direito estrangeiro. Discutir-se-á, porém, se o modelo opta pela autoridade do tribunal julgador, em contraposição àqueles que prestigiam a construção do conteúdo argumentativo, independente da vinculação vertical.

Palavras-chave: Precedentes; Jurisprudência; Vinculatividade; Tribunais superiores; Conteúdo decisório.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Syracuse University, NY, Estados Unidos (2014/2015). Doutor em Direitos Difusos e Coletivos (2006) e Mestre em Direito Processual Civil (2000) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado pela Universidade de Ribeirão Preto (1992). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, tendo finalizado a carreira como Coordenador da Procuradoria de Justiça com Atuação nos Tribunais Superiores (2021/2023). Foi Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Professor e Coordenador do Programa de Mestrado da Universidade de Itaúna. Foi membro da Comissão de Juristas instituída pelo Ministério da Justiça que elaborou o Anteprojeto de Lei convertido no Projeto de Lei nº 5.139/2009, que disciplina a Ação Civil Pública. Foi membro da Comissão de Juristas instituída pela Presidência do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto dos Crimes de Responsabilidade, convertido no PLS nº 1388/2023, que dispõe sobre crimes de responsabilidade e disciplina o respectivo processo e julgamento. gaalmeida@unaerp.br

² Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania (PPGDCC) pela Universidade de Ribeirão Preto. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania (PPGDCC) pela Universidade de Ribeirão Preto. Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Procurador concursado no município de São Carlos/SP, atuando no Serviço Autônomo de Água e Esgoto (Autarquia Municipal). Professor na Escola Superior da Advocacia (ESA/OABSP). vhttrindade@icloud.com

³ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania (PPGDCC) pela Universidade de Ribeirão Preto. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo – FDRP/USP (2022-2024). Graduado em Direito pela Universidade de Franca (2011). Bolsista CAPES. Advogado. andrewilkercoستا@yahoo.com.br

ABSTRACT: The Code of Civil Procedure implemented a system of binding precedents, imported from other models adopted in foreign law. It will be discussed, however, whether the model opts for the authority of the judging court, as opposed to those that favor the construction of argumentative content, independent of vertical binding.

Keywords: Precedents, Jurisprudence, Bindingness, Higher courts, Decision content.

1. INTRODUÇÃO

Com origem nos países de tradição anglo-saxã, os precedentes vinculantes normatizam os pronunciamentos proferidos pelos tribunais, alicerçando um modelo de direito calcado na jurisprudência que inexistia no ordenamento jurídico brasileiro.

A ferramenta implementada a partir do Código de Ritos de 2015 representou uma inovação significativa na *práxis* jurídica, pois conferiu relevância normativa às decisões colegiadas das instâncias superiores, assegurando um protagonismo na formulação de normas cogentes, sobretudo porque vinculam os juízos singulares.

Ao contrário do modelo implementado há séculos em países como a Inglaterra, os precedentes brasileiros não são formados a partir de uma prolongada maturação histórica, mas advém de uma escolha política encampada pelo legislador, que optou por conferir autoridade às cortes de vértice para a formulação de enunciados com força obrigatória, cabendo aos juízos hierarquicamente inferiores o dever de observância.

Muito embora o sistema de precedentes vinculantes tenha sido recebido com entusiasmo por relevante parcela da doutrina, cujas vozes consideram a sua importância para garantir a unidade da jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, o fato é que o instituto também convive com críticas.

Dentre as críticas está a de que a vinculatividade dos precedentes influi na construção da ordem jurídica, ultrapassando os limites das prerrogativas conferidas ao judiciário, em desrespeito à teoria da tripartição dos poderes.

Outra crítica comum se funda na suposta prevalência da autoridade dos tribunais em detrimento da qualidade do conteúdo decisório, de modo que aos juízes singulares, ainda que detendo forte carga argumentativa, somente seriam assegurados três caminhos em seus pronunciamentos: seguir o precedente, pronunciar a distinção à hipótese modelo ou declará-lo como superado.

O artigo pretende discutir se as preocupações reverberadas no campo da doutrina se revelam legítimas e, em caso positivo, de que maneira o sistema de precedentes poderia ser aprimorado.

2. MODELO DE PRECEDENTES NO BRASIL: PRESTÍGIO E CRÍTICAS

A sistematização do Código de Processo Civil implementou uma série de modificações na ordem processual, no tocante aos mecanismos individualmente considerados e no que atine à gestão dos processos.

O gerenciamento de processos por um mecanismo de observância obrigatória de julgados paradigmáticos deu ensejo à formação do sistema de precedentes, semelhante ao adotado nos países da *common law*, mas com peculiaridades características do cenário jurídico pátrio.

Embora a definição do termo *precedente* não seja unívoca, nos parece que o melhor sentido para a expressão faz menção à decisão judicial pretérita com efeitos vinculantes para decisões futuras (Zufelato, 2015, p. 94).

Para Zaneti (2017, p. 328), o precedente é a “densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”.

Historicamente, no positivismo brasileiro, que acompanhava a cultura jurídica do *civil law*, sempre prevaleceu que não poderia ser conferida relevância normativa aos precedentes. Segundo Cruz e Tucci (2004, p. 304), os precedentes constituíam “uma realidade em sistemas jurídicos histórica e estruturalmente heterogêneos, e que apresenta características próprias em diferentes legislações”.

Enquanto no *common law* prevaleciam os valores consuetudinários preservados de geração em geração, como referência para a formação da decisão judicial, no *civil law* aplicava-se a norma positivada no caso concreto, a partir da interpretação do juiz, que motivaria a sua decisão com base naquelas premissas.

Os adeptos do regime jurídico da *civil law* defendem, em linhas gerais, a estruturação normativa constituída a partir do direito positivado, e que o juiz é o intérprete e aplicador do direito, não cabendo a ele a função de criar (Donizetti, p. 250).

Marinoni (2022, p. 8) pontua que no *civil law* a decisão sempre se estruturou a partir da formação do convencimento motivado do magistrado singular, nos moldes da lei. Por essa premissa, o juiz é obrigado a narrar os fatos, os fundamentos jurídicos e as provas consideradas para proferir a decisão.

Por outro lado, a ideia da normatização do sistema jurídico a partir do criativismo judicial não é um fenômeno recente, uma vez que congrega os que defendem a vinculatividade de decisões que sejam capazes de dirimir controvérsias semelhantes ou idênticas de forma equânime, especialmente quando a legislação não for unívoca ou estiver respaldada em conceitos jurídicos indeterminados. Kelsen (2006, p. 277-278) tratou do tema, ao defender que “um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais”.

Em posicionamento semelhante, Dworkin (2010, p. 127) defende que a construção normativa não é atribuição exclusiva do legislador, de modo que o reconhecimento de direitos poderia ser conferido aos juízes nos denominados casos difíceis, sobre os quais a norma positivada não seria a única fonte.

Para alguns dos críticos do sistema atual, a pretensão do legislador não seria simplesmente uniformizar a jurisprudência e torna-la menos propensa às divergências, mas reduzir o fluxo de processos em trâmite, independentemente das matérias controvertidas.

Nas palavras de Nunes e Bahia (2015, p. 17), com o sistema de precedentes foi criada uma ferramenta para a solução de múltiplos casos que tenham idêntico fundamento, em relação à causa de pedir ou ao pedido.

A proposta do legislador foi a de mitigar a irracionalidade existente no sistema jurídico brasileiro, diante de um emaranhado de decisões dissonantes, inclusive em desacordo com as compreensões colegiadas das cortes superiores e com as dissonâncias internas, dentro dos próprios tribunais.

Essa dissonância sujeitaria o jurisdicionado à denominada “jurisprudência lotérica” ou, como preleciona Cambi (2001, p. 108-128), “se um órgão jurisdicional julga de um jeito e outro de outro, instaura-se uma atmosfera de incerteza, com a consequência de retirar a credibilidade social da administração da justiça”.

Alguns processualistas já propunham um sistema que reduzisse a margem de interpretação dos juízes e ampliasse a autoridade das Cortes Superiores.

Para Marinoni, Mitidiero e Arenhart:

[...] os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao Direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao Direito, estão obrigados perante o precedente (2015, p. 105).

Em um primeiro momento a assertiva parece controversa, na medida em que apenas os juízes das Cortes Supremas estariam aptos a decidir e interpretar, ao passo que os demais magistrados poderiam decidir, desde que adotando uma interpretação fixada pelo precedente, em uma verticalização da razão decisória.

Embora não encampem uma opinião notadamente crítica em relação ao sistema precedentalista, Cunha e Carvalho (2022, p. 512) compreendem que deve haver um resgate quanto à fundamentação constitucional do instituto, necessário para mitigar os riscos de uma aplicação inadequada, para que sejam preservados os princípios da igualdade e a segurança jurídica, sob risco de o sistema voltar-se-ia contra os aludidos princípios, especialmente quando as razões não são adequadamente compreendidas, em consequência à postura acrítica dos juízes e da demanda exacerbada por respostas rápidas.

Não obstante os defensores do sistema, persiste a voz dissonante das críticas sobre a aplicabilidade e a adequação ao modelo constitucional brasileiro. Para alguns, a assimilação dos precedentes serviria como filtro quantitativo para reduzir o estoque processual, o que pode comprometer a qualidade dos padrões decisórios.

Para Abelha Rodrigues “a mágica inventada pelo legislador são os filtros redutores de ações e recursos, peneiras de eliminação não apenas das demandas e recursos que estão em curso, mas daquelas que ainda estão por vir” (2016, p. 316).

Tesheiner (2012) afirma que a lógica dos precedentes seria “essencialmente autoritária, centralizada e culturalmente empobrecedora”.

Não obstante as peculiaridades, o sistema de precedentes é uma realidade cada vez mais sólida no ordenamento brasileiro e o que se pretende discutir é a adequação do modelo ao regime constitucional brasileiro.

3. PRECEDENTES E A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O artigo 926 do Código fixa a estabilidade, a integridade e a coerência do sistema jurídico como as premissas para a uniformização jurisprudencial.

Trata-se do denominado dever de uniformização que, para Didier Jr. (2017, p. 136) faz com que os tribunais sintetizem a jurisprudência dominante, para conter eventuais divergências.

A uniformização da jurisprudência não foi proposta como um fim em si mesma, mas para alcançar a estabilidade, integridade e coerência do sistema, além dos princípios da segurança jurídica e da igualdade e da fundamentação das decisões.

Essa premissa foi formalmente adotada pelo Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, segundo o qual “a estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários” (Enunciado nº 316).

Não se exclui a possibilidade de suprimir a estabilidade de um precedente judicial que não mais estiver em consonância com o ordenamento ou com os fins sociais sobre os quais esteve alicerçado, de modo que na hipótese de superação, o procedimento adotado há de ser formalmente condizente com o rito e materialmente fundamentado.

Quando a doutrina propaga a preservação da integridade e da coerência dos julgados no sistema, a questão posta é a “necessidade de o aplicador dar continuidade à cadeia discursiva pela qual se consolida o precedente, mesmo que seja para afastá-lo ou superá-lo” (Campos Neto; Nejaim; Jaborandy, 2022, p. 366).

Isto significa que as decisões proferidas no sistema de precedentes devem observar uma ordem lógica. Assim, em hipóteses idênticas, a premissa argumentativa utilizada para determinado caso há de ser considerada para o outro, de modo que apenas dissonâncias fáticas serão capazes de justificar a mitigação do padrão decisório.

Ainda assim, a compreensão da coerência no contexto do sistema precedentalista pode ser observada sob variados aspectos. Segundo Marinoni (2022, p. 103), os precedentes são importantes “para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisito para a racionalidade do direito”.

Os defensores do sistema precedentalista também sustentam a necessidade de manutenção da integridade do Direito, como defendido por Dworkin (1999), pela “teoria da única resposta certa”. Além de assimilar o direito como um sistema construído a partir de decisões, também “supõe que a vinculação beneficia a sociedade não apenas por uma questão de segurança jurídica, mas por assegurar um tipo de igualdade que torna a comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político” (Verbicaro; Homci, 2017, p. 60).

Embora essa teoria seja importante para a compreensão dogmática dos precedentes, não resolveria completamente eventuais divergências existentes. Para Didier Jr. (2017, p. 145-146), os tribunais devem decidir em conformidade com o Direito, guardar respeito hierárquico com a Constituição Federal, compreender o Direito como um sistema normativo, reconhecendo a existência de microssistemas normativos e, ainda, observar as íntimas relações existentes entre direito material e processual.

O princípio da segurança jurídica é fundamental para a integridade do Estado Democrático de Direito, e tem como premissa “garantir uniformidade na aplicação do direito e limitar a atuação jurisdicional no que diz respeito à julgamentos anteriormente consolidados” (Barboza, 2014), como uma proteção assegurada aos cidadãos, pela ciência antecipada e reflexa das consequências dos seus atos e fatos.

A correlação entre a segurança jurídica e os precedentes tornaria o sistema normativo menos propenso às incertezas e casuísmos, evitando que mudanças nas compreensões dos julgadores não sejam suficientes para alterar a ordem jurídica.

Para Kelsen (2006, p. 346), a ordem jurídica do Estado de Direito somente se tornaria efetiva a partir do momento em que estejam satisfeitos com plenitude o preceito da democracia e da segurança jurídica.

Ávila (2011, p. 221) preceitua tratem-se de conceitos umbilicalmente ligados, na medida em que direito e segurança refletem o desejo por uma sociedade organizada e previsível. Para o autor o “Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito”.

A segurança jurídica como uma ferramenta de estabilidade do sistema tem diversas perspectivas. Não apenas a positivação das leis e demais comandos normativos, como também as decisões judiciais, estão sujeitas à mudanças decorrentes da própria evolução da sociedade, ou de sua modificação de pensamento. Contudo, tais mudanças devem respeitar ritos formais e materiais, a partir da sedimentação de uma visão racionalizada do intérprete do Direito.

Não se admite pensar na aplicação das normas jurídicas como peças isoladas, mas sim como uma complexa engrenagem, sobre a qual se constrói um sistema racional de justiça, cujas premissas são mantidas ao longo dos anos.

Para Dworkin:

Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos já décadas ou mesmo séculos por muitos outros juizes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção (2005, p. 238).

Em suma, o legislador e os juizes devem ser propagadores da segurança jurídica, para manter a jurisprudência íntegra e coerente e, sobretudo, zelar pelos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Lima Filho (2016, p. 176), a observância dos precedentes reflete uma exigência e uma garantia de igualdade, fazendo com que o magistrado trate de forma igual os casos iguais (ou similares), e os casos diferentes de forma diferente, buscando sempre as similaridades relevantes.

Importante discernir que não basta compreender apenas a igualdade perante a lei, mas também a igualdade perante a interpretação judicial da lei. Marinoni (2022, p. 115) leciona que a primeira remete à concepção de que as decisões permaneceriam limitadas à mera imposição da lei, ao passo que na segunda o magistrado busca delimitar e deduzir qual o sentido da lei, quando da apreciação do caso, não bastando apenas à subsunção do comando positivado à hipótese em concreto.

Exercer a igualdade na tomada de decisões significa que nas hipóteses similares o julgador deverá adotar padrões decisórios objetivos para observar ou não o precedente. Freire (2017, p. 65) adverte, porém, que “a igualdade nem sempre é garantida pela simples repetição de decisões tomadas no passado”, incumbindo ao tribunal corrigir as injustiças, sob pena de haver um agravamento das injustiças.

Embora não previstos em lei, alguns autores ainda apontam que a economia de tempo, a celeridade processual e a redução do número de processos também são propósitos dos precedentes, pela possibilidade de um julgamento “praticamente automático, imediato, sem a necessária análise das razões que fundaram a decisão considerada precedente e a semelhança entre os casos” (Zufelato, 2015, p. 105).

Nunes e Horta (2015, p. 305) ainda destacam que o modelo privilegia a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e a redução forçada do número de processos.

Ao contrário do que ocorre no *common law*, que permite aos magistrados a construção singular dos fundamentos da decisão, os precedentes brasileiros prestigiam o pronunciamento colegiado dos tribunais, pela atribuição de unificar o direito.

Nesse contexto, a partir da delimitação do precedente, a análise de distinção ou superação somente poderá ser levada a efeito por outros magistrados a partir de uma profunda análise das razões de decidir explicitadas no comando decisório.

4. SISTEMA BRASILEIRO: PREVALÊNCIA DA AUTORIDADE OU QUALIDADE DO CONTEÚDO DECISÓRIO?

As principais críticas ao sistema de precedentes referem-se à suposta escolha do legislador em maximizar a importância dos pronunciamentos proferidos pelas Cortes de Vértice em detrimento da liberdade decisória dos magistrados singulares.

Se, por um lado, o modelo implementaria a unidade do direito e garantiria a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, por outro lado, os juízes estariam perdendo a liberdade para julgar e para conferir a melhor interpretação nos casos complexos.

Se verdadeira a premissa de que a opção do legislador foi de atribuir força normativa às decisões proferidas pelas Cortes Superiores, criar-se-ia o risco do empirismo jurídico, pautado no resultado de uma intuição coletiva e não em uma argumentação profunda que considere todas as variáveis (Paixão; Costa, 2023, p. 405).

Por outro lado, persiste a compreensão sobre a necessidade de predominância da vontade de uma maioria, em detrimento do livre convencimento do magistrado singular, que apesar de manter sua independência funcional, estaria sujeito a influxos externos.

Facchini Neto (2009, p. 121-149) pondera que a independência da magistratura não deve ser um privilégio concedido ao juiz sem condicionantes, mas parte de um conjunto de medidas adotadas pelo Estado para proporcionar ao cidadão um processo justo e um julgamento imparcial.

Não nos parece que a integridade e a credibilidade do sistema serão garantidos a partir de uma desconfiança mútua construída entre aqueles que defendem a independência funcional dos juízes, e por quem a questiona; assim como não parece salutar submeter ao debate público questionamentos acerca da legitimidade dos membros de tribunais para garantir a unidade do direito, até porque propagaria uma desconfiança cega, incapaz de reconhecer a importância dos variados órgãos vinculados do Poder Judiciário.

Nas palavras de Dworkin, a coerência das decisões judiciais visando a unidade interpretada do direito não é alcançada apenas com a mera repetição, uma vez que “a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (2014, p. 264).

O modelo precedentalista de caráter verticalizado prestigiaria a decisão adotada pelos colegiados das Cortes de Vértice e, em certa medida, reduziria a liberdade decisória do julgador

singular, mas não se revelaria excludente, uma vez que permite adotar o entendimento paradigma ou afastar o precedente pela distinção ou pela superação.

A tradição jurídica brasileira não é conhecida pela vastidão da cultura argumentativa na tomada de decisões, o que dificulta, por si só, a adoção de um sistema precedentalista com as bases norteadas apenas pela colegialidade das cortes de vértice. Isso não significa, porém, conforme Bustamante (2015, p. 293), “que nós não sigamos precedentes judiciais ou que os precedentes judiciais sejam incapazes de guiar a conduta dos juristas práticos”.

Porto, por sua vez, não considera que o precedente exerça um grau de vinculatividade absoluta em relação às demais decisões formadas por juízes singulares, mas sim “um ponto de partida para a análise e julgamento do caso concreto e não uma restrição ao poder de julgar” (2006, p. 766).

Há quem afirme, ainda, que a vinculatividade do precedente, por si só, não teria o condão de retirar a autoridade decisória do juiz singular, mas sim a reforçaria, na medida em que o CPC não prevê qualquer meio de coerção direta, e ainda possibilita que o julgador afaste a incidência da decisão paradigma, desde que repouse em uma fundamentação ampliada, a partir de critérios racionais (Silva, 2005, p. 83).

Conforme mencionado alhures, o grau de força vinculante atribuído aos precedentes no *civil law* decorre de uma imposição legal, atribuída politicamente àqueles que detém o poder de unificar o direito, enquanto que, no *common law*, a construção precedentalista está adstrita à construção histórica, consuetudinária, que se prolonga no tempo, independentemente dos direcionamentos ideológicos contrastantes.

Essa compreensão é compartilhada por Taruffo, segundo o qual:

Nos ordenamentos de civil law, o grau de força que vem atribuído ao precedente é, provavelmente, menor do que aquele atribuído ao precedente da common law, mas nada exclui que existam precedentes tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos. Para eles, no entanto, deixou-se um espaço de possível dissenso, condicionado, porém à indicação das razões adequadas que justifiquem a adoção de uma regra de julgamento diversa (Taruffo, 2014, p. 8 *apud* Bonato; Falcão, 2017, p. 26).

Nos parece, entretanto, que a melhor interpretação se fundaria na premissa de que

É preciso estabelecer um ponto de convergência entre tais valores, pois a quebra com o determinismo não pode se traduzir ao estabelecimento da libertinagem jurisprudencial, assim como os valores de estabilidade não devem ser subestimados ao ponto de transparecer uma jurisprudência imutável (Campos Neto; Nejaim; Jaborandy, 2022, p. 367).

Conquanto a busca de uma convergência que alcance o necessário ponto de equilíbrio entre as interpretações dissonantes se revele fundamental para o êxito do sistema precedentalista no país, a mera imposição da lei para que os precedentes sejam respeitados não nos parece suficiente, até porque o direito jurisprudencial não é uma ramificação hermenêutica que integra o direito processual, mas uma área do direito cujas bases carecem de uma adequada teoria geral que o legitime.

Não basta que o julgador, em qualquer que seja o grau de jurisdição, profira a sua decisão e promova a citação rasa de ementas e/ou acórdãos que tenham sido construídos em decisões paradigmas, até porque deles não é possível extrair a necessária *ratio* que vincule ou afaste o precedente daquele caso concreto específico.

Borgo pondera que:

É importante considerar que o direito brasileiro, muito em função de sua vinculação ao *civil law*, tem sido permeado pela aplicação da jurisprudência, muitas vezes reduzida a enunciados sumulares que, apesar de confusões terminológicas, encerram conceitos distintos relativamente ao precedente tal como concebido nos sistemas filiados ao *common law*. A principal característica está na vagueza do conteúdo daqueles enunciados e, ainda, na desvinculação do contexto do caso concreto que lhe deram origem. Ou seja, o desenvolvimento da jurisprudência e a edição de súmulas não exigem trabalho interpretativo acurado a ponto de sua aplicação no caso concreto vincular-se à identidade estrita de casos, como acontece necessariamente com os precedentes do *common law* (2019, p. 7).

Assim, embora persista uma desafiadora discussão no tocante à eficácia do sistema de precedentes, muito em função da legitimidade de quem julga, talvez o cerne da questão seja a qualidade do que está sendo julgado, uma vez que, ao contrário do *common law*, em que as decisões são lapidadas a partir de um contexto histórico sedimentado, o modelo brasileiro vem formando precedentes no “varejo”, sem que haja a necessária maturação argumentativa, situação que implica na resistência dos operadores do direito à imediata assimilação do conteúdo decisório.

5. CONCLUSÃO

Nas breves linhas redigidas no decorrer do trabalho, o que se pode depreender é que o sistema de precedentes vinculantes, a despeito das vozes doutrinárias que reverberam a sua inconstitucionalidade, fazem parte da nova realidade da sistemática processual.

Embora os precedentes não representem uma inovação tão significativa no ordenamento jurídico-processual, uma vez que a jurisprudência dos tribunais, por si só, já servia de base

argumentativa persuasória para outras decisões futuras, a proposta implementada modifica substancialmente o sistema, pois vincula horizontal (dentro do escopo do tribunal) e verticalmente (juízos hierarquicamente inferiores).

Ainda que o dever de observância previsto no artigo 927 não tenha o condão de obrigar os demais magistrados na tomada de decisões, impõe a eles uma construção argumentativa com maior amplitude, seja para reconhecer a vinculação com o enunciado paradigma, como também para afastá-lo.

Nos parece que o principal desafio do sistema precedentalista brasileiro é extrair da decisão a norma abstrata mais adequada para solucionar o caso concreto. Até porque nem sempre é possível concentrar o conteúdo do julgado paradigma em algumas linhas ou parágrafos, o que certamente maximiza o desafio em construir de forma sólida decisões que estejam em consonância com a realidade econômica, social ou jurídica, e que responda adequadamente aos anseios da sociedade.

Ao contrário do que ocorre nos países de cultura jurídica anglo-saxã, que conceberam as bases do sistema common law, a criação dos precedentes vinculantes no Brasil não se dá por meio de uma prolongada construção histórico-argumentativa, mas sim pelo convencimento livre dos membros do tribunal colegiado, o que pode ocorrer de forma sistemática ou desordenada.

Assim, nos parece que o maior desafio do sistema precedentalista, enquanto mecanismo de uniformização da jurisprudência, será garantir que a construção argumentativa das decisões seja aprofundada, não bastando meras formulações superficiais da *ratio decidendi*.

Em suma, os precedentes vinculantes não serão respeitados se criados irrefletidamente como resposta precipitada dos tribunais aos anseios imediatistas de indivíduos e grupos sociais, assim como não terão êxito se a formulação das decisões buscar apenas o gerenciamento quantitativo dos processos em trâmite nos tribunais, uma vez que não basta gerenciar numericamente, mas oferecer justiça qualitativa, sob pena de desvirtuar o acesso legítimo à jurisdição.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo, Malheiros, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes obrigatórios e vinculantes. *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 147-171, jul./dez. 2016.

BONATO, Giovanni; FALCÃO, Aileen Raphysa Sauaia. Sistema de precedentes judiciais na ordem jurídica brasileira: análise do instituto como mecanismo de gestão e administração da justiça e das reformas empreendidas à sua introdução. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, v. 3, n° 2, p. 20-35, jul./dez. 2017.

BORGO, Maria Célia Nogueira Pinto e. Desafios à implementação do sistema brasileiro de precedentes em decorrência da ausência de teoria geral própria e da tendência à equiparação ao modelo do common law. *Revista de Processo*. v. 288/2019, p. 445-469, fev. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC (LGL\2015\1656). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Precedentes (Coleção Grandes Temas do novo CPC (LGL\2015\1656))*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 275-297.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, v. 90, n. 786, p. 108/128, abr. 2001.

CAMPOS NETO, Paulo de Freitas; NEJAIM, América Cardoso Barreto Lima; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Uma crítica histórico-democrática ao sistema brasileiro de precedentes judiciais em favor da criatividade forense. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n° 3, set.-dez. 2022.

CUNHA, Guilherme Antunes da; CARVALHO, Carolina Teles. Sistema de precedentes no Código de Processo Civil: fundamentação constitucional e pontos críticos de sua recepção no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n° 2, maio-agosto 2022.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n° 64, abr./jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

_____, _____. Uma questão de princípio. Tradução por Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

_____, _____. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua independência. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 3, n° 8, 30 set. 2009, p. 121-149.

FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: DIERLE, Nunes; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

LIMA FILHO, Eduardo Neves. O uso dos precedentes judiciais no Brasil. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. O novo processo civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 57, jul./set. 2015.

_____, _____. HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). Precedentes. Salvador, Juspodivm, 2015.

PAIXÃO, Shayane do Socorro de Almeida da; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. Dificuldades para a implementação de uma teoria de precedentes a partir do critério de autoridade. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, ano 17, v. 24, nº 1, jan.-abr. 2023.

PORTO, Gilberto Sérgio. Sobre a common law e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfiças. Revista de Processo, v. 259/2016, pp. 307-329, set. 2016. p. 312-317.

SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os precedentes obrigatórios. Páginas de direito. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 10 ago. 2024.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

VERBICARO, Loiane Prado; HOMCI, Arthur Laércio. O sistema precedentalista brasileiro à luz do direito como integridade de Ronald Dworkin. Brasília. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. v. 3, nº 1, p. 53-74, jan./jun. 2017.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes Judiciais à Brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. In O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. Vários autores. São Paulo, Atlas, 2015, p. 89-112.

**A INTERVENÇÃO DO INDIVÍDUO NA AÇÃO COLETIVA E A SUA
(IN)EFETIVIDADE PARA A TUTELA COLETIVA E INDIVIDUAL**

*INDIVIDUAL INTERVENTION IN COLLECTIVE ACTION AND ITS (UN)EFFECTIVENESS
FOR COLLECTIVE AND INDIVIDUAL PROTECTION*

Juliana Reigota Catini¹

Patricia Miranda Pizzol²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regime jurídico das ações coletivas. 3. Aspectos gerais do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. 3.1. Obrigatoriedade da publicação de edital. 3.2. Procedimento de intervenção e admissibilidade do pedido. 3.3. Cabimento. 3.4. Natureza jurídica da intervenção. 3.5. Poderes processuais do indivíduo interveniente. 3.6. Efeitos da coisa julgada para o indivíduo interveniente. 4. Proposta do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa e nos Projetos de Lei de alteração à LACP. 5. Direito estrangeiro: análise da regra em ordenamentos jurídicos estrangeiros. 5.1. Estados Unidos. 5.2. Itália. 5.3. Portugal. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: Este estudo se propõe a examinar a intervenção do indivíduo nas ações coletivas voltadas à defesa de direitos individuais homogêneos autorizada pelo art. 94 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), avaliando os benefícios e prejuízos dessa intervenção para os consumidores. Adicionalmente, busca-se examinar o tratamento dado ao tema no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, bem como nas propostas legislativas que visam a alterar a Lei da Ação Civil Pública (Projetos de Lei nº 4.778/20, nº 4.441/20 e nº 1.641/21), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados. Por fim, o estudo também investiga como essa questão é abordada nos sistemas jurídicos dos Estados Unidos, Itália e Portugal.

Palavras-chave: Efetividade da Tutela Coletiva; Acesso à Justiça; Intervenção do Indivíduo.

ABSTRACT: This study aims to examine the intervention of individuals in collective actions for the protection of homogeneous individual rights as authorized by Article 94 of the Consumer Defense Code (Law No. 8,078/1990), assessing the benefits and drawbacks of such intervention for consumers. Additionally, it seeks to analyze how this issue is addressed in the Model Code of Collective Procedures for Ibero-America, as well as in legislative proposals aimed at amending the Public Civil Action Law (Bills No. 4,778/20, No. 4,441/20, and No. 1,641/21),

¹ Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada. jucatini@gmail.com

² Livre docente, doutora e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUC-SP. Autora de artigos e livros. Advogada pmpizzol@uol.com.br

currently under review in the Brazilian Chamber of Deputies. Lastly, the study also investigates how this matter is treated in the legal systems of the United States, Italy, and Portugal.

Keywords: Effectiveness of Collective Injunction; Access to Justice; Intervention of the Individual.

1. INTRODUÇÃO

Nas ações coletivas destinadas à defesa de direitos individuais homogêneos, pode haver um grande número de pedidos de intervenção por parte dos indivíduos titulares desses direitos³. Estes indivíduos buscam se habilitar no processo sob o argumento de que assim podem assegurar uma representação adequada de seus interesses ou “resguardar um futuro crédito”. Os pedidos se fundamentam no art. 94 do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza a intervenção de interessados na condição de litisconsortes na ação coletiva.

Os direitos individuais homogêneos, previstos no inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC, são aqueles individuais, decorrentes de uma origem comum, que podem ser tutelados coletivamente em razão da homogeneidade e massificação do dano. Caracterizam-se pela divisibilidade do seu objeto e pela possibilidade de determinação dos seus titulares. Como o direito debatido também é de titularidade do indivíduo, justifica-se sua intervenção na ação coletiva.

Essa prática, contudo, suscita dúvida quanto à sua real efetividade para a tutela coletiva, pois um grande volume de pedidos de intervenção pode gerar um tumulto processual indesejado, prejudicando a efetividade do processo coletivo, no âmbito da economia processual e da tempestividade da entrega jurisdicional. Ademais, a utilidade da intervenção para o próprio indivíduo é questionável, especialmente considerando o regime da coisa julgada coletiva, pois, ao intervir, o indivíduo fica sujeito a uma possível improcedência da ação coletiva, ficando impossibilitado de ingressar com uma ação individual, o que não ocorreria se ele não tivesse intervindo (art. 103, §2º, do CDC).

Aparenta existir uma falta de conhecimento generalizada sobre este assunto, com muitos advogados presumindo que a habilitação nos autos da ação coletiva, ainda na fase de conhecimento, é a estratégia mais adequada e necessária para atender aos interesses de seus

³ Veja, por exemplo, as ações civis públicas movidas pelo MPJR (autos n. 0871577-31.2022.8.19.0001) e pelo IBRACI (autos n. 0854669-59.2023.8.19.0001) em face da Hurb Technologies S.A.

clientes. Neste sentido, este estudo visa a analisar a participação do indivíduo nessas ações coletivas, com o objetivo de elucidar até que ponto essa participação é benéfica tanto para os indivíduos quanto para a tutela coletiva. Para isso, serão analisados e debatidos os aspectos centrais do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), incluindo o procedimento de habilitação nos autos e a admissibilidade do pedido, as hipóteses de cabimento, a natureza jurídica dessa intervenção, os poderes processuais conferidos ao indivíduo interveniente, bem como os efeitos da coisa julgada em relação a ele.

Além disso, será examinado o tratamento dado ao tema no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, bem como nas propostas legislativas que visam alterar a Lei da Ação Civil Pública (Projetos de Lei nº 4.778/20, nº 4.441/20 e nº 1.641/21), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados. Por fim, o estudo também investiga como essa questão é abordada nos sistemas jurídicos dos Estados Unidos, Itália e Portugal.

Este trabalho foi inicialmente apresentado no IX Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra, em outubro de 2024, e posteriormente revisado e ampliado, resultando em uma versão mais abrangente e detalhada, destinada à apresentação no I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva, realizado em Vitória, ES, em novembro de 2024.

2. ASPECTOS GERAIS DO REGIME JURÍDICO DA AÇÃO COLETIVA NO BRASIL

A ação coletiva é o instrumento processual destinado à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, que se classificam, de acordo com o art. 81, parágrafo único, do CDC, em difusos (inciso I); coletivos *stricto sensu* (inciso II); e individuais homogêneos (inciso III). O regime jurídico aplicável às ações coletivas é extraído do chamado microssistema das ações coletivas, que é composto, especialmente, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85 - LACP) e pela parte processual do Código de Defesa do Consumidor (Lei. n. 8.078/90), aplicando-se, quanto ao procedimento, as normas do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

A legitimidade ativa encontra-se disciplinada no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC que, dentre outras disposições, arrolam como entes qualificados para a propositura das ações coletivas o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos, as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e as associações civis, desde que constituídas há pelo menos um ano, que tenham entre as suas finalidades a defesa dos direitos protegidos pelo CDC e pela LACP.

A legitimidade para defesa de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* não se encaixa com exatidão no binômio “legitimidade ordinária/extraordinária”, podendo ser denominada de

legitimidade autônoma para a condução do processo⁴. Tratando-se da defesa de direitos individuais homogêneos, a hipótese é de legitimação extraordinária (substituição processual). Em todos os casos, a legitimidade será concorrente e disjuntiva. Isso significa que quando um dos colegitimados tiver a iniciativa do ajuizamento da ação coletiva, ele não dependerá da anuência dos demais legitimados⁵.

A competência para o ajuizamento da ação civil pública é definida pelo local onde ocorreu o dano, quando este for de natureza local. Se o dano tiver alcance regional ou nacional, a competência torna-se concorrente, permitindo que a ação seja ajuizada na capital do estado ou no Distrito Federal, conforme art. 93 do CDC. Tal competência é classificada como funcional e, portanto, de natureza absoluta, de acordo com o art. 2º da LACP.

A coisa julgada no processo coletivo pode estender seus efeitos para além das partes do processo, a depender do direito coletivo tutelado e do resultado do processo (*secundum eventum litis*). Assim, tratando-se de tutela de direito difuso, a coisa julgada terá efeitos *erga omnes*, exceto em caso de improcedência por insuficiência probatória (art. 103, I, do CDC). O mesmo regime se aplica à tutela de direitos coletivos *stricto sensu*, porém, neste caso, a coisa julgada terá efeitos *ultra partes* em caso de procedência, beneficiando todos os membros do grupo, classe ou categoria (art. 103, II, do CDC). Nos dois casos, ocorrendo a improcedência por insuficiência de provas, será possível a propositura de nova ação coletiva por qualquer legitimado, desde que fundada em nova prova. Além disso, a improcedência, com ou sem provas suficientemente produzidas, não impede a propositura de ação individual.

Tratando-se de ação voltada à defesa de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada terá efeitos *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (art. 103, III do CDC). Ou seja, se a sentença for de improcedência, com ou sem provas suficientemente produzidas, remanesce para o indivíduo a possibilidade de promover ação individual, não sendo possível, entretanto, a propositura de nova ação coletiva.

Nota-se que a coisa julgada, portanto, apenas pode beneficiar os indivíduos, nunca os prejudicar. No entanto, conforme art. 103, §§1º e 2º, do CDC, esta regra não se aplica quando o indivíduo tiver intervindo do processo coletivo com base no art. 94 do CDC, situação esta que abordaremos no presente trabalho.

⁴ Pizzol, Patrícia Miranda. Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 59; Rodrigues, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente: tutela contra o ilícito, o risco e o dano ao equilíbrio ecológico. 4ª. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. p. 203.

⁵ Vigliar, José Marcelo Menezes. Ação civil pública – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2001. Pág. 88

A doutrina⁶ e o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁷ possuem o entendimento de que a propositura da ação coletiva voltada à defesa de direitos individuais homogêneos interrompe a prescrição da pretensão individual. O prazo prescricional é interrompido para todos os titulares do direito individual violado, quer seja o indivíduo que não chegou a ingressar com uma ação individual, quer seja aquele que ingressou e requereu sua suspensão nos termos do artigo 104 do CDC e, também, aqueles que atenderam à convocação do artigo 94 e intervieram no processo⁸.

O entendimento é consentâneo à finalidade do processo coletivo, pois, admitir o contrário - a não suspensão da prescrição das pretensões individuais - obrigaria as vítimas a promoverem a demanda individual imediatamente sem permitir que a ação coletiva cumprisse seu papel de evitar a multiplicação de demandas idênticas e de dar tratamento uniforme às situações similares.

3. A INTERVENÇÃO DO INDIVÍDUO NA AÇÃO COLETIVA VOLTADA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS AUTORIZADA PELO ART. 94 DO CDC

De acordo com o art. 94 do CDC, *“proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”* Da norma podem ser extraídos dois comandos essenciais: a necessidade de publicação de edital no órgão oficial e a possibilidade da intervenção de interessados.

3.1 Obrigatoriedade da publicação de edital

Ao determinar a publicação de edital no órgão oficial e demais meios de comunicação a disposição normativa busca cientificar a população acerca da propositura da ação coletiva. O

⁶ Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - v.4 - Processo Coletivo*. 18ª. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. P. 391.

⁷ AgInt no REsp 1878630 – SP, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJ 24/09/2020 (“é firme nesta Corte o entendimento segundo o qual o ajuizamento de ação coletiva interrompe a prescrição para fins de manejo de ação individual”).

⁸ Zavascki, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194.

Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente julgado de relatoria da Ministra Nancy Andrigui (Recurso Especial nº 2.026.245/MG), firmou o entendimento de que a ausência de publicação de edital constituirá nulidade absoluta apenas nos casos em que a ação for julgada improcedente ou extinta sem resolução do mérito. Sendo a ação julgada procedente, ainda que parcialmente, a ausência de publicação do edital constituirá irregularidade sanável, não havendo que se falar em nulidade do processo.

Com esse entendimento, o tribunal demonstrou uma preocupação prática em garantir que os direitos dos consumidores não sejam prejudicados por questões formais, reconhecendo-se implicitamente que a publicação de edital não apresenta a efetividade esperada como meio de comunicação na atualidade, a ponto de influenciar significativamente o resultado do processo. Mais importante do que isso, o tribunal demonstrou que a regra do art. 94 não pode ser utilizada de forma desvirtuada, ou seja, como uma “arma” processual contra os consumidores quando a decisão não agrada a parte contrária.

2.2 Cabimento: tutela de direitos individuais homogêneos

A intervenção do membro do grupo é permitida apenas nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, uma vez que, nesses casos, o titular do direito é identificável e o interesse jurídico para intervir se justifica porque o direito debatido é de sua titularidade. A intervenção não é cabível nas ações coletivas para tutela de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, na medida em que, o indivíduo não possui legitimidade para promover uma ação individual ou coletiva visando à tutela desses direitos, que possuem natureza indivisível.

Não obstante, há entendimento no sentido de ser possível o ingresso do indivíduo em processo coletivo relativo a direito difuso ou coletivo *stricto sensu* em uma situação: quando indivíduo puder ingressar com ação popular para tratar do mesmo direito⁹. Afinal, pode ocorrer de um cidadão ingressar com uma ação popular com o mesmo objeto da ação coletiva, havendo conexão e reunião das demandas para julgamento conjunto¹⁰. Nesta situação, apesar da estranheza, haveria um indivíduo e um legitimado coletivo, em litisconsórcio, no polo ativo da demanda.

⁹ Vigliar, José Marcelo Menezes. Op. Cit. P. 162-163; Mazzili, Hugo Nigro. Op. Cit. P.405.

¹⁰ “Como a tutela dos direitos coletivos é atípica (art. 83, CDC), é plenamente possível que uma ação civil pública verse sobre o mesmo tema, com mesmo objeto inclusive, que uma ação popular. Embora com procedimentos distintos, haveria litispendência se ajuizadas simultaneamente, já que a similitude do procedimento é irrelevante para a configuração daquela, (...)” Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr, Hermes. Op. Cit. P. 297

A doutrina aponta que, se houver a formação desse litisconsórcio em decorrência da reunião entre a ação popular e a coletiva, e o autor da ação coletiva desistir ou abandonar a demanda, esta deverá ser extinta, uma vez que o cidadão não terá legitimidade ativa para conduzir a ação coletiva sozinho¹¹. Daniel Amorim discorda dessa solução. Para o autor, o ideal seria que a ação civil pública fosse convertida em ação popular, justamente para se adequar à legitimidade ativa do cidadão, preservando-se a ação já em curso, em prol do princípio da economia processual¹².

3.3 Natureza jurídica da intervenção do indivíduo na ação coletiva: litisconsórcio, assistência ou intervenção atípica?

Embora o art. 94 do CDC mencione litisconsórcio, a doutrina majoritária entende tratar-se de assistência litisconsorcial¹³. Isto porque, a rigor, o litisconsorte figura como parte e está em paridade com o autor e o réu, podendo alterar o pedido ou a causa de pedir (dentro dos limites temporais do art. 329 do CPC), conduzir o processo e atuar processualmente de forma autônoma. Contudo, essas características não se aplicam ao indivíduo interveniente, uma vez que ele não possui legitimidade processual coletiva.

O instituto da assistência litisconsorcial mostra-se mais adequado porque ele permite que um terceiro, que possui interesse jurídico próprio e direto na causa, sendo necessariamente atingido pela coisa julgada em razão de sua relação jurídica com o adversário do assistido, figure na ação, sem assumir a mesma condição do autor ou do réu, porém, com poderes e ônus ampliados.

Reconhece-se, contudo, que o instituto da assistência litisconsorcial não se ajusta perfeitamente à hipótese prevista no art. 94. Pois, em teoria, pode ser assistente litisconsorcial aquele que poderia ter sido litisconsorte desde o início da ação, detendo legitimidade ativa para propor a ação, condição que o indivíduo não possui no caso da ação coletiva. A hipótese também não poderia se enquadrar na assistência simples. Esta modalidade de intervenção ocorre quando o terceiro possui um interesse reflexo na causa, o que não ocorre no presente caso, já que o indivíduo tem direito próprio sendo discutido na ação coletiva.

¹¹ Vigliar, José Marcelo. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas. 2001. P. 88-89.

¹² Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.* P. 303; Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr, Hermes. *Op. Cit.* P. 297.

¹³ Neste sentido: Pizzol, Patrícia Miranda. *Op. Cit.* P. 196; Mazzili, Hugo Nigro. *Op. Cit.* P. 404. Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr, Hermes. *Op. Cit.* P. 298. ; Rodrigues, Marcelo Abelha. *Op. Cit.* P. 238.

Diante disso, uma terceira corrente entende que a intervenção do art. 94 do CDC corresponde a uma modalidade de intervenção de terceiros atípica, denominada de “assistência coletiva simples”¹⁴. A nosso ver, como a intervenção do art. 94 do CDC se assemelha mais à assistência litisconsorcial, ainda que não perfeitamente, em razão da presença da titularidade do indivíduo sobre o direito debatido na ação coletiva, acreditamos que seria mais apropriado referir-se a ela, atipicamente, como “assistência coletiva litisconsorcial”. Esse entendimento adapta o instituto da assistência do processo individual ao contexto coletivo, respeitando as peculiaridades que lhe são próprias.

3.4 Procedimento de intervenção e admissibilidade do pedido

A partir da divulgação da ação coletiva, os indivíduos interessados podem solicitar a habilitação na ação, caso assim desejem. O interessado que tiver uma ação individual em andamento e quiser intervir na ação coletiva e/ou aproveitar de seu resultado, deverá, previamente, requerer a suspensão da ação individual, conforme previsto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Caso não opte pela suspensão de sua ação individual, não poderá aproveitar da coisa julgada produzida na ação coletiva.

O art. 94 do CDC não estabelece um prazo para a habilitação dos interessados. Por se tratar a intervenção do art. 94 de uma espécie de assistência, poderia se entender aplicável o parágrafo único do art. 119 do Código de Processo Civil¹⁵, que estabelece que a assistência será possível em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no momento em que ele se encontra. Portanto, o membro do grupo poderia requerer sua habilitação na ação coletiva em qualquer momento processual. Todavia, é possível e desejável que o magistrado estabeleça um prazo de habilitação no edital, tendo em vista a necessidade de estabilização subjetiva do processo e com a finalidade de se evitar um tumulto indesejado em um momento avançado do processo, prejudicando o seu andamento.

No momento da análise do pedido de intervenção, cabe ao magistrado averiguar a presença do interesse jurídico que a justifique, isto é, se de fato aquele indivíduo compartilha da mesma situação jurídica discutida no processo coletivo. Para tanto, o magistrado poderia

¹⁴ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. P. 309

¹⁵ O art. 19 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e o art. 90 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) determinam a aplicação das normas do Código de Processo Civil à tutela coletiva, naquilo que não contrariar as disposições do microssistema processual coletivo.

aplicar, por analogia, as hipóteses de cabimento do litisconsórcio previstas nos incisos II e III do art. 113 do CPC, que se referem, respectivamente, à existência de conexão pelo pedido ou pela causa de pedir e à existência de afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Havendo impugnação à intervenção por outra parte ou verificando o juiz a ausência de interesse jurídico, o pedido será indeferido. Como fundamento legal, pode-se aplicar, por analogia, o art. 120, caput e parágrafo único, do CPC, que trata da impugnação aos pedidos de assistência. Nos termos do parágrafo único do art. 120, pode qualquer parte impugnar o pedido de intervenção, alegando que falta ao terceiro interesse jurídico para intervir na ação. E, nos termos do caput do art. 120 do CPC, não havendo a impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, o pedido do assistente será deferido, salvo se for caso de rejeição liminar.

Como observado, este dispositivo concede ao juiz a possibilidade de decidir pela rejeição da assistência liminarmente, se constatada a ausência de interesse processual. Ademais, segundo a doutrina, o Código de Processo Civil enquadra a presença de interesse processual como matéria de ordem pública relativa à condição da ação, prevista no art. 485, VI, do CPC, podendo o juiz decidir a seu respeito de ofício, independentemente de alegação da parte ou interessado.¹⁶

Uma vez deferida a intervenção, a doutrina aponta que o indivíduo interveniente pode requerer sua exclusão do processo a qualquer tempo caso perceba, por exemplo, que a ação coletiva está demorando de forma excessiva, afinal, a presença do assistente não é obrigatória. Deverá fazê-lo, contudo, de forma fundamentada e até a sentença, com base nos arts. 485, VIII e §4º e 5º do CPC/2015¹⁷.

Um fator de risco a ser considerado é a possibilidade de haver um grande número de pedidos de intervenção, o que pode inviabilizar o exercício da jurisdição. Afinal, não é incomum a ocorrência de incontáveis pedidos de intervenção em ações coletivas, resultando em um congestionamento dentro do processo¹⁸. Como solução, apesar de inexistir regra processual específica a esse respeito, a doutrina majoritária entende ser aplicável por analogia o art. 113,

¹⁶ Nery Jr, Nelson. Questões de ordem pública no processo civil: não preclusividade relativa. Revista de Processo. vol. 316. ano 46. p. 179-198. São Paulo: Ed. RT, junho 2021

¹⁷ Gidi, Antonio. Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas, p. 144

¹⁸ Veja, por exemplo, as ações civis públicas movidas pelo MPJR (autos n. 0871577-31.2022.8.19.0001) e pelo IBRACI (autos n. 0854669-59.2023.8.19.0001) em face da Hurb Technologies S.A.

§§ 1º e 2º, do CPC, que possibilita ao juiz limitar o litisconsórcio facultativo para não comprometer a rápida solução do litígio ou não dificultar a defesa¹⁹.

Essa limitação pode ser imposta de ofício ou mediante o acolhimento de requerimento a ser formulado pelo réu, a depender do motivo. Nelson Nery Jr e Rosa Nery explicam que se o motivo da limitação for o comprometimento da rápida solução do litígio, o juiz pode decidir de ofício, em decorrência de sua função de diretor do processo (art. 139 do CPC); se o motivo for possibilidade de gerar dificuldade de defesa, a limitação depende do pedido expresso do réu, que deve fazê-lo no prazo da resposta²⁰.

Para Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, é aceitável que o magistrado rejeite os pedidos de intervenção quando constate o risco de litisconsórcio multitudinário e quando constate que o interveniente não possui nada a agregar à discussão, seja em termos de provas ou de argumentos jurídicos, chegando à conclusão de que a participação do indivíduo, em vez de contribuir, poderia prejudicar o regular andamento do processo²¹. Essa interpretação tornaria a intervenção prevista no art. 94 mais flexível e racional.

3.5 Poderes do indivíduo interveniente

Os poderes do indivíduo interveniente no processo são limitados. Por um lado, ele não pode deduzir pedido de cunho individual, pois a ação coletiva é incompatível com a realização de pedidos individuais. Por outro, como ele não possui legitimidade processual coletiva, não pode praticar nenhum ato que configure exercício do direito de ação e de disposição do direito, como alterar o pedido ou/e a causa de pedir, apresentar desistência da ação, transação ou renúncia.

Também não poderia interpor recurso, salvo contra a decisão que indeferir o seu ingresso. Muito menos poderia interpor recurso na ausência de recurso do ente legitimado, já que, ao fazer isso, estaria assumindo a condução do processo, o que também lhe é vedado. Por esse mesmo motivo, em caso de desistência imotivada ou abandono da ação por parte do autor, também é defeso ao indivíduo assumir a condução da ação.

¹⁹ Mazzili, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁰ Nery Jr, Nelson; Nery, Rosa Maria. Op. Cit. P. 423.

²¹ Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr, Hermes. Op. Cit. P. 299.

A doutrina majoritária possui o entendimento de que a atuação do indivíduo deve estar alinhada à vontade do assistido²². Seus poderes se restringem em apoiar o pedido formulado pelo autor e a auxiliá-lo, contribuindo com a apresentação de argumentos jurídicos e provas²³. Ele pode oferecer impugnação à contestação, apresentar memoriais, apresentar contrarrazões na fase recursal e, ainda, suscitar matérias de ordem pública a qualquer momento. Durante a fase probatória, o indivíduo também pode requerer a produção de provas que entender pertinentes.

Com relação à possibilidade de pleitear tutela provisória, é razoável permitir que o indivíduo interveniente a pleiteie, diante da urgência e do risco de inutilidade posterior que geralmente a justificam, desde que o pedido aborde o direito coletivo tutelado e não um interesse estritamente individual (hipótese em que a via processual individual será mais adequada). Além disso, é imprescindível que a urgência e a razão para a não atuação célere do ente legitimado sejam claramente justificadas.

Outrossim, verificando o descumprimento de uma medida judicial por parte do réu em ação coletiva que tenha como objeto obrigação de fazer ou não fazer, poderia o indivíduo interveniente requerer a imposição de multa diária (astreintes) ou outra medida coercitiva, conforme previsto no art. 11 da LACP e nos arts. 536 e 537 do CPC. Isto se justifica pela natureza inibitória de tais medidas, que possuem o objetivo de compelir o réu a cumprir a determinação²⁴. Sendo a lei expressa quanto à possibilidade de o juiz impor tais medidas de ofício, o descumprimento de medida judicial pode ser entendido como questão de ordem pública.

Em linhas gerais, nota-se que, embora o indivíduo tenha relação jurídica com a parte contrária ao assistido (característica da assistência litisconsorcial – art. 124 do CPC), no aspecto dos poderes processuais, a intervenção do indivíduo se aproxima mais à figura do assistente simples. Ele apenas auxilia o autor da demanda, sem promover alteração de seu objeto ou praticar atos dispositivos.

²² Neste sentido: Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr, Hermes. Op. Cit. P. 298. Rodrigues, Marcelo Abelha. Op. Cit. P. 238.

²³ Rodrigues, Marcelo Abelha. Op. Cit. P. 238.

²⁴ Nery Jr, Nelson; Nery, Rosa. Op. Cit. P. 1.362-1.364.

3.6 Regime da coisa julgada para o indivíduo interveniente

Nas ações coletivas voltadas à defesa de interesses individuais, a coisa julgada produz efeitos “*erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar as vítimas e seus sucessores*”, conforme art. 103, inciso III, do CDC. Aplica-se a coisa julgada *secundum eventum litis*: somente em caso de procedência a coisa julgada se estende aos lesados. Em caso de improcedência, independentemente da fundamentação, o indivíduo mantém a possibilidade de buscar a reparação de seus direitos pela via individual.

No entanto, essa mesma prerrogativa não é estendida ao indivíduo que tenha intervindo no processo. Diferentemente, uma vez se habilitando no processo e permanecendo até a sentença, ele será atingido pela coisa julgada mesmo em caso de improcedência, não podendo propor nova ação individual. Essa é a interpretação que se extrai do art. 103, §2º, do CDC. Logo, ao intervir, o indivíduo se expõe ao risco de ser afetado por um resultado desfavorável, situação que não enfrentaria caso se abstinhasse de participar do processo. Para Marcelo Abelha, a exclusão do indivíduo interveniente dos benefícios da coisa julgada *secundum eventum litis* revela como o legislador não quis estimular essa modalidade de intervenção, punindo o interessado atuante²⁵.

4. PROPOSTAS DE REFORMA À LEGISLAÇÃO

É inevitável concluir, após o exposto até aqui, que o regime jurídico da intervenção do indivíduo no processo coletivo ainda é tema repleto de lacunas e inconsistências, merecendo uma alteração legislativa. Nesse contexto, vamos analisar o que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa e os três projetos de lei de alteração à Lei da Ação Civil Pública que atualmente tramitam na Câmara dos Deputados sugerem sobre o tema.

4.1 Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa é uma proposta criada pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual para unificar e inspirar reformas

²⁵ Rodrigues, Marcelo Abelha. Op. Cit. P. 238.

legislativas nos países ibero-americanos, visando à proteção de direitos transindividuais e considerando as realidades locais desses países.

Um dos aspectos mais inovadores deste Projeto é a legitimação ativa conferida ao indivíduo. O art. 3º, incisos I e II, atribui legitimidade ativa, respectivamente, a qualquer pessoa física para a defesa de direitos difusos, e ao membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa de direitos difusos e individuais homogêneos.

Outro ponto de extrema importância é que o art. 17 do Código Modelo prevê expressamente a interrupção da prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda, com a citação válida na ação coletiva. A regra é bem-vinda, pois trata-se de entendimento que já prevalece na doutrina e jurisprudência, conforme tratado no tópico 1.

Quanto à possibilidade de intervenção do indivíduo, o art. 21 do Código Modelo prevê que, estando regular a petição inicial, o juiz deverá ordenar a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, para que os interessados possam intervir no processo como “assistentes ou coadjuvantes”. Esse dispositivo se assemelha ao art. 94 do CDC, mas sem fazer referência à ampla divulgação por meio dos meios de comunicação social pelos órgãos de defesa do consumidor, limitando-se à publicação de edital. Além disso, o dispositivo corrige a inadequada classificação dada pelo art. 94 do CDC, que trata os intervenientes como litisconsortes, definindo-os como “assistentes e coadjuvantes”, sem, no entanto, especificar se essa assistência seria a litisconsorcial ou simples.

O parágrafo 3º do art. 21 estabelece que os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento. Essa limitação é adequada e está alinhada com o que foi sugerido neste trabalho. No entanto, o Projeto não esclarece de maneira específica quais seriam os poderes processuais atribuídos aos indivíduos.

Quanto à coisa julgada, o art. 33 do Código Modelo dispõe que seus efeitos serão *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Nessa hipótese, qualquer legitimado poderá intentar nova ação com o mesmo fundamento, utilizando-se de nova prova. O parágrafo 2º desse dispositivo estabelece que, no caso de interesses ou direitos individuais homogêneos, se o pedido for improcedente, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

A principal virtude do Código Modelo, no aspecto da coisa julgada, é que ele não reproduz previsão similar à constante no §2º do art. 103 do CDC, que estabelece que, em caso de improcedência, os indivíduos que tiverem intervindo não poderão propor nova ação de indenização a título individual.

Portanto, de forma geral, no que tange à participação do indivíduo, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, apresenta os seguintes pontos: (i) atribui legitimidade ativa aos indivíduos; (ii) interrompe a prescrição das pretensões individuais com a citação na ação coletiva; (iii) permite a intervenção dos interessados na ação coletiva, na qualidade de assistentes e coadjuvantes; (iv) veda a discussão de pretensões individuais dos intervenientes no processo coletivo de conhecimento; (v) atribui eficácia erga omnes à coisa julgada, mas apenas em caso de procedência, subsistindo, em caso de improcedência, a possibilidade de propositura de ação individual, independentemente de o indivíduo ter intervindo ou não.

Considerando este modelo proposto, a opção pela intervenção torna-se indiferente para o indivíduo, uma vez que, em qualquer cenário, ele não será vinculado a um resultado negativo. Retira-se, assim, o ponto negativo da intervenção para o indivíduo, prevalecendo, por outro lado, os prejuízos no aspecto coletivo, em razão do possível congestionamento do processo e consequente atraso na entrega da prestação jurisdicional.

4.2 Propostas de alteração - Projetos de Lei nº 4.778/20, nº 4.441/20 E nº 1.641/21

O primeiro projeto, o PL nº 4.778/20, de autoria do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentado em outubro de 2020, não trouxe nada a respeito da intervenção do membro do grupo. O segundo é o PL nº 4.441/20 de autoria do deputado Paulo Teixeira (PT), apresentado ao presidente da Câmara em setembro de 2020. Posteriormente, o deputado se reuniu com o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e juntos criaram um terceiro projeto, o PL nº 1.641/2021. Apresentado em abril de 2021 e chamado de “Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover”, este projeto viria a substituir o PL nº 4.441/20. Ambos projetos trazem propostas de alteração sobre o tema.

Inicialmente, o PL nº 4.441/20 proíbe expressamente a intervenção do membro do grupo na ação coletiva como assistente em seu art. 17, §1º:

Art. 17. Admitem-se as intervenções de terceiro previstas no Código de Processo Civil, inclusive a intervenção do *amicus curiae*.

§ 1º O membro do grupo não pode intervir como assistente.

§2º O colegitimado pode intervir como assistente litisconsorcial. (...)

Posteriormente, no mesmo dispositivo, o projeto menciona a possibilidade de “participação de outros sujeitos” sem esclarecer se se refere a entes legitimados ou não:

Art. 17. (...) §6º O juiz poderá admitir a participação de outros sujeitos que demonstrem a existência de interesse relevante e a utilidade de sua atuação para a solução do processo.

§7º Uma vez integrado ao processo, o sujeito poderá adotar a posição processual que atenda ao interesse tutelado e à finalidade de sua intervenção. (...)

Em seguida, o projeto estabelece, em seu art. 18, que o magistrado deverá, na decisão de saneamento e organização do processo, definir as regras para a participação dos membros do grupo como terceiros intervenientes em audiências públicas ou atos processuais:

Art. 18. Na decisão de saneamento e organização do processo, o juiz deverá, sem prejuízo de outras medidas necessárias de acordo com as circunstâncias do caso concreto: (...)

VII - definir as regras sobre participação dos membros do grupo como terceiros intervenientes em audiências públicas ou mesmo durante os demais atos processuais; (...).

O PL nº. 1.641/2021, por sua vez, não faz a mesma proibição expressa do PL 4.441/20, dando a entender, a partir de seus arts. 20 e 22, § 1º, inciso V, que é possível a intervenção do membro do grupo:

Art. 20. O juiz poderá admitir a participação de outros sujeitos que demonstrem a existência de interesse relevante e a utilidade de sua atuação para a solução do processo. (...)

§4º Admite-se a intervenção do colegitimado como assistente litisconsorcial.

§5º Uma vez integrado ao processo, o sujeito poderá adotar a posição processual que atenda ao interesse tutelado e à finalidade de sua intervenção.

Art. 22. (...) § 1º Na decisão de saneamento e organização do processo, o juiz deverá, sem prejuízo de outras medidas necessárias de acordo com as circunstâncias do caso concreto: (...)

V - definir as regras sobre participação dos membros do grupo como terceiros intervenientes em audiências públicas ou mesmo durante os demais atos processuais.
– grifamos.

Nota-se que os dois projetos concedem ao juiz uma margem de liberdade na definição das regras sobre a intervenção de terceiros. Por um lado, pode-se argumentar que essa liberdade pode resultar em insegurança jurídica pela falta de isonomia entre as regras aplicáveis em diferentes ações coletivas. Por outro lado, essa flexibilidade pode ser vista como algo positivo, permitindo ao juiz adaptar as regras de intervenção às especificidades de cada caso. Por essa razão, a possibilidade do controle judicial das regras de participação do membro do grupo é vista de forma favorável.

Os projetos se encontram atualmente (novembro de 2024) em pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Em 16/10/2023 foi publicado o voto do relator,

Deputado Helder Salomão (PT-ES), manifestando-se pela aprovação de todas as propostas, elaborando um texto normativo substitutivo. Quanto ao tema, o relator manteve os mesmos termos do art. 17 do PL nº 4.441/20, o qual estabelece, em seu §1º, que o membro do grupo não poderá intervir como assistente, ao mesmo tempo em que manteve o art. 18, inciso VII, pelo qual caberá ao magistrado definir as regras sobre participação dos membros do grupo como terceiros intervenientes em audiências públicas ou mesmo durante os demais atos processuais.

Em suma, os três projetos perderam a oportunidade de disciplinar a intervenção do indivíduo de maneira clara. Se o texto for aprovado nos termos propostos pelo Relator, persistirão dúvidas e inconsistências.

5. DIREITO ESTRANGEIRO: ESTADOS UNIDOS, ITÁLIA E PORTUGAL

Este tópico examinará as regras de intervenção do indivíduo em ações coletivas em alguns sistemas jurídicos estrangeiros com o intuito de verificar se tais legislações oferecem disposições similares à contida no art. 94 do CDC.

5.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a intervenção do membro do grupo é autorizada pela Rule 23(c)(2)(B) das *Federal Rules of Civil Procedure*, na *class action for damage* que, grosso modo, corresponde à ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos. De acordo com a Rule 23 (c)(2)(B), que trata da notificação do grupo e do pedido de exclusão (*opt out*), o juiz deve notificar cada um dos membros para adverti-los de que: (A) o órgão judicial excluirá a pessoa da classe, caso a solicitação de afastamento seja requerida, pelo membro, dentro do prazo assinado; (B) o julgamento, se favorável ou não, vinculará todos os membros que não tenham requerido a exclusão; e (C) qualquer membro que não tenha requerido a exclusão poderá, se assim o desejar, intervir por meio de advogado²⁶.

Portanto, o membro do grupo ou classe que não tiver requerido sua exclusão poderá requerer a intervenção. No pedido, o solicitante deverá demonstrar qual é a finalidade da

²⁶ Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23 Acesso em 19/11/2024,

intervenção e, ao analisá-lo, o tribunal poderá impor condições, regulando quais poderes o interveniente terá na ação²⁷.

A notificação dos indivíduos na *class action for damage* tem como principal objetivo possibilitar a opção de exclusão (*opt out*) dos efeitos da coisa julgada. Aqueles que não optaram pela exclusão serão atingidos pela coisa julgada quer seja ela favorável ou não, podendo, se assim desejarem, intervir na ação por meio de advogado. Ou seja, no direito americano o indivíduo será atingido pelos efeitos da coisa julgada desfavorável, pouco importando se ele interveio ou não na ação. Ele apenas não será atingido se exercer o direito de exclusão.

5.2 Itália

Recentemente o ordenamento jurídico italiano incorporou uma nova legislação que marcou um significativo avanço para o processo coletivo no país. A Lei n. 31/2019, que entrou em vigor em 19 de abril de 2020, introduziu ao *Codice di Procedure Civile* o Título VIII-bis, intitulado "*dei procedimenti collettivi*", que inclui os arts. 840-bis a 840-sexiesdecies. Essa norma estabelece um microssistema processual coletivo específico para lidar com direitos individuais homogêneos.

A legislação italiana adota a técnica da auto-inclusão (*opt-in*), pela qual os membros do grupo ou classe devem aderir à ação coletiva caso queiram se beneficiar da coisa julgada. Portanto, a "intervenção" do indivíduo na ação de classe italiana decorre do próprio sistema da auto-inclusão (*opt-in*), que exige que os membros da classe ou grupo participem do processo caso queiram beneficiar-se dos efeitos da coisa julgada da decisão coletiva. Além disso, o art. 840-bis proíbe a intervenção de terceiros na ação de classe. Logo, não se aplica a possibilidade de intervenção de interessados, como previsto no art. 94 do CDC. O que ocorre é a adesão dos membros da classe ou grupo à ação.

5.3 Portugal

A ação popular (Lei n. 83/1995) é o mecanismo processual previsto pela constituição portuguesa para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no âmbito

²⁷ Disponível em: <https://classactionlitigation.com/classactionlitigation.com/fcapmanual/chapter7> Acesso em 19/11/2024.

da saúde pública, do meio ambiente, da qualidade de vida, dos consumidores de bens e serviços, e do patrimônio cultural.

A legislação portuguesa adota a técnica da auto-exclusão (*opt-out*), pela qual todos os membros do grupo ou classe são automaticamente incluídos na ação coletiva e estarão vinculados pela decisão, a menos que exerçam, tempestivamente, o direito de auto-exclusão e desde que tenha havido notícia do ajuizamento da ação.

O n.º 1 do art. 15 da Lei n.º 83/95²⁸ determina que, após o recebimento da ação popular, os titulares dos direitos individuais homogêneos sejam “citados” para: (i) caso desejem, intervirem no processo, recebendo-o na fase em que se encontra; ou (ii) para declarar nos autos se aceitam ser representados pelo autor (*opt in*); ou (iii) se desejam ser excluídos dessa representação (*opt out*), entendendo-se a passividade como aceitação.

A sentença, seja de procedência ou improcedência, produz efeitos erga omnes, alcançando todos os que não se auto-excluíram do processo, exceto quando julgada improcedente por insuficiência de provas, conforme o art. 19, n.º 1, da Lei n.º 83/95.

Considerando esse regime da coisa julgada, nota-se que não faz diferença o membro do grupo intervir ou não, na medida em que ele será atingido pela coisa julgada desfavorável mesmo se não intervier, desde que aceite a representação. Desse modo, a opção pela intervenção não traz nenhum prejuízo ao indivíduo, subsistindo, por outro lado, os potenciais prejuízos à tutela coletiva em razão do tumulto processual.

6. CONCLUSÃO

As considerações apresentadas permitem constatar que a intervenção do indivíduo na ação coletiva para defesa de interesse individual homogêneo pode não se apresentar como uma estratégia benéfica nem para o indivíduo nem para o grupo. No âmbito da tutela coletiva, corre-se o risco de haver um grande número de pedidos de habilitação no processo, provocando um verdadeiro tumulto processual indesejado, o que pode atrasar consideravelmente a prestação da tutela jurisdicional à coletividade. No âmbito da tutela individual, verifica-se que o indivíduo interveniente possui poderes limitados no processo e, considerando o regime da coisa julgada,

²⁸ Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis Acesso em 19/10/2024 .

ao intervir, se expõe ao risco de ser afetado por um resultado desfavorável, situação que não enfrentaria caso se abstinhasse de participar do processo.

Considerando a legislação estrangeira, observa-se que a possibilidade de intervenção do indivíduo em ações coletivas é comum nos sistemas que adotam a técnica de autoexclusão (*opt out*). Nesses sistemas, ao contrário do sistema de autoinclusão (*opt in*), onde a participação do indivíduo já é obrigatória, a intervenção é uma opção. Nos Estados Unidos e em Portugal, a técnica de *opt out* é adotada e permite-se a intervenção dos membros do grupo na ação de classe. Nestes países, contudo, todos os indivíduos são vinculados pelos efeitos da coisa julgada, seja favorável ou desfavorável, independentemente de terem intervindo na ação. Apenas aqueles que exercem o direito de exclusão são excepcionados. Portanto, a escolha pela intervenção na ação é indiferente, já que não altera a aplicação da coisa julgada.

Raciocínio similar é adotado no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, contudo, neste caso, apenas a coisa julgada favorável alcança os indivíduos, independentemente de terem ou não intervindo no processo.

Essa lógica diverge da adotada no Brasil, onde se aplica a coisa julgada *secundum eventum litis*, que apenas beneficia os indivíduos, sendo que estes só são atingidos pelos efeitos desfavoráveis da coisa julgada se intervierem na ação. Logo, no Brasil, a escolha pela intervenção não é indiferente, podendo, de fato, ser prejudicial para os indivíduos.

Considerando tais fatores, se um indivíduo se encontra na mesma situação jurídica abordada em uma ação coletiva ou tem sua ação individual suspensa em razão da coletiva, o ideal é que não intervenha e aguarde o desfecho da ação coletiva. Após o julgamento, dependendo do resultado, poderá então optar por executar a sentença coletiva ou seguir com a sua ação individual.

Deixar os entes legitimados conduzirem a ação e não criar tumulto no processo oferece ao indivíduo maior chance de realização efetiva e célere de seu direito material. O sistema adotado no Brasil não atribui ao indivíduo legitimidade para o ajuizamento da ação coletiva, salvo a ação popular. Optou-se, por ocasião da elaboração da legislação vigente, pela exclusão dos indivíduos do rol dos legitimados, conferindo a determinadas entidades, que supostamente reúnem condições para a defesa responsável e uniforme dos direitos coletivos, a legitimidade para as ações coletivas. Após mais de trinta anos de vigência do CDC e quase 40 anos de vigência da LACP, a opção da lei pode ser questionada, não apenas em relação à exclusão do indivíduo do rol dos legitimados, mas também quanto à ausência de controle da representação adequada dos legitimados, especialmente das associações.

Nesse sentido posiciona-se a doutrina. Para Daniel Amorim, permitir a intervenção posterior dos titulares desses direitos individuais desmoraliza os legitimados ativos, sugerindo que eles não são capazes de realizar uma defesa eficaz dos direitos coletivos em juízo²⁹. Marcelo Abelha Rodrigues, no mesmo sentido, não enxerga motivo plausível para se permitir a intervenção do indivíduo, já que o legislador não outorgou legitimidade individual para propositura de ações coletivas³⁰. Além disso, o autor aponta como injusta a aplicação do art. 103, §2º, tendo em vista que não houve apreciação da demanda individual.

Não há, na restrição à participação dos indivíduos na ação coletiva, qualquer violação aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Pelo contrário. O direito à participação direta, enquanto garantia democrática, não é um elemento essencial do processo. Conforme adverte a doutrina, o processo é um instrumento de realização de direitos materiais, não de participação do cidadão na democracia³¹. A participação deve ser compreendida apenas como um instrumento do processo, o qual é devido somente até o limite em que tiver potencial para contribuir para a realização do direito material³².

Nessa linha de raciocínio, a intervenção do indivíduo no processo coletivo não é de todo negativa. Há casos em que a participação do indivíduo se revela não apenas razoável, mas também essencial para garantir uma maior democratização e efetividade da tutela coletiva. Para Didier e Zaneti, a intervenção pode servir como forma de estabelecer um diálogo entre o legitimado coletivo e os membros do grupo cujos interesses se pretende defender³³. Um exemplo disso encontra-se no Enunciado 226³⁴ da III Jornada de Processo Civil, que admite que comunidades indígenas, quilombolas ou populações tradicionais sejam representadas por suas lideranças ou associações, mesmo que não sejam formalmente constituídas, e no Enunciado 23³⁵, que reconhece que tais comunidades têm o direito de participar adequadamente de ações coletivas e estruturais por meio de representantes legítimos. Ambos reconhecem que

²⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção Op. Cit. P. 308.

³⁰ Rodrigues, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente: tutela contra o ilícito, o risco e o dano ao equilíbrio ecológico. 4ª. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. 414-415.

³¹ Vitorelli, Edilson. Processo Coletivo e Direito à Participação – Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos / Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros – 2ª ed. São Paulo: Editora JusPodvm, 2024. P. 52

³² Vitorelli, Edilson. Op. Cit. P. 60

³³ Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr, Hermes. Op. Cit. P. 299.

³⁴ ENUNCIADO 226: A atuação processual das comunidades indígenas, quilombolas ou populações tradicionais, para a tutela coletiva de seus direitos, poderá ser feita por suas lideranças, entidades representativas ou associações culturais, ainda que não formalmente ou regularmente pré-constituídas.

³⁵ ENUNCIADO 230: Nas ações coletivas e estruturais ajuizadas pelos legitimados políticos ou institucionais, admite-se a participação dos representantes adequados dos grupos sociais titulares da pretensão coletiva, tais como sindicatos, associações, comunidades indígenas, quilombolas e povos tradicionais.

a defesa dos direitos coletivos exige formas de representação processual que respeitem as peculiaridades culturais e organizacionais desses grupos, ainda que em formatos não previstos em lei.

Outro exemplo de participação eficaz e democrática dos indivíduos no processo coletivo é a possibilidade de as vítimas participarem na definição da gestão dos valores arrecadados pelos fundos de reparação, conforme disposto no Enunciado 232 da III Jornada de Processo Civil³⁶, que incentiva a inclusão dos beneficiários diretos na tomada de decisões sobre a aplicação e destinação dos recursos obtidos em ações coletivas.

De modo geral, quanto ao art. 94 do CDC, talvez tivesse sido mais adequado se a legislação permitisse aos membros do grupo participar da ação coletiva apenas na qualidade de informantes, possibilitando-lhes contribuir com o processo por meio da apresentação de provas, informações e argumentos adicionais, como sugerido por Antonio Gidi em seu Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo³⁷.

Porém, entendemos que essa participação dos indivíduos como informantes deva ocorrer apenas em audiências públicas, assim como previsto nos Projetos de Lei nº 4.441/20 e nº 1.641/21. Essa abordagem respeitaria a legitimidade conferida exclusivamente aos entes, ao mesmo tempo em que garante a participação dos membros do grupo sem o risco de prejudicá-los e sem comprometer a celeridade e a ordem processual.

De qualquer forma, enquanto não ocorrer uma eventual alteração legislativa, nos arts. 94 e 103, §2º, do CDC, cabe aos operadores do direito a responsabilidade de aplicar a norma da melhor maneira possível para tutela coletiva e para a tutela individual dos direitos lesionados, tendo em vista os princípios da eficiência e da duração razoável do processo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente: tutela contra o ilícito, o risco e o dano ao equilíbrio ecológico. 4ª. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021

³⁶ENUNCIADO 232: Nos casos de reversão de valores decorrentes de processos coletivos para fundos de reparação, poderá ser determinada a participação das vítimas na definição da destinação do valor, bem como em prol da implementação de garantias de não repetição,

³⁷ Art. 6º, item 6.2: Os membros do grupo poderão participar do processo coletivo como informantes, trazendo provas, informações e argumentos novos.” Gidi, Antonio. Gidi, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito*. Revista de Processo nº 111. Publicação oficial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2003.

DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr, Hermes. Curso de Direito Processual Civil - v.4 - Processo Coletivo - De Acordo com a Nova Lei de Improbidade Administrativa. 18ª. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

GIDI, Antonio. Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas. 1ª ed. Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito. Revista de Processo nº 111. Publicação oficial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2003.

MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;

NERY JR, Nelson. Questões de ordem pública no processo civil: não preclusividade relativa. Revista de Processo. vol. 316. ano 46. p. 179-198. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. Volume único. 7ª. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

PIZZOL, Patrícia Miranda. Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

VITORELLI, Edilson. Processo Coletivo e Direito à Participação – Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos / Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros – 2ª ed. São Paulo: Editora JusPodvm, 2024

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL E A INCORPORAÇÃO DOS
TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

*CONTROL OF CONVENTIONALITY IN BRAZIL AND THE INCORPORATION OF
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES*

Loianny Silva Kirmes¹

Geovany Cardoso Jeveaux²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve exposição acerca da observância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. 3. Uma análise de direito comparado sobre a incorporação de tratados na América Latina. 4. Controle de convencionalidade no Brasil. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo propõe, por meio de uma pesquisa bibliográfica, contextualizar os tratados internacionais de direitos humanos, bem como abordar as peculiaridades da adoção de tais documentos. Para isso, é realizado um estudo comparativo de alguns países da América Latina, bem como o modo como estes incorporam acordos estrangeiros. No que se refere ao Brasil, será evidenciado o modo de atuação da Suprema Corte, bem como o modo como o controle de convencionalidade é observado pelos poderes para conferir estabilidade interna.

Palavras chave: Controle de Convencionalidade; Tratados internacionais de direitos humanos; Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT: This study proposes, through bibliographical research to contextualize international human rights treaties, as well as to address investigations into the adoption of such documents. To this end, a comparative study of some Latin American countries is carried out, as well as the way in which they incorporate foreign agreements. With regard to Brazil, the Supreme Court's mode of action will be highlighted, as well as the way in which conventionality control is presented by the powers to confer internal stability.

Keywords: Conventionality Control; International human rights treaties; Federal Supreme Court

¹ Advogada. Aluna no Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do grupo de estudos: "Direito Processual em evolução: Sapere aude". E-mail: sk.loianny@yahoo.com. <http://lattes.cnpq.br/3171745173460623>.

² Doutor em Direito – Universidade Gama Filho/Rio de Janeiro. E-mail: geovany.jeveaux@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/0864752123654928>.

1. INTRODUÇÃO

O artigo abordará a temática do controle de convencionalidade, bem como a incorporação de tratados de direitos humanos, com enfoque na legislação brasileira.

Para poder desenvolver a pesquisa, identificou-se a problemática acerca do que significaria o “controle de convencionalidade”, de modo que se busca responder se há uma efetiva atuação do Estado para a incorporação eficaz de normas estrangeiras que versem sobre direitos humanos.

Com a finalidade de se responder o questionamento anterior e chegar a uma conclusão sólida, o primeiro capítulo foi pensado para abordar, brevemente, um panorama que evidencie a importância histórica e material conferida às normas protegidas pelos tratados, bem como discorrer acerca da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelos países signatários.

Já com a finalidade de demonstrar o modo como as cortes de outros países incorporam ordenamentos internacionais mantendo uma harmonia com as leis internas, o segundo capítulo irá descrever características do controle de convencionalidade realizado por países da América Latina. Por meio dessa abordagem será possível realizar uma análise de direito comparado hábil para possibilitar uma reflexão acerca da formalidade exigida pelas Cortes estrangeiras.

No terceiro capítulo, enfim, será abordado o modo como esse controle é realizado no Brasil, apresentando o entendimento de precedentes proferidos pelo Tribunal Maior do Estado, bem como abordando o procedimento interno realizado para adoção de tais normas.

2. BREVE EXPOSIÇÃO ACERCA DA OBSERVÂNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Para discorrer sobre a temática de Tratados Internacionais, é importante, de antemão, ressaltar o uso do termo “tratado” como uma expressão ampla e genérica que, conforme conceituado pela Convenção de Viena, diz respeito a um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, independente da denominação que lhe é conferida.

A ratificação será o ato realizado pelo Chefe de Estado, declarando aceito o tratado que foi convencionado pelo agente signatário.³ Antes da incorporação de tratados é necessário que haja um controle realizado pelos representantes do Legislativo para que exista uma harmonia com o direito interno, respeitando a soberania do Estado. Antes da ratificação não há obrigatoriedade dos países pactuantes de cumprirem os acordos. Somente após todo o trâmite legal de incorporação, os Estados se obrigam a cumpri-los.⁴

No que diz respeito aos tratados que versam acerca de direitos humanos, todavia, o conteúdo deles corresponde a uma internacionalização de direitos fundamentais, de modo que estes não se restringem a uma garantia formal, prevista nas normas internas de cada país, mas implicam em uma vinculação dos Estados ao plano do direito internacional.⁵

Estes direitos reconhecidos como fundamentais, historicamente, passaram por um processo de constitucionalização em diversos países, acarretando a positivação de princípios e normas em estatutos e códigos internos, como um direito “superior” que vincula, inclusive, o intérprete da norma, para prevenir violações e impor sanções, havendo necessidade. Com o fim da II Guerra Mundial, esse processo tomou uma dimensão ainda maior, em virtude dos horrores cometidos pelos países durante o período bélico, acarretando um processo de internacionalização de direitos fundamentais. Nesse período, houve um aumento de documentos internacionais publicados e implementados por diversos Estados, tal como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948,⁶ como o primeiro documento de caráter multinacional que declarou os direitos dos homens. Dentre outros tratados importantes, surge também a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada Pacto de San José de Costa Rica, em 22.11.69, institucionalizando, como meios de proteção daqueles direitos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁷

Assim, a proteção das normas dispostas no texto internacional que versam sobre a garantia de direitos humanos exige que o aplicador do direito observe algumas peculiaridades

³ CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 2012 .p. 164.

⁴ SIDOU, J.M. Othon. O Controle dos Atos Internacionais pelo Poder Legislativo (apontamentos de direito constitucional internacional). Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan/jun 2003, pp. 477-495. p. 345-348.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 4ª Ed. Madrid: Trotta, 2004. P. 55.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; *International Association of Legal Science. Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International and Social Trends*. Stanford: Calif.: Stanford University. 1973. p. 652-654.

⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. Ver e atual. São Paulo: Malheiros. 2005. p.166.

características da qualidade de tais direitos, como a aplicação do princípio “*pro homine*”, no qual, ao interpretá-las, deve-se buscar a norma tendente a proteger mais o indivíduo, sendo vedado o retrocesso.⁸

Uma vez que um Estado se compromete internacionalmente ratificando um tratado, a norma incorporada deve ser aplicada de forma principal e obrigatória, sendo inadmissível que se submeta a critérios de subsidiariedade. Da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos impõe a obrigatoriedade da sua própria jurisprudência derivada das decisões e pareceres consultivos emitidos, bem como das recomendações e relatórios da Comissão Interamericana.⁹

Em consonância com esse entendimento, observa-se decisão da referida Corte, no julgamento “Caso *Almonacid Arellano* e outros Vs. Chile”, que reforçou a importância de que os Estados que ratificam um tratado internacional, tal como a Convenção Americana, cumpram a observância destas normas até mesmo ao exercer o controle difuso. Deste modo, os juízes estão vinculados às disposições da Convenção, conforme se verifica do trecho:

“[...] o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.”¹⁰

Dessa forma, o cumprimento das obrigações internacionais destinadas a proteção de direitos humanos requer uma participação em conjunto dos órgãos internos do Estado responsáveis por aplicar as normas internacionais.¹¹

⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 371, 372

⁹ LOIANNO, Adelina et all. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: FDA, 2005, *Acápito III (Incidencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana y de las Recomendaciones de la Comisión en el Derecho Interno)* do Cap. III da Seção I, pp. III-17/III-30 .p. III-12- III-14

¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano* e outros Vs. Chile. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

3. UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO SOBRE A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS NA AMÉRICA LATINA

Compreender o modo como outros países realizam o controle de convencionalidade é essencial para que se possa ter uma visão mais ampla de como a incorporação dos tratados internacionais é realizada em legislações estrangeiras, conforme será demonstrado a seguir com a abordagem de como alguns países versam sobre a temática.

Ao abordar a legislação Argentina, observa-se do texto constitucional que foi reconhecido que as convenções internacionais operam no direito interno em iguais condições ao modo como são aplicadas no âmbito internacional. A Corte adota obrigatoriamente as jurisprudências derivadas das decisões e pareceres consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive, das recomendações e relatórios emitidos pela Comissão Interamericana. No mais, verifica-se a concessão de uma hierarquia constitucional aos tratados que versam sobre direitos humanos, havendo a previsão legal de que estes são complementares e não revogáveis.¹²

Na Bolívia, o Tribunal Constitucional (T.C), como parte do Poder Judiciário, realiza um controle prévio de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais antes da promulgação da lei que os aprova. Ele pode exercer um controle difuso e concentrado e, havendo uma colisão de direitos entre a Constituição e o teor dos instrumentos internacionais, essa questão é levantada previamente, antes de que o tratado seja efetivamente adotado. O texto constitucional não dispõe expressamente de determinações referentes à recepção e nem acerca da hierarquia ocupada da norma internacional no sistema de direito interno do Estado boliviano. Dessa forma, na hipótese de haver dúvida fundada sobre a sua constitucionalidade nos referidos instrumentos internacionais, poderá ser instaurado pelo Presidente do Congresso Nacional um procedimento não obrigatório de consulta, antes da ratificação, não podendo ser submetido ao T.C. rascunhos, anteprojetos ou propostas anteriores.¹³

¹² LOIANNO, Adelina et all. 2005. p. III-12-III-17.

¹³ BAZÁN, Víctor. *Aproximación a la Problemática del Control de Constitucionalidad de los Tratados y Convenios Internacionales en el Derecho Comparado Iberoamericano*. Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 4, jul/dez 2004, pp. 367-417. p. 372-374.

Já se tratando da Colômbia, há um controle exercido obrigatoriamente e previamente sobre os tratados internacionais pelo Tribunal Constitucional. Se o Tribunal os declarar inconstitucionais, não serão ratificados.¹⁴

Quanto ao Chile, a constituição menciona que o mecanismo para incorporação de tratados internacionais na ordem jurídica interna centra-se no controle não obrigatório e preventivo da constitucionalidade. Ele será facultativo a pedido de uma autoridade expressamente habilitada, ou seja: do Presidente da República, de qualquer das Câmaras ou de um quarto dos seus membros em exercício.¹⁵ E para que o Presidente da República tome medidas para adotar os acordos que celebrar para cumprimento de um tratado em vigor, não será requerido nova aprovação do Congresso, a menos que se trate de matérias próprias de lei.¹⁶

Acerca da receptividade dos tratados internacionais do Equador, há um sistema duplo ou paralelo. O Tribunal Constitucional atua com plena autonomia funcional e poderes jurisdicionais e de controle efetivos, podendo governar, de acordo com a Constituição, tratados ou acordos internacionais antes de sua aprovação pelo Congresso Nacional que aprovará ou reprovará os tratados e acordos internacionais que se refiram a determinadas questões, quais sejam: territoriais ou de limites; que estabeleçam alianças políticas ou militares; que atribuam a uma organização internacional ou supranacional o exercício de poderes que derivem da Carta maior ou da lei; que comprometam o Estado com acordos de integração; que se refiram aos direitos e deveres fundamentais das pessoas e aos direitos coletivos; e as que possuem o compromisso de promulgar, modificar ou revogar qualquer lei. Desta forma, os demais tratados e acordos internacionais que versem sobre outra matéria podem ser celebrados e ratificados diretamente pelo Presidente da República sem a aprovação prévia do Congresso Nacional.¹⁷

No que tange ao Peru, vigora um sistema dual ou paralelo, na qual os modelos difuso e concentrado coexistem simultaneamente, mas separadamente, o que o levou a ser apelidado de “mosaico normativo”. É considerado controverso por alguns doutrinadores que o Tribunal possua o poder de controlar repressivamente à constitucionalidade dos tratados internacionais, uma vez que tal tarefa pode culminar numa decisão de inconstitucionalidade que seja publicada no diário oficial e que, no dia seguinte a esta publicação, a norma classificada como inconstitucional fica sem efeito.

¹⁴ BAZÁN, Víctor. 2004. p. 381 - 382.

¹⁵ BAZÁN, Víctor. 2004. p. 385 - 387.

¹⁶ SIDOU, J.M. Othon. 2003. p 359.

¹⁷ BAZÁN, Víctor. 2004. p. 390 - 391.

Verifica-se, portanto, que na maioria dos países latinos abordados há um exame prévio de constitucionalidade realizados pelos órgãos constitucionais. Isso pode ser explicado pelo fato da maioria desses países terem aderido à Convenção de Viena, que dispõe que uma parte não pode invocar o direito interno para inadimplir um contrato.¹⁸

Esse entendimento está em conformidade com o Art. 56 da mesma Convenção, que prevê a ausência de disposição relativa à extinção, denúncia ou retirada de tratados ratificados, com a exceção de terem se estabelecido com a admissão da possibilidade da denúncia ou retirada, ou que possa ser deduzido da própria natureza do tratado um direito de denúncia ou retirada. Em outras hipóteses, para um Estado poder retirar uma norma já internalizada, a previsão trazida pelo referido artigo é a de que este deve notificar a intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, com pelo menos doze meses de antecedência.

4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Verifica-se na própria Constituição de 1988 a importância que o Brasil confere às relações internacionais. Nesse sentido, o art. 4º da CF declarou como princípio a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade nas relações do Brasil com a comunidade internacional.

No Direito brasileiro moderno, surge uma nova fase do debate acerca da ratificação de tratados internacionais a partir promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 (EC 45). A EC 45, também chamada Reforma do Poder Judiciário, inseriu na Constituição várias disposições diretamente relativas aos direitos humanos e fundamentais, inclusive no que diz respeito à incorporação, ao direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos.¹⁹ O Pacto de São José da Costa Rica, mencionado no primeiro capítulo, entrou em vigor no Brasil antes dessa reforma, em 1992 por via de adesão.²⁰

Embora não haja legislação processual específica, algumas decisões dos tribunais superiores admitem, inclusive, a possibilidade de demanda processual estrutural em casos que

¹⁸ TORRES, João Guilherme Gualberto; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Ensanchas de um Controle de Convencionalidade no Brasil: três casos sob análise. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 570-600. 2015. p. 573.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]: 2011. 12, pp. 325-344. Acesso em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1328>. p. 325.

²⁰ SILVA. 2005. p. 164.

versam sobre a definição de políticas públicas por meio do controle judicial, de modo que alguns dos seus comandos são incorporados de medidas estruturais²¹ que garantem implementações necessárias à efetividade da decisão.²²

Verifica-se, portanto, que a incorporação dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos é reconhecida pela Carta Maior e pode ser utilizado para controle e intervenção em políticas públicas.²³ Após leitura do Art. 5º § 1º ao § 4º, da CF verifica-se, também, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sem exclusão de direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Observando as concepções de incorporação do Direito Internacional na ordem interna, tem-se o monismo e dualismo. Os monistas concebem o direito internacional como uma unidade, sendo integrantes do ordenamento tanto quanto as normas internas. Já os dualistas diferenciam as ordens jurídicas estadual e internacional, entendendo que ambas são independentes de cada uma, necessitando de normas específicas para a sua relação. Dessa forma, o Brasil adotou um sistema misto, incorporando os tratados de direitos humanos automaticamente, enquanto os demais tratados internacionais precisam seguir a sistemática de incorporação legislativa, por força do art. 5º § 3º.²⁴

Havendo sido incorporados por via de emenda constitucional, os direitos incorporados impõem limites materiais à própria reforma. Ou seja, mesmo com nova emenda constitucional posterior, se tornam insuscetíveis de supressão e esvaziamento. No entanto, não se pode afirmar que os direitos que possuem previsão nos tratados que foram incorporados antes da EC 45 não detenham proteção, uma vez que, em virtude do seu núcleo essencial e dos limites existentes em face às limitações de direitos fundamentais, gozam de proteção contra limitações e retrocessos de toda ordem.²⁵

²¹ O processo estrutural é aquele que se veicula um litígio estrutural, que se pauta em um problema estrutural e há a pretensão de se alterar o estado de desconformidade por meio de um projeto de reestruturação. Disponível em: ANTUNES, Denise. *DECISÃO INTERNACIONAL DE CUNHO ESTRUTURAL PROFERIDA EM VIRTUDE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE*. Revista Brasileira de Direito e Justiça, v. 6, p. 185-211, 2022. <<https://revistas.uepg.br/index.php/direito/article/view/22154/209209217976>> p.194. Acesso em: 20 nov. 2024.

²² ANTUNES, Denise; BOCHENEK, Antônio Cesar. *POLÍTICAS PÚBLICAS PROVENIENTES DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EIVADO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES*. 22 jul. 2024. Edição v. 10 n. 18 (2023): Administração Pública, Administração da Justiça e o Futuro do Direito. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/9728>>. p. 2. Acesso em: 20 nov. 2024.

²³ ANTUNES, Denise; BOCHENEK, Antônio Cesar. 2024. p. 6

²⁴ PIOVESAN, 2013. p. 143-147.

²⁵ SARLET, 2011. p.332.

Nesse sentido, analisando os precedentes que deram origem à Súmula Vinculante n. 25, que versa sobre a proibição da prisão do depositário infiel, em face do art. 7.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969²⁶, verifica-se um marco no direito brasileiro no que se refere aos tratados internacionais sobre direitos humanos, justificado pelos precedentes representativos que consagram a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados e internalizados na ordem jurídica interna, conforme argumentado pelo voto do ministro Gilmar Mendes no RE 466.343.²⁷

O referido ministro justificou o seu voto alegando a possibilidade da revogação de parte do inc. LXVII do art. 5º CF/88, com base no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica, abrindo debate para a eficácia que tais documentos internacionais, em especial, os de direitos humanos, têm no ordenamento constitucional brasileiro. Entendeu, portanto, que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel não foi revogada quando o Brasil aderiu os referidos tratados internacionais, mas passou a ter um “efeito paralisante” conferido pelos tratados, ou seja, deixou de ter aplicabilidade.²⁸

No entanto, há críticas em relação ao modo como o julgamento interpretou o controle de convencionalidade, neste caso. Na tese do Ministro Celso de Mello, foi utilizado o termo “controle de convencionalidade”, quando argumentou sobre uma antinomia entre tratados de direitos humanos não aprovados de acordo com o procedimento constitucional. Para ele, entre a promulgação da CF de 1988 e a promulgação da EC 45/2004 que introduziu o §3º do art. 5º na carta magna, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos terão status materialmente constitucional porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. No entanto, há que se destacar um equívoco na utilização do termo, uma vez que este estava se referindo ao teor material do tratado. Conforme explica JEVEAUX sobre o argumento do ministro:

“Considerando que o CCB em vigor renovou a prisão do depositário infiel e é posterior ao ato de adesão do Brasil àquele Pacto, a ilegalidade das leis infraconstitucionais que versam sobre tal tema apenas pode ser creditada ao caráter supralegal desse documento internacional, havendo aqui, então, um

²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 22 nov. 2024.

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante 25. STF - Supremo Tribunal Federal. 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2825>. Acesso em: 22 de novembro de 2023.

²⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. Comentários às Súmulas Vinculantes. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

controle de convencionalidade, porém não no sentido a ele dado pelo Ministro Celso de Mello, ou seja, de um texto materialmente constitucional em relação a um texto infraconstitucional, e sim de um texto supralegal para um texto legal.”²⁹

Há de se falar que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem natureza materialmente constitucional, em virtude do próprio teor. Desse modo, estão de acordo com a natureza constitucional. Segundo esta linha de raciocínio, observa-se que, na verdade, quando o termo “controle de convencionalidade” é utilizado, o ministro comete um equívoco, de modo que poderia, por certo, ter utilizado da expressão “controle de constitucionalidade”.³⁰

Verifica-se, portanto, um controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte, de modo muito posterior à adoção do tratado, na contramão dos países que realizam o controle previamente. No entanto, tal decisão é de grande importância para se compreender o status dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro.

Importante ressaltar a importância da cooperação entre os órgãos nacionais internos para cumprir os tratados, conforme exposto no primeiro capítulo, bem como a vinculação dos juízes às determinações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesse sentido, o CNJ, visando contribuir para que as decisões do sistema interamericano sejam integradas, bem como para fortalecer a proteção aos Direitos Humanos, instaurou o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, que, dentre as ações iniciais propostas para concretizar tais direitos no âmbito do Poder Judiciário, recomenda aos seus respectivos órgãos o controle de convencionalidade das leis internas, o uso das jurisprudências proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que vigoram no Brasil, em cumprimento ao Art.1º, I, da Recomendação CNJ n.123 de janeiro de 2022.³¹

Dessa forma, havendo casos que tratem de litígios estruturais provenientes de violações de direitos humanos, ou seja, casos que detectam políticas públicas na qual se averiguam estados de desconformidades, o controle de convencionalidade atuará, de modo que a Corte Internacional poderá determinar medidas estruturantes, ou seja, com efeito “*erga omnes*”, para indicar medidas que o Estado-parte deverá tomar a fim de impedir violações semelhantes

²⁹ JEVEAUX, Geovany Cardoso, 2011.

³⁰ TORRES, João Guilherme Gualberto; JEVEAUX, Geovany Cardoso, 2015. p. 582.

³¹ *PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELOS DIREITOS HUMANOS*. O que é o pacto? Quais são as ações do pacto? Conselho Nacional de Justiça, 2022. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-pacto-versao-impressao.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2023.

futuramente.³² Assim, as medidas de “não repetição” que visam eliminar ou corrigir as consequências de violações a direitos humanos possuem comandos de ordem estrutural, consistindo em medidas para evitar que a conduta violadora da obrigação internacional se reitere.³³

5. CONCLUSÃO

Ao contrário do caminho percorrido pela maioria dos países sul-americanos que atuam previamente, de modo a estabilizar uma segurança jurídica interna, o Brasil realiza um controle de constitucionalidade das normas internacionais de uma forma confusa, inclusive, atuando posteriormente, como se verifica da revogação da prisão do depositário infiel muito após a adesão do Pacto de São José da Costa Rica pela Suprema Corte.

Apesar dessa (des)organização que pode gerar instabilidade e insegurança jurídica, o Brasil se encontra limitado pelos tratados internacionais, em especial, aos de direitos humanos que, em virtude da sua importância, adquiriam status de supralegalidade no ordenamento pátrio. Desta forma, uma vez ratificados, o Estado se propõe a respeitar e cumprir os termos pactuados, inclusive, para determinar medidas estruturantes.

Observa-se que para colaborar com a adoção harmônica, os órgãos de justiça têm tomado medidas, como é o caso do Pacto Nacional do Judiciário pelos direitos humanos. Nota-se, portanto, que vem sendo realizado um reforço da importância do controle de convencionalidade, para poder cumprir os tratados no território nacional, respeitada a soberania do Estado, inclusive, com a colaboração do poder judiciário, ao exercer controle difuso.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Denise. *DECISÃO INTERNACIONAL DE CUNHO ESTRUTURAL PROFERIDA EM VIRTUDE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE*. Revista Brasileira de Direito e Justiça, v. 6, p. 185-211, 2022. <<https://revistas.uepg.br/index.php/direito/article/view/22154/209209217976>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

ANTUNES, Denise; BOCHENEK, Antônio Cesar. *POLÍTICAS PÚBLICAS PROVENIENTES DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EIVADO DE MEDIDAS ESTRUTURANTES*.

³² ANTUNES, Denise; BOCHENEK, Antônio Cesar. 2024. P. 6-7.

³³ ANTUNES, Denise, 2022. p.193.

22 jul. 2024. Edição v. 10 n. 18 (2023): Administração Pública, Administração da Justiça e o Futuro do Direito. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/9728>. Acesso em: 20 nov. 2024.

BAZÁN, Víctor. *Aproximación a la Problemática del Control de Constitucionalidad de los Tratados y Convenios Internacionales en el Derecho Comparado Iberoamericano*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 4, jul/dez 2004, pp. 367-417.

CAPPELLETTI, Mauro; International Association of Legal Science *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International and Social Trends*. Stanford: Calif.: Stanford University. 1973.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs21*. Chile. Sentença de 26 de setembro de 20063. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 23 de novembro de 2024.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 4ª Ed. Madrid: Trotta, 2004.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Comentários às Súmulas Vinculantes*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. (comentários à SV n. 25);

LOIANNO, Adelina et alli. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: FDA, 2005, Acápito III (Incidencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana y de las Recomendaciones de la Comisión en el Derecho Interno) do Cap. III da Seção I , pp. III-17/III-30 .

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 22 nov. 2024.

PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELOS DIREITOS HUMANOS. *O que é o pacto? Quais são as ações do pacto?* Conselho Nacional de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-pacto-versao-impressao.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2024.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos*. Espaço Jurídico Journal of Law

[EJLL]: 2011. 12, pp. 325–344. Acesso em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1328>. p. 325.

SIDOU, J.M. Othon. *O Controle dos Atos Internacionais pelo Poder Legislativo* (apontamentos de direito constitucional internacional). Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan/jun 2003, pp. 477-495. p. 345-348.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. Ver e atual. São Paulo: Malheiros. 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante 25*. STF - Supremo Tribunal Federal. 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2825>. Acesso em: 22 de novembro de 2024.

TORRES, João Guilherme Gualberto e JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Ensanchas de um Controle de Convencionalidade no Brasil: três casos sob análise*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 570-600. 2015.

**IMPACTOS ESTRUTURAIS DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO MARIA DA PENHA
FERNANDES VS. BRASIL¹**

*STRUCTURAL IMPACTS OF THE RECOMMENDATIONS OF THE INTER-AMERICAN
COMMISSION ON HUMAN RIGHTS IN THE CASE MARIA DA PENHA FERNANDES VS.
BRAZIL*

Valesca Raizer Borges Moschen²
Isabela Tonon da Costa Dondone³
Ketilley Christine Boecke da Silva⁴

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O sistema de petições e casos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: caráter estrutural e medidas de não repetição com perspectiva de gênero. 3. As recomendações estruturais no caso Maria da Penha: análise do relatório nº 54/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 4. Implementação das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: os avanços no sistema de proteção aos direitos das mulheres no Brasil promovidos pela Lei Maria da Penha. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: Trata-se de pesquisa que avalia os impactos das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Maria da Penha vs. Brasil, destacando sua contribuição para transformar o sistema de proteção às mulheres, promovendo avanços legais e institucionais no enfrentamento à violência de gênero e na garantia de direitos humanos.

Palavras-chave: CIDH; Processos estruturais; Direitos das mulheres; Violência de gênero; Lei Maria da Penha.

ABSTRACT: This is a research study that evaluates the impacts of the recommendations of the Inter-American Commission on Human Rights in the case of Maria da Penha vs. Brazil, highlighting its contribution to transforming the women's protection system, promoting legal

¹ Pesquisa vinculada ao grupo de estudos LABCODEX (UFES-CNPq) e ao projeto de pesquisa Mulheres na Ciência, aprovado pelo Edital FAPES Nº 21/2023.

² Professora Titular do Departamento de Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutora em Direito e Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona (UB); Coordenadora do Labirinto da Codificação do Processo Civil Internacional (LABCODEX/UFES-CNPq) e do Projeto de pesquisa Mulheres na Ciência (FAPES); Bolsista Produtividade FAPES. E-mail: raizervalesca@gmail.com.

³ Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisadora LABCODEX (UFES-CNPq); Bolsista CAPES. E-mail: belatonon@gmail.com.

⁴ Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisadora LABCODEX (UFES-CNPq); Bolsista FAPES vinculada ao programa Mulheres na Ciência. E-mail: ketilley.boecke@gmail.com.

and institutional advancements in addressing gender-based violence, and ensuring human rights.

Keywords: IACHR; Structural processes; Women's rights; Gender-based violence; Maria da Penha Law.

1. INTRODUÇÃO

O processo de proteção aos direitos humanos, de caráter universal e positivo, teve início com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948. Desde então, desenvolveu-se o processo de internacionalização dos direitos humanos e, tão logo, surgiram tratados internacionais específicos sobre o tema. No contexto das Américas⁵, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), de 1994, se consolidaram como marcos normativos essenciais para a proteção dos direitos humanos e, em especial, para o desenvolvimento do sistema interamericano de direitos humanos.⁶

Os direitos humanos das mulheres, enquanto construção histórica, não representam uma trajetória linear, uma marcha triunfal ou uma causa perdida mas refletem continuamente uma história de luta⁷, marcada por processos que criam e consolidam espaços de reivindicação pela dignidade humana, em consonância com a complexidade e a dinâmica do movimento feminista em sua trajetória plural.⁸ Essa luta é evidenciada pela persistência da violência contra a mulher como uma questão estrutural e de dimensão pública, que afeta meninas e mulheres de todas as classes sociais, idades e cores, ainda que em intensidades variadas.⁹

⁵ Durante a 9ª Conferência Interamericana realizada em Bogotá, Colômbia, entre 30 de março a 02 de maio de 1948, foi aprovada a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH).

⁶ LIMA, Fernandes Antônio de. *Curso de Hermenêutica em Direitos Humanos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025, pp. 124-135.

⁷ LOCHAK, Daniele. *Les Droits de l'Homme*. Nouv. ed. Paris: La Découverte, 2005. Apud LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22.

⁸ FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 23, n. 44, p. 9-30, 2002, p. 7. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

⁹ De acordo com os dados do Atlas da Violência de 2024, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a gravidade do problema da violência contra meninas e mulheres permanece alarmante. Em 2022, mais de 220 mil meninas e mulheres foram vítimas de violência, sendo 65,2% dos casos relacionados à violência doméstica. Entre os tipos de violência, predominam a violência física (36,7%) e as violências múltiplas (31,1%). A análise das vítimas de agressão em contexto doméstico e intrafamiliar revela uma prevalência significativa de meninas e mulheres negras, que representam 58,2% dos casos registrados. Por outro lado, meninas e mulheres brancas

A problemática central desta pesquisa reside na necessidade de abordar a violência de gênero como uma questão estrutural que transcende medidas pontuais e demanda mudanças profundas nos processos institucionais e culturais que sustentam o sistema de proteção aos direitos das mulheres no Brasil. O caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil revelou de forma emblemática as fragilidades desses processos. Após duas tentativas de homicídio e dezoito anos de impunidade, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão) condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão no combate à violência doméstica. A Comissão também constatou que essa violação refletia um padrão discriminatório de tolerância à violência contra as mulheres, destacando a necessidade de reformas estruturais para superar essas lacunas.¹⁰

O problema que a pesquisa busca responder é: como as recomendações de caráter estrutural emitidas pela CIDH no caso Maria da Penha vs. Brasil contribuíram para transformar o sistema de proteção aos direitos das mulheres no Brasil? A hipótese é de que tais recomendações impulsionaram mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro, promovendo avanços institucionais e normativos fundamentais para o enfrentamento da violência de gênero.

A metodologia adotada é de abordagem quali-quantitativa, com base no método indutivo. A pesquisa realiza uma análise documental das normativas internacionais e nacionais e da literatura especializada sobre o tema. Essa abordagem permite articular aspectos normativos, institucionais e empíricos, mapeando os avanços na proteção aos direitos das mulheres no Brasil.

O corte metodológico concentra-se nas recomendações estruturais emitidas pela CIDH no caso Maria da Penha, delimitando o estudo ao impacto dessas medidas no ordenamento jurídico e nas políticas públicas brasileiras, sobretudo quanto à importância da abordagem estrutural para o avanço no enfrentamento à violência de gênero.

A pesquisa não aprofunda questões teóricas gerais sobre o movimento feminista ou os direitos humanos, mas reconhece sua relevância para contextualizar a luta histórica pela dignidade e igualdade de gênero.

correspondem a 39,8% das notificações, enquanto aquelas identificadas como amarelas e indígenas representam, cada uma, aproximadamente 1% dos registros.

¹⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

2. O SISTEMA DE PETIÇÕES E CASOS DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CARÁTER ESTRUTURAL E MEDIDAS DE NÃO REPETIÇÃO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Para compreender o caráter estrutural do sistema de petições e casos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão), é necessário, inicialmente, analisar os conceitos de processo estrutural e problema estrutural. A definição de litígio estrutural, conforme Hermes Zaneti Jr., Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria, refere-se à existência de um “estado de desconformidade estruturada”, ou seja, uma situação em que a reorganização de um sistema ou prática se faz necessária, independentemente de sua licitude. O processo estrutural, vinculado a esses litígios, é um instrumento jurídico que visa transformar esse estado de desconformidade por meio de um procedimento bifásico, flexível e pautado pela consensualidade.¹¹ Entre suas características também estão a multipolaridade, a coletividade e a complexidade do litígio, embora esses elementos não sejam essenciais¹² para configurá-lo enquanto estrutural.¹³

Com base nessas características, é possível atribuir ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH ou Sistema) um caráter estrutural¹⁴. Este sistema, composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), possui um procedimento específico que, à luz do princípio *pro persona*, busca priorizar medidas de proteção dos direitos humanos, sejam elas de origem normativa interna ou internacional, pautadas também pelo princípio da subsidiariedade do Sistema.¹⁵ No entanto, este artigo

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: *Revista do Processo*, vol. 303, p. 45-81, mai. 2020, p. 46-48.

¹² Conforme aponta Renan Teixeira de Mello do Nascimento, um litígio estruturante nem sempre é uma demanda coletiva. Pode o magistrado, por exemplo, em certa demanda postulada individualmente em face de ente federativo adotar medidas de contenção à doenças vetoriais que poderão ser repercutidas à sociedade. In: NASCIMENTO, Renan Teixeira de Mello do. *O objeto do processo e o processo estrutural*. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2022, 164f., p. 63.

¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro, 2020, p. 50-51.

¹⁴ Conforme expõem Cesar Henrique Kluge e Edilson Vitorelli, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como estrutura normativa básica: (i) a Carta da OEA (1948); (ii) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); (iii) Convenção Americana de Direitos Humanos (também denominada Pacto de San José da Costa Rica) (1969) e Protocolo Adicional sobre matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: KLUGE, Cesar Henrique; VITORELLI, Edilson. O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano. Reflexões a partir do caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala. *Civil Procedure Review*, v. 12, p. 41-68, mai.- ago. 2021, P. 45.

¹⁵ FACHIN, Melina Girardi; SCHUBERT, Marcus Vinicius Porcaro Nunes. Litígio estrutural: encruzilhadas entre a jurisdição constitucional e a Corte Interamericana. In: *Revista de Estudos Constitucionais Suprema*. v. 4, jan/jun.

concentra-se exclusivamente na atuação da Comissão, uma vez que o caso paradigmático Maria da Penha foi resolvido dentro de sua esfera de competência.

A Comissão¹⁶, órgão autônomo e principal da Organização dos Estados Americanos (OEA), desempenha uma série de funções, incluindo a análise de petições individuais, a emissão de relatórios temáticos, a realização de visitas *in loco*, a adoção de medidas cautelares e a facilitação de soluções amistosas. Mais do que investigar violações específicas, a CIDH identifica padrões sistêmicos subjacentes que contribuem para a perpetuação dessas violações. Suas recomendações, fundamentadas em análises abrangentes, frequentemente demandam reformas estruturais em legislações, políticas públicas e práticas institucionais, indo além da resolução do caso concreto.¹⁷

Nesse contexto, cabe à Comissão examinar denúncias ou queixas que alegam violação dos Direitos Humanos garantidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e em outros tratados interamericanos de direitos humanos, apresentadas por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental reconhecida por um Estado membro ou mais (art. 44 da CADH).¹⁸

O sistema de petições e casos perante a CIDH compreende etapas distintas. Inicialmente, na fase de “sob estudo”, verifica-se se a petição atende aos requisitos do art. 28 do Regulamento da CIDH e essa etapa é encerrada com a decisão de dar ou não tramitação à denúncia, notificando-se a parte peticionária em ambos os casos. Na sequência, ocorre a etapa de “admissibilidade”, em que se avalia o cumprimento dos critérios previstos nos arts. 46 e 47 da CADH e nos arts. 30 a 36 do Regulamento da CIDH. Com a abertura da tramitação, a petição é transmitida ao Estado, e a fase se conclui com a emissão de um relatório de admissibilidade ou inadmissibilidade.¹⁹

2024, p. 369-403. Disponível em: < <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/361> >. Acesso em 20 nov. 2024, p. 385.

¹⁶ A Comissão, que possui uma natureza dúplice – como órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) (art. 1, do Regulamento da CIDH) e como órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)

¹⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sistema de Petições e Casos: Folheto Informativo*. Washington, D.C.: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, [s.d.]. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf. Acesso em: 20 nov. 2024. pp. 5-9.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

¹⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sistema de Petições e Casos: Folheto Informativo*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024. p. 24.

Nas etapas subsequentes, destacam-se as fases de “mérito” e “acompanhamento”. A fase de mérito tem início com a atribuição de um número ao caso e a notificação do relatório de admissibilidade, sendo concluída com a decisão sobre o mérito. Essa decisão pode incluir recomendações ao Estado membro, tais como: suspender os atos violadores de direitos humanos; investigar e sancionar os responsáveis; reparar os danos causados; promover alterações no ordenamento jurídico; e adotar outras medidas ou ações estatais pertinentes, conforme as disposições dos arts. 48 e 50 da CADH e os artigos correlatos do Regulamento da CIDH.²⁰

No “acompanhamento de recomendações” ou de “soluções amistosas”, após a publicação dos relatórios, a CIDH pode adotar medidas como solicitação de informações, audiências ou reuniões para verificar o cumprimento das recomendações ou acordos, conforme descrito no art. 48 do Regulamento da CIDH. Além disso, uma petição pode ser arquivada caso não subsistam os motivos ou as informações necessárias para a sua análise, conforme previsto nos arts. 42 e 48 do Regulamento da CIDH.²¹

Conforme a jurisprudência do SIDH, as vítimas de violações de direitos humanos têm direito a reparação plena, efetiva, adequada e proporcional aos danos sofridos. Entre as modalidades mais comuns de reparação incluem-se compensação econômica, satisfação, garantias de não repetição, restituição de direitos e reabilitação. Essas medidas, alinhadas aos Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação da ONU (Resolução Nº 60/147), integram as recomendações da CIDH, consolidando seu papel estruturante na transformação das condições sociais e jurídicas que deram origem às violações.²²

Diante do exposto, o procedimento da Comissão reúne características essenciais para configurar sua dinâmica estrutural. Trata-se de um processo que busca transformar a organização e o funcionamento das estruturas de um Estado-membro, mesmo que tenha origem em um caso específico. Suas recomendações e medidas de não repetição transcendem a solução de um único caso, promovendo, em grande parte, mudanças político-sociais voltadas para a

²⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sistema de Petições e Casos: Folheto Informativo*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf> Acesso em: 20 nov. 2024. p. 24.

²¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sistema de Petições e Casos: Folheto Informativo*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf> Acesso em: 20 nov. 2024. p. 24.

²² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sistema de Petições e Casos: Folheto Informativo*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf> Acesso em: 20 nov. 2024. p. 24.

resolução de problemas estruturais nesse Estado. Além disso, como mencionado, o procedimento adota uma abordagem bifásica e prioriza a solução amigável do conflito.

Casos relacionados à violência de gênero exemplificam essa dinâmica de maneira emblemática. Ao tratar denúncias dessa natureza, a Comissão frequentemente recomenda medidas de não repetição voltadas à incorporação da perspectiva de gênero nas estruturas normativas e sociais dos Estados.²³ Embora este capítulo não se aprofunde em casos específicos, é pertinente mencionar: (i) o Informe nº 67/11, referente ao Caso Gladys Carol Espiniza González vs. Peru, que recomenda reestruturações legislativas e a implementação de políticas para melhorar a investigação de casos de violência sexual envolvendo agentes de segurança pública; (ii) o Informe sobre Pessoas Trans e de Gênero Diverso e seus Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (Doc. 239, de 7 de agosto de 2020); e (iii) as Recomendações nº 62 e 64 sobre a proteção de mulheres contra violência e discriminação decorrentes do conflito armado na Colômbia (Doc. 67, 18 de outubro de 2006).²⁴

Assim, o sistema de petições e casos da CIDH constitui-se como um mecanismo essencial para a proteção dos direitos humanos e a promoção de transformações estruturais nos Estados membros da OEA. Suas características – como a flexibilidade processual e o enfoque em medidas de reparação – evidenciam seu papel estratégico na solução de problemas complexos e estruturais.

3. AS RECOMENDAÇÕES ESTRUTURAIS NO CASO MARIA DA PENHA: ANÁLISE DO RELATÓRIO Nº 54/01 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão) recebeu uma denúncia apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, juntamente com o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). A denúncia foi submetida com base na competência prevista nos arts. 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

²³ OEA. *Compendio – Reparación integral con perspectiva de género en contextos de justicia transicional*. 2023. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Compendio-Reparaciones-Genero-ESP.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2024, p 374-375.

²⁴ OEA. *Compendio – Reparación integral con perspectiva de género en contextos de justicia transicional*. 2023. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Compendio-Reparaciones-Genero-ESP.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2024, p 376-377.

(CADH) e no art. 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.²⁵

A denúncia apresentada à CIDH alega que a República Federativa do Brasil demonstrou tolerância em relação à violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros contra sua então esposa, Maria da Penha Maia Fernandes, em seu domicílio, na cidade de Fortaleza (CE). Essa violência, que ocorreu durante os anos de convivência matrimonial, culminou em uma tentativa de homicídio e novas agressões nos meses de maio e junho de 1983. Como resultado dessas agressões, Maria da Penha sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde aquele ano.²⁶

A denúncia também destaca a inação do Estado, que, por mais de quinze anos, não adotou as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias realizadas. Os peticionários alegam a violação dos arts. 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos), 8 (Garantias judiciais), 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) do Pacto de San José da Costa Rica, em conexão com os arts. II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, bem como dos arts. 3, 4 (a, b, c, d, e, f, g), 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará.²⁷

Após seguir os trâmites regulamentares, e diante da ausência de resposta do Estado brasileiro, os peticionários solicitaram que os fatos relatados fossem considerados verdadeiros, conforme o art. 42 do Regulamento da Comissão.²⁸

Em seu relatório, elaborado nos termos do art. 51 da Convenção Americana, a Comissão avaliou os requisitos de admissibilidade e concluiu que a petição era admissível, de acordo com os arts. 46(2)(c) e 47 do Pacto de San José da Costa Rica e o art. 12 da Convenção de Belém do Pará. No mérito, a Comissão concluiu que o Estado violou, em prejuízo de Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos arts. 8 e 25 da Convenção Americana, em conexão com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no art. 1(1) da Convenção, bem como os arts. II e XVII da Declaração e o art. 7 da Convenção de Belém do Pará.²⁹

²⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

²⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

²⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

²⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

²⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em:

A Comissão também constatou que essa violação reflete um padrão discriminatório de tolerância à violência doméstica contra mulheres no Brasil, devido à ineficácia da ação judicial. Em suas recomendações estruturais, a Comissão enfatizou a necessidade de prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório em relação à violência doméstica. Para tanto, recomendou-se:

- a) A implementação de medidas de capacitação e sensibilização para funcionários judiciais e policiais especializados, de modo a promover a compreensão da importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) A simplificação dos procedimentos judiciais penais, visando reduzir o tempo processual sem comprometer os direitos e garantias do devido processo;
- c) O estabelecimento de mecanismos alternativos, rápidos e efetivos, para a solução de conflitos intrafamiliares, acompanhados de campanhas de sensibilização sobre a gravidade da violência doméstica e suas consequências penais;
- d) A ampliação do número de delegacias policiais especializadas na defesa dos direitos da mulher, dotando-as de recursos suficientes para garantir a tramitação eficaz e a investigação de todas as denúncias, além de apoiar o Ministério Público na preparação de seus relatórios judiciais; e
- e) A inclusão, nos planos pedagógicos, de unidades curriculares voltadas à promoção do respeito aos direitos das mulheres, conforme reconhecidos pela Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo adequado de conflitos intrafamiliares.³⁰

Em 13 de março de 2001, a CIDH decidiu enviar o Relatório nº 54/01 ao Estado brasileiro, em conformidade com o art. 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O Estado recebeu o prazo de um mês, a partir do envio, para implementar as recomendações formuladas no relatório. Contudo, ao término desse período, a Comissão não recebeu nenhuma resposta do Estado brasileiro.³¹

Diante desse contexto, e com base nos arts. 51(3) da Convenção Americana e 48 de seu Regulamento, a Comissão optou por reiterar as conclusões e recomendações apresentadas no relatório. Além disso, decidiu tornar o relatório público e incluí-lo em seu Relatório Anual, a

<<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

³⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

³¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

ser submetido à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), reforçando a necessidade de ações concretas por parte do Estado brasileiro para enfrentar a violência doméstica e cumprir com suas obrigações internacionais de proteção aos direitos humanos.³²

Após um longo período de impunidade, em 31 de outubro de 2002, ocorreu a prisão de Marco Antônio na Paraíba, encerrando um ciclo que perdurou por dezenove anos. As medidas estruturais recomendadas pela CIDH foram incorporadas em um termo de compromisso firmado entre as entidades peticionárias e o Estado brasileiro. Esse acordo representou um marco na adoção de ações concretas para enfrentar a violência doméstica e reforçar os direitos das mulheres no país.³³

4. IMPLEMENTAÇÃO DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: OS AVANÇOS NO SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL PROMOVIDOS PELA LEI MARIA DA PENHA

A implementação das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão) tem sido um vetor fundamental na construção de um sistema de proteção aos direitos das mulheres no Brasil. Esses avanços, impulsionados principalmente pelo caso Maria da Penha e pela repercussão internacional de episódios de violência de gênero, refletem o alinhamento gradual do país às obrigações previstas em tratados internacionais. A legislação brasileira, o sistema judicial e as políticas públicas passaram por grandes transformações, com foco na prevenção da violência, no acolhimento das vítimas e na responsabilização efetiva dos agressores.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06)³⁴ constitui a principal resposta às recomendações da Comissão e é reconhecida no Relatório Progresso das Mulheres do Mundo

³² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

³³ PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, edição especial, p. 70-89, jan.-mar. 2012. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024. p. 83.

³⁴ A Lei Maria da Penha, foi desenvolvida por um grupo de juristas e acadêmicas feministas em colaboração com diversas organizações não governamentais feministas, como o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (ADVOCACI), Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento (AGENDE), Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA), Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/BR) e Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS).

2011-2012, da Organização das Nações Unidas (ONU), como uma das legislações mais avançadas do mundo na defesa dos direitos das mulheres.³⁵ Representando um divisor de águas no enfrentamento à violência de gênero, essa legislação adota uma abordagem inovadora e abrangente para a proteção e promoção dos direitos das mulheres no Brasil.³⁶

Inspirada em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção de Belém do Pará, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entre outros, a Lei Maria da Penha confere proteção explícita às mulheres contra agressões baseadas no gênero. Reconhece diversas formas de violência doméstica – física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (art. 7º) – e enfatiza que essas violações configuram graves atentados aos direitos humanos quando praticadas em ambientes domésticos, familiares ou em relações íntimas de afeto (arts. 5º e 6º).³⁷

Antes da promulgação da lei, em 2006, casos de violência doméstica eram tratados de forma branda pelos Juizados Especiais Criminais, muitas vezes resultando em acordos ou transações penais. Essa abordagem não só inviabilizava a ação penal contra os agressores, mas também passava a mensagem de convivência estatal, desestimulando as denúncias por parte das vítimas e aumentando o risco de novas agressões.³⁸

A Lei Maria da Penha transformou essa realidade ao introduzir mudanças processuais profundas, como a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar (art. 14), competentes para demandas penais e cíveis relacionadas à violência doméstica; a vedação do julgamento por Juizados Especiais Criminais e da realização de transações penais nesses casos (art. 41); a renúncia à representação somente em audiência específica perante o magistrado (art. 16); a proibição de penas exclusivamente pecuniárias (art. 17-A); a previsão de prisão

³⁵ UN WOMEN. *Progress of the World's Women 2011–2012: In Pursuit of Justice*. New York: UN Women, 2011. Disponível em: <<http://progress.unwomen.org>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

³⁶ PIOVESAN. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, p. 70-89. 2012. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024. p. 83.

³⁷ PIOVESAN. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, p. 70-89. 2012. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024. p. 83.

³⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Duas décadas de relevantes mudanças na proteção dada à mulher pelo direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 115, jan./dez. 2020. p. 141-163. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/189361/174881>>. Acesso em: 20 nov. 2024. p. 155.

preventiva (art. 20); e a adoção de medidas protetivas de urgência³⁹ para resguardar a integridade da vítima e de seus filhos antes do julgamento final (arts. 22 a 26).⁴⁰

O impacto legislativo estendeu-se ao Código Penal (CP), que incluiu uma agravante genérica para crimes cometidos no contexto de violência doméstica (art. 61, II, “F”) e aumentou a pena para lesão corporal praticada nesse âmbito (art. 129, § 9º). No campo da execução penal, a legislação passou a prever a possibilidade de reeducação obrigatória dos agressores (art. 152, parágrafo único, da Lei nº 7.210/1984).⁴¹

A introdução do feminicídio (Lei nº 13.104/2015) foi outro desdobramento importante. A partir dessa mudança, a legislação passou a reconhecer o assassinato motivado por razões de gênero como uma violação grave, com penas mais severas. Essa alteração resultou de demandas por maior proteção às mulheres e da repercussão de casos como o Maria da Penha vs. Brasil na Comissão e o Campo Algodoeiro vs. México, na Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁴² Em 10 de outubro de 2024, com a entrada em vigor da Lei nº 14.994/24, o feminicídio passa a figurar como um crime autônomo no Código Penal, com pena de 20 a 40 anos de reclusão (antes era de 12 a 30 anos de reclusão).⁴³

A “odiosa tese da legítima defesa da honra”, embora ausente na legislação brasileira, consolidou-se historicamente na jurisprudência, especialmente no Tribunal do Júri, como uma suposta excludente de ilicitude. Este argumento permitia que homens justificassem homicídios ou tentativas de homicídio contra mulheres adúlteras, apresentando tais atos como uma defesa

³⁹ Em novembro de 2024, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Tema 1.249 dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha devem permanecer vigentes enquanto perdurar o risco à mulher, sem a necessidade de fixação de um prazo determinado para sua validade. Além disso, o colegiado esclareceu que as medidas protetivas de urgência possuem natureza jurídica de tutela inibitória, sendo independentes da existência de instrumentos processuais como inquérito policial ou ação penal, reforçando o caráter preventivo e autônomo dessas disposições legais.

⁴⁰ GOMES. Duas décadas de relevantes mudanças na proteção dada à mulher pelo direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. 2020. p. 141-163. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/189361/174881>>. Acesso em: 20 nov. 2024. p. 155

⁴¹ GOMES. Duas décadas de relevantes mudanças na proteção dada à mulher pelo direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. 2020. p. 141-163. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/189361/174881>>. Acesso em: 20 nov. 2024. p. 157.

⁴² INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Impactos CIDH: Compendio de artículos académicos*. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 17 de abril de 2023. Washington, D.C.: Organização dos Estados Americanos (OEA), 2023. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Impactos-CIDH-compendio-articulos-academicos.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2024. p. 130.

⁴³ GOMES. Duas décadas de relevantes mudanças na proteção dada à mulher pelo direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. 2020. p. 141-163. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/189361/174881>>. Acesso em: 20 nov. 2024. p. 157.

de sua honra. Tal legitimidade foi reforçada pela composição leiga dos jurados, que refletiam valores patriarcais, e pelo apoio de alguns doutrinadores e magistrados.⁴⁴

Apesar de críticas e decisões judiciais contrárias, a tese continuou a ser utilizada, perpetuando um cenário de impunidade em casos de violência contra mulheres. Essa prática levou à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 779/DF (ADPF 779/DF), julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2021. O tribunal decidiu, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade da tese, reconhecendo que sua aplicação violava direitos fundamentais, como o direito à vida (art. 5º, *caput*), à igualdade de gênero (art. 5º, I) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.⁴⁵

O STF classificou a tese como um “artifício odioso, desumano e cruel”, que naturalizava a violência de gênero ao transferir para as vítimas a responsabilidade por sua morte ou lesões.⁴⁶ Com essa decisão, buscou-se eliminar uma justificativa historicamente usada para tolerar feminicídios e agressões, contribuindo para a perpetuação da desigualdade de gênero e da violência contra mulheres. A declaração de inconstitucionalidade representou um importante passo no enfrentamento às práticas discriminatórias no sistema de justiça brasileiro.

No âmbito das políticas públicas, sobretudo com a instituição do Programa “Mulher, Viver sem Violência”, iniciativas como a implementação da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 facilitaram o acesso à informação e ao registro de denúncias, permitindo que vítimas e terceiros pudessem reportar casos de violência de forma ágil. Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher foram ampliadas, embora ainda insuficientes⁴⁷, especialmente em municípios de pequeno e médio porte. Para áreas remotas, unidades móveis, como ônibus e barcos, foram implementadas, levando conscientização e assistência a comunidades de difícil acesso.⁴⁸

⁴⁴ O Relatório nº 54/01 da Comissão condenou o uso dessa tese, apontando que ela reforçava estereótipos de gênero e culpabilizava as vítimas por comportamentos considerados socialmente inadequados (página 10).

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 779, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 01 ago. 2023, Processo Eletrônico, DJe s/n, divulgado em 05 out. 2023, publicado em 06 out. 2023. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur488754/false>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 779, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 01 ago. 2023, Processo Eletrônico, DJe s/n, divulgado em 05 out. 2023, publicado em 06 out. 2023. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur488754/false>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

⁴⁷ Um levantamento realizado pela revista VEJA revelou que o Brasil possui cerca de 568 Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, das quais apenas 10,2% (56 delegacias) operam 24 horas por dia. No Espírito Santo, esse percentual é ainda menor, alcançando apenas 7%.

⁴⁸ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Programa Mulher Viver sem Violência. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/violencia/programa-mulher-viver-sem-violencia>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

A Casa da Mulher Brasileira (CMB), por sua vez, constitui um marco na integração de serviços essenciais, que reúne Delegacias, Juizados de Violência Doméstica, Ministério Público e Defensoria Pública em um mesmo local, além de oferecer atendimento psicossocial, cursos de capacitação e abrigos temporários. Apesar de sua relevância, apenas dez unidades estão em funcionamento em 2024⁴⁹, evidenciando a necessidade de expansão dessa estrutura.⁵⁰ Outra medida significativa foi a criação de casas-abrigo⁵¹, previstas no artigo 35, II, da Lei Maria da Penha, que oferecem proteção e sigilo a mulheres em situação de risco.⁵²

Programas de reeducação para agressores também foram implementados, reforçando a necessidade de mudanças culturais e comportamentais⁵³. Esses programas, previstos no art. 22, VI, e no art. 35, V, da Lei Maria da Penha, visam conscientizar os agressores sobre a gravidade de seus atos e prevenir reincidências e representam um passo importante para a construção de uma sociedade menos tolerante à violência de gênero. Em paralelo, campanhas educativas e a inclusão de temas de igualdade de gênero nos currículos escolares, previstas no art. 8º, IV, da Lei Maria da Penha, buscam erradicar as raízes da violência^{54, 55}.

Por fim, a Lei Maria da Penha prevê no art. 8º, VI, a promoção de estudos e pesquisas, além da coleta de estatísticas e outras informações relevantes, com perspectiva de gênero, raça e etnia, relacionadas às causas, consequências e frequência da violência doméstica e familiar

⁴⁹ No Espírito Santo, a Casa da Mulher Brasileira, que será construída em Vila Velha, terá classificação de Porte II e funcionará 24 horas por dia. A entrega está prevista para fevereiro de 2025, consolidando um importante avanço na rede de proteção às mulheres no estado, ainda que tardiamente.

⁵⁰ BRASIL. Ministério das Mulheres. Casa da Mulher Brasileira. Disponível em: <<https://www.gov.br/mulheres/pt-br/casa-da-mulher-brasileira>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

⁵¹ A Casa Abrigo Estadual “Maria Cândida Teixeira” (CAES) é o único equipamento de alta complexidade no estado do Espírito Santo para proteção de mulheres em risco de morte por violência doméstica. Oferece acolhimento sigiloso de até 3 meses, incluindo filhos menores de 14 anos, com suporte médico, jurídico, psicossocial, pedagógico e recreativo. Encaminhamentos são realizados exclusivamente por Delegacias da Mulher e Centros de Referência.

⁵² BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Programa Mulher Viver sem Violência. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/violencia/programa-mulher-viver-sem-violencia>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

⁵³ Criado em 2015 na Grande Vitória, o projeto “Homem que é Homem” foi idealizado e implementado por psicólogas e assistentes sociais da Polícia Civil do Espírito Santo (PCES) com o objetivo de intervir junto a homens agressores, ultrapassando as abordagens meramente punitivas e repressivas. A iniciativa busca reduzir a reincidência de violência contra mulheres, promovendo uma transformação comportamental e reflexiva nos participantes. As intervenções são realizadas por meio de grupos reflexivos, onde são abordadas questões que desafiam o ciclo de violência doméstica e familiar.

⁵⁴ No dia 6 de dezembro de 2019, foi sancionada a Lei Municipal nº 9.606, em Vitória (ES), que institui o Programa Maria da Penha vai à Escola e a Campanha Quebrando o Silêncio, realizada anualmente no mês de agosto. A iniciativa tem como principal objetivo sensibilizar a sociedade sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, além de divulgar e promover o conhecimento sobre a Lei Maria da Penha, fortalecendo ações de conscientização e prevenção.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 nov. 2024.

contra a mulher, incluindo a sistematização de dados e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas.⁵⁶

Apesar dos avanços, desafios persistem. Como destaca Leila Linhares Barsted: “(...) o movimento de mulheres tem sido o grande impulsionador das políticas públicas de gênero (...). Mas, apesar das conquistas obtidas, é inegável a persistência da violência doméstica e sexual contra a mulher no Brasil.”⁵⁷ O compromisso com a erradicação da violência de gênero permanece uma luta constante, evidenciada pelos avanços alcançados e pelos obstáculos ainda presentes.

5. CONCLUSÃO

O caso Maria da Penha vs. Brasil evidencia como litígios estruturais podem gerar transformações significativas no sistema de proteção aos direitos das mulheres. A análise deste estudo revelou que as recomendações de caráter estrutural emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foram decisivas para a consolidação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), um marco no enfrentamento à violência de gênero no Brasil. Tais Recomendações contribuíram para fortalecer políticas públicas e impulsionar avanços institucionais e normativos, alinhados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especialmente o ODS 5 (Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas).

A hipótese da pesquisa foi confirmada, demonstrando que as recomendações da CIDH promoveram mudanças estruturais essenciais no ordenamento jurídico e nas práticas institucionais brasileiras. Ao articular normas internacionais e nacionais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos reforçou a reorganização de estruturas que perpetuavam a desigualdade de gênero. Além disso, o caso destacou a relevância da abordagem estrutural, que transcende demandas individuais e busca soluções coletivas com impactos significativos. Essa articulação também se relaciona ao ODS 16 (Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável), ao fortalecer instituições e assegurar maior acesso à justiça.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 20 nov. 2024.

⁵⁷ BARSTED, Leila Linhares. A Violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois. In: UNIFEM, *O Progresso das Mulheres no Brasil*, Brasília, Cepia/Ford Foundation, 2006.

Um dos aspectos mais interessante deste trabalho é sua contribuição para a compreensão de como litígios estruturais podem funcionar como ferramentas transformadoras em contextos de violações de direitos humanos. A pesquisa também se distingue por sua abordagem quali-quantitativa, que permitiu mapear os avanços normativos e institucionais derivados das recomendações estruturais da CIDH. Além disso, o estudo destaca a importância da interação entre normas internacionais e políticas domésticas para o fortalecimento de políticas públicas eficazes no enfrentamento à violência de gênero, um tema de extrema relevância para o cenário brasileiro.

Por fim, esta pesquisa oferece contribuições importantes para a sociedade, as instituições e o campo jurídico. Para a sociedade, reforça a necessidade de políticas públicas estruturais que garantam a dignidade e a igualdade de gênero. Para as instituições, reafirma a eficácia das recomendações da CIDH como ferramentas de transformação sistêmica. No âmbito jurídico, o estudo fornece um modelo replicável de articulação entre direitos humanos e políticas públicas, contribuindo para o avanço da ciência jurídica ao evidenciar o papel dos processos estruturais como instrumentos de transformação social. Essas reflexões reafirmam o compromisso contínuo com os ODS e a necessidade de monitoramento e revisão constantes das medidas implementadas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARSTED, Leila Linhares. A Violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois. In: UNIFEM, *O Progresso das Mulheres no Brasil*, Brasília, Cepia/Ford Foundation, 2006.

BRASIL. *Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, 1992.

Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 20 nov. 2024.

Ministério das Mulheres. Casa da Mulher Brasileira. Disponível em: <<https://www.gov.br/mulheres/pt-br/casa-da-mulher-brasileira>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

Ministério dos Direitos Humanos. Programa Mulher Viver sem Violência. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/violencia/programa-mulher-viver-sem-violencia>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

Painel de Monitoramento: Casa da Mulher Brasileira. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYmRjY2NjZmEtMTAzOC00ODNlLTllMTItNDZhZTA2MmZlMjBjLjliwidCI6ImZiYTViMTc4LTNhZjEtNDQyMC05NjZiLWJmNTE2M2U2YjFkYSJ9>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

Superior Tribunal de Justiça. Medidas protetivas da Lei Maria da Penha devem ser aplicadas sem prazo determinado. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/14112024-Medidas-protetivas-da-Lei-Maria-da-Penha-devem-ser-aplicadas-sem-prazo-determinado.aspx>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

Supremo Tribunal Federal. ADPF 779, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 01 ago. 2023, Processo Eletrônico, DJe s/n, divulgado em 05 out. 2023, publicado em 06 out. 2023. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur488754/false>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Entra em vigor lei que amplia para até 40 anos a pena para casos de feminicídio. Portal da Câmara dos Deputados, 10 out. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1101978-entra-em-vigor-lei-que-amplia-para-ate-40-anos-a-pena-para-casos-de-feminicidio/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). *Atlas da violência 2024*. Brasília: Ipea; FBSP, 2024. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/7868-atlas-violencia-2024-v11.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 12.051. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

Sistema de Petições e Casos: Folheto Informativo. Washington, D.C.: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, [s.d.]. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2024.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: *Revista do Processo*, vol. 303, p. 45-81, mai. 2020.

ESPÍRITO SANTO. Projeto “Homem que é Homem” conquista primeiro lugar no prêmio Farol do Bem. Disponível em: <[https://www.es.gov.br/Noticia/projeto-homem-que-e-homem-conquista-primeiro-lugar-no-premio-farol-do-bem#:~:text=O%20objetivo%20%C3%A9%20contribuir%20para,Deam\)%2C%20delegada%20Cl%C3%A1udia%20Dematt%C3%A9](https://www.es.gov.br/Noticia/projeto-homem-que-e-homem-conquista-primeiro-lugar-no-premio-farol-do-bem#:~:text=O%20objetivo%20%C3%A9%20contribuir%20para,Deam)%2C%20delegada%20Cl%C3%A1udia%20Dematt%C3%A9)>. Acesso em: 20 nov. 2024.

Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social. Casa Abrigo. Disponível em: <<https://sesp.es.gov.br/casa-abrigo>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

FACHIN, Melina Girardi; SCHUBERT, Marcus Vinicius Porcaro Nunes. Litígio estrutural: encruzilhadas entre a jurisdição constitucional e a Corte Interamericana. In: *Revista de Estudos Constitucionais Suprema*. v. 4, jan/jun. 2024, p. 369-403. Disponível em: <<https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/361>>. Acesso em 20 nov. 2024.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 23, n. 44, p. 9–30, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2024. Disponível em: < <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/f62c4196-561d-452d-a2a8-9d33d1163af0>>. Acesso em 24 nov. 2024.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Duas décadas de relevantes mudanças na proteção dada à mulher pelo direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 115, jan./dez. 2020. p. 141-163. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/189361/174881>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Impactos CIDH: Compendio de artículos académicos*. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 17 de abril de 2023. Washington, D.C.: Organização dos Estados Americanos (OEA), 2023. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Impactos-CIDH-compendio-articulos-academicos.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

KLUGE, Cesar Henrique; VITORELLI, Edilson. O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano. Reflexões a partir do caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala. *Civil Procedure Review*, v. 12, p. 41-68, mai.- ago. 2021.

LIMA, Fernandes Antônio de. *Curso de Hermenêutica em Direitos Humanos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025.

LOCHAK, Daniele. *Les Droits de l'Homme*. Nouv. ed. Paris: La Découverte, 2005. Apud LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

NASCIMENTO, Renan Teixeira de Mello do. *O objeto do processo e o processo estrutural*. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2022, 164f.

OEA. *Compendio – Reparación integral con perspectiva de género en contextos de justicia transicional*. 2023. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Compendio-Reparaciones-Genero-ESP.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2024.

Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, modificado em 22 de março de 2013. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 nov. 2024.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, edição especial, p. 70-89, jan.-mar. 2012. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_70.pdf>.

Acesso em: 20 nov. 2024.

UN WOMEN. *Progress of the World's Women 2011–2012: In Pursuit of Justice*. New York: UN Women, 2011. Disponível em: <<https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/ProgressOfTheWorldsWomen-2011-en.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

VEJA. Apenas 10% das delegacias da mulher do país funcionam 24h; veja mapa. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/apenas-10-das-delegacias-da-mulher-do-pais-funcionam-24h-veja-mapa>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

MEANINGFUL ENGAGEMENT: ENGAJAMENTO SIGNIFICATIVO COMO FERRAMENTA PARA A CONSTRUÇÃO DE DIÁLOGO E FORMAÇÃO DE CONSENSO EM PROCESSOS ESTRUTURAIS BRASILEIROS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MEANINGFUL ENGAGEMENT AS A TOOL FOR BUILDING DIALOGUE AND CONSENSUS FORMATION IN BRAZILIAN STRUCTURAL PROCESSES BEFORE THE SUPREME FEDERAL COURT

Giulia Guimarães do Prado¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre a necessidade de uma reflexão crítica em relação à importação de institutos jurídicos estrangeiros. 3. *Olivia road*: a origem do *meaningful engagement*. 4. Meaningful engagement: compromisso, diálogo ou engajamento significativo? 5. A análise do instituto sob o prisma do dever de cooperação e seus eixos de gerenciamento de casos e estímulo à autocomposição. 5.1. A decisão “fraca” sul-africana e o estímulo à autocomposição: o caminho da cooperação. 5.2. Tratamento de litígios estruturais no supremo tribunal federal brasileiro: estamos no caminho cooperativo? 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: O artigo apresenta uma reflexão sobre a aplicação do instituto Meaningful Engagement, originado no Tribunal Constitucional da África do Sul, como ferramenta apropriada para fomentar o diálogo e a construção de consensos em litígios estruturais no Brasil. Inicialmente, são abordados criticamente os desafios relacionados à importação de institutos jurídicos estrangeiros, com reflexão sobre a necessidade de considerar diferenças culturais e contextuais, sem deixar que isso impeça a atividade comparativa. Em seguida, são apresentados os contornos do caso Olivia Road, marco do surgimento do Meaningful Engagement, e abordado o papel da Corte Suprema na condução das partes para um diálogo ativo e cooperativo para o tratamento de litígios estruturais que afetam vulneráveis. Examina-se, também, o contexto brasileiro e defende-se a adoção do termo “engajamento significativo”, que melhor reflete a ideia de esforço ativo e colaborativo na busca de soluções que considerem diferentes perspectivas. A análise do instituto é feita sob a ótica do dever de cooperação, explorando seus eixos de gerenciamento de casos e estímulo à autocomposição. Por fim, é analisado se o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal aos litígios estruturais avança em direção a uma abordagem mais cooperativa e dialógica e se há espaço para aplicação do instituto na Corte Suprema Brasileira.

Palavras-chave: Processos Estruturais. Engajamento Significativo. Dever de cooperação.

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo (UFES). Pós-Graduada em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil. Integrante do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC). Assessora no Ministério Público do Estado do Espírito Santo. E-mail: giuliaprado@gmail.com.

ABSTRACT: This article reflects on the application of the Meaningful Engagement doctrine, developed by the Constitutional Court of South Africa, as a tool to foster dialogue and build consensus in structural litigation in Brazil. It begins by critically addressing the challenges of adopting foreign legal doctrines, emphasizing the importance of considering cultural and contextual differences without undermining comparative analysis. The Olivia Road case, which introduced Meaningful Engagement, is examined, highlighting the Court's role in promoting active and cooperative dialogue to resolve structural disputes affecting vulnerable populations. The article then explores the Brazilian context, advocating for the adoption of the term "engajamento significativo" to emphasize active and collaborative efforts in seeking solutions that integrate diverse perspectives. The doctrine is analyzed through the lens of the duty of cooperation, focusing on case management and the promotion of self-composition. Finally, it evaluates whether the Brazilian Supreme Court's handling of structural litigation aligns with a more cooperative and dialogic approach and assesses the feasibility of adopting the doctrine in Brazil's highest court.

Keywords: Structural Litigation. Meaningful Engagement. Duty of cooperation.

1. INTRODUÇÃO

O termo *ubuntu* foi expressamente previsto no postâmbulo da provisória Constituição Sul Africana de 1993, num contexto em que se destacava o início de uma fase de transição entre um passado de injustiças brutais e um futuro de unidade nacional e reconciliação². Os valores a ele relacionados também influenciaram a elaboração da Constituição de 1996³.

² Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993 (repealed by Constitution of the Republic of South Africa, [No. 108 of 1996], G 17678, 18 December 1996) "National Unity and Reconciliation. This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex. The pursuit of national unity, the well-being of all South African citizens and peace require reconciliation between the people of South Africa and the reconstruction of society. The adoption of this Constitution lays the secure foundation for the people of South Africa to transcend the divisions and strife of the past, which generated gross violations of human rights, the transgression of humanitarian principles in violent conflicts and a legacy of hatred, fear, guilt and revenge. These can now be addressed on the basis that there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for *ubuntu* but not for victimisation. In order to advance such reconciliation and reconstruction, amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past. To this end, Parliament under this Constitution shall adopt a law determining a firm cut-off date, which shall be a date after 8 October 1990 and before 6 December 1993, and *providing for the mechanisms, criteria and procedures, including tribunals, if any, through which such amnesty shall be dealt with at any time after the law has been passed.* With this Constitution and these commitments we, the people of South Africa, open a new chapter in the history of our country. Nkosi sikelel' iAfrika. God seën Suid-Afrika. Morena boloka sechaba sa heso. May God bless our country. Mudzimu fhatutshedza Afrika. Hosi katekisa Afrika".

³ Mokgoro, Justice Yvonne. Ubuntu and the law in South Africa. *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad/Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 1, No. 1 (1998), p. 16-32. Disponível em: <https://perjournal.co.za/article/view/2897/2848>. Acesso em: 25 nov. 2024.

Trata-se de um conceito amplo e profundo, de difícil definição, presente na cultura de grupos de sociedades africanas, derivado da crença de que uma pessoa só pode ser uma pessoa através de outras (*motho ke motho ba batho ba bangwe/umuntu ngumuntu ngabantu*)⁴.

Coloquialmente simplificada na expressão “sou porque somos”, ora o termo é definido como uma visão de mundo e um fator determinante na formação de percepções que influenciam a conduta social; ora descrito como filosofia de vida que representa humanidade; ou como uma metáfora que descreve a solidariedade de um grupo e manifesta uma cultura anti-individualista e se relaciona a valores fundamentais como solidariedade grupal, humanismo, orientação e unidade coletivas *etc*⁵.

O sentido de *ubuntu*, desta forma, se relaciona com o objeto deste trabalho sob o seu viés de modelo ético “que ressalta a importância do diálogo e da busca por consensos”⁶ – que evoca a ideia de cooperação e estímulo à autocomposição.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também anuncia, no seu preâmbulo, a paz como o norte para a solução de controvérsias.

O estímulo à consensualidade e a primazia da obtenção de decisão de mérito justa e efetiva se destacam, além disso, no Código de Processo Civil de 2015, entre os seus primeiros artigos (art. 3º, §2º, e art. 6º), dotados de singular carga principiológica.

O consenso, nesse contexto, não se limita à esfera dos direitos individuais, ganha espaço também em relação aos direitos transindividuais⁷ e guarda plena compatibilidade com o tratamento de litígios estruturais, cujas características típicas (mas não essenciais) são: a multipolaridade, a coletividade e a complexidade⁸.

⁴ Mokgoro, Justice Yvonne. *Op. cit.*

⁵ Ver mais em: Mokgoro, Justice Yvonne. *Op. cit.*; e também em: Gade, Christian B. What's ubuntu? Different interpretations among South africans of South Africa descent. *South African Journal of Philosophy* (2012), 31:484-503.

⁶ Serafim, Matheus Casimiro Gomes. *Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 103.

⁷ Sobre o tema: Venturi, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?* In: Zaneti Jr., Hermes; Cabral, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 405-436; Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. *Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos*. In: Zaneti Jr., Hermes; Cabral, Trícia Navarro Xavier. *Op. cit.* p. 37-66.

⁸ Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr., Hermes; e Oliveira, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, jan/mar. 2020, p. 101-136. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

O presente artigo propõe uma reflexão acerca da utilização do instituto do *Meaningful Engagement*, originário do Corte Constitucional da África do Sul, como ferramenta adequada para a construção de diálogo e formação de consenso em processos estruturais brasileiros.

2. SOBRE A NECESSIDADE DE UMA REFLEXÃO CRÍTICA EM RELAÇÃO À IMPORTAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

A análise de um instituto originário de um sistema estrangeiro comporta diversos desafios, dentre eles, as diferenças jurídicas e culturais entre os países que se busca comparar.

É necessário abordar de forma crítica as semelhanças e diferenças entre eles, sem ignorar os contextos sociais, culturais, econômicos e históricos que moldam os sistemas processuais.

Um dos grandes pontos de preocupação em relação à tarefa de comparar, em seus aspectos processuais, países com diferentes sistemas jurídicos é a definição do método comparativo.

Nessa linha, Esin Örüçü⁹ propõe método comparativo que se baseia nos nove princípios para a realização de trabalhos comparativos identificados por Reitz¹⁰.

O método proposto por ela se inicia com o desenho explícito da comparação (primeiro princípio), de modo a considerar a relação entre o direito comparado e o estrangeiro; e abraça as seguintes como técnicas básicas de comparação: analisar as semelhanças e diferenças dos objetos comparados, observar a característica distintiva de cada sistema jurídico e semelhanças no tratamento do tema específico pesquisa, analisar os significados das semelhanças e diferenças, analisar os níveis mais amplos de abstração e descrever o *mundo conceitual jurídico*, com a verificação de todas as fontes e lacunas entre a lei positivada e a aplicação prática do direito (princípios 2 a 6). Assim, estabelece como diretrizes específicas os princípios 7 e 8 (possuir competências linguísticas e, se necessário, antropológicas; e conferir ênfase na

⁹ Örüçü, Esin. Methodological Aspects of Comparative Law. *European Journal of Law Reform*, vol. 8, n.1, 2006.

¹⁰ Em tradução livre: (1) Fazer uma comparação explícita; (2) Concentrar-se nas semelhanças e diferenças, mas, ao avaliar a significância das diferenças, levar em consideração a equivalência funcional; (3) Observar as características distintivas de cada sistema jurídico individual, bem como os pontos comuns no tratamento do tema pesquisado; (4) Aprofundar a análise em níveis mais amplos de abstração; (5) Apresentar razões e analise a relevância das semelhanças e diferenças; (6) Descrever o mundo conceitual normal dos juristas, examinar todas as fontes e considerar a lacuna entre a lei escrita e a lei em prática; (7) Possuir habilidades linguísticas e, se necessário, conhecimentos em antropologia para coletar informações (embora o comparatista também possa se basear – se faltar essas habilidades – em literatura secundária); (8) Organizar-se com ênfase na comparação explícita; e (9) Realizar a pesquisa com espírito de respeito pelo "outro". (Reitz, J. C. How to do Comparative Law?, *46 American Journal of Comparative Law* 617-636 (1998).

explícita comparação) e, como boa prática, o nono princípio (realizar uma investigação respeitando os demais sujeitos)¹¹.

Deste modo, é desenhado um *blueprint* ou roteiro metodológico, isto é, uma planta baixa para quem quiser iniciar a construção de um edifício comparado, que compreende as etapas de: (a) conceituação; (b) descrição, com observação e pesquisa amostral, sempre que possível; (c) identificação (ou classificação); (d) a fase comparativa propriamente dita; e, por fim, (e) a confirmação das hipóteses e aceitação de várias proposições básicas¹².

Os riscos encontrados na utilização do método delineado pela autora consistem na dificuldade de conceituação completa dos institutos relacionados ao objeto da comparação no sistema jurídico estrangeiro, de modo que eventual déficit cultural ou de linguagem por parte daquele que se propõe a realizar a comparação, ou, ainda, a ausência de conhecimento profundo daquele sistema, pode acarretar a interpretação incorreta do funcionamento do sistema, de modo a ser obter resultados imprecisos, ou, ainda, se concluir precipitadamente pela impossibilidade de comparação, diante da defesa de que somente equivalentes seriam comparáveis.

Por outro lado, o método defendido por Mauro Cappelletti¹³ parte do problema comum como *tertium comparationis* e de uma hipótese de solução jurídica a ser avaliada, com a análise das diferenças e semelhanças entre os sistemas ou institutos jurídicos comparados, identificação de tendências evolutivas, averiguação das soluções encontradas e apresentação de previsão para desenvolvimentos futuros.

Nessa linha, embora se identifique que Brasil e África do Sul se insiram em sistemas jurídicos com características diferentes, observa-se que ambos os países se incluem no chamado Sul Global¹⁴, de modo a apresentarem pontos comuns relacionados aos problemas encontrados na efetivação de direitos previstos constitucionalmente.

¹¹ Örücü, Esin. *Op. cit.*

¹² Örücü, Esin. *Op. cit.*

¹³ Cappelletti, Mauro. *Metodo e Finalità degli Studi Comparativi della Giustizia* (1992). In: Cappelletti, Mauro. *Dimensioni della Giustizia nelle Società Contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994.

¹⁴ Expressão utilizada por Boaventura de Sousa Santos para designar “las regiones y países semiperiféricos del sistema mundo moderno, los cuales, tras la segunda guerra mundial, solían ser llamados el Tercer Mundo” (Santos, Boaventura de Sousa. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Trilce, 2010. p. 39. Disponível em: https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Descolonizar%20el%20saber_final%20-%20C%C3%B3pia.pdf. Acesso em 08 ago. 2023) e, para além do conceito geográfico: “The global South is not a geographical concept, even though the great majority of its populations live in countries of the Southern hemisphere. The South is rather a metaphor for the human suffering caused by capitalism and colonialism on the global level, as well as for the resistance to overcoming or minimising such suffering. It is, therefore, an anti-capitalist anti-colonialist, anti-patriarchal, and anti-imperialist South. It is a South that also exists in the geographic North (Europe and North America), in the form of excluded, silenced and marginalised populations, such as undocumented immigrants, the unemployed, ethnic or religious minorities, and victims of sexism, homophobia, racism and islamofobia” (Santos, Boaventura de Sousa. *Epistemologies of the South and the future*. In: *From the European South: a transdisciplinary*

A expressão “constitucionalismo transformador”¹⁵ traduz essa marca característica dos países em desenvolvimento, que encontram, em suas constituições (promulgadas após experiências autoritárias^{16 17}, ainda que essencialmente distintas), promessas de realização de direitos que, ainda que exigíveis judicialmente, demandam a adoção de prestações positivas para a sua concretização.

Essa característica fez com que grande esperança fosse depositada no sistema de direitos afirmados por suas Constituições e no papel das Cortes Constitucionais de aplicar e garantir plena vigência aos seus dispositivos.

A questão ganha amplitude quando se está diante de situações que envolvem problemas estruturais que atingem uma multiplicidade de sujeitos.

Nesse contexto, com inspiração na doutrina de Cappelletti, este trabalho adotou como método comparativo a identificação, como *tertium comparationis*, do problema comum, consistente no desafio em se promover o diálogo com os múltiplos titulares dos direitos discutidos em processos estruturais perante Cortes Constitucionais. Isso não afasta, porém, a utilização de alguns dos passos propostos por Örüçü.

A solução jurídica inicialmente imaginada consiste em uma atuação da Corte Constitucional para, com amparo no dever de cooperação, promover a participação e o contraditório, em seu aspecto de poder de influência, para obtenção de tutela adequada, justa e efetiva.

O estudo do instituto sul-africano, portanto, traz a reflexão sobre a possibilidade de sua utilização no sistema brasileiro, para a construção de diálogo e formação de consensos em relação aos problemas estruturais. E, deste modo, busca-se dar atenção às diferenças e peculiaridades de cada sistema e sociedade, sem fazer com que elas inviabilizem a comparação.

journal of postcolonial humanities, 1, 17-29. 2016-06-01. p. 18-19. Disponível em: Archivi del futuro: il postcoloniale, l'Italia e il tempo a venire – From the European South (fesjournal.eu). Acesso em 08 ago. 2023).

¹⁵ Ver mais em: Cepeda, M. J. *¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente?* In: _____. Introducción a la Constitución de 1991. Bogotá: Presidencia de la República, 1993. p. 173-186; Cepeda, M. J. *Los derechos fundamentales de la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1997. v. 2; Klare, K. *Legal culture and transformative constitutionalism*. South African Journal on Human Rights, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998. ISSN 0258-720.

¹⁶ A atual Constituição da República da África do Sul (Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>) foi aprovada em 04/12/1996 e passou a vigorar em 04/02/1997, após curto período de vigência da Constituição de 1993, que marcou período de transição entre o fim do *apartheid* e a construção de uma nova norma suprema, reconciliadora e com ampla previsão de direitos.

¹⁷ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por outro lado, foi promulgada após o fim do período de Ditadura Militar e se instituiu como marco da redemocratização do país.

3. OLIVIA ROAD: A ORIGEM DO MEANINGFUL ENGAGEMENT

Em 2008, chegou ao Tribunal Constitucional da África do Sul o caso que ficou conhecido como *Olivia Road*¹⁸. Se tratou do apelo de mais de 400 ocupantes de dois prédios no Centro da cidade de Joanesburgo contra uma decisão da Suprema Corte de Apelação (*Supreme Court of Appeal*), que havia autorizado o seu despejo do local, por considerar as edificações, localizadas na *51 Olivia Road*, inseguras e insalubres. A decisão também havia condenado o Município a prover realocação temporária aos “desesperadamente” necessitados de assistência habitacional.

O litígio foi levado ao Judiciário pelo Município de Joanesburgo, diante da resistência dos moradores em desocupar os prédios, que faziam parte de um plano de revitalização da cidade.

O chamado “*Johannesburg Inner City Regeneration Strategy*”, adotado em 2003, consistia em estratégia para transformar o centro da cidade em espaço atraente, economicamente viável e seguro para negócios, moradia e turismo.

O Município pretendia a obtenção ordem judicial de remoção dos moradores do local e estes apresentaram pedido contraposto de fornecimento de acomodação alternativa como condição prévia à ordem.

O pedido do autor foi negado pela *High Court* de Joanesburgo, diante da previsão constitucional de direito à moradia¹⁹, uma vez que o plano de revitalização não previa a adequada realocação das pessoas vulneráveis que seriam despejadas.

A irresignação do Município com a decisão resultou na reversão do julgado pela Suprema Corte de Apelação, que emitiu a ordem de desocupação.

Com a chegada do caso no Tribunal Constitucional da África do Sul, através do apelo dos ocupantes dos imóveis, a Corte, ao invés de proferir decisão incisiva, com determinação do

¹⁸ CCT24/07. *Occupiers of 51 Olivia Road Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others*. Disponível em: <https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/3316/Full%20judgment%20Official%20version%20%28167%20Kb%29-11581.pdf?sequence=35&isAllowed=y>. Acesso em 25 nov. 2024.

¹⁹ “26. Housing. – (1) Everyone has the right to have access to adequate housing.

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.

(3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions” (Constitution of the Republic of South Africa, 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>. Acesso em 24 nov. 2024).

que recorrido ou recorrentes deveriam ou não fazer, emanou ordem de que as partes se engajassem significativamente para o tratamento do conflito apresentado.

Teve-se, assim, a origem do chamado de *Meaningful Engagement*, que representa, a um só tempo: um requisito constitucional, que passou a ser considerado para os casos posteriores que envolviam a possibilidade de despejo; e um remédio estrutural dialógico, utilizado de forma mais ampla, não apenas em hipóteses que envolvam o direito à moradia²⁰.

Não se tratou apenas de suspensão do processo, para que as partes realizassem tentativa de conciliação, de forma livre, sem métodos ou obrigações de respostas minuciosas à Corte.

A decisão determinava que o Município de Joanesburgo e os recorrentes se reunissem, para se engajar entre si significativamente, em um esforço para resolver as diferenças e dificuldades envolvidas à luz dos valores da Constituição, dos deveres constitucionais e estatutários do Município e dos direitos e deveres dos cidadãos envolvidos, e apresentassem declarações juramentadas com os resultados do engajamento em data certa, previamente estabelecida.

Foram também fixados os seguintes objetivos específicos, em rol não taxativo, do engajamento, no contexto de uma cidade que deseja despejar pessoas que podem ficar sem moradia em decorrência do despejo: (a) determinar quais podem ser as consequências do despejo; (b) avaliar se a cidade poderia ajudar a aliviar essas consequências graves; (c) verificar se seria possível tornar os prédios em questão relativamente seguros e adequados à saúde por um período provisório; (d) examinar se a cidade tinha alguma obrigação para com os ocupantes nas circunstâncias vigentes; e (e) estabelecer quando e como a cidade poderia ou iria cumprir essas obrigações. E, ainda, foi determinado que, para garantir que fosse possível o efetivo engajamento com pessoas pobres, vulneráveis ou analfabetas, o processo de engajamento fosse conduzido por pessoas cuidadosas e sensíveis por parte do Município de Joanesburgo²¹.

²⁰ Serafim, Matheus Casimiro Gomes. *Op. cit.*

²¹ “[14] Engagement is a two-way process in which the City and those about to become homeless would talk to each other meaningfully in order to achieve certain objectives. There is no closed list of the objectives of engagement. Some of the objectives of engagement in the context of a city wishing to evict people who might be rendered homeless consequent upon the eviction would be to determine— (a) what the consequences of the eviction might be; (b) whether the city could help in alleviating those dire consequences; (c) whether it was possible to render the buildings concerned relatively safe and conducive to health for an interim period; (d) whether the city had any obligations to the occupiers in the prevailing circumstances; and (e) when and how the city could or would fulfil these obligations. [15] Engagement has the potential to contribute towards the resolution of disputes and to increased understanding and sympathetic care if both sides are willing to participate in the process. People about to be evicted may be so vulnerable that they may not be able to understand the importance of engagement and may refuse to take part in the process. If this happens, a municipality cannot walk away without more. It must make reasonable efforts to engage and it is only if these reasonable efforts fail that a municipality may proceed without appropriate engagement. It is precisely to ensure that a city is able to engage meaningfully with poor,

Após algumas dilações do prazo, houve a celebração de acordo parcial – que foi considerada pela Corte como resposta razoável ao engajamento –, com imposição de medidas provisórias a serem adotadas pelo Município para tornar as propriedades mais seguras e habitáveis, em 21 dias após a assinatura do acordo, assim como com a obrigação de fornecimento de acomodações alternativas em determinados prédios identificados, com definição de razoável precisão quanto à natureza e padrão das acomodações, enquanto soluções habitacionais permanentes adequadas estão sendo desenvolvidas pelo Município, com consulta aos ocupantes envolvidos.

A Corte entendeu desnecessária a análise das soluções habitacionais permanentes a serem adotadas pelo Município de Joanesburgo em favor dos demandados e das milhares de pessoas pobres que viviam no centro da cidade – que, afinal, não eram objeto da ação – e destacou que o autor se mostrou com disposição para dialogar, de modo que, como resultado, houve resposta razoável que representou alívio à situação daqueles que se encontravam em situação habitacional desesperadora. Deste modo, concluiu que não havia motivos para pensar que futuros engajamentos ou compromissos não seriam significativos e não levariam a um resultado razoável.

4. *MEANINGFUL ENGAGEMENT*: COMPROMISSO, DIÁLOGO OU ENGAJAMENTO SIGNIFICATIVO?

A doutrina brasileira vem adotando a expressão “compromisso significativo” para referir à figura do “*meaningful engagement*”²².

O mesmo termo foi empregado no Projeto de Lei do Senado nº 736/2015 e usado por Ministros do Supremo Tribunal Federal em menção ao instituto²³.

vulnerable or illiterate people that the engagement process should preferably be managed by careful and sensitive people on its side” (CCT24/07).

²² Serafim, Matheus Casimiro Gomes. *Op. cit.*; Kozicki, Katya; Van Der Broecke, Bianca M. Schneider. *O “compromisso significativo” (meaningful engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul*. Joçaba, v. 20, n. 2, p. 267-290, jul./dez. 2019; Arruda, Paula Uematsu. *Remédios sem direitos? A essencialidade da interpretação substancial dos direitos econômicos e sociais para o sucesso dos compromissos significativos*. In: Serafim, Matheus Casimiro; Cunha, Eduarda (Org.). *Processos estruturais no sul global*. Londrina: Toth, 2022; Jobim, Marco Félix. *Cortes e o tratamento mundial de conflitos estruturais*. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2023.

²³ Houve menção a “compromisso significativo (*meaningful engagement*)”, em decisão monocrática proferida pelo Relator Ministro Edson Fachin, no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, de sua relatoria, em 1º de fevereiro de 2023; e no julgamento da ADPF 760, em 14 de março de 2024.

Em abordagens na língua espanhola, por outro lado, se observa o emprego da expressão “*dialogo significativo*”²⁴.

Considero, entretanto, que o emprego do termo “engajamento significativo” parece traduzir mais adequadamente o sentido originalmente denotado pelo instituto, que busca o efetivo empenho dos responsáveis pelos atos (em geral, mas nem sempre, o Poder Público) e dos impactados pelo litígio para interagirem ativamente entre si e com o propósito de encontrar efetiva solução para o caso.

Nesse sentido, “engajamento” se coaduna com uma posição ativa e cooperativa entre todos os envolvidos, como responsáveis pela busca de soluções que contemplem as diferentes perspectivas do conflito.

A palavra compromisso, por outro lado, pode sugerir uma obrigação assumida por um sujeito que ocupa posição defensiva, de réu/demandado, numa lógica de um modelo tipicamente adversarial.

A ideia aqui é de que todas as partes interessadas (*stakeholders*) se engajem, com verdadeira reflexão e diálogo sobre o problema, com assunção de uma posição de se implicarem na solução do litígio.

Nesse contexto, é necessário reconhecer que os impactados pelo litígio não são meras vítimas, sem voz ativa na formulação e implementação de soluções. É essencial o seu reconhecimento como sujeitos de direitos, com uma posição de emancipação e maior protagonismo no processo.

É claro que este consiste em um processo gradual e, em tese, mais demorado do que a adjudicação de decisão judicial com pretensa solução para o caso. Entretanto, no caso de litígios estruturais é ilusória a ideia de que um julgador, afastado das peculiaridades do caso, possa sozinho apresentar melhor desfecho para o conflito, sem que essa arena de debate qualificado tenha se formado.

Há, além disso, os perigos de uma racionalização autoritária e inibidora da autonomia dos indivíduos e da sociedade, advinda do exercício desse papel de “superego da sociedade” pelo Judiciário. A tendência, na linha do pensamento de Maus, é que o Judiciário, sob a justificativa de proteção das liberdades individuais, promova, sem o devido controle social, uma centralização paternalista, inclinada a ignorar as complexidades do debate público e a adotar

²⁴ Garavito, César Rodríguez; Franco, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión*: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

seu próprio entendimento em relação a questões que deveriam ser debatidas e resolvidas por processos democráticos mais amplos²⁵.

A adoção de “engajamentos significativos” como via principal para o tratamento de litígios estruturais, por outro lado, representa uma abordagem cooperativa, que supera os binômios *princípio dispositivo v. princípio inquisitivo* e *modelo adversarial v. modelo inquisitorial*²⁶.

Além disso, reflete a ideia de que o tratamento dado ao litígio é definido a partir do diálogo sério e responsável entre os envolvidos, com formação de um consenso, quando adequado²⁷, a partir de interação transparente e busca de ambiente qualificado e equilibrado de debate.

Afinal, há a tendência de maior aderência dos indivíduos às decisões das quais participa e que foram obtidas por meio de um processo de deliberação participativa, com voz aos envolvidos²⁸.

Em se tratando de vulneráveis, essa emancipação demanda a garantia de um núcleo mínimo de direitos para eliminar ou minimizar as desigualdades e dificuldades relativas ao acesso à justiça.

Alguns dos obstáculos ao acesso à justiça, apontados há décadas por Cappelletti e Garth, permanecem atuais e são especialmente perceptíveis (e inter-relacionados) quando se fala de sujeitos vulneráveis. Exemplos desses obstáculos são: a ausência de possibilidades das partes, tanto em relação aos recursos financeiros escassos, como quanto à inaptidão para reconhecer a existência de direito juridicamente exigível, de modo que subsistem vantagens aos litigantes habituais²⁹.

²⁵ Maus, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradutores: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos, São Paulo, n. 58, p. 183-199, nov. 2000.

²⁶ Ver: Uzelac, Alan. *Estudos Comparados de Processo Civil (Comparative studies of civil procedure)*. Traduzido e revisado por Hermes Zaneti Jr. e Pedro Pessoa Temer. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 48, n. 345, p. 391-419, nov. 2023.

²⁷ Sobre o tema, é válido lembrar das críticas apontadas por Owen Fiss, guardadas as peculiaridades do sistema americano, quanto ao estímulo aos acordos, que, de modo geral, refletem a preocupação de estabelecimento de bases mínimas para que o consenso represente medida de justiça e que seu estímulo não priorize o emprego de soluções rápidas, em detrimento da busca pela verdade e aplicação de valores fundamentais. Ao tratar sobre a utilização de *Alternative Dispute Resolution (ADR)* e o incentivo da sua utilização, Fiss alertou para os seguintes pontos que podem fazer com que o acordo não seja o tratamento ideal a ser dispensado ao conflito: o desequilíbrio de poder entre as partes, ausência de consentimento legítimo, a falta de uma base judicial para o envolvimento judicial contínuo e “justiça em vez de paz”. (Fiss, Owen M., *Against Settlement*. Faculty Scholarship Series. Paper 1215, 1984. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em: 25 nov. 2024).

²⁸ Nessa linha: Habermas, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Tradução de Lúcia Aragão e revisão de Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

²⁹ Cappelletti, Mauro; Garth Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1988.

Deste modo, revela-se essencial o amplo fornecimento de informações, transparência quanto aos processos decisórios e assistência jurídica aos necessitados.

Assim, a adoção do termo “engajamento significativo”, aqui defendida, reflete uma construção que vai além da mera escolha terminológica. Simboliza uma abordagem que valoriza o protagonismo e autonomia dos envolvidos, ao tempo em que destaca um modelo de justiça cooperativo e democrático.

5. A ANÁLISE DO INSTITUTO SOB O PRISMA DO DEVER DE COOPERAÇÃO E SEUS EIXOS DE GERENCIAMENTO DE CASOS E ESTÍMULO À AUTOCOMPOSIÇÃO

Uma análise franca do que constitui o dever de cooperação no processo afasta a ideia ingênua irrealística de que as partes, em conflito fora dos tribunais, buscarão espontaneamente colaborar entre si, no curso processual, em detrimento dos seus próprios interesses, motivadas por benevolência. Assim o fosse, litígio algum se instalaria afinal.

O dever de cooperação se traduz como um modelo de busca da obtenção, em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva. E, para isso, os sujeitos do processo devem agir de acordo com padrões razoáveis de conduta, norteados pela boa-fé e cientes de que o seu descumprimento conduzirá à imposição de sanções. Trata-se, assim, de um desdobramento do contraditório e uma mudança paradigmática da forma de participação dos atores processuais.

Nessa linha, a cooperação no processo se revela como o compromisso de agir de maneira alinhada à racionalidade objetiva do processo, em suas facetas *negativa* (evitar ações intencionais ou culposas que busquem exclusivamente causar prejuízo, adotar estratégias contrárias às regras ou agir de forma contrária à boa-fé objetiva) e *positiva* (colaborar para alcançar a finalidade do processo – que, em um contexto regido pelo direito, se trata de interesse comum às partes e dever funcional dos agentes estatais envolvidos)³⁰.

Com origem no Direito Alemão, na *Kooperationsmaxime*, o dever de cooperação foi amplamente tratado pela doutrina brasileira, ainda que com outras nomenclaturas³¹.

³⁰ Zaneti Jr., Hermes. *O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 68, abr./jun. 2018, p. 181. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1242829/Hermes_Zaneti_Jr.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

³¹ Cabral, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo | vol. 126 | p. 59 | Ago / 2005; Cabral, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009; Didier Jr., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

A norma fundamental parte da ideia de *Arbeitsgemeinschaft* (comunidade de trabalho)³² e representa modelo que supera os binômios *princípio dispositivo* v. *princípio inquisitivo* e *modelo adversarial* v. *modelo inquisitorial*³³.

Com inspiração no grupo de trabalho que tratou do tema nas Regras Modelo de Direito Processual Europeu (ERCP)³⁴, Zaneti Jr.³⁵ aponta uma tendência contemporânea baseada em quatro eixos derivados do dever geral de cooperação: a) o gerenciamento de casos e planejamento do procedimento; b) estabelecimento e determinação dos fatos e das provas; c) estabelecimento e determinação das questões de direito e do direito aplicável; e d) estímulo à autocomposição e aos meios adequados de solução de conflitos.

Uma das obrigações decorrentes desses eixos se apresenta no sentido de que as partes cooperem mutuamente, antes, durante e após o início do litígio, com razoáveis esforços para a solução consensual do conflito e cumprimento das decisões judiciais. Isso inclui a possibilidade de imposição de sanções pelo juiz relacionadas aos custos do processo e condutas de má-fé durante as tentativas de acordo. Esse modelo busca romper com a tradição de alguns países nos quais não é imposto às partes a obrigação clara de negociar ou considerar seriamente as propostas de acordo das partes opostas³⁶.

Deste modo, sob o prisma da cooperação, a análise do instituto oriundo da África do Sul terá foco na avaliação da sua compatibilidade com o contexto brasileiro e com a possibilidade de sua utilização como exercício do papel da Corte Suprema de gerenciamento dos casos, de

Didier Jr., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set. 2013. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2570844/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em 22 jun. 2023. Mitidiero, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; Nunes, Dierle José Coelho Nunes. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Tese de Doutorado PUC-MG (2008). Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf. Acesso em: 22 jun. 2023; Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório: ensaio destinado à coletânea em homenagem a Alfredo Buzaid. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 9, 2016. DOI: 10.22456/0104-6594.68822. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/68822>. Acesso em: 22 jun. 2023. Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em 22 jun. 2023.

³² Greger, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. Revista de Processo. Vol. 206/2012. P. 123-134. Abr/2012.

³³ Ver: Uzelac, Alan. *Op. cit.*

³⁴ Disponível em português em: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Regras-modelo_de_processo_civil.pdf. Acesso em 25 nov. 2024.

³⁵ Zaneti Jr., Hermes. *O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo*. In: Marx Neto, Edgard Audomar, et. Al. (Org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³⁶ *Ibidem*.

modo a se verificar se constituiu ferramenta cooperativa viável para o estímulo à autocomposição.

5.1. A decisão “fraca” sul-africana e o estímulo à autocomposição: o caminho da cooperação

No caso *Olivia Road*, a Corte Constitucional sul-africana emanou decisão que, em verdadeiro gerenciamento de casos, promoveu a cooperação e o estímulo à autocomposição entre os litigantes e os atingidos pela decisão judicial, com estímulo à participação efetiva dos afetados.

Embora tenha sido proferida decisão “fraca” na perspectiva do enquadramento dado por Tushnet³⁷, foi possível o tratamento do conflito através da consensualidade que representaram avanços na efetivação de direitos sociais. Revelou-se como fator determinante, nesse sentido, a adequada representação pelos atingidos pelo problema estrutural que permeava a ação.

Alguns dos fatores apontados como determinantes para a obtenção do acordo foram os fatos de que as partes hipervulneráveis estavam representados por bons advogados³⁸, as partes já vinham negociando por um longo tempo e houve a supervisão da Corte, através dos relatórios apresentados³⁹.

Certo é que o *meaningful engagement* recebeu críticas, como as de Landau⁴⁰, que destacou que o remédio, como aplicado pela Corte Constitucional da África do Sul, apresenta questões reais sobre a eficácia geral e falhou em vários casos subsequentes.

O autor apontou ser improvável que abordagens dialogais da aplicação de direitos sociais funcionem em países em desenvolvimento, por ser provável que o destinatário do diálogo não responda de forma eficaz.

³⁷ Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, N.J., Princeton University Press, 2007. Pp. 272.

³⁸ Representaram os recorrentes os advogados P. Kennedy (Silk Counsel, advogado sênior reconhecido por seu conhecimento profundo e excelência jurídica) e H. Barnes, instruídos pelos escritórios de advocacia Webber Wentzel Bowens e Wits Law Clinic (clínica jurídica vinculada à Faculdade de Direito da Universidade de Witwatersrand, Wits University, em Joanesburgo, que oferece suporte jurídico gratuito ou acessível para pessoas de baixa renda como forma de treinamento prático para estudantes de direito).

³⁹ Arruda, Paula Uematsu. *Op. cit.*

⁴⁰ Landau, David. The reality of social rights enforcement, 53 HARV. INT'L L.J. 319 (2012), Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/articles/557>. Acesso em 25 nov. 2024.

Registrou também que a forma fraca ou dialógica de revisão utilizada em *Grootboom*⁴¹, assim como o “remédio do engajamento” não parecem representar com precisão a forma como os direitos sociais são aplicados em outras partes do mundo.

Segundo ele, muitos Tribunais têm apostado em um modelo de reivindicação individualizada de direitos sociais, como forma de evitar questões complexas e gerenciamento de casos. Nesse sentido, o autor critica o fato de que esse modelo, assim como as injunções negativas, tende a beneficiar titulares de direitos da classe média e não os menos favorecidos.

Nessa análise, Landau⁴² categoriza as formas de reivindicação dos direitos sociais em ações individuais, injunções negativas, revisão de forma fraca e injunções estruturais e conclui que talvez as Cortes precisem se intrometer mais nas instituições democráticas para melhorá-las. Desse modo, reconhece que as injunções estruturais, embora mais complexas, possuem maior aptidão para a promoção de mudanças sistêmicas.

Em resposta às críticas, Tushnet⁴³ reconheceu o valor da contribuição de Landau na literatura sobre o papel judicial na aplicação de direitos sociais, sobretudo, em relação à nova perspectiva apresentada acerca das quatro formas como os direitos sociais são buscados judicialmente, antes mencionadas. Todavia, questionou a métrica utilizada para aferir se um remédio foi bem-sucedido ou não. Destacou que há pouca diferença entre as formas “fracas” e estruturais (as últimas mais detalhadas e prescritivas), visto que ambas raramente promovem avanços imediatos substanciais.

Deste modo, não obstante o seu caráter menos incisivo, se observa o potencial transformador de abordagens dialógicas e cooperativas, como a vista em *Olivia Road*, sobretudo, no tratamento de litígios estruturais e em situações em que os envolvidos se inserem em contextos de hipervulnerabilidade.

Assim, no contexto do sistema judicial, o caminho da cooperação representa o equilíbrio entre invadir indevidamente a função da administração e ignorar completamente a tarefa de proteger direitos sociais e deixar o Poder Executivo implementá-los à sua maneira.

⁴¹ Caso 11/00. Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>. Acesso em 08 ago. 2023.

⁴² Landau, David. Op. Cit.

⁴³ Tushnet, Mark. *A response to David Landau*. In: Arenhart, Sérgio Cruz; Jobim, Marcos Félix (orgs.). Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 53-62.

5.2. Tratamento de litígios estruturais no Supremo Tribunal Federal brasileiro: estamos no caminho cooperativo?

No Brasil, é comum a adoção de medidas “fortes”, de modo que, quando detectada a omissão inconstitucional do legislador, não é rara a prolação de decisões incisivas pelo Supremo Tribunal Federal, para a defesa dos direitos em discussão, em cumprimento ao seu múnus constitucional de concretizá-los.

Um exemplo disso foram medidas “fortes”, no julgamento da ADPF 828, no sentido de impedir que o Poder Público promovesse despejos em relação à população vulnerável durante o período da Pandemia Covid-19, em que as vulnerabilidades se agravaram e se recomendava permanecer em casa.

Nesse caso, não houve, porém, evidências de que o gerenciamento do caso pela Corte tenha conduzido a um estímulo à autocomposição, com exceção das previsões do regime de transição, que determinavam a criação de condições e ambiente favoráveis ao tratamento adequado de eventuais conflitos, através de mecanismos além da solução por decisões judiciais.

Nota-se, ainda, que, após a concessão da medida cautelar para suspender as medidas de despejos, os demais Poderes atuaram para aprovar disposições legais sobre a matéria, embora tenham apresentado expressa restrição ao alcance das medidas, para que fossem excluídos os imóveis rurais.

Nesse sentido, um dos riscos vislumbrados na adoção de decisões “fortes” é justamente o efeito *backlash*⁴⁴, que pode levar a um retrocesso na proteção de direitos, quando há reação à decisão judicial “incisiva” adotada pela Corte, ainda que no cumprimento da Constituição.

Além disso, verifica-se a existência de diversas Reclamações no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com informações sobre o descumprimento das decisões da Corte proferidas na APDF 828 (Nesse sentido: Rcl 60077 MC-Ref; Rcl 59399 MC-Ref; Rcl 49605 ED-AgR).

Decisões mais categóricas como aquela, embora o contexto se relacione à provisoriedade de um momento de crise, não se representam casos excepcionais da Corte Suprema.

Contudo, tem se observado avanços na condução dialógica de problemas estruturais perante o Supremo Tribunal Federal, como ocorreu no julgamento da ADPF 347, em que houve

⁴⁴ Ver: Post, Robert and Siegel, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 25 nov. 2024.

a admissão de diversos *Amici Curiae*, de modo a haver representação de uma grande gama interesses envolvidos com o objeto da ação (violação massiva de direitos dos presos do sistema prisional brasileiro), além de uma maior consideração a respeito dos memoriais e sustentação oral apresentados pelos amigos da corte.

Foram expressamente mencionados, no voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, a manifestação do *amicus curiae* Instituto Pro Bono Mulheres, apresentada em conjunto com a Clínica de Litigância Estratégica da FGV Direito SP, a Clínica de Direito Luiz Gama da FDUSP, Sociedade Brasileira de Direito Público e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos e do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, especialmente as informações acerca das crianças que crescem no ambiente do cárcere sem atendimento próprio, ou que sofrem revistas vexatórias na visita aos seus pais.

Também houve menção expressa, no mesmo voto-vista, dos dados trazidos pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado de São Paulo acerca das unidades prisionais inspecionadas pelo órgão, com a constatação de que, durante a crise sanitária Covid-19, 85,17% das unidades realizavam racionamento de água; assim como relato do mesmo *amicus curiae* que aponta “uma série de barbáries praticadas pelo Poder Judiciário de São Paulo”, com suspensão de saídas temporárias, atividades educacionais e de trabalho durante a pandemia, tornando o regime semiaberto uma espécie de regime fechado; e, ainda, a informação de que durante a pandemia, a Secretaria de Administração Penitenciária suspendeu as visitas dos familiares nos presídios, fazendo com que as pessoas presas ficassem sem o “conjunto de itens materiais de higiene, alimentos e medicamentos que os familiares provêm”.

Algumas das contribuições apresentadas pelos vários *amici curiae* admitidos para participação consistiram, portanto, em argumentos que representaram enriquecimento do debate e colaboraram no convencimento do Ministro que apresentou o voto-vista, rico em detalhes sobre a situação do sistema penitenciário em relação à qual houve o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Entretanto, mesmo nesse caso em que mais exploradas as contribuições de *Amicus Curiae* e emanada decisão menos incisiva pela Corte Suprema, não parece ter havido gerenciamento do caso para conduzir ao diálogo e consenso entre as partes envolvidas.

Além de considerar os argumentos dos *amici curiae*, houve, por parte do mesmo Ministro, a proposta de ampliação da condução dialógica do problema estrutural, ao votar oitiva de entidades estatais e da sociedade civil acerca dos planos a serem elaborados para o tratamento do reconhecido Estado de Coisas Inconstitucional. A proposta, porém, não foi amplamente aceita pelos demais Ministros.

Assim, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, para reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos, que demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.

Nesse sentido, foi determinado que a União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no voto do relator para acórdão, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. Além disso, restou estabelecido que o CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

Os litígios estruturais levados à Corte Suprema, deste modo, têm recebido um tratamento que representa avanço na sua condução dialógica, de forma a considerar os argumentos apresentados pelos diversos amigos da Corte, que representam diferentes interesses – o que representa a promoção do pluralismo democrático.

Além disso, as determinações na ADPF 347 representaram maior equilíbrio entre decisões “fortes” e “fracas” do que observado anteriormente, uma vez que a Corte, ao invés de definir quais medidas deveriam ser adotadas, estabeleceu que o plano de reestruturação deve ser elaborado em conjunto pela União, Estados, Distrito Federal e Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) e, posteriormente, submetidos à homologação do STF.

A arguição, proposta em 2015, teve seu desfecho inicial na Corte Suprema, com o julgamento definitivo em outubro de 2023. Há ainda, porém, prazos estabelecidos para a elaboração do plano de reestruturação, que, certamente, definirá também prazos para a execução de medidas.

Nesse contexto, não se vislumbra qualquer óbice à adoção de ordem de “engajamento significativo” entre os responsáveis pelos atos e os impactados com litígios estruturais como o exemplificado, com prazos definidos, obrigação de entrega de relatórios e divisão temática de reuniões. Pelo contrário, a ferramenta se revela compatível com o sistema brasileiro, dada a natureza e complexidade dos problemas estruturais enfrentados no Supremo Tribunal Federal, somada à ideia de flexibilidade dos procedimentos que envolvem esses litígios.

A medida, ainda que não resultasse em acordo sobre a totalidade dos problemas encontrados, poderia nortear a decisão da Corte para o estabelecimento de critérios mais precisos para a formulação do plano de reestruturação e, eventualmente, poderiam representar medidas tendentes a conduzir à formação de debate qualificado sobre os temas e consensos sobre providências a serem cumpridas.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar o instituto sul-africano do *Meaningful Engagement*, a partir de uma reflexão sobre o papel das Cortes Constitucionais na condução de casos estruturais que envolvem a defesa e a concretização dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais.

Muitos desafios permeiam essa atividade, sem que haja unanimidade na doutrina nacional ou internacional sobre como as Cortes devem promover o gerenciamento dos casos, de modo a cumprir adequadamente a sua tarefa constitucional de promover a efetividade de suas normas.

A partir da premissa adotada, no sentido do gerenciamento do processo com preocupação na tarefa de estimular a autocomposição entre as partes envolvidas no litígio, verificou-se que a Corte Constitucional da África do Sul, em *Olivia Road* (que deu origem ao *Meaningful Engagement*) atuou para incentivar a solução pelo Município e os ocupantes dos prédios insalubres, através de decisões que não se revelaram incisivas na revisão judicial. Ao contrário, a Corte evitou decidir sobre os temas que permeavam o conflito e cingiu sua análise à razoabilidade do resultado obtido com o “engajamento significativo” e, antes disso, buscou propiciar o efetivo diálogo entre demandante e demandados.

O estudo ressaltou que a análise comparativa não pode se resumir a uma transposição de institutos jurídicos, de forma acrítica e sem critérios. Deve ser dada atenção às diferenças culturais e jurídicas dos países, sem fazer com que a diversidade contextual impeça a realização da análise.

Nesse sentido, utilizou-se como método comparativo a adoção do problema comum como *tertium comparationis* e de uma hipótese de solução jurídica a ser avaliada, com a análise das diferenças e semelhanças entre os sistemas ou institutos jurídicos comparados, identificação de tendências evolutivas, averiguação das soluções encontradas e apresentação de previsão para desenvolvimentos futuros.

Assim, verificou-se a presença de características comuns compartilhadas entre Brasil e África do Sul, ambos incluídos no conceito de Sul-Global e atravessados por um

constitucionalismo transformador, com semelhantes questões relacionadas à implementação de direitos sociais, econômicos e culturais.

A análise do caso paradigma sul-africano conduziu à conclusão de que decisões chamadas de fracas possuem aptidão para posicionar o processo como espaço para debates qualificados e estímulo à autocomposição. Por outro lado, decisões mais incisivas, como as prolatadas na ADPF 828, muitas vezes se revelam necessárias diante de momentos emergenciais, como a Pandemia Covid-19.

De todo o modo, observou-se que a ampliação de formas de representação, com atores qualificados, especializados no tema em discussão, tanto no Brasil como na África do Sul tem se revelado como medida para promover a possibilidade de efetiva proteção dos reais interesses de pessoas em elevado nível de vulnerabilidade.

A análise da atuação da Corte Suprema Brasileira, como ilustrado pela ADPF 347, demonstrou que o STF tem avançado na condução dialógica de problemas estruturais, mas ainda há espaço para aplicação mais ampla de mecanismos participativos que conduzam à emancipação dos impactados pelo litígio e a fazer com que os responsáveis pelos atos se impliquem na solução das questões que lhe cabem.

A medida representa maior pluralismo democrático; autonomia dos indivíduos e sociedade frente ao Judiciário; responsabilidade, transparência e controle social no tratamento litígios estruturais, em um modelo cooperativo, tendente a superar o protagonismo judicial e abordagens adversariais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arruda, Paula Uematsu. Remédios sem direitos? A essencialidade da interpretação substancial dos direitos econômicos e sociais para o sucesso dos compromissos significativos. In: Serafim, Matheus Casimiro; Cunha, Eduarda (Org.). Processos estruturais no sul global. Londrina: Toth, 2022.

Cabral, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo | vol. 126 | p. 59 | Ago / 2005.

Cabral, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009.

Cappelletti, Mauro; Garth Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Nrtfleet. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1988.

Cappelletti, Mauro. Metodo e Finalità degli Studi Comparativi della Giustizia (1992). In: Cappelletti, Mauro. Dimensioni della Giustizia nelle Società Contemporanee. Bologna: Il Mulino, 1994.

Cepeda, M. J. ¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente? In: _____. Introducción a la Constitución de 1991. Bogotá: Presidencia de la República, 1993. p. 173-186.

Cepeda, M. J. Los derechos fundamentales de la Constitución de 1991. Bogotá: Temis, 1997. v. 2.

Didier Jr., Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Didier Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set. 2013. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2570844/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em 22 jun. 2023.

Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: Zaneti Jr., Hermes; Cabral, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 9). 2a ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 37-66.

Didier Jr., Fredie; Zaneti Jr., Hermes; e Oliveira, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 75, jan/mar. 2020, p. 101-136. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

European Law Institute – ELI. Regras Modelo Europeias de Processo Civil. Disponível em português em: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Regras-modelo_de_processo_civil.pdf. Acesso em 25 nov. 2024.

Fiss, Owen M., Against Settlement. Faculty Scholarship Series. Paper 1215, 1984. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em: 25 nov. 2024.

Gade, Christian B. What's ubuntu? Different interpretations among South africans of South Africa descent. South African Journal of Philosophy (2012), 31:484-503.

Garavito, César Rodríguez; Franco, Diana Rodríguez. Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

Greger, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual. Revista de Processo. Vol. 206/2012. P. 123-134. Abr/2012.

Habermas, Jürgen. Agir comunicativo e razão descentralizada. Tradução de Lúcia Aragão e revisão de Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

Jobim, Marco Félix. Cortes e o tratamento mundial de conflitos estruturais. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2023.

Kozicki, Katya; Van Der Broocke, Bianca M. Schneider. O “compromisso significativo” (meaninful engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. *Joçaba*, v. 20, n. 2, p. 267-290, jul./dez. 2019.

Klare, K. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998. ISSN 0258-720.

Landau, David. The reality of social rights enforcement, 53 *HARV. INT'L L.J.* 319 (2012), Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/articles/557>. Acesso em 25 nov. 2024.

Maus, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradutores: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-199, nov. 2000.

Mokgoro, Justice Yvonne. Ubuntu and the law in South Africa. *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad/Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 1, No. 1 (1998), p. 16-32. Disponível em: <https://perjournal.co.za/article/view/2897/2848>. Acesso em: 25 nov. 2024.

Mitidiero, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Nunes, Dierle José Coelho Nunes. Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil. Tese de Doutorado PUC-MG (2008). Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf. Acesso em: 22 jun. 2023.

Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório: ensaio destinado à coletânea em homenagem a Alfredo Buzaid. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 9, 2016. DOI: 10.22456/0104-6594.68822. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/68822>. Acesso em: 22 jun. 2023.

Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em 22 jun. 2023.

Örücü, Esin. Methodological Aspects of Comparative Law. *European Journal of Law Reform*, vol. 8, n.1, 2006.

Post, Robert and Siegel, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=990968>. Acesso em: 25 nov. 2024.

Reitz, J. C. How to do Comparative Law?, 46 *American Journal of Comparative Law* 617-636 (1998).

Santos, Boaventura de Sousa. Descolonizar el saber, reinventar el poder. Montevideo: Trilce, 2010. p. 39. Disponível em: https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Descolonizar%20el%20saber_final%20-%20C%C3%B3pia.pdf. Acesso em 08 ago. 2023.

Santos, Boaventura de Sousa. Epistemologies of the South and the future. In: From the European South: a transdisciplinary journal of postcolonial humanities, 1, 17-29. 2016-06-01. p. 18-19. Disponível em: Archivi del futuro: il postcoloniale, l'Italia e il tempo a venire – From the European South (fesjournal.eu). Acesso em 08 ago. 2023.

Serafim, Matheus Casimiro Gomes. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 103.

South Africa. Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993 (repealed by Constitution of the Republic of South Africa, [No. 108 of 1996], G 17678, 18 December 1996).

South Africa. Case Number: CCT24/07. Occupiers of 51 Olivia Road Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others. Disponível em: <https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/3316/Full%20judgment%20Official%20version%20%28167%20Kb%29-11581.pdf?sequence=35&isAllowed=y>. Acesso em: 25 nov. 2024.

South Africa. Constitution of the Republic of South Africa, 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>. Acesso em 13 ago. 2023.

South Africa. Case 11/00. Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>. Acesso em 08 ago. 2023.

Tushnet, Mark. A response to David Landau. In: Arenhart, Sérgio Cruz; Jobim, Marcos Félix (orgs.). Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 53-62.

Tushnet, Mark. Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton, N.J., Princeton University Press, 2007. Pp. 272.

Uzelac, Alan. Estudos Comparados de Processo Civil (Comparative studies of civil procedure). Traduzido e revisado por Hermes Zaneti Jr. e Pedro Pessoa Temer. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 48, n. 345, p. 391-419, nov. 2023.

Venturi, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: Zaneti Jr., Hermes; Cabral, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC - vol. 9). 2a ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2018.

Zaneti Jr., Hermes. O Ministério Público e as normas fundamentais do direito processual civil brasileiro. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 68, abr./jun. 2018, p. 181.

Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1242829/Hermes_Zaneti_Jr.pdf.
Acesso em: 25 nov. 2024.

Zaneti Jr., Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo. In: Marx Neto, Edgard Audomar, et. Al. (Org.). Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

**ANÁLISE COMPARATÍSTICA DE PROCESSO ESTRUTURAL NO SUL GLOBAL:
DIÁLOGO DO DIREITO BRASILEIRO E A REALIDADE SOCIAL DO CHILE
ACERCA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA**

*COMPARATIVE ANALYSIS OF STRUCTURAL PROCESS IN THE GLOBAL SOUTH:
DIALOGUE OF BRAZILIAN LAW AND THE SOCIAL REALITY OF CHILE ABOUT
PEOPLE IN HOMELESS SITUATIONS*

Kleyton Santos Souza¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Características Gerais do Processo Estrutural. 2.1. Problema Estrutural. 3. As pessoas em situação de rua e a vivência nos logradouros públicos como um problema estrutural. 4. Direitos Contemplados na decisão liminar da ADPF nº 976. 4.1. Decisões Futuras. 5. Análise comparatística dos ordenamentos e do problema social comum. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: O estudo analisa, de forma comparativa e com base no método de microcomparação, a implementação de medidas estruturais para pessoas em situação de rua. Focando na ADPF nº 976 e a decisão liminar do Ministro Alexandre de Moraes no ordenamento brasileiro, contrastando com a realidade social vivenciada no Chile.

Palavras-chaves: Processo Estrutural. Vulnerabilidade. Processo comparado.

Abstract: The study analyzes, in a comparative way and based on the micro-comparison method, the implementation of structural measures for homeless people. Firstly, analyzing ADPF nº 976 and the preliminary decision of Minister Alexandre de Moraes in the Brazilian legal system, contrasting with the social reality experienced in Chile.

Keywords: Structural Process. Vulnerability. Compared process.

¹ Advogado. Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Estado do Espírito Santo (UFES). Integrante do Grupo de Estudos FPCC – Fundamentos de Processo Civil Contemporâneo. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Vila Velha (UVV). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo (UFES). E-mail: advogadokleytonsantos@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1523455441393397>. Orcid Id. <https://orcid.org/0009-0004-0339-6562>.

1. INTRODUÇÃO

Caso 01: Na noite de sábado, no Rio de Janeiro, na data de 12 de outubro de 2024, o agressor chega ao local em que dois homens em situação de rua dormiam, joga líquido inflamável nos dois e depois atea fogo neles.²

Caso 02: No Centro de São Paulo guardas-civis agredem com chutes morador em situação de rua que já se encontrava algemado, assim, o mesmo foi agredido com chutes e socos por diversos agentes da Guarda Civil Metropolitana (GCM) de São Paulo. Ação realizada durante abordagem.³

Caso 03: Grupo de jovens ateou fogo no índio Galdino Jesus dos Santos que dormia em um ponto de ônibus em Brasília. Aproximadamente cinco rapazes ateam fogo em um índio que dormia sob a cobertura de um ponto de ônibus em Brasília. Galdino Jesus dos Santos, de 44 anos, da tribo pataxó hã-hã-hãe, teve 95% do corpo queimado e morreu no dia seguinte. Os agressores, entre eles um menor de idade, disseram que queriam “dar um susto” em quem eles “pensavam ser um mendigo”.⁴

Caso 04: Moradores em situação de rua enviados de outras cidades recebem roteiro até destino final (Campinas), como descrito em um dos relatos, o morador veio de Bragança Paulista e a assistência social o mandou para Campinas, alegando que ele conseguiria passagem para Casa Branca. O mesmo estava sem roupa, sem alimentação, sem dinheiro para comer, para passagem, sem o mínimo.⁵

Focando na temática das pessoas em situação de rua, podemos elencar um crescente e elevado índice de marginalização vivenciado por esse grupo, como apresentado nos casos já citados, representando violações indignas de vários direitos humanos básicos que deveriam ser amplamente protegidos e garantidos a todas as pessoas, independentemente de situação religiosa, econômica, cor, sexo, raça, etnia e assim por diante.

² Vídeo mostra homem ateando fogo em pessoas em situação de rua no RJ. *CNN*, Rio de Janeiro. 17 de outubro de 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/video-mostram-homem-ateando-fogo-em-pessoas-em-situacao-de-rua-no-rj/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

³ Guardas-civis agredem com chutes morador em situação de rua já algemado no Centro de SP. *Por Globo*. 07 de julho de 2024. Site Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/07/07/video-guardas-civis-agredem-com-chutes-morador-em-situacao-de-rua-ja-algemado-no-centro-de-sp.ghml>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁴ Com fogo, jovens matam índio Galdino. *Memorial da Democracia*. 2015-2015. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/com-fogo-jovens-matam-indio-galdino>. Acesso em: 10 de jan. 2024.

⁵ Moradores em situação de rua enviados de outras cidades dizem ter recebido “roteiro” até Campinas. *Por G1 Campinas e Região*. 06 de maio de 2024. Site Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2024/05/06/moradores-em-situacao-de-rua-enviados-de-outras-cidades-dizem-ter-recebido-roteiro-ate-campinas-video.ghml>. Acesso em: 10 jun. 2024.

Além dos casos expostos, inúmeras outras situações congêneres de vulnerabilidade e de constante violação de direitos humanos vivenciadas por esse grupo podem ser explicitadas.⁶ Em vista disso, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, vem sendo utilizado o processo estrutural como uma possível solução para a temática, além de políticas públicas atinentes à matéria. Certamente, percebe-se que o uso do processo estrutural, por meio da atuação ativa do judiciário, tem promovido um maior debate e melhor direcionamento para o problema.

Isso porque, o processo estrutural facilita o diálogo institucional entre os entes do poder público, garantindo uma multipolaridade (um policentrismo), para ratificar os interesses públicos em desconformidade. Promovendo um verdadeiro diálogo entre as instituições legalmente postas que estruturam o ordenamento jurídico, à exemplo do direito brasileiro podemos elencar: Ministério Público, Defensoria Pública, juízes, representantes dos demais entes federados⁷.

Desse modo, diante do problema estrutural prevalece uma necessidade de dever geral de cooperação para garantir a reorganização desse estado de coisas não ideal⁸. Assim, buscar decisões estruturais prospectivas (para o futuro)/objetivas, mostra-se mais satisfativo na solução da temática, principalmente, por meio de um compromisso significativo dos entes, sendo possível uma execução adequada, tanto extraprocessual, quanto processual, visando a solução programática.

Consequentemente, para mitigar o problema, direito material e processual devem se conectar no intuito de efetivar os direitos fundamentais, com planos que garantam subsídio, controle e adequação. No direito brasileiro, isso reverbera na atuação tanto do Ministério Público, como da Defensoria Pública, tutelando o primeiro a defesa dos direitos fundamentais no sentido amplo e o segundo a tutela dos necessitados/ hipossuficientes. Por meio de uma

⁶ Mais de 15 mil pessoas no Chile vivem em situação de rua, sendo sua grande maioria pessoas menores que 50 anos, alguns sofrem enfermidades crônicas e dados apontam que a situação se agrava por mais problemas familiares do que econômicos. Além disso, 44% estão na região metropolitana. Más de 15.000 personas en chile viven en situación de calle: Cuántos son por región y las características de esta población. *Por equipo multimedia, Emol.* 13 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/06/13/988915/Chile2020-Personas-situacion-calle.html>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁷ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o processo civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 355-356.

⁸ “O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estrutural - uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisa considerado ideal”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303. p. 45-81, versão eletrônica. maio. 2020.

atuação cooperativa, ambos podem trabalhar no controle de políticas públicas voltadas para as pessoas em situação de rua.

Conexo à temática, no direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, se posicionou em decisão liminar recente na ADPF nº 976, fazendo prevalecer um ativismo judicial da lei e da constituição para contemplar soluções para diversos problemas vivenciados pelas pessoas em situação de rua, por certo, uma verdadeira decisão estrutural, que se volta a uma reestruturação institucional e normativa que é aplicada aos entes federados no que concerne aos direitos do grupo.

Posto de outra forma, com a decisão liminar proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes em relação a remoção forçada de pessoas em situação de rua,⁹ questiona-se a todo momento, como será possível a atuação das instituições democráticas diante de um problema que só cresce e traz consequências que ultrapassam as garantias patrimoniais, incidindo por inteiro nas garantias existenciais.

Para isso, é necessária uma decisão estrutural que garanta uma reestruturação do estado de desordem, incidindo de forma objetiva no problema estrutural, contemplando uma meta, como uma forma de norma-princípio (uma norma jurídica de conteúdo aberto).

Certamente, o presente estudo, de forma comparatística demonstra a importância da atuação do judiciário brasileiro e como podem ser exportadas as ideias implementadas para outros ordenamentos alienígenas do sul global, como exemplo: o Chile, Peru, Argentina e outros que enfrentam problemas similares (*tertium comparationis*)¹⁰. Por pertencer à mesma família jurídica (civil law) e possuir histórico semelhante ao brasileiro, exportar tais ideias é de suma importância para garantir o transporte de soluções voltadas à população em situação de rua na América Latina.

Desta feita, apresentando uma resposta adequada para o problema explicitado, utilizou-se o método de investigação dedutivo, sob a análise de um caso geral (processo estrutural) incidindo em um contexto específico (pessoas em situação de rua). Para além, foi utilizado o método jurídico-teórico, com a incidência de métodos de pesquisa indireto, por meio de

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. II Mulino. 1994. p. 39-38.

bibliografias, artigos científicos, jurisprudências e doutrinas. Conjuntamente, foi utilizado o método fenomenológico de investigação.

2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DO PROCESSO ESTRUTURAL

O processo estrutural pode ser usado como um modelo incrementador de controle jurisdicional de políticas públicas, aplicando desde o seu nascedouro decisões escalonadas que promovam soluções para o problema estrutural existente.¹¹

Acontece que, as decisões proferidas visam garantir um procedimento instruído a promover a mudança de um estado de coisa desestruturado ou mesmo inconstitucional, para uma condição de conformidade com um estado constitucional, devidamente estruturado.¹²

Partindo desse ponto, algumas características próprias devem ser observadas como: (a) o objeto de debate e análise deve ser uma situação estrutural em desconformidade, carregando consigo diversos graus de violação constitucional, e ilícitos; (b) a atuação para resolver a problemática deve ter como objetivo uma reestruturação, com a passagem de um estado de desconformidade para um estado constitucional; (c) deve prevalecer duas fases distintas, a primeira para identificar o problema estrutural e a segunda para promover a procedimentalidade a ser seguida; (d) existe uma cooperação e necessidade de flexibilização de todo o procedimento para comportar técnicas diferenciadas de negociação entre entes públicos e privados; portanto, (e) prevalece a convencionalidade adaptável.¹³

Esquemáticamente, temos um processo que é coletivo, utilizador da via judicial para promover uma reorganização estrutural, em caráter público ou privado, diante da denegação de direitos, que ocasiona um litígio estrutural.¹⁴

¹¹ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o processo civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 345.

¹² ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o processo civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 345.

¹³ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o processo civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 348-349.

¹⁴ [...] Fases de desenvolvimento: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos, em respeito ao caráter policêntrico do litígio; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, em documento ou a partir de diversos acordos ou ordens judiciais, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar de maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não pretendidos, ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) implementação do plano revisor, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua até o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social que se afigure apropriado, dadas as circunstâncias do conflito, a partir da reorganização da estrutura. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural - teoria e prática*. 5.^a ed. editora Juspodivm, 2024. p. 75.

2.1. Problema Estrutural

Delimitados os conceitos gerais, é possível entender o problema estrutural, pois está intimamente ligado com a definição de processo estrutural, já que é definido de acordo com a existência de um estado de desestruturação, conexo a uma situação permanente e longa de ilicitude que desencadeia essa desconformidade - mesmo que nem sempre tida como ilícita.¹⁵

Pensando na teoria dos princípios que buscam um estado de coisa ideal a ser alcançado¹⁶, o problema estrutural encontra-se na esteira contrária, posto que é um estado de coisa não ideal, padecendo, portanto, de uma reorganização/reestruturação.¹⁷

Frisa-se que, os problemas estruturais nem sempre estão conexos somente a esfera pública, mas a doutrina carrega consigo diversos exemplos em que são atrelados ao direito público e principalmente a carência de políticas públicas. Como exemplos: (a) a falta de acessibilidade para pessoas com deficiências (PCD's) em locais públicos e privados;¹⁸ (b) comunidades afetadas pelo vírus do *aedes aegypti*, com a consequente atribuição ao direito à saúde;¹⁹ (c) direitos dos povos originários para com disciplinas próprias em currículos escolares, carecendo de previsões próprias nas matrizes curriculares;²⁰ (d) o estado de coisa inconstitucional vivenciado pela população carcerária brasileira;²¹ assim por diante.

Na esteira do direito privado, é apresentada (1) as situações das dissoluções irregulares de sociedades empresárias e até o fechamento de fábricas;²² (2) ações concursais no que diz

¹⁵ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o processo civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 347.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

¹⁷ ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o processo civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 347.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.ª ed. Editora juspodivm, 2024. p. 566.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.ª ed. Editora juspodivm, 2024. p. 566.

²⁰ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.ª ed. Editora juspodivm, 2024. p. 566.

²¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.ª ed. Editora juspodivm, 2024. p. 566.

²² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.ª ed. Editora juspodivm, 2024. p. 566.

respeito à falência e recuperação judicial;²³ a (3) intervenção do Conselho administrativo de defesa econômica (CADE) efetivando decisões com intervenção nas empresas (lei nº12.529/2011, art. 96),²⁴ dentre outras.

3. AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E A VIVÊNCIA NOS LOGRADOUROS PÚBLICOS COMO UM PROBLEMA ESTRUTURAL

Por certo, a situação desse grupo e a vivência nos logradouros públicos é um problema estrutural. Posto que, a lesão moral que acomete o indivíduo em situação de rua, reflete no desrespeito pessoal que acaba interferindo na sociedade como um todo. Já que, esses indivíduos perdem o caráter de membros detentores de valor dentro da coletividade, essas pessoas acabam passando como excluídas, invisíveis e vivendo à margem da sociedade, assim:

Para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos, uma perda de auto-respeito.²⁵

Em consequência disso, vê-se, nesse viés, uma atribuição negativa ao valor social dos indivíduos em situação de rua ou até mesmo do grupo (pessoas em situação de rua). Tudo fica mais claro quando lançamos um olhar em concreto para o terceiro caso descrito na introdução do presente estudo, em que um grupo de jovens ateou fogo no índio Galdino Jesus dos Santos que dormia em um ponto de ônibus em Brasília.²⁶

O que se subtrai da narrativa é a falta de respeito, e a desumanização vivida. Sendo de suma importância para o entendimento da teoria que é debatida. As consequências se reverberam nas falas dos jovens agressores, ao dizerem que “pensavam ser um mendigo”²⁷.

²³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.ª ed. Editora juspodivm, 2024. p. 566-567.

²⁴ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.ª ed. Editora juspodivm, 2024. p. 566-667.

²⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos social*. tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p.216.

²⁶ Com fogo, jovens matam índio Galdino. *Memorial da Democracia*. 2015-2015. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/com-fogo-jovens-matam-indio-galdino>. Acesso em: 10 de jan. 2024.

²⁷ Com fogo, jovens matam índio Galdino. *Memorial da Democracia*. 2015-2015. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/com-fogo-jovens-matam-indio-galdino>. Acesso em: 10 de jan. 2024.

Portanto, esse assentimento social, de desrespeito em termo de reconhecimento, promove essa degradação e ofensa frente a um conjunto de indivíduos que são detentores de condições totalmente desumanas, por viverem em situação de rua. Assim, é o que remonta e consolida o pensamento desenvolvido por Axel Honneth, pois:

[...] à dor física e à morte, expressa-se linguisticamente o fato de que compete às diversas formas de desrespeito pela integridade psíquica do ser humano o mesmo papel negativo que as enfermidades orgânicas assumem no contexto da reprodução de seu corpo: com a experiência do rebaixamento e da humilhação social, os seres humanos são ameaçados em sua identidade da mesma maneira que o são em sua vida física com o sofrimento de doenças.²⁸

Dado o exposto, é possível concluir que a ira, ódio, a vexação ou o desprezo, são fatores que reverberam de forma negativa na solução do problema, pois, essa comunidade de valores (solidariedade) que se desenvolvem por meio de capacidades e das propriedades, promovem um potencial evolutivo de individualização para os entes, incorrendo na ameaça da “honra e dignidade”.²⁹

Quando se põe em xeque a questão de reconhecer o outro em uma coletividade social, ou seja, “o reconhecimento social lhe é negado de modo injustificado”.³⁰ Conjuntamente com a ausência de moradia, é que surge para a perspectiva do processo coletivo estrutural o problema estrutural, conexo com a ideia de desconformidade/ ausência de um estado de coisa ideal.³¹

Diante disso, o processo coletivo estrutural se mostra juridicamente adequado para solucionar a temática, ou, ao menos, determinar fatores mínimos que reduzam as estatísticas desse grupo minoritário que vive à margem da sociedade.

É um problema de complexa e difícil solução, principalmente pela diversidade que existe dentro do grupo, dados apresentados pelo Governo Federal (Brasil, 2023), demonstram que homens negros e jovens correspondem às principais vítimas, (14%) são pessoas pretas e

²⁸ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos social*. tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p.219.

²⁹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos social*. tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p.211.

³⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos social*. tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p.220.

³¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.ª ed. Editora juspodivm, 2024. p. 566.

(55%) são pardas, somando um total de 69% das vítimas mais atingidas, dentro de um quantitativo de (26%) que corresponde a faixa etária de 20 a 29 anos.³²

Tudo se agrava pela concentração em grandes centros urbanos, na distribuição territorial brasileiro, 62% das pessoas em situação de rua do país estão concentradas na região Sudeste. O estado de São Paulo concentra (40%) do total, estando a maior parte na capital (53.853).³³

O problema de forma comparada é similar ao vivenciado no Chile, no que tange algumas características da população em situação de rua, dados demonstram que lá, 84% eram homens, e 19,9% eram consumidores de drogas, além de outros problemas apontados, que refletem uma porcentagem de 36,9% com problemas familiares, e apenas 13,8% com problemas econômicos.³⁴

A própria legislação brasileira reconhece a heterogeneidade desse grupo, vejamos:

Considera-se População em Situação de Rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.³⁵

Pelo exposto, é importante destacar que políticas sociais, técnicas e práticas institucionais e governamentais devem ser assumidas para cooperativamente tentar solucionar o problema. Sejam em etapas, ou mesmo em ações gerais.

³² BRASIL. População em situação de rua: Diagnóstico com base nos dados e informações disponíveis em registros administrativos e sistemas do Governo Federal. *Gov.br*. Brasília, agosto de 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/publicacoes/relat_pop_rua_digital.pdf. Acesso em: 15. nov. 2024.

³³ BRASIL. População em situação de rua: Diagnóstico com base nos dados e informações disponíveis em registros administrativos e sistemas do Governo Federal. *Gov.br*. Brasília, agosto de 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/publicacoes/relat_pop_rua_digital.pdf. Acesso em: 15. nov. 2024.

³⁴ Más de 15.000 personas en Chile viven en situación de calle: Cuántos son por región y las características de esta población. *Por equipo multimedia, Emol*. 13 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/06/13/988915/Chile2020-Personas-situacion-calle.html>. Acesso em: 15 nov. 2024.

³⁵ BRASIL. Decreto Presidencial nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009, que Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua. Brasília, 23 de dezembro de 2009, *Diário oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

4. DIREITOS CONTEMPLADOS NA DECISÃO LIMINAR DA ADPF N° 976

Juridicamente, com os conceitos já tipificados e o direcionamento do problema como sendo estrutural, podemos analisar o que ficou estabelecido na decisão liminar da ADPF n° 976 e as medidas a serem adotadas pela União, Estados e Municípios.

Assim, foi determinado um prazo de 120 (cento e vinte) dias para o poder Executivo Federal, formular um plano de ação e monitoramento, visando a efetiva implementação da política nacional para a população em situação de rua.

Devendo existir a participação de outros órgãos, como Comitê intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para População em Situação de Rua (CIAMP-Rua), do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), da Defensoria Pública da União (DPU) e do Movimento Nacional da População em Situação de Rua.³⁶

Desse modo, deve o plano conter, no mínimo, alguns tópicos específicos, como exemplo: (I.1) a criação de um diagnóstico que tenha a identificação do perfil das pessoas em situação de rua, necessidades e procedência de elementos que ajudem na elaboração de políticas públicas específicas; (I.2) elaboração de diagnósticos de caráter permanentes das pessoas em situação de rua; (I.3) mapeamento por meio de mecanismos próprios (censo realizado pelo IBGE); (I.4) Fiscalização e análise dos impactos de ações de despejo e reintegração para a população em situação de rua.³⁷

Ademais, (I.5) devem ser elaboradas diretrizes de intervenção, focadas no treinamento dos agentes públicos, e na formação de intervenções dos “hiperhipossuficientes”, sendo pautadas em humanização e não violência; (I.6) formação de cursos e programas capacitantes de agentes do setor público, nos temas de assistência social, justiça, saúde, etc. focando na atuação para pessoas em situação de rua; (I.7) aprimoramento de Política Nacional de Habitação para a população em situação de rua; (I.8) Observar programas de transferência de renda para à população em situação de rua, conjuntamente com suas capilaridades.³⁸

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22

Bem como, (I.9) regulamentação de canais de denúncia (focados em violação de direito); (I.10) regulamentação de padrões básicos nos centros de acolhimento, desde segurança até higiene dos pontos de acolhimento; (I.11) implementação de programas destinados à população em situação de rua acerca da prevenção ao suicídio; (I.12) desenvolvimento de programas de conscientização e educação da população ao que tange a aporofobia e as pessoas em situação de rua.³⁹

Por fim, (I.13) criação de programas de fomento a programas de emprego e instigação para o mercado de trabalho, visando estimular a saída das ruas; (I.14) Criação de programas voltados para renda, cultura, educação, moradia e trabalho, específico para à população em situação de rua; (I.15) promoção de incentivos fiscais à contratação de trabalhadores provenientes de situações de rua.⁴⁰

Na mesma linha do teor decisório já exposto, ficou determinado aos poderes executivos municipais e distritais, a responsabilidade para: (II.1) garantirem proteção aos pertences das pessoas em situação de rua, em especial a segurança pessoal; (II. 2) incentivo à proteção dos animais pertencentes às pessoas em situação de rua, por meio da vigilância sanitária.⁴¹ Consequentemente, (II.3) vedem a remoção forçada e obrigatória de pessoas em situação de rua; (II.4) proibam a utilização de arquiteturas hostis, assim como o emprego de equipamentos e barreiras que impeçam o acesso a serviços e políticas públicas.⁴²

Em áreas urbanas, sejam feitas: (II.5.1) divulgações de todos os locais de acolhimento, com datas, horas de atendimento, prezando pela transparência nos atos públicos, serviços que devem ser feitos por meio de sites próprios; (II.5.2) amplas divulgações e informações dos

ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

locais de armazenamento dos bens apreendidos e como promover a entrega aos destinatários.⁴³ Consequentemente, (II.5.3) garantam capacitação sobre sanções penais e administrativas aos agentes que violarem os direitos das pessoas em situação de rua; (II.5.4) criem bagageiros para o armazenamento de pertences das pessoas em situação de rua. (II.5.5) garantam a presença e prestação de serviços de agentes sociais em programas coletivos de maior magnitude; (II.5.6) implementem banheiros públicos, lavanderias sociais e bebedouros para uso da comunidade em situação de rua; (II.5.7) promoção de vistorias periódicas nos postos de acolhimento, observando segurança, salubridade; etc.⁴⁴

Para além, (II.6) realização de mutirões visando a inclusão de políticas públicas existentes, quais sejam, mas não se limitando, a inscrição em cadastros governamentais e regularização de documentação; (II.7) instigação de programas preventivos de violência à população em situação de rua; (II.8) criação de protocolos intersetorial de atendimento para implementação no sistema público; (II.9) quanto às questões climáticas, que seja divulgado de forma ampla os alertas meteorológicos, para garantir a atuação da defesa civil no âmbito dos entes federados, mitigando os danos de ondas de calor e frio, evitando graves impactos para a população em situação de rua.⁴⁵

Outrossim, ficou estipulado a disponibilização de forma imediata (II.10.1) a entrega de barracas e estruturas para locais em que as pessoas em situação de rua se encontrem, devendo a defesa civil atuar identificando os locais nos quais não tem número de vagas em quantitativo compatível; (II.10.2) a entrega de materiais de higiene pessoal.⁴⁶

No mais, aos poderes executivos municipais e distritais ficou determinado, que no prazo de 120 (cento e vinte) dias, fosse feita a realização de diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios, especificando a quantidade de pessoas em situação de rua nas áreas

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

geográficas e local das vagas de abrigo, com a consequente indicação de capacidade para o fornecimento de alimentação.⁴⁷

4.1. Decisões Futuras

As decisões estruturais que se sucederem da ADPF nº 976, não devem ser objetivas no intuito de obrigar o poder público a garantir moradia adequada para todas as pessoas em situação de rua, mas sim, objetivas a ponto de instigar todos os entes federados/ instituições jurídicas para promoção de políticas públicas inclusivas, visando de fato a mudança para o estado de coisa ideal.

Parcela da doutrina de processualistas, como Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Junior, Rafael Alexandria de Oliveira e Edilson Vitorelli divergem sobre a correlação de que todos os problemas estruturais podem ser solucionados por processos coletivos estruturais.⁴⁸ Nesse sentido, quando observamos a temática das pessoas em situação de rua, fica clara a relação e necessidade da solução por meio de um processo coletivo estrutural.

Toda movimentação do sistema de justiça não será para garantir um ativismo judicial, para obrigar de forma coercitiva o poder executivo/ legislativo a participar e se movimentar visando a solução da problemática. Mas, sim, garantir um controle de políticas públicas e regulamentar a disfunção de políticas existentes.

Nesse limbo, tanto de políticas públicas e de processos coletivos que se preocupam com litigâncias insuficientes ou frívolas, deve ser levado em conta o uso do processo estrutural para gerar medidas mais incisivas na esfera do direito, promovendo planos segmentados para soluções em etapa/cascata⁴⁹, isso posto:

[...] Simplesmente porque os sujeitos humanos não podem reagir de modo emocionalmente neutro às ofensas sociais, representadas pelos maus-tratos físicos, pela privação de direitos e pela degradação, os padrões normativos de reconhecimento recíproco têm uma certa possibilidade de realização no interior do mundo da vida

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁴⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.^a ed. Editora juspodivm, 2024. p. 566.

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *revista de processo*, v. 225, 2013, p. 389-410.

social em geral; pois toda realização emocional negativa que vai de par com a experiência de um desrespeito de pretensões de reconhecimento contém novamente em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo da resistência política.⁵⁰

Remotamente, “os poderes constituídos devem atuar nos limites de suas competências, visando atingir os objetivos que a constituição colocou como meta para a sociedade brasileira de construir uma sociedade livre, justa e solidária”.⁵¹ Estimulando o respeito recíproco entre os indivíduos e a gerência plena dos poderes contemplados para todos os entes federativos, sempre prezando por uma comunidade de valores que consiga firmar um compromisso significativo⁵². Claramente uma situação modelo que pode ser implementada por diversos outros ordenamentos jurídicos, abandonando a ótica eurocentrista de que os problemas só podem ser solucionados com experiências de países Europeus ou de primeiro mundo. Assim, reafirmar o uso de decisões estruturais para os países do sul global é promover um intercâmbio jurídico de soluções programáticas que podem ser efetivas a longo prazo.

5. ANÁLISE COMPARATÍSTICA DOS ORDENAMENTOS E DO PROBLEMA SOCIAL COMUM

É perceptível que o problema não se materializa em apenas um ordenamento, mas é de cunho global. A questão que fica intitulada é saber se surge apenas por questões econômicas ou por ausência geral de políticas públicas efetivas e diretas.

Ao lançarmos um olhar sobre os Estados Unidos da América (EUA), observamos que um dos países mais ricos do mundo tem quase o dobro de pessoas em situação de rua do que no Brasil. Dados apontam que a cidade de Nova York tem a mesma quantidade de pessoas em situação de rua que o Estado de São Paulo. Pelas informações, os EUA bateram a marca de 650 mil pessoas em situação de rua.⁵³

⁵⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos social*. tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. p.224.

⁵¹ ULHOA, Paulo Roberto. FABRIZ, Daury Cesar. SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. *Acesso à Justiça*. Vitória: Cognorama, 2016. p.80.

⁵² “Meaningful Engagement”. KOZICKI, K.; VAN DER BROOKE, B. M. S. (2019). O “compromisso significativo” (Meaningful Engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 20(2), 267–290. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/18445>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁵³ País mais rico do mundo, EUA têm duas vezes mais pessoas em situação de rua que no Brasil. *Diálogos do Sul Global*, Bauru (SP), 12 de janeiro de 224. Disponível em: <https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/pais-mais-rico-do-mundo-eua-tem-duas-vezes-mais-pessoas-em-situacao-de-rua-que-brasil/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

Diante disso, cabe questionar se realmente o problema é de política pública, ou apenas econômico. Mesmo que um dos países mais ricos do mundo conste como um dos que possui uma maior população em situação de rua, não é possível descaracterizar o fato de que o problema, segundo o professor Stephen Metraux, é a má distribuição de renda.⁵⁴

Tudo isso se confirma com a análise da situação vivenciada pelos países do sul global, em especial Chile, Peru, Venezuela, Argentina, Uganda, dentre outros. Pela análise comparatística, esses países que carecem de atuação do poder legislativo e executivo, possuem apenas o judiciário como última via para garantir a proteção da população em situação de rua, diante da negligência, ausência de políticas públicas, desigualdades sociais e principalmente a má distribuição de renda.⁵⁵

Assim, as cortes judiciais dos países do sul global estão mais preocupadas com as condições de vida da população em situação de rua. Dentro de um estudo realizado pela USP, foi demonstrado, a partir da análise de 60 decisões judiciais de 27 países distintos, que a atuação do judiciário tem se voltado com maior engajamento para as pessoas em situação de rua.⁵⁶

Restando destacar, que:

Aos países do Sul global, há uma atenção maior às causas que levam pessoas a estar em situação de rua (falta de assistência psicológica, empregabilidade, saúde etc.) e a necessidade de implementar ações que combatam essas questões. Nos demais países, em que se tem um estado de bem-estar social mais consolidado, acontece apenas o controle das políticas já existentes.

O estudo mostrou que os tribunais assumem três funções diferentes na proteção dos direitos da população em situação de rua: a protetiva, empregando intervenções para defender os direitos constitucionais desses indivíduos; a propositiva, para estabelecer o desenvolvimento de políticas públicas a essas pessoas; e comunicativa, com intervenções que informam à sociedade civil e ao Estado que o direcionamento da situação de rua integra os objetivos constitucionais. Segundo a análise, os países do Norte adotam mais medidas protetivas, enquanto os do Sul, propositivas e comunicativas nos tribunais.⁵⁷

⁵⁴ País mais rico do mundo, EUA têm duas vezes mais pessoas em situação de rua que no Brasil. *Diálogos do Sul Global*, Bauru (SP), 12 de janeiro de 2024. Disponível em: <https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/pais-mais-rico-do-mundo-eua-tem-duas-vezes-mais-pessoas-em-situacao-de-rua-que-brasil/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁵⁵ Países do Sul global se destacam na mobilização de políticas públicas de moradia. *Jornal da USP*. ROSABONI, Camilly. São Paulo, 21 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/diversidade/paises-do-sul-global-se-destacam-na-mobilizacao-de-politicas-publicas-de-moradia/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁵⁶ Países do Sul global se destacam na mobilização de políticas públicas de moradia. *Jornal da USP*. ROSABONI, Camilly. São Paulo, 21 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/diversidade/paises-do-sul-global-se-destacam-na-mobilizacao-de-politicas-publicas-de-moradia/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁵⁷ Países do Sul global se destacam na mobilização de políticas públicas de moradia. *Jornal da USP*. ROSABONI, Camilly. São Paulo, 21 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/diversidade/paises-do-sul-global-se-destacam-na-mobilizacao-de-politicas-publicas-de-moradia/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

Essa atuação se dá principalmente pela realidade social de cada país. Por meio de uma *tertium comparationis*⁵⁸, vejamos em específico a situação do Chileno, um país que apresenta vários pontos críticos no que tange às pessoas em situação de rua, e possui um aumento contínuo desse grupo. Podemos destacar os locais de Plaza Pedregal, Posta Central e arredores do Estádio Víctor Jara como os que apresentam um maior quantitativo de pessoas em situação de rua. Os dados feitos pela Subsecretaria de Assistência social do referido país, mostraram que 14.382 pessoas estavam em situação de rua no ano de 2019. Os estudos apontaram que foram 2 mil pessoas a mais em relação aos dados do Ministério do Desenvolvimento social realizado em junho de 2019.⁵⁹

É possível destacar que a situação é resultado de um abandono estatal, pois segundo os relatos a busca desse grupo marginalizado é pela sobrevivência. De fato, o poder público implementou algumas políticas para mitigar os danos causados pelas severidades climáticas e falta de acesso à saúde e abrigo para esse grupo, como exemplo: desenvolveu os planos “noturno digno” e “Plano Código Azul”, mas isso não é o suficiente.⁶⁰

Novamente podemos identificar a má distribuição como o problema central, pois Marco Kremerman, pesquisador da *Fundación Sol*, identifica no Chile uma situação contraditória, pois teve um aumento no PIB do país, mas somente pequenos grupos capturaram essa riqueza. Vejamos:

Hay algo que no está funcionando, esa riqueza que se genera, ese crecimiento que se genera, como se ha constatado hace bastante tiempo, no llega a la población, queda concentrada en los grupos económicos que se benefician de los arreglos institucionales que se han llevado a cabo en Chile en las últimas décadas, lo que se conoce como las instituciones pro-ricos, tanto a nivel de sistema tributario (...) en general, ese diseño de las instituciones permite que la generación de renta, de riquezas, de crecimiento, la capturen pequeños grupos», dijo a El Mostrador.⁶¹

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. II Mulino. 1994. p. 39-38.

⁵⁹ La outra cara de los tiempos mejores: en un año hay casi dos mil personas más viviendo en situación de calle. OLAVARRÍA, José. *Elmostrador*. 15 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/15/solo-medidas-parche/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁶⁰ O "Plano Noturno Digno" oferece soluções de acolhimento e apoio à população em situação de rua durante o inverno, incluindo a instalação de abrigos, aumento de vagas em albergues e rotas que garantem alimentação, abrigo e cuidados de saúde essenciais. Além disso, o "Plano Código Azul", que reúne entidades públicas e privadas, permitindo a criação de serviços de emergência extras nos dias de condições climáticas extremas. La outra cara de los tiempos mejores: en un año hay casi dos mil personas más viviendo en situación de calle. OLAVARRÍA, José. *Elmostrador*. 15 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/15/solo-medidas-parche/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁶¹ La outra cara de los tiempos mejores: en un año hay casi dos mil personas más viviendo en situación de calle. OLAVARRÍA, José. *Elmostrador*. 15 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/15/solo-medidas-parche/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

A situação se agrava com as medidas contraditórias praticadas pelo estado. Em termos objetivos, foi aprovado a Lei anti-ocupação (CHILE, 2024), e um decreto feito pelo Supremo Tribunal do País, determinou o despejo de centenas de famílias que ocupam um lote, conhecido como “ocupação 17 de maio”. Ou seja, famílias que não possuem moradia, serão despejadas, obrigadas a viver em logradouros públicos, pois o Supremo Tribunal do País determinou, embasado em uma Lei anti-ocupação, que esses indivíduos devem deixar a “ocupação 17 de maio”.⁶²

Um comportamento que se mostra na via contrária dos outros ordenamos do sul global, que estão preocupados em mitigar o aumento das pessoas em situação de rua, principalmente implementando políticas públicas que evitam despejo de ocupações urbanas, pois prezam pela função social da propriedade, como exemplo o Brasil.⁶³

É notória as medidas divergentes que são praticadas, elas acabam por agravar a situação das pessoas em situação de rua. No caso já supramencionado, advogados populares do Chile apresentaram uma denúncia do despejo à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).⁶⁴ O fundamento principal é a obrigatoriedade do estado de garantir direito e proteção às crianças e em especial o direito à moradia digna.⁶⁵

Respeitar a autonomia dos estados é importante, mas garantir uma congruência com o compromisso global de uma ordem jurídica supranacional eficaz, é mais significativo ainda. Como descrito por Cappelletti, existe uma resistência de alguns países e sistemas jurídicos nacionais de reconhecer e aceitar a preponderância do direito supranacional sobre suas próprias

⁶² Luta por moradia no chile: centenas de famílias resistem às tentativas de despejo na ocupação 17 de maio. CARVALHO DE., Ângelo. *A nova Democracia*. 14 de maio de 2024. Disponível em: <https://anovademocracia.com.br/187-familias-resistem-as-tentativas-de-despejo-na-ocupacao-17-de-maio-no-chile/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁶³ “Hoje a gente não invade nada. Hoje a gente ocupa um terreno. Eu acho que o primeiro ponto é esse. É mostrar pras pessoas que invadir e ocupar não é a mesma coisa. Que não é. De fato não é. Quando você explica isso, a gente usa ainda um jeito de explicar, a gente fala: olha, você pega um copo vazio e coloca dois dedos dentro. Acontece alguma coisa? Não. O que que eu fiz: eu ocupei o espaço vazio do copo. Quando esse copo tá cheio de água e eu coloco os meus dois dedos, o que que acontece? Vaza água. Então eu invadi aquele espaço da água, transbordou. A gente explica muito isso. Invadir e ocupar não é a mesma coisa”. DIAS, Maria Tereza Fonseca; CALIXTO, Juliano dos Santos (Orgs.). *As ocupações urbanas e o direito fundamental à moradia adequada na Região Metropolitana de Belo Horizonte*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020. p. 77.

⁶⁴ Luta por moradia no chile: centenas de famílias resistem às tentativas de despejo na ocupação 17 de maio. CARVALHO DE., Ângelo. *A nova Democracia*. 14 de maio de 2024. Disponível em: <https://anovademocracia.com.br/187-familias-resistem-as-tentativas-de-despejo-na-ocupacao-17-de-maio-no-chile/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁶⁵ Luta por moradia no chile: centenas de famílias resistem às tentativas de despejo na ocupação 17 de maio. CARVALHO DE., Ângelo. *A nova Democracia*. 14 de maio de 2024. Disponível em: <https://anovademocracia.com.br/187-familias-resistem-as-tentativas-de-despejo-na-ocupacao-17-de-maio-no-chile/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

legislações. Para o doutrinador, a resistência é compreensível, visto que implica limitação à soberania nacional, mas defende que a proteção efetiva dos direitos fundamentais justifica tal limitação.⁶⁶

Em busca de uma troca de experiência que seja positiva para os problemas apresentados, seria interessante um intercâmbio cultural maior entre os países do sul global, vivenciando e analisando de perto políticas e ações sociais que tem dado certo no enfrentamento da temática. Assim como aconteceu com a realização da 19ª reunião do G20 no Brasil, que possibilitou que ministros do Peru e do Chile visitassem projetos sociais destinados para pessoas em situação de rua, trazendo retornos positivos para uma maior atuação conjunta, vejamos:

A ministra chilena, Javiera Toro Cáceres, expressou sua admiração pelo projeto e a importância da troca de experiências entre as nações. “É muito importante conhecer esta experiência, porque temos muito que aprender entre os distintos países, sobretudo levando em conta a situação em que estamos vivendo. Este é o centro da luta contra a desigualdade, e neste sentido vamos seguir colaborando”, disse.

O Frei responsável pela unidade do SEFRAS na Providência agradeceu a visita dos ministros e ressaltou a importância do trabalho desenvolvido. “É um lugar onde temos grandes desafios, pois queremos criar um espaço de afeto, apoio familiar para garantir dias melhores para esse povo sofrido e precisamos avançar mais nas questões da justiça social”, disse.

Já o ministro do Peru reforçou a mensagem de compromisso dos governos do Brasil, Chile e Peru em combater a pobreza e a desigualdade social. “Juntos temos a missão de promover a inclusão e o desenvolvimento social na América Latina”, disse.⁶⁷

Ações como essas reiteram e reafirmam a necessidade de um compromisso significativo maior, não apenas em caráter nacional, mas também global, no enfrentamento de um problema comum.

6. CONCLUSÃO

Conclui-se que esse grupo vive um problema estrutural, com diversos exemplos de violência e negligência no Brasil e em outros países do sul global, em especial no Chile. E para

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. II Mulino. 1994. p. 56-58.

⁶⁷ BRASIL. Ministros de três países conhecem projeto social para pessoas em situação de vulnerabilidade no Rio. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. *Gov.br*. 17 de novembro de 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/ministros-de-tres-paises-conhecem-projeto-social-para-moradores-de-rua-no-rio>. Acesso em: 20 nov. 2024.

tentar solucionar a temática, o Brasil por meio da ADPF nº 976 busca soluções programáticas por meio de decisões estruturais. O estudo identificou a importância do processo estrutural como ferramenta jurídica para reorganizar as situações de desconformidade estrutural. Promovendo uma cooperação institucional e decisões prospectivas para mudanças duradouras no ordenamento jurídico brasileiro, situação que deve instigar diversos outros ordenamentos do sul global a adotarem postura similar de um judiciário concretista que visa garantir um ativismo das leis e da constituição para efetivar direitos fundamentais e existenciais.

De forma comparativa foram apresentados diversos dados estatísticos que elencam um aumento significativo das pessoas em situação de rua, demonstrando a grande diversidade existente no próprio grupo, mas com um problema em comum, a má distribuição de renda existente em todos os ordenamentos.

Juridicamente foi apresentada a ADPF nº 976 como uma possível solução modelo, já que em decisão liminar o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que diversas ações integradas fossem tomadas pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal para atender as pessoas em situação de rua. Diretrizes que incluem, desde mapeamento, políticas de habitação, transferência de renda, até regulamentação de espaços de acolhimento.

Assim, diante desses desafios enfrentados pelos países do sul globo, a colaboração e um intercâmbio cultural são destacados como essenciais para encontrar soluções compartilhadas. A defesa principal do estudo é de que o processo estrutural surge como mecanismo eficaz para abordar problemas sociais complexos e promover direitos fundamentais. Tendo a troca de experiências entre nações como crucial para enfrentar os desafios estruturais que surgem de problemas comuns para todos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *revista de processo*, v. 225, 2013, p. 389-410.

ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.^a ed. Editora juspodivm, 2024.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BRASIL. Decreto Presidencial nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009, que Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua. Brasília, 23 de dezembro de 2009, *Diário oficial da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. Ministros de três países conhecem projeto social para pessoas em situação de vulnerabilidade no Rio. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. *Gov.br*. 17 de novembro de 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/ministros-de-tres-paises-conhecem-projeto-social-para-moradores-de-rua-no-rio>. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. População em situação de rua: Diagnóstico com base nos dados e informações disponíveis em registros administrativos e sistemas do Governo Federal. *Gov.br*. Brasília, agosto de 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/publicacoes/relat_pop_rua_digital.pdf. Acesso em: 15. nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976 (número único: 0120168-73.2022.1.00.0000)*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília (DF), 22 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 15 fev. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. II Mulino. 1994.

Com fogo, jovens matam índio Galdino. *Memorial da Democracia*. 2015-2015. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/com-fogo-jovens-matam-indio-galdino>. Acesso em: 10 de jan. 2024.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; CALIXTO, Juliano dos Santos (Orgs.). *As ocupações urbanas e o direito fundamental à moradia adequada na Região Metropolitana de Belo Horizonte*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada. in: ARENHART, Sérgio Cruz; ORNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 5.^a ed. Editora juspodivm, 2024.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303. p. 45-81, versão eletrônica. maio. 2020.

Guardas-civis agriem com chutes morador em situação de rua já algemado no Centro de SP. *Por Globo*. 07 de julho de 2024. Site Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2024/07/07/video-guardas-civis-agriem-com-chutes-morador-em-situacao-de-rua-ja-algemado-no-centro-de-sp.ghtml>. Acesso em: 10 jun. 2024.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos social*. tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KOZICKI, K.; VAN DER BROOKE, B. M. S. (2019). O “compromisso significativo” (Meaningful Engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial

dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 20(2), 267–290. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/18445>. Acesso em: 15 nov. 2024.

La outra cara de los tiempos mejores: en un año hay casi dos mil personas más viviendo en situación de calle. OLAVARRÍA, José. *Elmostrador*. 15 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/15/solo-medidas-parche/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

Luta por moradia no chile: centenas de famílias resistem às tentativas de despejo na ocupação 17 de maio. CARVALHO DE., Ângelo. *A nova Democracia*. 14 de maio de 2024. Disponível em: <https://anovademocracia.com.br/187-familias-resistem-as-tentativas-de-despejo-na-ocupacao-17-de-maio-no-chile/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

Más de 15.000 personas en chile viven en situación de calle: Cuántos son por región y las características de esta población. *Por equipo multimedia, Emol*. 13 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/06/13/988915/Chile2020-Personas-situacion-calle.html>. Acesso em: 15 nov. 2024.

Moradores em situação de rua enviados de outras cidades dizem ter recebido “roteiro” até Campinas. *Por G1 Campinas e Região*. 06 de maio de 2024. Site Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2024/05/06/moradores-em-situacao-de-rua-enviados-de-outras-cidades-dizem-ter-recebido-roteiro-ate-campinas-video.ghhtml>. Acesso em: 10 jun. 2024.

País mais rico do mundo, EUA têm duas vezes mais pessoas em situação de rua que no Brasil. *Diálogos do Sul Global*, Bauru (SP), 12 de janeiro de 224. Disponível em: <https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/pais-mais-rico-do-mundo-eua-tem-duas-vezes-mais-pessoas-em-situacao-de-rua-que-brasil/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

Países do Sul global se destacam na mobilização de políticas públicas de moradia. *Jornal da USP*. ROSABONI, Camilly. São Paulo, 21 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://jornal.usp.br/diversidade/paises-do-sul-global-se-destacam-na-mobilizacao-de-politicas-publicas-de-moradia/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

ULHOA, Paulo Roberto. FABRIZ, Daury Cesar. SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. *Acesso à Justiça*. Vitória: Cognorama, 2016.

Vídeo mostra homem ateando fogo em pessoas em situação de rua no RJ. *CNN*, Rio de Janeiro. 17 de outubro de 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/video-mostram-homem-ateando-fogo-em-pessoas-em-situacao-de-rua-no-rj/>. Acesso em: 15 nov. 2024.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural - teoria e prática*. 5.^a ed. editora Juspodivm, 2024.

ZANETI JR., Hermes. *O ministério público e o processo civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

**A LEGITIMAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NA
EXECUÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

*THE LEGITIMIZATION OF ATYPICAL PROCEDURAL LEGAL TRANSACTIONS IN THE
ENFORCEMENT OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS*

Larissa Lung Frigi¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Negócios jurídicos processuais atípicos: objeto, função, controle e aplicação ao processo coletivo. 3. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução de direitos individuais homogêneos: o caso Lig-Mix e o vazio de informação. 4. A legitimação dos negócios jurídicos processuais atípicos na execução dos direitos individuais homogêneos: a função social do contrato, o contraditório cooperativo e as European Rules of Civil Procedure. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é analisar aspectos dos negócios jurídicos processuais atípicos, dando enfoque à função de democratização e racionalização do processo que eles exercem e à importância da implementação de um contraditório cooperativo para evitar o chamado vazio de informação e atribuir legitimação somente aos negócios jurídicos processuais atípicos que, tendo como objeto o pagamento direto aos atingidos pelo requerido, promovam alterações procedimentais eficientes e efetivas nas execuções que envolvam direitos individuais homogêneos.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais atípicos; contraditório cooperativo; legitimação pela participação; direitos individuais homogêneos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze aspects of atypical procedural legal transactions, focusing on their role in democratizing and streamlining the judicial process, as well as the importance of implementing cooperative adversarial proceedings to avoid the so-called information void and to attribute legitimacy only to atypical procedural legal transactions that, by providing for direct payment to those affected by the respondent, promote efficient and effective procedural modifications in executions involving homogeneous individual rights.

Key-words: Atypical procedural legal transactions; cooperative adversarial proceedings; legitimization through participation; homogeneous individual rights.

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Membro do grupo de pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC). Bacharel em Direito pela Faculdade de Ensino Superior de Linhares (Faceli). Advogada em Vinhas Menezes Netto Advogados. *Curriculum lattes*: <http://lattes.cnpq.br/9541334520928229>.

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos que reclamam a tutela jurisdicional são infinitos e diversos e nem sempre o Estado, sozinho, é capaz de prever todas as rotas procedimentais para tutelá-los de forma adequada e, assim, alcançar a pacificação social.

Nesse contexto, a possibilidade de flexibilização procedimental trazida pelo artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 constitui uma solução quase instantânea a esse problema, afinal, permite que as partes estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, convencionando sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Ocorre que as mudanças procedimentais convencionadas com fundamento nesse dispositivo têm funções específicas, relacionadas não só à democratização, mas também à racionalização do processo. Outrossim, nos processos coletivos, considerando o grau do interesse público tutelado, é necessário controlar a validade dessas convenções com ainda mais cuidado.

Este artigo, portanto, propõe-se a realizar uma análise sobre os negócios jurídicos processuais atípicos enquanto solução para o problema da incapacidade do legislador de prever uma tutela adequada para cada conflito, abordando o objeto, a função e o controle dos negócios jurídicos processuais atípicos que visam facilitar a execução de direitos individuais homogêneos por meio do pagamento direto, com o objetivo de demonstrar que existe um modo de atribuir-lhes maior legitimação.

2. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS: OBJETO, FUNÇÃO, CONTROLE E APLICAÇÃO AO PROCESSO COLETIVO

Hermes Zaneti Jr. considera a flexibilização dos procedimentos por negócios jurídicos processuais um dos desdobramentos mais efetivos da realidade criada pela justiça multiportas, mas pondera que a extensão das inovações que essa flexibilização trará ainda é desconhecida². Essa ponderação se torna ainda mais relevante quando se tem em vista o artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, que permite às partes estipular mudanças no procedimento para

² ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 521-522.

ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo³.

José Rogério Cruz e Tucci adverte que os negócios jurídicos processuais derivados do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 ostentam objeto estritamente processual, não devendo seu conteúdo ser confundido com os negócios jurídicos processuais que têm por objeto o direito controvertido entre as partes⁴.

Sua preocupação com essa possível confusão fez com que ele fizesse questão de diferenciar os negócios jurídicos processuais (gênero) dos negócios jurídicos processuais *stricto sensu* e convenções processuais (espécies), enfatizando que os primeiros têm objeto substancial e as últimas têm objeto estritamente processual⁵.

Expor essa diferenciação, que coloca em evidência o real objeto dessa dessas negociações, é de suma importância para o desenvolvimento deste artigo, pois não deve haver dúvidas de que o seu objeto de estudo não é o que José Rogério Cruz e Tucci chama de negócios jurídicos processuais *stricto sensu*.

Para que fique ainda mais claro, portanto, Leonardo Carneiro da Cunha reforça: por força da previsão normativa do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, é possível que as partes negociem regras processuais, implementando o autorregramento de suas situações processuais e adaptando o procedimento⁶. Trata-se de uma forma de adequar o procedimento às necessidades da causa apresentada à análise judicial⁷.

Sucede, então, que em razão desse dispositivo, segundo Fredie Didier Jr., as partes podem celebrar diversos acordos: de impenhorabilidade, de instância única, de ampliação ou redução de prazos, de superação de preclusão, de rateio de despesas processuais, de dispensa de assistente técnico, e muitos outros⁸.

³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Portal do Governo Brasileiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

⁴ TUCCI, José Rogério da Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 32.

⁵ TUCCI, José Rogério da Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 30.

⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 74-75.

⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 75.

⁸ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed.

Porém, como lembra Hermes Zaneti Jr., o negócio jurídico processual atípico não tem um fim em si mesmo e, justamente por isso, encontram nas garantias materiais e processuais limites importantes⁹. Nesse sentido, se os negócios jurídicos processuais atípicos não possuem um fim em si mesmos, cumpre destacar qual seria sua finalidade/função.

Nesse ponto, para Leonardo Carneiro da Cunha, eles teriam a função de promover tanto a efetividade do direito material, na medida em que conferem às partes o poder de regular ou modificar o procedimento para ajustá-lo às particularidades do caso¹⁰, quanto à eficiência processual, na medida em que esse ajuste às particularidades do caso seria um meio de reforçar o devido processo legal¹¹.

Sobre essa adequação à realidade do caso, o interessante é que, de acordo com Pedro Henrique Nogueira, as especificidades da causa que a norma menciona são circunstâncias que as próprias partes consideram relevantes o suficiente para ensejar ajustes no procedimento¹². Logo, para ele, os negócios jurídicos processuais celebrados com fundamento no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 são instrumentos para a construção de um processo civil democrático¹³.

Nesse sentido, pode-se dizer a finalidade/função dos negócios jurídicos processuais atípicos, ligada à recapacitação das partes, resolve um problema suscitado por Paulo Mendes de Oliveira: a incapacidade do legislador de acompanhar o surgimento de novas relações não abarcadas pelos procedimentos especiais já previstos em lei, bem como as novas faces dos casos concretos que sugerem mudança neles¹⁴.

Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 120.

⁹ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 529.

¹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 73.

¹¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 75.

¹² NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 111.

¹³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 112.

¹⁴ OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 186.

Por meio dos negócios jurídicos processuais atípicos, torna-se possível fornecer uma solução quase instantânea ao problema da tutela adequada do conflito e, como salienta Carlos Eduardo Bianca Bittar, dentre as Ciências Sociais, a Ciência do Direito é a mais onerada com o dever de dar soluções quase instantâneas às transformações da sociedade¹⁵.

Não é à toa, portanto, que Antonio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha consideram que, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, não é possível reduzir a adaptabilidade procedimental à via legislativa, já que a tarefa de adaptar o procedimento passa a caber também às partes, mediante negociação¹⁶.

Na dinâmica da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, as partes, e não apenas o legislador, desenham o procedimento, mas isso não significa que os limites que a lei impôs a essas convenções não precisam ser observados. Flávio Luiz Yarshell exprime bem essa ideia quando diz que regras processuais convencionais, que modifiquem as opções feitas pelo legislador, devem trazer resultados relevantes para a racionalização do processo, sendo essa a razão por que o *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 fala em mudanças no procedimento que visem ajustá-lo às especificidades da causa¹⁷.

Já quanto ao controle dessas negociações, a lei traçou outra limitação: o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 diz que o juiz só pode controlar sua validade¹⁸. Logo, não há qualquer outra possibilidade de ingerência do magistrado sobre tais negociações para além do plano da validade.

Nos processos coletivos, os negócios jurídicos processuais atípicos também têm espaço. Para Hermes Zaneti Jr., nesse cenário, a regra é que a criatividade e a adaptação do procedimento por eles proporcionadas deve estar a serviço da complexidade das ações coletivas¹⁹. Como exemplo de negócios jurídicos processuais atípicos que podem ser celebrados

¹⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça*. 3. ed. São Paulo: SRV Editora, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597066/>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 17.

¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm. 2018. p. 84.

¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 97.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Portal do Governo Brasileiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹⁹ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 548-549.

nesse contexto, cita os relacionados à cooperação do causador do dano na execução das decisões do Poder Judiciário²⁰.

Assim como nos processos individuais, nos processos coletivos essas convenções também só podem ser objeto de controle de validade. Entretanto, como salienta Bruno Redondo Garcia, a relação existente entre a liberdade da negociação processual e o grau do interesse público tutelado no processo é inversamente proporcional²¹. Nesse sentido, como o direito coletivo é um direito público, os negócios jurídicos processuais atípicos celebrados nos processos coletivos devem ser analisados com cuidado redobrado²².

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: O CASO LIG-MIX E O VAZIO DE INFORMAÇÃO

Segundo Hermes Zaneti Jr., a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos sobre os meios de execução pode facilitar a efetivação das decisões judiciais proferidas em processos coletivos²³.

Em casos de execução de direitos individuais homogêneos, por exemplo, ele entende que é possível celebrar negócio jurídico processual atípico que estabeleça que a indenização será paga diretamente pela parte requerida, solução que leva em consideração o fato de os requeridos detêm informações relevantes para a efetivação da decisão, como as concernentes a quem são os indivíduos que precisarão ser ressarcidos, a qual é o valor devido a cada um deles e a como é possível realizar esses pagamentos de forma direta²⁴.

²⁰ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 549.

²¹ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos: teoria geral e convenções em espécie*. 3. ed. Londrina: Thoth, 2024. p. 209.

²² REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos: teoria geral e convenções em espécie*. 3. ed. Londrina: Thoth, 2024. p. 209-210.

²³ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 549.

²⁴ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 549.

A solução rememora a discussão sobre o sistema de justiça garantir o direito fundamental à organização e ao procedimento²⁵ e perpassa pelo reconhecimento de que a complexidade e a dinamicidade dos direitos subjetivos atuais, os direitos-dever e a tutela do interesse público nas obrigações de pagar quantia justificam a adequação da tutela ao direito material que está no título executivo²⁶.

O caso Lig-Mix (REsp nº 1.291.213/SC²⁷) está insetido nessa discussão. Resumindo o caso, Hermes Zaneti Jr. diz que houve omissão relevante na informação aos consumidores, que essa postura gerou uma condenação da empresa telefônica por danos materiais e morais individuais homogêneos e que a sentença condenatória determinou que o seu cumprimento se daria mediante reposição direta nas contas telefônicas futuras²⁸.

A questão que se coloca considerando que essa solução pode se dar mediante a celebração de um negócio jurídico processual, porém, é a relativa a saber se o pagamento direto é efetivo e eficiente tendo em vista o caso concreto. Até porque, como estabelecido no item 1, regras processuais convencionais precisam trazer resultados relevantes para a racionalização do processo.

Há de se questionar, portanto, se o negócio jurídico processual não está sendo celebrado em um contexto de vazio de informação (*informational void*), problema que, segundo Hermes Zaneti Jr., ocorre quando ambas ou uma das partes, com ou sem intenção, falham no dever de diligência relativo à produção de prova²⁹. Afinal, é critério para o controle da justiça do acordo coletivo, seja ele material ou processual, tanto o benefício que ele traz à tutela coletiva quanto

²⁵ ZANET JR., Hermes. A liquidação e execução dos direitos individuais homogêneos por decisão mandamental e o acesso à justiça. Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. In: Edilson Vitorelli; Gustavo Osna; Hermes Zaneti Jr.; Luiz Alberto Reichelt; Marco Félix Jobim; Rogéria Dotti (org.). *Coletivização e unidade do direito: estudos em homenagem ao professor Sérgio Cruz Arenhart*. Thoth: Londrina, 2020. v. 3. p. 210-211.

²⁶ ZANET JR., Hermes. A liquidação e execução dos direitos individuais homogêneos por decisão mandamental e o acesso à justiça. Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. In: Edilson Vitorelli; Gustavo Osna; Hermes Zaneti Jr.; Luiz Alberto Reichelt; Marco Félix Jobim; Rogéria Dotti (org.). *Coletivização e unidade do direito: estudos em homenagem ao professor Sérgio Cruz Arenhart*. Thoth: Londrina, 2020. v. 3. p. 214.

²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 291.213/SC, Brasil Telecom S/A (recorrente), Ministério Público do Estado de Santa Catarina (recorrido), Rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, 2012. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102695090&dt_publicacao=25/09/2012. Acesso em: 22 nov. 2024.

²⁸ ZANET JR., Hermes. A liquidação e execução dos direitos individuais homogêneos por decisão mandamental e o acesso à justiça. Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. In: Edilson Vitorelli; Gustavo Osna; Hermes Zaneti Jr.; Luiz Alberto Reichelt; Marco Félix Jobim; Rogéria Dotti (org.). *Coletivização e unidade do direito: estudos em homenagem ao professor Sérgio Cruz Arenhart*. Thoth: Londrina, 2020. v. 3. p. 219.

²⁹ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 538.

a adoção de estratégias que permitam às partes e ao magistrado, respectivamente, levar e buscar informações de *background* aos autos³⁰.

No caso dos negócios jurídicos processuais atípicos que visem facilitar a execução de direitos individuais homogêneos por meio do pagamento direto, como no caso Lig-Mix, essas informações de *background* podem dizer respeito justamente à capacidade do requerido de identificar os indivíduos que serão indenizados, à capacidade do requerido de indicar qual o valor devido a cada um deles e às possibilidades internas e externas do requerido de realizar o pagamento direto, por exemplo.

4. A LEGITIMAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NA EXECUÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, O CONTRADITÓRIO COOPERATIVO E AS EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE

Para Hermes Zaneti Jr., os negócios jurídicos processuais são essencialmente contratos e, por isso, os critérios que balizam a justiça contratual são também aplicáveis na análise da sua validade³¹. Antes de serem contratos, entretanto, os negócios jurídicos processuais são negócios jurídicos, definidos por Caio Mário da Silva Pereira como “[...] declaração de vontade, em que o agente persegue o efeito jurídico [...]”³². Eles são contratos, mas também são negócios jurídicos, mais especificamente negócios jurídicos classificados como bilaterais³³.

Essas constatações são relevantes para que se reconheça que tanto os princípios contratuais quanto os critérios de validade traçados pelo artigo 104 do Código Civil de 2002 são aplicáveis aos negócios jurídicos processuais atípicos.

Não só, mas principalmente quando o intuito é utilizar essas convenções no âmbito do processo coletivo, é ainda relevante remorar que a incidência dos princípios contratuais como

³⁰ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 540.

³¹ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 525.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral do direito civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1. p. 403.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 14. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. v. 4. p. 62.

parâmetro de controle é decorrência da constitucionalização do direito contratual que, para Hermes Zaneti Jr., definiu um conjunto de valores que fez com que a autonomia privada exercida pelos contratantes deva ser compatibilizada com o interesse público e social³⁴.

Desde que o controle desses princípios constitua um controle de validade, os limites traçados pelo legislador estariam sendo observados. E isso é possível quando se insere a função social do contrato no contexto de controle desses negócios jurídicos processuais atípicos.

A função social do contrato encontra previsão no artigo 421 do Código Civil de 2002 e, para Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, constitui instrumento para a compreensão dos contratos em um sentido funcional e de promoção social que supera os limites de funcionalidade para os sujeitos que o celebram³⁵.

Não seria a primeira vez que a discussão sobre função social apareceria no contexto dos negócios jurídicos processuais atípicos. Bruno Garcia Redondo menciona que, tratando-se de relações contratuais privadas, é com base no artigo 421, parágrafo único, do Código Civil de 2002 que os negócios jurídicos processuais atípicos seriam interpretados em atendimento ao princípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual³⁶.

Não é esse o caso, já que o foco é a aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos na execução de direitos coletivos, direitos individuais homogêneos. Porém, para Carlos Roberto Gonçalves, a função social do contrato apresenta um enfoque individual, concernente ao interesse dos contratantes sobre o contrato, e um enfoque público, concernente ao interesse da coletividade sobre o contrato³⁷.

É este enfoque público que merece destaque no controle dos negócios jurídicos processuais atípicos que visem facilitar a execução de direitos individuais homogêneos por meio do pagamento direto. Deve-se reconhecer que o atendimento à função social desses negócios jurídicos processuais atípicos precisa ser verificado considerando o interesse do sistema de justiça na mudança procedimental.

³⁴ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 525.

³⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. t. 1. p. 558.

³⁶ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos: teoria geral e convenções em espécie*. 3. ed. Londrina: Thoth, 2024. p. 132.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 3. p. 6.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao tentar estabelecer uma melhor compreensão sobre o Art. 421 do Código Civil de 2002, sugere que:

[...] quando a lei determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, a expressão “em razão” serve a opor justamente autonomia privada à utilidade social. Assim, a liberdade de contratar não se dará, pois, em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir. [...] ³⁸

Como se vê, ela destaca que a liberdade de contratar sob a ótica do artigo 421 do Código Civil de 2002 não se dará em razão da vontade privada, mas em razão da função social que negócio está destinado a cumprir. Trazendo essa premissa para os negócios jurídicos processuais atípicos que visam facilitar a execução de direitos individuais homogêneos por meio do pagamento direto, a função social a que estão destinados a cumprir seria proporcionar efetividade e eficiência à execução – o que só seria possível mediante a certeza de que o requerido apresenta condições para isso.

Além disso, a função social do contrato poderia ser recepcionada como critério de controle de validade uma vez que, para Tiago Cação Vinhas, “[...] a função social se tornou ainda mais semelhante à finalidade social prevista no artigo 187, na medida em que ambas são limites que não podem ser ultrapassados pelos contratos.” ³⁹; a doutrina civilista há algum tempo já se debruça sobre o abuso de direito, com previsão no artigo 187 do Código Civil de 2002, como categoria de ilicitude ⁴⁰; e o artigo 104, inciso II, do Código Civil de 2002 diz expressamente que o negócio jurídico só é válido se seu objeto for lícito.

Na prática, entretanto, a verificação desse critério de validade pelo magistrado pode se tornar excessivamente difícil, razão por que se faz necessário torná-lo viável.

Nesse sentido, para Cândido Rangel Dinamarco, a garantia do contraditório, com previsão no artigo 5º, LV, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, faz com

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 1-24, 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/55>. Acesso em: 13 jul. 2024. p. 23-24.

³⁹ VINHAS, Tiago Cação. *Dos bons costumes no direito comercial*. 2024. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024. p. 88.

⁴⁰ Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, afirma que “[...] o Código Civil de 2002 consagra, no art. 187, a teoria do abuso do direito, qualificando-o na conceituação genérica do ato ilícito.” In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 565. Já Bruno Miragem vai além, sustentando que sustenta que o artigo 187 do Código Civil de 2002 constitui uma segunda cláusula geral de ilicitude ⁴⁰, tratando de um ilícito de proteção da confiança, pelo qual se pretende proteger a confiança relacional e a confiança no sistema jurídico e na sua efetividade. In: MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 244.

que a lei institua meios para que os litigantes participem do processo, devendo o magistrado franquear essa participação⁴¹. Trata-se da noção de que o contraditório apresenta dupla destinação: às partes como um direito e ao magistrado como um dever⁴².

O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 é um dos meios que a lei institui para que os litigantes participem do processo. Tanto que, como visto no tópico 1, os negócios jurídicos processuais atípicos, derivados desse dispositivo, constituem instrumentos para a construção de um processo civil democrático.

A construção de um processo civil democrático, porém, depende da interpretação da garantia do contraditório em conjunto com a norma fundamental da cooperação, prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015. É o que dá a entender Ricardo de Carvalho Aprigiliano quando diz que a cooperação “[...] propõe um vetor interpretativo para um grande conjunto de disposições particulares e realça a natureza pública e democrática do processo.”⁴³. O contraditório, então, passa a ser qualificado e potencializado pela cooperação.

Nesse ponto, convém destacar que a cooperação como vetor interpretativo do contraditório traz à tona a noção de legitimação dos atos de poder pela participação. Afinal, segundo Cândido Rangel Dinamarco, “[...] o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento nas normas processuais tenha sido possível aos destinatários. [...]”⁴⁴.

Nesse sentido, uma vez que o que legitima os atos de poder não é mais a mera observância do procedimento, mas sim a participação oportunizada aos destinatários do ato de poder, as mudanças procedimentais que sejam objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos não poderão ter sua legitimidade questionada se forem convencionadas mediante um contraditório cooperativo.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

⁴³ APRIGILIANO, Ricardo de Carvalho. Alcance e limites do princípio da colaboração. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 337, 19-30, mar. 2023. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89b77700000190ad335146fa7f5d27&docguid=I056a6a309b5c11ed95b9d683e982308a&hitguid=I056a6a309b5c11ed95b9d683e982308a&spos=3&epos=3&td=19&context=49&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 jul. 2024. p. 1

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125.

A visão de Ricardo de Carvalho Aprigiliano corrobora essa ideia. Enfatizando que o Código de Processo Civil de 2015 realçou a participação como legitimadora do exercício do poder, ele afirma que uma das bases do sistema processual passa a ser a maior autonomia das partes, manifestada na possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, o que representa um modelo em que a participação do Estado-juíz é compreendida em condição de maior igualdade em relação às partes⁴⁵.

Mas se participar do processo dispondo de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais para construir o procedimento mais adequado à tutela do conflito é um direito das partes decorrente da garantia do contraditório cooperativo, cumpre destacar também como o magistrado pode cumprir o dever de franquear esse contraditório cooperativo.

É aqui que entra o papel do magistrado para a identificação e para o tratamento da invalidade decorrente da identificação do não cumprimento da função social do negócio jurídico processual atípico que visa facilitar a execução de direitos individuais homogêneos por meio do pagamento direto.

O pagamento direto aos atingidos pelo requerido, objeto do negócio jurídico processual atípico, pode não cumprir sua função social e, assim, ser considerado ilícito se não houver um diálogo processual que permita que a execução seja instruída com as informações de *background* mencionadas no item 2. O magistrado precisa estar atento a isso. Tanto é assim que Antonio do Passo Cabral chama o contexto em que o juiz é colocado às margens da atuação das partes de carnaval procedimental⁴⁶.

Nesse ponto, sobre a relação entre o juiz e o contraditório, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira destaca que “[...] não se pode mais aceitar o juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa das partes. [...]”⁴⁷. Realmente, não é esse o juiz típico do

⁴⁵ APRIGILIANO, Ricardo de Carvalho. Alcance e limites do princípio da colaboração. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 337, 19-30, mar. 2023. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89b77700000190ad335146fa7f5d27&docguid=I056a6a309b5c11ed95b9d683e982308a&hitguid=I056a6a309b5c11ed95b9d683e982308a&spos=3&epos=3&td=19&context=49&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 jul. 2024. p. 2.

⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, 59-81, ago. 2005. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89ce2300000190d56e70ffbf56064&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=17&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 21 jul. 2024. p. 7.

⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, 31-38, jul. 1993 a set. 1993. Disponível em:

modelo processual cooperativo, mas sim do modelo processual paritário, em que, segundo Daniel Mitidiero, a atividade do juiz é limitada pela atuação das partes⁴⁸.

Para franquear um contraditório cooperativo às partes que pretendem celebrar negócios jurídicos processuais atípicos que visem facilitar a execução de direitos individuais homogêneos por meio do pagamento direto, portanto, o magistrado não inerte precisa encarar o processo e o comportamento das partes de modo a observar e cumprir 2 (dois) deveres: o de esclarecimento e o de diálogo.

Segundo Hermes Zaneti Jr., os deveres de esclarecimento e de diálogo criados pela cooperação e que se destinam ao magistrado dizem respeito, respectivamente, ao comportamento do juiz que faz com que as partes esclareçam suas alegações e ao comportamento do juiz que estimula as partes a debater sobre questões não alegadas por elas, mesmo que possam ser decididas de ofício⁴⁹.

Na dinâmica da celebração dos negócios jurídicos processuais atípicos que visem facilitar a execução de direitos individuais homogêneos por meio do pagamento direto, esses deveres podem ser bastante úteis. Em primeiro lugar, porque fazer com que as partes esclareçam quais as condições fáticas que as levaram a convencionar o pagamento direto permitirá que o magistrado identifique o eventual descumprimento da função social do negócio jurídico processual atípico celebrado. Em segundo lugar, porque, uma vez identificado esse eventual descumprimento da função social do negócio jurídico processual atípico celebrado, fazer com que as partes dialoguem sobre ele poderá ajudá-lo a compreender melhor o contexto da execução e se realmente há prejuízo aos atingidos.

A utilidade do dever de esclarecimento do magistrado para identificar invalidades pode ser confirmada pelo entendimento de Hermes Zaneti Jr., no sentido de que as partes devem observar as possibilidades impostas pelo ordenamento quando escolhem resolver seus conflitos

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89af9a00000190ad353dfad53c8b25&docguid=15ee90410f25711dfab6f010000000000&hitguid=15ee90410f25711dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=30&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 jul. 2024. p. 2.

⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>. Acesso em: 13 jul. 2024. p. 47.

⁴⁹ ZANETI JR., Hermes. O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (org.). *Processo civil contemporâneo: estudos em homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Forense: Rio de Janeiro, 2018. p. 148.

no âmbito do processo⁵⁰. E a função social do negócio jurídico processual atípico é um limite que o ordenamento impõe.

Nesse contexto, elas devem estar atentas, por exemplo, ao fato de que, segundo Flávio Luiz Yarshell, a mudança procedimental não deve buscar uma simplificação do processo, mas sim uma racionalização dele em função da relação controvertida e dos seus sujeitos⁵¹.

Já a utilidade do dever de diálogo do magistrado para proporcionar o debate sobre eventual invalidade identificada ganha relevância na medida em que, segundo Daniel Mitidiero, o magistrado precisa conhecer a impressão das partes sobre a invalidade processual antes de decretá-la, para que influenciem na valoração do dela⁵².

A abertura do contraditório proporcionada pelo dever de diálogo, que permite que as partes valorem a invalidade identificada, é útil também para que o magistrado decida se deve ou não promover sua decretação. Isso porque, diante da constatação de ausência de prejuízo, até a invalidade absoluta pode deixar de ser decretada⁵³. Trata-se de possibilidade extraída do artigo 282, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 e que pode ser aplicada na hipótese de o negócio jurídico processual que vise o pagamento direto pelo requerido gerar risco de prejuízo aos atingidos.

Isso reforça que, abrindo o contraditório para que as partes façam esclarecimentos e dialoguem a respeito de o pagamento direto aos atingidos pelo requerido atender ou não à função social do negócio jurídico processual atípico, o magistrado criaria um ambiente propício para a formação de sua convicção a respeito da capacidade do requerido de identificar os indivíduos que serão indenizados, da capacidade do requerido de indicar qual o valor devido a cada um deles e das possibilidades internas e externas do requerido de realizar o pagamento direto.

⁵⁰ ZANETI JR., Hermes. O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (org.). *Processo civil contemporâneo: estudos em homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Forense: Rio de Janeiro, 2018. p. 143.

⁵¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1. p. 111. p. 97.

⁵² MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>. Acesso em: 13 jul. 2024. p. 88-89.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1. p. 514.

E o diálogo se tornaria ainda mais qualificado por meio da realização de audiências públicas em que os próprios atingidos ou pessoas conhecedoras da realidade do requerido seriam ouvidos. Isso porque, segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., as audiências públicas têm a função de permitir que pessoas com capacidade para contribuir com o tema a ser decidido externem seus pontos de vista sobre ele, tornando o processo decisório mais democrático⁵⁴.

Inclusive, fazendo referência à Rule 223 das European Rules of Civil Procedure, que dispõe sobre o dever do tribunal de ordenar diligências necessárias para obter informações para avaliar a justiça e a adequação do acordo⁵⁵, Hermes Zaneti Jr. menciona a audiência pública como medida adequada para tanto⁵⁶.

Portanto, por meio do contraditório cooperativo, é possível afastar o risco de vazio de informação e atribuir legitimação apenas aos negócios jurídicos processuais atípicos que estabeleçam pagamentos diretos aos atingidos de forma efetiva e eficiente, garantindo uma tutela executiva benéfica à coletividade nas execuções de direitos individuais homogêneos. Até mesmo porque, não se pode ignorar a constatação de Hermes Zaneti Jr. sobre o contraditório fazer parte da essência da autonomia da vontade e ser indispensável à formação do sinalagma contratual⁵⁷.

5. CONCLUSÃO

Longe de esgotar o tema relativo ao controle dos negócios jurídicos processuais atípicos na execução de direitos coletivos, o presente artigo buscou contribuir para o debate acadêmico em torno da atribuição de legitimação a essas convenções no contexto da execução dos direitos individuais homogêneos.

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. ed. 15. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 439.

⁵⁵ ELI-UNIDROIT. *Model European Rules of Civil Procedure: from the transnational principles to european rules of civil procedure*. Oxford University Press: United Kingdom, 2021. Disponível em: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_UNIDROIT_Model_Europe an_Rules.pdf. Acesso em: 8 out. 2024.

⁵⁶ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. ed. 1. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 538.

⁵⁷ ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023. p. 535.

Demonstrou-se, no item 1., que os negócios jurídicos processuais atípicos têm o objetivo de promover a efetividade e a eficiência processuais por meio da participação das partes na construção do procedimento e que constituem uma solução quase instantânea ao problema incapacidade do legislador de prever uma tutela adequada para cada conflito, na medida em que as partes não precisam mais esperar que o legislador indique o procedimento que melhor atenda às suas necessidades.

A liberdade proporcionada por eles é ampla, mas condicionada à racionalização do processo, devendo o magistrado controlar apenas sua validade, com atenção redobrada nos processos coletivos, em que o grau do interesse público tutelado é maior quando comparado com os processos individuais.

No item 2., tomando como referência o caso Lig-Mix, demonstrou-se que é possível a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que facilitem a efetivação das decisões judiciais proferidas em processos coletivos por meio do pagamento direto aos atingidos pelo requerido, mas levantou-se o risco de eles serem celebrados em um contexto de vazio de informação, em que faltam informações nos autos do processo para permitir que o pagamento direto convencionado seja efetivo e eficiente – especialmente no que diz respeito à capacidade do requerido de identificar os indivíduos que serão indenizados e de indicar qual o valor devido a cada um deles e às possibilidades internas e externas do requerido de realizar o pagamento direto.

Como possível solução para esse problema, no item 3., sugeriu-se que os negócios jurídicos processuais atípicos tenham sua validade controlada tendo em vista a incidência da função social do contrato, que tem como um dos enfoques o concernente ao interesse da coletividade sobre o negócio jurídico processual atípico. Isso porque, além de negócios jurídicos, eles também são essencialmente contratos.

Considerando que os negócios jurídicos processuais atípicos visam a efetividade e eficiência, a ausência de condições do requerido de realizar o pagamento direto comprometeria sua função social. E essa análise se tornaria possível dentro dos limites traçados pelo legislador uma vez que a função social seria equivalente à finalidade social a que alude o artigo 187 do Código Civil de 2002, que esse dispositivo trata de uma espécie de ilicitude e que um dos requisitos de validade do negócio jurídico envolve a licitude/ilicitude do seu objeto.

O meio para a identificação dessa invalidade, por sua vez, seria o contraditório cooperativo, com foco nos deveres de esclarecimento e diálogo que são impostos ao magistrado e na utilização da audiência pública para qualificação do debate. Abrindo o contraditório para que as partes façam esclarecimentos e dialoguem a respeito de o pagamento direto aos atingidos

pelo requerido atender ou não à função social do negócio jurídico processual atípico, o magistrado criaria um ambiente propício para a formação de sua convicção a respeito da capacidade do requerido de identificar os indivíduos que serão indenizados e de indicar qual o valor devido a cada um deles, bem como das possibilidades internas e externas do requerido de realizar o pagamento direto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APRIGILIANO, Ricardo de Carvalho. Alcance e limites do princípio da colaboração. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 337, 19-30, mar. 2023. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8977700000190ad335146fa7f5d27&docguid=I056a6a309b5c11ed95b9d683e982308a&hitguid=I056a6a309b5c11ed95b9d683e982308a&spos=3&epos=3&td=19&context=49&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Portal do Governo Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 291.213/SC, Brasil Telecom S/A (recorrente), Ministério Público do Estado de Santa Catarina (recorrido), Rel. Min. Sidnei Beneti, Brasília, 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102695090&dt_publicacao=25/09/2012. Acesso em: 22 nov. 2024.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao Estudo do Direito*: humanismo, democracia e justiça. 3. ed. São Paulo: SRV Editora, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597066/>. Acesso em: 1 jun. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, 59-81, ago. 2005. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89ce23000000190d56e70ffbf56064&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=17&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 21 jul. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: contratos. 14. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 3.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 1-24, 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/55>. Acesso em: 13 jul. 2024.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>. Acesso em: 13 jul. 2024.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. t. 1.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, 31-38, jul. 1993 a set. 1993. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89af9a00000190ad353dfad53c8b25&docguid=I5ee90410f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5ee90410f25711dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=30&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 jul. 2024.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral do direito civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1.

REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos: teoria geral e convenções em espécie*. 3. ed. Londrina: Thoth, 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1.

TUCCI, José Rogerio da Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1.

VINHAS, Tiago Cação. *Dos bons costumes no direito comercial*. 2024. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC: negócios processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1. t. 1.

ZANETI JR., Hermes. Acordos processuais e processo coletivo. In: MENDES, Gilmar; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (org.). *Ensaio sobre direito constitucional, processo civil e direito civil: uma homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim*. 1. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2023.

ZANET JR., Hermes. A liquidação e execução dos direitos individuais homogêneos por decisão mandamental e o acesso à justiça. Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. In: Edilson Vitorelli; Gustavo Osna; Hermes Zaneti Jr.; Luíz Alberto Reichelt; Marco Félix Jobim; Rogéria Dotti (org.). *Coletivização e unidade do direito: estudos em homenagem ao professor Sérgio Cruz Arenhart*. Thoth: Londrina, 2020. v. 3.

ZANETI JR., Hermes. O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (org.). *Processo civil contemporâneo: estudos em homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Forense: Rio de Janeiro, 2018.

**O TRATOR DA COLETIVIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL E AS DEVASSAS DA
MODERNIDADE ORWELLIANA**

O direito processual penal coletivo na fase inquisitorial-autoritária: sua pior faceta?

**THE TRACTOR OF COLLECTIVIZATION IN CRIMINAL PROCEDURE AND THE
ORWELLIAN RAVAGE**

Collective criminal procedural law in the inquisitorial-authoritarian phase: its worst facet?

Pedro Pessoa Temer¹

SUMÁRIO: 1. Primeiras linhas da inter-relação entre processo penal e processo coletivo. Anonimato como técnica do direito processual criminal coletivo ou pela própria natureza da investigação. 2. A primeira coletivização criminal-passiva? Mandados de busca e apreensão coletivos (“genéricos”). 3. Medidas cautelares coletivas dentro de inquéritos de natureza penal. Jurisprudência de crise (ou de exceção)? 3.1. Direito processual penal coletivo no INQ 4.879/DF e na ADPF nº. 519/DF. 3.2. Direito processual penal coletivo no tema 1.148 (quebra de sigilo telemático de coletividade). 4. Ainda não entendemos o processo penal coletivo? 5. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho analisa as interrelações entre processo penal e processo coletivo, abordando também a forma como os Tribunais Superiores tem tratado o tema. Na fase investigativa, a dificuldade de distinção entre investigados e coletividade passiva não pode causar violações de direitos fundamentais. Apesar disso, medidas de natureza penal em processos coletivos (especialmente no Inq. 4.879/DF e no tema 1.148) têm sido adotadas em situações extraordinárias sem maiores análises pela doutrina, tornando necessárias essas primeiras reflexões sobre o tema.

Palavras chave: Processo Coletivo. Processo Penal Coletivo. Processo Coletivo passivo. Medidas cautelares coletivas. Quebra de sigilo coletiva. Busca e apreensão coletiva. Atos antidemocráticos. Inq. 4.879/DF. ADPF 519/DF. Tema 1.148.

ABSTRACT: This work analyzes the interrelations between criminal and collective procedures, also addressing how the Superior Courts in Brazil deal with the topic. In the investigative phase, the difficulty in distinguishing between the investigated individuals and the passive collectivity must not lead to violations of fundamental rights. Despite this, measures in criminal collective proceedings (particularly in Inquiry 4.879/DF and in Tema 1.148) were adopted in extraordinary situations without extensive doctrinal analysis, thus rendering these initial reflections on the subject.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Keywords: Collective Procedure. Collective Criminal Procedure. Passive Collective Procedure. Collective Precautionary Measures. Collective Breach of Confidentiality. Collective Search and Seizure. Antidemocratic Acts. Inquiry 4.879/DF. ADPF 519/DF. Topic 1.148.

1. PRIMEIRAS LINHAS DA INTER-RELAÇÃO ENTRE PROCESSO PENAL E PROCESSO COLETIVO. ANONIMATO COMO TÉCNICA DO DIREITO PROCESSUAL CRIMINAL COLETIVO OU PELA PRÓPRIA NATUREZA DA INVESTIGAÇÃO.

O processo penal – e, de maneira geral, o direito penal – parece manter uma distância dogmática do processo coletivo em razão da ideia de que, para processos relacionados à tutela da liberdade, as pessoas envolvidas no processo devem ser identificadas desde o início do processo.

A tentativa de se criar uma metodologia processual de coletivização de litígios criminais passivos muitas vezes esbarra na principiologia de que no processo penal não é possível se tutelar um direito transindividual, de um grupo, já que entre os bens jurídicos tutelados no âmbito penal está o direito à liberdade², umbilicalmente vinculado à individualização prévia para permitir, v.g., posterior punição.

Exemplo disso é visto em pesquisa no painel do Cadastro Nacional de Ações Coletivas, que não registra quantitativo significativo de cadastros de ações penais de natureza coletiva³. A “ação penal coletiva”⁴ (punitiva) pode até ter natureza coletiva – por ex. – em relação a supostas vítimas (crimes contra uma coletividade indefinida, como aqueles ligados ao meio

² Naturalmente, existem outros bem jurídicos que são tutelados no âmbito penal, como a proteção da vida, do patrimônio, da dignidade sexual, etc. Para os fins do recorte dessa pesquisa, porém, o direito à liberdade será tratado como bem jurídico onipresente no âmbito processual penal, ainda que existam correntes que defendam que crimes que só possuem penas de multa e o delito do art. 28 da lei nº. 11.343/06, por ex., não lidem diretamente com a possibilidade de privação de liberdade.

³ Foi encontrado apenas uma ação penal e um Habeas Corpus Coletivo em pesquisas realizadas em tal painel. Disponível em <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-cacol/>, acesso em 03/12/24.

⁴ Na definição de Gregório Assagra de Almeida e Rafael de Oliveira Costa, ela “(...) afigura-se como uma das principais figuras do Direito Processual Penal Coletivo, apresentando como característica distintiva da ação penal individual a tutela de direitos transindividuais. Em verdade, trata-se de demanda proposta por legitimado autônomo (Ministério Público) em defesa de um direito ou interesse coletivo amplamente considerado. A ação penal coletiva assume especial relevância quando atentamos para os crimes que afetam uma coletividade de pessoas, tal como sói acontecer com certos crimes contra a ordem econômica (v.g., *dumping*, combinação de preços entre concorrentes, dentre outros), contra o meio ambiente, contra as relações de consumo (v.g., crime de publicidade enganosa), os crimes de colarinho branco em geral, entre outros.” (ALMEIDA, Gregório Assagra de. COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo - A Tutela Penal dos Bens Jurídicos Coletivos: Direitos ou Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: D’plácido, 2022, p. 240). Sobre o tema, Cf. ainda LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o*

ambiente), mas não são, em regra, ações coletivas passivas para réus⁵, embora sejam ações coletivas ativas caso se entenda que há substituição do grupo atingido pelo Ministério Público⁶. Por outro lado, é possível a instauração de processos investigativos de pessoas indeterminadas em âmbito coletivo tanto para a esfera cível (inquérito civil) quanto para a esfera penal.

O potencial desconhecimento dos autores dos ilícitos penais, muitas vezes, é circunstância da própria natureza das investigações. Eles podem estar eventualmente alocados em um grupo (algum morador de um bairro ou algum funcionário de uma empresa, por exemplo) ou ser(em) o próprio grupo (conjunto de pessoas que poluem um rio indistintamente nesse momento inicial de investigação, por ex.).

Há casos, porém, que uma coletividade de investigados – alguns conhecidos e outros não – recebem a incidência de normas de natureza processual penal enquanto grupo, evidenciando, naquele momento, a existência de uma relação jurídica coletiva que justifique a análise do caso sob a perspectiva do processo coletivo.

É importante, assim, talhar uma primeira distinção: no Inquérito policial o anonimato pode ocorrer por essência da própria medida investigativa (desconhecimento de quem está sendo investigado de forma determinada), enquanto no processo coletivo passivo, a substituição do grupo por seu representante é uma técnica processual.

Durante uma investigação, em todo caso, o Poder Judiciário pode realizar atos que perpassam limites meramente conjecturais, passando a atingir, por uso do poder de império,

processo coletivo. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

⁵ As vítimas podem, inclusive, transportar a condenação para processos individuais para liquidação.

⁶ Interessante, nesse sentido, a posição de Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. que explicam que “para uma determinada concepção, a ação penal condenatória é, também, substancialmente, uma ação coletiva. Evidentemente aqui a confusão é parecida com aquela que ocorre no controle de constitucionalidade concentrado, toma-se o interesse público na aplicação da lei penal, como se fosse um direito difuso. É um equívoco tanto do ponto de vista teórico, quanto do ponto de vista histórico e prático. Não há um direito subjetivo coletivo à pena por parte do cidadão, evidentemente a antiga ‘pretensão punitiva’ estatal não se constitui em posição jurídica coletiva, em direito difuso. O ‘direito processual punitivo’ tutela processualmente a efetividade e garantias do direito penal e do direito administrativo sancionador. É possível, contudo, pensar em exemplos de *ações penais de conteúdo coletivo*, como, v.g., o habeas corpus coletivo (ver Cao. 3, item 7.3). Também é possível uma visão diferente, reservando um espaço privilegiado de discussão para bens jurídicos coletivos *lato sensu*, que se identificam com os direitos coletivos defendidos pelos autores deste texto, a exemplo do meio ambiente, do direito econômico, do direito do consumidor, da ordem urbanística, etc. Para esses bens, teria surgido um *direito penal* supraindividual, no qual se verifica que a tutela desses bens jurídicos coletivos, surgidos com mais força após a Constituição de 1988 - bens ligados muitas vezes a uma macrocriminalidade – se dá de forma especial, diferente da tutela do “direito penal básico”, “restrito à tipificação de condutas atentatórias contra a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade (denominado também de Direito Penal nuclear)” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4, 18ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2024, p. 52). Posteriormente na mesma obra os autores reconhecem que a “tutela jurisdicional dos direitos coletivos pode ser feita por meio de ações penais (...) neste caso poderemos ter a liquidação e execução dos direitos individuais, na conhecida forma da ação civil *ex delicto* e, talvez, a liquidação e execução dos danos difusos e coletivos em sentido estrito, que endentemos seja conveniente denominar de ação coletiva *ex delicto* (ps. 519/520).

direitos fundamentais de indivíduos não identificados, como direito à privacidade, entre outros. Diante do grau de intrusão e devassa dessas medidas investigativas, passaremos a tentar entendê-las na perspectiva do processo coletivo.

2. A PRIMEIRA COLETIVIZAÇÃO CRIMINAL-PASSIVA? MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO COLETIVOS (“GENÉRICOS”)

Muitas são as notícias sobre decisões judiciais determinando buscas e apreensões coletivas⁷ (exemplos, em tese, de ações coletivas cautelares passivas, portanto), expedidas em inquérito policiais⁸, como medidas preliminares a um futuro processo criminal individualizável⁹. Tais ações possuem natureza processual penal, já que relacionadas, futuramente, a processo penal punitivo individual (conforme matriz teórica acima traçada).

Há, contudo, uma tendência jurisprudencial das cortes superiores de proibição na utilização de tal instrumento¹⁰.

⁷ A denominação “busca e apreensão coletiva” também é tratada como “busca e apreensão genérica” em textos e jurisprudência. O Ministério da Justiça, por sua vez, recentemente trouxe o criativo termo “mandados com múltiplos alvos” (<https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/governo-usara-dados-gps-mandados-multiplos-alvos>, acesso em 25/06/2021), ainda não muito abordado pela doutrina. Em parecer emitido pelo MPF no HC nº. 416.483/RJ, por exemplo, justifica-se tal busca e apreensão sob o argumento de que “existe um objetivo maior a ser alcançado, que é a proteção dos moradores da região, com a cessação da conduta de traficantes que os sujeitam a regras ilegítimas estabelecidas por organizações criminosas”. Já no HC nº. 0048172-75.2017.8.08.19.0000, que antecedeu o HC nº. 416.483 retromencionado, argumentou-se que medida seria válida “em face da realidade das ocupações irregulares (...) já que novas ‘casas’ são fundadas de forma independente, e quase imediata, pelo simples acréscimo de materiais a lajes de outras casas, sem que sejam registradas e ordenadas, não há como individualizar e indicar numerações sem uma incursão ao local”. Um dos argumentos contrários ao deferimento de tais medidas, porém, é o fato do art. 243 do CPP delimitar a necessidade de se “indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador”. Nesse sentido PERET ANTUNES, Leonardo Leal. *(Re)pensando a busca e apreensão no processo penal: uma análise constitucional de seus limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 41/43.

⁸ Apesar de ser possível a expedição de mandado de busca e apreensão após o oferecimento da denúncia, os casos estudados nesta pesquisa demonstram que sua utilização só ocorre na fase inquisitorial, com finalidade investigativa. Nesse sentido é o exemplo do HC nº. 435.934/RJ, de novembro de 2019, no STJ, considerado o julgado mais atual do STJ sobre o tema.

⁹ Trata-se de tema ainda nervoso na jurisprudência e que certamente necessita de uma abordagem dogmática mais profunda pela doutrina. Não se pode concluir, simplisticamente, que o instituto teria natureza cível (como uma ação autônoma de produção antecipada de provas coletiva), já que a metodologia investigativa de devassa na invasão da esfera da intimidade – restringindo direitos fundamentais – da forma como realizada em uma busca e apreensão residencial, tem por objetivo a punição penal. Em regra, aliás, pelo próprio bem jurídico tutelado, não se permite a devassa residencial em processos cíveis.

¹⁰ Especialmente os julgados paradigmáticos do STJ no HC nº. 435.934/RJ, de relatoria do Min. Sebastião Reis, em 2019 e, no STF, o HC nº. 95.009-4/SP, julgado pelo plenário, de relatoria do Min. Eros Roberto Grau, de 2008. Segundo tal relator: de que vale declarar, a Constituição, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo” (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é, sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim.

Para adequada compreensão de tais ordens invasivas, deve-se novamente ponderar quais são os princípios processuais penais e princípios do processo coletivo que devem ser aplicados em cada caso.

Os mandados de busca e apreensão, na sistemática probatória do processo penal brasileiro, podem se revelar como verdadeira antecipação da produção probatória (com contraditório, em regra, diferido).

Na linha do raciocínio desenvolvido no tópico anterior em relação às demandas de natureza coletiva, tal “instrução antecipada” – salvo situações excepcionalíssimas como o risco de perdimento da prova – só pode ser utilizada em desfavor de qualquer eventual acusado quando houver prévia identificação dele (ou adoção de todos os meios possíveis para tanto)¹¹, o que, por si só, inviabilizaria um mandado de busca e apreensão que tutelasse direitos coletivos *stricto sensu* (que permitem a identificação posterior do titular do direito)¹² exatamente em razão da potencial futura perda da liberdade por processo punitivo baseado em elementos colhidos em tal diligência.

A produção antecipada de prova realizada contra um réu anônimo (inserido no manto de uma coletividade) que invade sua esfera de privacidade protegida constitucionalmente, sem antes especificar quais acusações estão sendo direcionadas especificamente a tal acusado, revela ranço inquisitorial incompatível com os art. 5º, XI, da CF/88, art. 12, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11, itens 2 e 3 do Pacto de San Jose da Costa Rica, à quarta emenda à Constituição dos Estados Unidos e, por fim, o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, violando o devido processo legal e o devido processo convencional.

A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica “devassa” (trecho do voto do Min. Eros Roberto Grau no HC 95.009-4/SP, publicado em 19.12.2008). Os votos, entretanto, não enfrentam diretamente a situação dos imóveis não passíveis de individualização (em que as moradias irregulares não respeitam os limites de cada casa ou espaço público, misturando-se), apenas mencionando que tal fato não é suficiente para justificar a devassa residencial sem autorização do morador. Certamente que um mandado de busca e apreensão que englobe um bairro inteiro é muito mais violador do que aquele que autoriza o ingresso do Estado em três ou quatro residências mescladas (quando não se sabe onde uma começa e a outra termina), hipótese, porém, que tal autorização deve ser fundamentada de forma ainda mais excepcional, preferencialmente com imagens claras dessa indeterminabilidade dos limites de cada casa, o que não ocorreu em nenhum dos casos citados. Atualmente, o tema da proibição de mandados de busca e apreensão genéricos é objeto de debate no HCC nº. 154.118/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que ainda não teve a liminar apreciada e vem recebendo alguns *amicus curiae*. Ainda não há, porém, um precedente normativo formalmente vinculante sobre o tema.

¹¹ Ressalvados, aqui, o encontro fortuito de provas, entre outras descobertas de fatos novos no cumprimento do mandado em relação a terceiros não previamente identificados.

¹² Não haveria problema, assim, na “reprodução simulada dos fatos” (art. 7º do CPP) sem a participação dos investigados, uma vez que, aqui, não há – em regra – suspensão tão intensa de direitos fundamentais como a intimidade e a privacidade. Na ausência do réu, a reprodução simulada não exige sopesamento de direitos fundamentais, sendo quase uma representação teatral para melhor compreensão da dinâmica delitiva.

Os elementos mínimos colhidos para uma ação cautelar no âmbito processual penal investigativo, quando subjulgadores de direitos fundamentais (como o direito à privacidade) devem revestir-se do risco de perdimento da prova no caso de demora e de qualificado *fumus comissi delicti*, apto a garantir, no mínimo, a individualização prévia do investigado que terá sua vida privada devassada pelo mandado de busca e apreensão.

Se, pelos elementos colhidos, não há a possibilidade de determinação prévia da identificação dos acusados cujas residências ou locais específicos devem ser arrombadas, por exemplo, não cabe a produção de prova antecipada. Tal medida representaria a distorção de um mandado que deveria ser específico (valendo-se de princípios do direito penal) em um mandado genérico com base em princípios não compatíveis com o contraditório e individualização da (potencial) pena¹³.

Na ponderação do contraditório em relação ao processo penal e à indeterminabilidade prévia dos titulares no processo coletivo, optou o constituinte por privilegiar princípios que garantam os direitos fundamentais à vida privada, inviolabilidade de domicílio e intimidade, fazendo com que eles preponderem em relação à prerrogativa do Poder Público de ingresso na residência do investigado.

No caso dos mandados de busca e apreensão coletivos, os direitos fundamentais das pessoas que podem ser atingidas pela medida incidem com maior potência que em mandados de reintegração de posse coletiva, por exemplo, quando não há punição por privação de liberdade¹⁴.

Um último registro imprescindível: é possível verificar (para a totalidade dos casos analisados nesta pesquisa) que o mandado de busca e apreensão coletivo tem sido praticado apenas em áreas socialmente marginalizadas e pobres, como favelas, reforçando as convicções

¹³ A aceitação do mandado de busca e apreensão coletivo, na prática, representa a banalização da *fishing expedition*, já que ele abre o caminho para uma busca probatória abrangente em qualquer imóvel dentro dos limites do mandado genérico. O *fishing expedition* é modalidade de produção de prova não aceito na doutrina no contexto da execução de um mandado de busca e apreensão. Excepcionalmente, o STJ aceitou o que ele denominou de “mandado de busca e apreensão itinerante” (AgRg no RHC 177.168/GO), reforçando, porém, se tratar de um caso específico.

¹⁴ Uma remoção forçada em ação possessória contra uma coletividade (uma ação coletiva passiva de reintegração de posse) que contenha pessoas não previamente identificáveis (interferindo em seu direito de ir e vir) não revela potencial aplicação de pena privativa de liberdade. As medidas cíveis que, por acidente, interferem na liberdade de locomoção afetam bens jurídicos que não representam a perda quase total do direito de ir e vir (ainda que acabem por restringir, em relação especificamente ao local em foi realizada a reintegração, o direito de ali ficar), permitindo ainda, uma tutela ressarcitória posterior mais adequada do que aquela em que há total privação de liberdade. Até por tal cerceamento futuro, um preso certamente tem menos chances de pedir uma indenização do que alguém que está com uma mera restrição de liberdade em relação a um local de moradia específico.

evidências sobre a natureza seletiva do público do sistema de justiça criminal brasileiro¹⁵. Jamais ocorreu (e provavelmente não ocorrerá em tempos próximos) tal situação em um bairro nobre (quase uma Pasárgada de Manuel Bandeira¹⁶), em que a maioria dos moradores é rica¹⁷. Seus direitos fundamentais, aparentemente, são mais fundamentais que outros¹⁸, como se, de forma oportunista, o processo coletivo penal (sob o viés punitivo) pudesse ser usado contra coletividades pobres.

3. MEDIDAS CAUTELARES COLETIVAS DENTRO DE INQUÉRITOS DE NATUREZA PENAL. JURISPRUDÊNCIA DE CRISE (OU DE EXCEÇÃO)?

As investigações de natureza coletivas (isto é, contra um grupo passível de ser tratado de forma coletiva nesse momento) ganharam recente novo viés com a instauração de IPs para investigação da prática de atos antidemocráticos criminosos em outubro de 2022 e janeiro de 2023 e com o início do julgamento pelo STF do tema nº. 1.148.

¹⁵ Sobre o tema, imprescindível a leitura da monografia de Aline Chagas, orientada por Manuela Abath (CHAGAS, Aline. *A inconstitucionalidade dos mandados de busca e apreensão coletivos*, monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de graduação de bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de Recife – FDR, 2019), na qual se faz análise histórica do racismo estrutural no Brasil, questionando “o negro tem casa?”. Na maioria dos casos aqui citados – e, provavelmente, na grande maioria de outros processos similares – a efetiva execução da medida já havia sido implementada, ou seja, já havia sido violada a intimidade e privacidade da coletividade passiva. Não obstante isso, a anulação das provas cumpre papel constitucionalmente essencial para evitar a majoração do prejuízo deles decorrente.

¹⁶ A referência é do poema “Vou-me embora pra Pasárgada”, in BANDEIRA, Manuel. *Libertinagem – Estrela da manhã*. Madri; Paris; México; Buenos Aires; São Paulo; Lima, Guatemala, San José; Santiago do Chile: ALLCA XX, 1998, mas publicado originalmente em 1930.

¹⁷ O parecer do MPF no HCC nº. 154.118/DF (que tem por objetivo impedir mandados de busca e apreensão genéricos) aborda a dicotomia entre a inviolabilidade de domicílio e a segurança pública. Em seguida, registra que “não impressiona a alegação de que objeto de mandado coletivo de busca e apreensão são os bairros pobres. Não raro os chefes das macro organizações criminosas se ocultam em bairros elegantes, podendo, assim, o mandado recair sobre determinada área nobre de determinada cidade” (<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313971684&ext=.pdf>, acesso em 24/06/2023). Não foram encontrados nesta pesquisa, porém, nenhum mandado de busca e apreensão coletivo em área nobre onde “chefes das macro organizações criminosas se ocultam”.

¹⁸ Trata-se de uma alegoria à frase de George Orwell, em seu “A Revolução dos Bichos”. Logo após Napoleão, um dos porcos, começar a andar em duas patas (enquanto os demais animais da fazenda estavam revoltados com os privilégios dos porcos que estavam no poder), revela-se que o último mandamento restante – dos sete inicialmente criados – era “todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros”, uma “evolução” do mandamento original que dizia que “todos os animais são iguais” (ORWELL, George. *A Revolução dos Bichos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 77).

3.1. DIREITO PROCESSUAL PENAL COLETIVO NO INQ 4.879/DF E NA ADPF N.º 519/DF

No dia 08 de janeiro de 2023, após um grupo de aproximadamente 4.000 manifestantes invadir e danificar os prédios das sedes dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) em Brasília, o Min. Alexandre de Moraes, relator do INQ 4.879/DF (que investiga a prática de atos antidemocráticos), determinou “a desocupação e dissolução total, em 24 (vinte e quatro) horas, dos acampamentos realizados nas imediações dos Quartéis Gerais e outras unidades militares para a prática de atos antidemocráticos”, bem como “a desocupação, em 24 (vinte e quatro) horas, de todas as vias públicas e prédios públicos estaduais e federais em todo o território nacional”¹⁹ por indivíduos que compunham coletividade indefinida.

Trata-se de medida cautelar em processo coletivo passivo de natureza criminal (por esta definição, inclusive) muito semelhante às decisões dos mandados de busca e apreensão coletivos mencionados no tópico anterior. Os bens jurídicos conflitantes, porém, são diferentes. Enquanto nos mandados de busca e apreensão coletivos tutela-se o direito à moradia e à privacidade, no segundo caso (remoções), para realização da investigação por prática crimes contra o Estado Democrático de Direito, interfere-se também no direito de liberdade de expressão (para os manifestantes pacíficos, caso tenha havido algum).

Naturalmente, as circunstâncias diferentes de cada caso (desde o bem jurídico protegido por cada tipo penal, passando pela magnitude dos eventos envolvidos em cada caso concreto,

¹⁹ Na íntegra de tais tópicos da determinação: “Diante do exposto, defiro os requerimentos e representações, nos termos do art. 282 e 319 do CPP, e: (...) determino, ainda: 2) a desocupação e dissolução total, em 24 (vinte e quatro) horas, dos acampamentos realizados nas imediações dos Quartéis Gerais e outras unidades militares para a prática de atos antidemocráticos e prisão em flagrante de seus participantes pela prática dos crimes previstos nos artigos 2º, 3º, 5º e 6º (atos terroristas, inclusive preparatórios) da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 e nos artigos 288 (associação criminosa), 359-L (abolição violenta do Estado Democrático de Direito) e 359-M (golpe de Estado), 147 (ameaça), 147-A, § 1º, III (perseguição), 286 (incitação ao crime). A operação deverá ser realizada pelas Polícias Militares dos Estados e DF, com apoio da Força Nacional e Polícia Federal se necessário, devendo o Governador do Estado e DF ser intimado para efetivar a decisão, sob pena de responsabilidade pessoal. As autoridades municipais deverão prestar todo o apoio necessário para a retirada dos materiais existentes no local. O Comandante militar do QG deverá, igualmente, prestar todo o auxílio necessário para o efetivo cumprimento da medida. Ambos deverão ser intimados para efetivar a decisão, sob pena de responsabilidade pessoal. O Ministro da Defesa deverá ser intimado para, sob sua responsabilidade, determinar todo o apoio necessário às Forças de Segurança. No caso do Distrito Federal, após a desocupação, efetiva manutenção, por parte da Polícia Militar, da guarda de segurança do perímetro da Praça dos Três Poderes, em particular, e das residências oficiais dos agentes políticos da União para evitar a ocorrência de novos delitos; (...) 3) A desocupação, em 24 (vinte e quatro) horas, de todas as vias públicas e prédios públicos estaduais e federais em todo o território nacional. Nos Estados e DF, as operações deverão ser realizadas pelas Polícias Militares, com apoio da Força Nacional, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Federal se necessário, devendo o Governador do Estado e DF ser intimado para efetivar a decisão, sob pena de responsabilidade pessoal”. Houve revogação do sigilo do Inquérito em relação a esta decisão.

até as próprias consequências dos atos, caso levados à cabo), devem ser levados em consideração na ponderação sobre a legalidade das medidas em âmbito processual penal.

A liberdade de manifestação não pode ser protegida como direito fundamental intangível neste caso. Sua mitigação é justificada pelos seguintes fundamentos (que autorizam a remoção coletiva como medida cautelar, diferente do que ocorre em relação aos mandados de busca e apreensão coletivos acima mencionados):

- (1) Nas remoções não há invasão da esfera intimidade e sigilo domiciliar (todos relacionados à privacidade, nos termos do art. 5º, X e XI da CF/88) protegidas constitucionalmente como garantias individuais fundamentais²⁰. As remoções, ademais, não ocorreram em comunidades específicas, mas em prédios públicos considerados bens de uso especial (e não de uso comum contínuo)²¹. O direito de liberdade de manifestação só é autorizado se for pacífico, além de ser direito usufruído em área externa à zona de proteção da residência do indivíduo, não podendo ser utilizado para impedir o funcionamento de instituições de forma definitiva;
- (2) A medida assecuratória de natureza penal, na hipótese das remoções coletivas, tem como fator determinante crime violento de natureza permanente, enquanto nos mandados de busca e apreensão genéricos buscam-se potenciais crimes ou a cessação de crime sem violência física (como o tráfico²²);
- (3) Caso implementado o intento de golpe militar, a democracia deixaria de existir e, portanto, trata-se de medida extrema de salvaguarda da própria essência do Estado Democrático de Direito. O bem jurídico protegido pelo Título XII do CP é a própria existência do Estado Democrático de Direito. Não há sentido em se aguardar o fim da Democracia para adotar medidas extremas para seu retorno. A cautela, aqui, deve ser

²⁰ Maior que um guarda-chuva – quase uma umbrela – o conceito de privacidade na doutrina norte americana inclui vários outros direitos (cf. ALDERMAN, Ellen, KENEDY, Caroline. *The Right to Privacy*. New York: Vintage Books, 1997). Já a doutrina brasileira tem distinguido a privacidade da intimidade, entendendo que há camadas entre elas (AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1999, p. 102). “Assim, a intimidade seria a camada ou esfera mais reservada, cujo acesso é de vedação total ou muito restrito, geralmente para familiares. Já a vida privada estará representada por uma camada protetiva menor, embora existente. Muitos podem ter acesso, mas isso não significa a possibilidade de divulgação irrestrita, massiva, ou a desnecessidade de autorização” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020, p. 679).

²¹ Apesar de todos terem acesso a prédios públicos, tal acesso pode ser restringido por uma questão de organização, sigilo e eficiência do trabalho público.

²² Não obstante a constatação de que o tráfico esteja de alguma forma ligado à violência nas comunidades, aqui se busca dissociar a violência física direta daquela trazida secundariamente (como corolário da ineficiência do Estado na regulamentação, prevenção e repressão) no comércio ilícito de drogas.

maior e ter espaço de atuação mais flexível, proporcional à gravidade dos crimes. Para tais delitos, o Direito Penal se antecipa e pune a tentativa como ato de consumação do crime, justificando que uma ação cautelar atinja atos relacionados à própria preparação para prática criminosa.

Outra medida de “desocupação” semelhante – por meio de ordem judicial em processo de natureza coletiva – já havia sido adotada no caso dos desbloqueios das estradas e rodovias do país (realizados por Caminhoneiros e manifestantes) após a eleição de 30 de outubro de 2022.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº. 519/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Transportes – CNT, o mesmo Ministro Alexandre de Moraes determinou que fossem “imediatamente tomadas, pela Polícia Rodoviária Federal e pelas respectivas Polícias Militares Estaduais – no âmbito de suas atribuições – , todas as medidas necessárias e suficientes, a critério das autoridades responsáveis do Poder Executivo Federal e dos Poderes Executivos Estaduais, para a imediata desobstrução de todas as vias públicas que, ilicitamente, estejam com seu trânsito interrompido”²³ (foram retirados destaques da versão original do texto).

Também nessa hipótese tutela-se (como consequência do direito de livre manifestação) o direito de ir e vir dos manifestantes. Aqui, a ocupação dos bens públicos é distante do local de funcionamento estratégico do núcleo das instituições centrais da democracia, mas também houve a necessidade de utilização de normas de natureza processual penal.

As medidas parecem ter sido necessárias em momentos extremos (ainda em fase de compreensão da sociedade), como única alternativa à sobrevivência da democracia. Resta saber se voltarão a ser utilizadas e se irão se tornar modalidades costumeiras nos tribunais, ou se a resposta, enquanto jurisprudência de crise, será mantida como uma medida excepcional.

²³ Segundo a íntegra de tal tópico: “Diante de todo exposto, determino: A) que sejam imediatamente tomadas, pela Polícia Rodoviária Federal e pelas respectivas Polícias Militares Estaduais – no âmbito de suas atribuições – , todas as medidas necessárias e suficientes, a critério das autoridades responsáveis do Poder Executivo Federal e dos Poderes Executivos Estaduais, para a imediata desobstrução de todas as vias públicas que, ilicitamente, estejam com seu trânsito interrompido, com o resguardo da ordem no entorno e, principalmente, à segurança dos pedestres, motoristas, passageiros e dos próprios participantes do movimento ilegal que porventura venham a se posicionar em locais inapropriados nas rodovias do país; bem como, para impedir, inclusive nos acostamentos, a ocupação, a obstrução ou a imposição de dificuldade à passagem de veículos em quaisquer trechos das rodovias; ou o desfazimento de tais providências, quando já concretizadas, garantindo-se, assim, a total trafegabilidade;”

3.2. DIREITO PROCESSUAL PENAL COLETIVO NO TEMA 1.148 (QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO DE COLETIVIDADE)

Recentemente o Min. Alexandre de Moraes apresentou seu voto em processo criminal que chegou ao STF autorizando a quebra de sigilo de dados telemáticos de “pessoas indeterminadas, desde que determináveis a partir de outros elementos de provas obtidos previamente na investigação e que justifiquem a medida, desde que necessária, adequada e proporcional”, medida que constitui clara técnica de processo coletivo passivo.

A quebra de sigilo de um grupo se deu no midiático caso da morte da Vereadora Marielle, ocorrido em 14/03/2018, quando a polícia solicitou a realização de varredura de aparelhos de pessoas indeterminadas para obtenção dos *IPs* (protocolos de acesso à internet) ou *Device Ids* (identificação do aparelho) que tenham pesquisado no *Google*, entre 10/3 e 14/3/2018, os parâmetros "Marielle Franco; "vereadora Marielle"; "agenda vereadora Marielle; "Casa das Pretas"; "Rua dos Inválidos, 122" ou "Rua dos Inválidos".

O caso chegou ao STF em razão de Recurso Extraordinário nº. 1.301.250 apresentado pelo *Google* com o argumento de que a realização de devassas generalizadas em históricos de pesquisa de usuários e o fornecimento de listas temáticas dos que pesquisaram certas informações representam uma intrusão inconstitucional no direito à privacidade sem relação com o crime investigado²⁴.

O tema teve repercussão geral definida pela Min. Rosa Weber (tema nº. 1.148), relatora do caso, que concordou com a pretensão recursal e votou no sentido de que “o art. 22 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) não ampara ordem judicial genérica e não individualizada de fornecimento dos registros de conexão e de acesso dos usuários que, em lapso temporal demarcado, tenham pesquisado vocábulos ou expressões específicas em provedores de aplicação”.

O julgamento, porém, foi interrompido por um pedido de vista do Min. André Mendonça.

Posto à frente com o mesmo caso, o STJ já havia se manifestado a respeito da decisão de quebra de sigilo (bancário, telemático, *etc.*) de coletivo de manifestantes desconhecidos, tendo sido estabelecido algumas balizas para tais medidas²⁵.

²⁴ Vide informações disponíveis no <https://www.migalhas.com.br/quentes/417676/stf-tem-dois-votos-por-quebra-de-sigilo-do-google-no-caso-marielle>

²⁵ Aqui se consideram tanto os dados estáticos (já colhidos, como localização em que o dispositivo passou) como os dinâmicos (que são colhidos enquanto há o ato, como na interceptação telefônica). O STJ entendeu ser possível a quebra de sigilo de dados informáticos estáticos (registros de geolocalização), como nos RMS nºs. 66.668,

A questão segue em um estado de arte indefinido. Uma quebra de sigilo de dados telemáticos de forma coletiva e indeterminada, contudo, lembra o clichê da vida imitando a arte – como exemplo típico da imaginação aterrorizante de George Orwell em seu “1984”²⁶ – e deve ser vista como extrema cautela, já que o mundo moderno, mais do que nunca, depende da vida digital²⁷.

O autoritarismo, aliás, tende a ter como ponto de partida locais de maior vulnerabilidade dos cidadãos, papel exercido atualmente pelas redes sociais.

Parece consenso, em todo caso, que interceptações telefônicas (ou quaisquer quebras de sigilo) não são passíveis de serem realizadas, *a priori*, contra uma coletividade indiscriminada²⁸, sendo imprescindível uma melhor abordagem da temática pela academia, jurisprudência e legislação.

66.563, 65.064, 65.412, 61.419, 64.603, 65.242, 65.993. Segundo a corte “a quebra de sigilo telemático para o fornecimento de dados estáticos de usuários não identificados presentes em determinada localização geográfica num período de tempo, com vistas a facilitar a identificação de autores de crime, não implica em desvelar o conteúdo de fluxos de comunicação ou de dados armazenados virtualmente, protegidos pelas garantias constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da privacidade” (AgRg no RMS n. 66.791/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021). A corte, porém, estabelece limitações “por parâmetros de pesquisa em determinada região e por período de tempo, desde que, presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, a decisão seja proferida por autoridade judicial competente, com fundamentação suficiente, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios mínimos que indiquem a configuração de suposta ocorrência de crime sujeito à ação penal pública” (RMS 62.143/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 8/9/2020). No mesmo sentido é AgRg no RMS n. 66.791/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 13/12/2021. Sobre essa discussão, ver ainda <https://www.conjur.com.br/2021-ago-05/marielle-faz-justica-ampliar-uso-geo-fencing-investigacoes>, acesso em 13/08/2023. Em caso cível, tal quebra de sigilo foi autorizada no REsp 1738651/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 28/08/2020.

²⁶ ORWELL, George. 1984. Companhia Editora Nacional. São Paulo, 2012.

²⁷ Assustadoras, ademais, as teses de quebras de sigilo subsequentes (de todos que tiveram contato com eventual investigado), o que pode gerar uma reação em cadeia que causaria graves violações de direitos fundamentais de pessoas que sequer sabiam da existência de indícios de ilícitos (<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/quebra-generalizada-de-sigilos-poe-em-alerta-advogados-de-investigados-por-moraes/>, acesso em 27/01/24).

²⁸ O tema foi alvo de questionamentos nas últimas décadas com o avanço tecnológico. Ao indagar sobre sistema denominado “guardião”, Roberto Pedro Prudêncio Filho, diretor de negócios de Segurança Pública da empresa Dígito (criadora do sistema), explicou que “não é verdadeira a informação de que o Guardião grampeia um número e automaticamente todos aqueles que ligarem para esse primeiro número” (https://www.conjur.com.br/2007-ago-04/guardiao_nao_faz_gravacoes_indiscriminadamente_digito, acesso em 22/06/2023). Com a crescente evolução populacional, os números de interceptações e quebra de sigilo realizados mensalmente começam a se tornar consideráveis. De acordo com Antonio Eduardo Ramires Santoro, Natália Lucero Frias Tavares e Jefferson de Carvalho Gomes, em pesquisa realizada em 2017, “em média há autorização judicial de monitoramento de mais de vinte mil linhas telefônicas por mês”, citando dados do CNJ (SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. *O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 2, mai./ago. 2017, p. 605/632).

4. AINDA NÃO ENTENDEMOS O PROCESSO PENAL COLETIVO?

O direito processual penal ainda engatinha nos estudos sobre como lidar com processos coletivos. Apesar do processo coletivo cível ainda sofrer investidas de poderosos lobbys de grandes empresas que impedem o avanço do tema (o que, incoerentemente, demonstra o medo desses litigantes e, por via reversa, reforça a importância da tutela coletiva), a atenção dada ao processo penal coletivo ainda é mínima.

Camilo Zufelato, Carolina Trevisan de Azevedo e Danieli Rocha Chiuzuli²⁹ também sustentam que a expansão do processo coletivo para o âmbito criminal exige uma ressignificação do processo penal tradicional, trazendo um novo paradigma de princípios a serem partilhados entre os ramos (processo coletivo e processo penal).

Nas primeiras linhas sobre o tema, propomos³⁰ que se faça a distinção (no âmbito coletivo) entre a fase acusatória e a fase inquisitiva (única em que pode cogitar de existir uma indeterminação do grupo no polo passivo), entre o processo penal de natureza sancionatória e de natureza não sancionatória (como o *Habeas Corpus* Coletivo). O influxo de normas admitida nesses sistemas não deve ser tão poroso como o intercâmbio entre processo civil e processo coletivo.

Conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni³¹ “pensar em termos de ‘tutela dos direitos’, dando-se vãs às relações entre o processo e o direito material, parece ser uma tendência do direito moderno”. Ações coletivas repressivas (que visam diminuir a liberdade por imposição do *ius puniendi*) e ações coletivas cujo objetivo é assegurar o aumento do espectro de liberdade (através de tutela mandamental) devem ter bases normativas diversas, não obstante sua natureza – tradicionalmente vista como – penal.

²⁹ “Com essa abertura que é estabelecida no sistema de tutelas coletivas, identifica-se um movimento de compreensão do direito processual penal em âmbito coletivo. A individualidade ou coletividade desse sistema seria regida pela própria natureza dos bens jurídicos tuteláveis que, por sua vez, são individuais e coletivos. Logo, considerando o direito processual penal coletivo como “garantia constitucional fundamental social” a coletividade do bem jurídico - difuso, coletivo ou individual homogêneo - exigiria uma ressignificação do processo penal para que ele seja responsável pela realização dos objetivos constitucionais a ele reputados. É nesse sentido que o direito processual penal coletivo se desenvolve como um novo “paradigma”, que traz um plexo de princípios partilhados com aqueles reputados à tutela coletiva tradicional, sendo que essa comunicabilidade principiológica indica a formação de um sistema coletivo que circunscreve a lógica da tutela coletiva de bens” (AZEVEDO, Carolina Trevisan de; ZUFELATO, Camilo; CHIUZULI, Danieli Rocha. *O enquadramento coletivo do Habeas Corpus: caracterização, fundamentos teóricos e legado jurídico*, v. 38, n. 1, 2022)

³⁰ O aprofundamento deste debate, com maior problematização e análise do tema consta na obra TEMER, Pedro Pessoa. *As misérias do Habeas Corpus Coletivo*. Ed. Thoth, Londrina/PR, 2024, sendo este artigo uma atualização de um dos capítulos daquele livro. Na mesma obra, importante a crítica sobre a proibição do processo penal sancionatório coletivo.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, São Paulo: RT, 1998, p. 395.

Dentro desse caldo, o processo penal vem avançando perigosamente. Os três casos mencionados neste artigo revelam a incidência de influxos de normas diferentes, possuindo natureza jurídica diversa e, naturalmente, consequências diversas, demonstrando a diferença entre ações coletivas passivas potencialmente sancionadoras (Inq. 4.879/DF e Tema 1.148) e ações cujo objetivo, em um primeiro momento, é meramente a tutela mandamental (ADPF 519/DF).

Abaixo, um quadro comparativo com a classificação delas, destacando o Inq. 4.879/DF e o Tema n. 1.148:

Caso	Inq. 4.879/DF	Tema 1.148	ADPF 519/DF
Processos coletivos passivos e ativos	Sim	Sim	Sim
Princípios de natureza processual penal	Sim	Sim	Não
Natureza potencialmente sancionatória	Sim	Sim	Não
Controle Concentrado de Constitucionalidade	Não	Não	Sim

Enquanto o processo coletivo de natureza cível pode ser ativos, passivo, ou duplamente ativo e passivo, a tutela penal na esfera coletiva deve ter algumas balizas. Parece não haver maiores problemas na substituição processual de vítimas por representantes adequados. Para acusados em geral, contudo, há outro tronco central normativo a ser aplicado.

A restrição à coletivização de um grupo como réu no polo passivo do processo por adoção de regras do processo coletivo deve ser o princípio geral e norte de qualquer processo que visa impor uma punição, especialmente a de natureza penal. Se é necessário analisar com cautela exceções (como a jurisprudência de crise decorrente do 08 de janeiro de 2023 ou na persecução penal de atos antidemocráticos ou de medidas excepcionais adotadas em crime de grande repercussão mundial no assassinato da Vereadora Marielle) elas não devem pautar o debate como padrão ordinário a ser adotado pelo ordenamento jurídico.

Aliás, quando chegamos à questão da segurança digital coletiva, a discussão mantém o mesmo patamar de gravidade e seriedade. Muito se fala que os dados são o novo petróleo (*data*

*is the new oil*³²), mas pouco se escreve sobre a importância dos dados sensíveis no processo penal. De acordo com a própria lógica adotada na Convenção de Budapeste, em razão da evolução tecnológica, nossos celulares – muitas vezes – se tornaram mais importantes que nossas casas. É ali que estão segredos profissionais, dados protegidos pela inviolabilidade, relatos de intimidade e toda sorte de privacidade extrema que, na maioria das vezes, as pessoas não querem expor. A mesma inviolabilidade domiciliar constitucional (art. 5º, XI, da CF) deve ser adaptada e repensada, portanto, ao local onde se armazenam dados privados.

O processo coletivo não é um inimigo do processo individual. Não é nem mesmo seu adversário. Eles podem se complementar, serem concorrentes e simultâneos. Basta que sejam adequadamente realizados. Dai a importância de não se perder a individualidade no processo penal quando ela se vincula a direitos fundamentais e não perder sua efetividade quando o processo coletivo de natureza penal (apenas na esfera investigativa) permitir a transindividualização da medida.

Ada Pellegrini Grinover³³, invocando Nuvolone, adverte que "a intromissão na esfera privada do indivíduo, a pretexto da realização do interesse público, torna-se cada vez mais penetrante e insidiosa, a ponto de ameaçar dissolvê-lo no anônimo e no coletivo, como qualquer produto de massa".

Especialmente no âmbito processual penal, tal afã deve ser rechaçado. Não deixemos sintomas próprios de momentos autoritários guiar temática tão importante. Em um mundo de massas, onde a coletivização é inevitável, o processo penal deve respirar ares de fortalecimento de direitos fundamentais individuais.

Ele não deve permitir que o trator da coletivização atropеле violentamente e destrua nosso senso básico de individualidade, de contraditório em processos de natureza sancionatória, e de direitos fundamentais como garantias de manutenção do moderno grau civilizatório alcançado pela sociedade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999;

³² HUMBY, Clive. *Data is the new oil. Proc. ANA Sr. Marketer's Summit*. Evanston, IL, USA, 2006.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 67.

ALDERMAN, Ellen, KENEDY, Caroline. *The Right to Privacy*. New York: Vintage Books, 1997;

ALMEIDA, Gregório Assagra de. COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo - A Tutela Penal dos Bens Jurídicos Coletivos: Direitos ou Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: D'plácido, 2022;

BANDEIRA, Manuel. *Libertinagem – Estrela da manhã*. Madri; Paris; México; Buenos Aires; São Paulo; Lima, Guatemala, San José; Santiago do Chile: ALLCA XX, 1998, mas publicado originalmente em 1930;

CHAGAS, Aline. *A inconstitucionalidade dos mandados de busca e apreensão coletivos*, monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de graduação de bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de Recife – FDR, 2019;

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, Vol. 4, 18ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2024;

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982;

HUMBY, Clive. *Data is the new oil*. Proc. ANA Sr. Marketer's Summit. Evanston, IL, USA, 2006;

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Persecução penal e interesses supraindividuais: diálogos com o processo coletivo*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, São Paulo: RT, 1998;

ORWELL, George. 1984. Companhia Editora Nacional. São Paulo, 2012;

ORWELL, George. *A Revolução dos Bichos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007;

PERET ANTUNES, Leonardo Leal. *(Re)pensando a busca e apreensão no processo penal: uma análise constitucional de seus limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. *O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, mai./ago. 2017;

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020;

ZUFELATO, Camilo; AZEVEDO, Carolina Trevisan de; CHIUZULI, Danieli Rocha. *O enquadramento coletivo do Habeas Corpus: caracterização, fundamentos teóricos e legado jurídico*, v. 38, n. 1, 2022.

**OS IMPASSES DE ACESSO À JUSTIÇA DAS DONAS DE CASA NO SISTEMA DE
PROCESSO CIVIL PREVIDENCIÁRIO: DESAFIOS E NECESSIDADES DE
INCLUSÃO**

*HOUSEWIVES' IMPASSES IN ACCESS TO JUSTICE IN THE SOCIAL SECURITY CIVIL
PROCESS SYSTEM: CHALLENGES AND NEEDS FOR INCLUSION*

Raphaela Fernanda Cruz de Sousa Lima¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A invisibilidade do trabalho das donas de casa no contexto previdenciário. 3. Dificuldades no acesso a benefícios previdenciários e assistenciais. 4. A urgência de reconhecer o papel das donas de casa no sistema de proteção social. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo discute a invisibilidade do trabalho das donas de casa no sistema de proteção social brasileiro, com foco nos desafios enfrentados por essas mulheres para acessar benefícios previdenciários e assistenciais. Embora o trabalho doméstico seja essencial para a estruturação da vida social e econômica, ele não é reconhecido como atividade econômica formal. O artigo aborda a complexidade do processo de inclusão das donas de casa no sistema previdenciário, a morosidade burocrática e a falta de informações claras sobre os direitos dessas trabalhadoras. Além disso, examina a necessidade urgente de revisar as políticas públicas de seguridade social para garantir o reconhecimento formal do trabalho doméstico não remunerado e facilitar o acesso a benefícios, como aposentadoria e BPC/LOAS. Conclui-se que o Estado e a sociedade devem reconhecer as donas de casa como participantes ativas no sistema de proteção social, a fim de promover uma inclusão efetiva e garantir uma rede de proteção mais justa e equitativa.

Palavras-chave: Trabalho Doméstico; Invisibilidade; Seguridade Social; Acesso à Justiça; Vulnerabilidade.

ABSTRACT: This article discusses the invisibility of housewives' labor within the Brazilian social protection system, focusing on the challenges these women face in accessing social security and welfare benefits. Although domestic work is essential for the structure of social and economic life, it is not recognized as a formal economic activity. The article addresses the complexity of the process of including housewives in the social security system, bureaucratic delays, and the lack of clear information about their rights. Additionally, it examines the urgent need to revise public social security policies to ensure the formal recognition of unpaid domestic work and facilitate access to benefits such as retirement and BPC/LOAS. It concludes that the

¹ Mestranda do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Membro do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (UFES-CNPq). Advogada. E-mail: raphaelalima.dir@gmail.com

state and society must recognize housewives as active participants in the social protection system in order to promote effective inclusion and ensure a fairer and more equitable safety net.

Keywords: Domestic Work; Invisibility; Social Security; Access to Justice; Vulnerability.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho doméstico realizado pelas donas de casa, embora essencial para o funcionamento das famílias e, por conseguinte, para a economia como um todo, continua sendo invisível no âmbito das políticas públicas e no sistema de proteção social.

Historicamente, as mulheres que se dedicam integralmente aos cuidados do lar e da família enfrentam o desafio de não ver seu trabalho reconhecido como uma atividade econômica formal, o que as exclui de diversos benefícios sociais, como a aposentadoria e outros direitos previdenciários.

O sistema previdenciário brasileiro, embora tenha avançado na inclusão de diferentes categorias de trabalhadores, ainda apresenta barreiras de acesso à justiça para as donas de casa. Esse artigo se propõe a analisar essas dificuldades, destacando a necessidade urgente de reconhecer o trabalho doméstico não remunerado e garantir às donas de casa o acesso a benefícios e uma rede de proteção social mais justa e inclusiva.

A partir de uma breve reflexão a respeito das leis e políticas vigentes, busca-se evidenciar como a desvalorização desse trabalho impacta diretamente no acesso à justiça dessas mulheres e em suas condições de vulnerabilidade social.

2. A INVISIBILIDADE DO TRABALHO DAS DONAS DE CASA NO CONTEXTO PREVIDENCIÁRIO

O trabalho das donas de casa é essencial para o funcionamento das famílias e, conseqüentemente, da sociedade. No entanto, ele permanece invisível e subvalorizado, tanto no campo econômico quanto no social².

Nas palavras da socióloga norte-americana Arlene Kaplan Daniels³, o trabalho das donas de casa é um pilar essencial para o funcionamento das famílias e, por consequência, da

² SANTOS, Luciana da Silva. Donas de casa, donas da própria vida?: problematizações acerca do trabalho (in) visível e da saúde mental de mulheres (des) valorizadas. 2015.

³ Daniels AK. *Invisible work. Social Problems*. 1987. pp. 403-415.

economia. Apesar disso, ele é tratado como um trabalho "invisível" e "privado", sem atribuição formal de valor econômico.

Ocorre que essa invisibilidade reflete diretamente na dificuldade de acesso a direitos sociais, especialmente os previdenciários, ante a inexistência de vínculo empregatício e sem renda para contribuírem com o INSS.

É certo que, com a Lei nº 8.213/91, as donas de casa conquistaram o direito de contribuir para a Previdência Social na categoria de seguradas facultativas de baixa renda. Essa modalidade permite um período de carência reduzido de 180 meses (15 anos) para solicitar a aposentadoria por idade, havendo a possibilidade de contribuição no percentual de 5% sobre o salário-mínimo.

Apesar desse avanço, as condições socioeconômicas da maioria das donas de casa tornam difícil o cumprimento da exigência de contribuições regulares. A falta de autonomia financeira e a prioridade dada às necessidades imediatas da família frequentemente impedem que elas contribuam ao INSS, perpetuando sua exclusão previdenciária.

Vejamos, por amostragem, alguns dados do Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS⁴, o qual, segundo o Gov.br, é “uma fonte mensal da Secretaria de Regime Geral de Previdência Social”, elaborado pela Coordenação-Geral de Estudos e Estatísticas. Referido boletim, apresenta uma coletânea de dados, distribuídos em 27 quadros.

Dentre os dados expostos no referido boletim está a “Quantidade de contribuintes para o regime geral de previdência social”. Em agosto de 2022 o quantitativo de contribuintes na categoria de segurados facultativo foi de 1.097.464 contribuintes facultativos:

Figura 1 - Boletim Estatístico da Previdência Social (BEPS) – 08.2022⁵:

QUANTIDADE DE CONTRIBUINTES PARA O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ⁽²⁾ – 2022	
Total	58.494.512
Empregados	43.433.045
Contribuinte Individual	12.655.007
Trabalhador Doméstico	1.307.261
Facultativo	1.097.464
Segurado Especial	1.735

FONTE: SPREV, AEPS

⁴ GOV.BR. BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps122023_final.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

⁵ GOV.BR. BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps082022_final_dez.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

De igual modo, o relatório “BEPS” de março de 2023 aponta um quantitativo de 1.133.303 contribuintes facultativos:

Figura 2 - Boletim Estatístico da Previdência Social (BEPS) – 03.2022⁶:

QUANTIDADE DE CONTRIBUINTES PARA O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ⁽²⁾ – 2021	
TOTAL	54.995.248
Empregados	40.875.009
Contribuinte Individual	11.724.997
Trabalhador Doméstico	1.280.157
Facultativo	1.113.303
Segurado Especial	1.782

FONTE: SPREV, AEPS

Mais uma vez, de similar modo, em agosto de 2024, o quantitativo de contribuintes na categoria de segurados facultativos foi de 1.097.464:

Figura 3 - Boletim Estatístico da Previdência Social (BEPS) – 03.2022⁷:

QUANTIDADE DE CONTRIBUINTES PARA O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ⁽²⁾ – 2022	
Total	58.494.512
Empregados	43.433.045
Contribuinte Individual	12.655.007
Trabalhador Doméstico	1.307.261
Facultativo	1.097.464
Segurado Especial	1.735

FONTE: SPREV, AEPS

Desde já chama atenção ao fato de o referido relatório não distinguir os contribuintes por sexo, o que ajudaria a identificar as questões empíricas ora tratadas. Essa ausência de segregação por sexo no relatório oficial também evidencia a invisibilidade das donas de casa no contexto previdenciário, também manifesta na coleta e apresentação de dados.

Mas ainda que desconsideremos tal fato, isto é, de que a contribuição de segurados facultativos englobe tanto homens quanto mulheres, o quantitativo é extremamente discrepante se analisarmos a quantidade de mulheres brasileiras que se identificam como donas de casa.

⁶ GOV.BR. BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps032023_final.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

⁷ GOV.BR. BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps082024_final.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

Isso porque segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que recolheu os dados entre 2012 e 2022⁸, no Brasil, existem mais de 38 milhões de pessoas que se identificam como donas de casa.

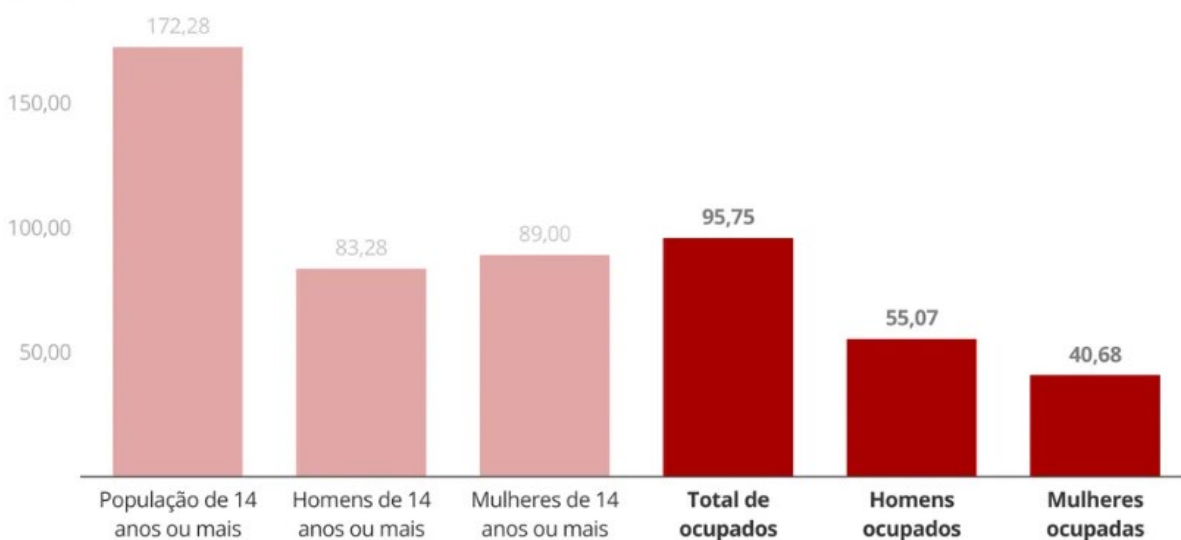
Ou seja, diante dessa breve análise, é possível concluir pela ausência de contribuição por parte de dezenas de milhões de donas de casa.

Somando-se a isso, segundo dados oficiais apurados pelo IBGE em 2022, dos 12 milhões de desempregados, 6,5 milhões são mulheres, ou seja, a taxa de desocupação de mulheres é de 54,4%⁹. A ilustração abaixo expõe o quantitativo de mulheres fora do mercado de trabalho:

Figura 4 - Boletim Estatístico da Previdência Social (BEPS) – 03.2022¹⁰:

Maioria das mulheres estão fora do mercado de trabalho

Em milhões



Fonte: Pnad/IBGE

⁸ Informação extraída do Gov.br, que demonstra Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/dia-da-dona-de-casa-como-ter-acesso-a-beneficios-previdenciarios#:~:text=No%20Brasil%2C%20existem%20mais%20de,dados%20entre%202012%20e%202022>. Acesso em: 25 nov. 2024.

⁹ Segundo dados divulgados em matéria g1.globo.com, intitulada “mulheres são a maioria dos desempregados; 45,7% das que têm idade de trabalhar estão ocupadas”. Disponível em: <https://g1.globo.com>. Acesso em: 23 nov. 2024.

¹⁰ Ibidem. Disponível em: <https://g1.globo.com/dia-das-mulheres/noticia/2022/03/08/mulheres-sao-a-maioria-dos-desempregados-457percent-das-que-tem-idade-de-trabalhar-estao-ocupadas.ghtml>. Acesso em: 25 nov. 2024.

Desse modo, diante da impossibilidade de contribuir, pela própria falta de renda do trabalho que desempenham, a “última *ratio*” das donas de casa é o Benefício de Prestação Continuada (BPC-LOAS), instituído pela Lei nº 8.742/93. Este benefício assistencial, no valor de um salário-mínimo, é destinado a pessoas idosas (com 65 anos ou mais) ou com deficiência (impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial) que comprovem não possuir meios de sustento próprio ou familiar.

No entanto, o BPC apresenta critérios de elegibilidade rigorosos, como renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo. Além disso, exige o cadastro no CadÚnico, um processo burocrático que inclui múltiplas etapas¹¹:

- Inscrição no sistema com apresentação de documentos de toda a família;
- Realização de entrevistas periódicas e análise dos dados informados;
- Validação do Número de Identificação Social (NIS) pelo Ministério do Desenvolvimento Social (MDS);
- Atualização periódica a cada dois anos.

Esses requisitos tornam o acesso ao benefício assistencial igualmente complexo e lento para muitas donas de casa, especialmente as que vivem em áreas com menos infraestrutura ou com baixa escolaridade¹².

A falta de reconhecimento do trabalho doméstico realizado pelas donas de casa agrava sua vulnerabilidade econômica e social. Embora haja dispositivos legais que possibilitem sua inclusão no sistema previdenciário ou assistencial, a burocracia e as condições socioeconômicas limitam severamente seu alcance. É necessário repensar políticas públicas para valorizar e proteger o trabalho dessas mulheres, garantindo-lhes acesso mais direto e simplificado aos direitos previdenciários e assistenciais.

¹¹ CORDEIRO, Talita. Conquistas e limites no acesso das mulheres à previdência social após a constituição federal de 1988: análise da proteção social para donas de casa de baixa renda. 2014, 433f. Dissertação (mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

¹² No artigo a seguir citado, os autores verificaram a associação entre baixa renda familiar, baixo grau de escolaridade e menor pontuação na escala de saúde geral, do SF-36, nas donas de casa. SENICATO, Caroline; LIMA, Margareth Guimarães; BARROS, Marilisa Berti de Azevedo. Ser trabalhadora remunerada ou dona de casa associa-se à qualidade de vida relacionada à saúde?. Cadernos de Saúde Pública, v. 32, p. e00085415, 2016.

3. DIFICULDADES NO ACESSO A BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS

O acesso aos benefícios previdenciários e assistenciais pelas donas de casa de baixa renda enfrenta uma série de barreiras. Uma delas é a dificuldade em reconhecer o próprio direito, tema que remonta ao clássico Relatório Geral do Projeto de Florença, organizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹³.

O Relatório Geral do Projeto de Florença aponta a desconfiança em relação aos advogados e ao Judiciário como um dos grandes entraves ao acesso à justiça¹⁴. Esse problema, mesmo com os avanços legislativos e tecnológicos, ainda persiste, especialmente entre os grupos mais vulneráveis, como as donas de casa. Essas mulheres, muitas vezes, não possuem conhecimento suficiente sobre seus direitos e os caminhos legais para buscá-los, além de enfrentarem barreiras financeiras que as desestimulam a arcar com os custos de um processo judicial.

Nas sociedades modernas, o acesso à justiça vai além do simples acesso ao Judiciário. Como destacaram Mauro Cappelletti e Bryant Garth no Relatório do Projeto de Florença, é essencial que exista um “sistema acessível a todos e com resultados individual e socialmente justos¹⁵”. Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. ressalta que não basta garantir o acesso à justiça ou outros direitos fundamentais no plano constitucional; é indispensável assegurar meios efetivos para sua concretização.

Ocorre que o direito material mudou, a Constituição Federal de 1988 erigiu outra orientação. A chamada Constituição Cidadã elevou, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Trouxe para o início do texto constitucional o capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, originalmente relegado ao seu final. Essa nova ordenação topológica não é ausente de significação. O capítulo foi fortemente influenciado pelos ideais propostos pela

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Traduzido por NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. Segundo os autores, a possibilidade das partes era um desafio a ser transposto, mas, ainda, explicam duas vertentes relacionadas a esse problema: a escassez de recursos financeiros e a (in)aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, sendo que essa inaptidão também envolve a desconfiança em advogados e a falta de disposição psicológica para a busca dos tribunais.

¹⁴ O Relatório Geral do Projeto de Florença, nesse sentido, usa como esforço argumentativo uma pesquisa inglesa que evidenciou que cerca de 11% das pessoas entrevistadas jamais procurariam um advogado, ainda que precisassem de uma assessoria jurídica, demonstrando, assim, uma cultura de desconfiança em advogados. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Traduzido por NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 24. Os autores citam Abel-Smith, Zander, M e Brooke, R, para referenciar a pesquisa inglesa. Nota de rodapé n. 29, p. 24.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

Declaração Universal dos Direitos do Humanos e tem se denunciado, à evidência na doutrina, a preocupação com a realização dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho não patrimonial, ali afirmados. *É a busca não só pela declaração, mas pela efetividade e efetivação desses direitos. A ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente essa, pois não basta indicar um rol de direitos fundamentais é preciso efetivá-los*¹⁶.

Um outro obstáculo significativo reside na complexidade dos procedimentos necessários para acessar benefícios assistenciais, como o Benefício de Prestação Continuada (BPC). A inscrição no Cadastro Único (CadÚnico), por exemplo, envolve diversas etapas burocráticas que, na prática, dificultam o alcance do benefício.

Desde a necessidade de comparecimento ao posto de cadastramento, acompanhada pela responsável familiar, até a realização de entrevistas detalhadas e a apresentação de documentação de todos os membros da família, o processo pode se arrastar por meses. Após a inclusão no sistema, é preciso aguardar cerca de 90 dias para que as informações estejam disponíveis no banco de dados do Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) e possam ser analisadas pelo INSS.

Além disso, a contribuição ao INSS, necessária para acessar benefícios previdenciários, deve ser iniciada apenas após a confirmação de que os critérios legais para a categoria de segurada facultativa de baixa renda foram atendidos. Esse cuidado é necessário para evitar indeferimentos futuros, já que o INSS realiza análises rigorosas sobre a validade das contribuições e o cumprimento dos requisitos legais.

Outro ponto a ser destacado é a obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo antes de acionar o Judiciário. Conforme decidido no Recurso Extraordinário 631.240/MG¹⁷, o interesse de agir no âmbito previdenciário exige o prévio requerimento administrativo. Esse procedimento, segundo o atual entendimento do STF, é essencial para demonstrar a necessidade processual e dar ao órgão administrativo a chance de se manifestar sobre o direito solicitado. Por fim, as donas de casa, isto é, as “trabalhadoras de cuidado”, em sua maioria, acabam sendo desestimuladas pela morosidade do sistema e pela falta de recursos para custear a assistência jurídica. Essa realidade reforça a importância de políticas públicas que simplifiquem os processos e garantam maior acesso à informação e à justiça, promovendo a inclusão dessas mulheres no sistema de proteção social.

¹⁶ ZANETI JR, Hermes. A Constitucionalização do Processo. Do problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2022. p. 285.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 631.240/MG. Relator Min. Roberto Barroso. Julgamento em 03/09/2014. p. 6.

4. A URGÊNCIA DE RECONHECER O PAPEL DAS DONAS DE CASA NO SISTEMA DE PROTEÇÃO SOCIAL

Como já fora aqui exposto, Cappelletti e Garth já abordavam a desigualdade no acesso à justiça, destacando como fatores como falta de recursos financeiros, desconhecimento jurídico e desconfiança no sistema judicial criam barreiras significativas para as classes menos favorecidas. Para essas pessoas, a identificação de uma violação de direitos e o custeio de um processo judicial muitas vezes são obstáculos intransponíveis, aprofundando a exclusão jurídica.

De um lado, encontram-se grandes litigantes, amparados por assessoria jurídica qualificada, capacidade financeira para arcar com os custos do litígio e resiliência para lidar com a demora processual, o que frequentemente os beneficia. Do outro, estão indivíduos que não conseguem reconhecer seus direitos ou buscar sua efetivação e, mesmo quando conseguem, carecem de meios para sustentar o processo, como é o caso de indivíduos com a vulnerabilidade enfrentada pelas donas de casa.

Esse cenário evidencia um fenômeno recorrente: necessidades legais não atendidas (*unmet legal needs*¹⁸), que reforçam a desigualdade estrutural no acesso à justiça. Tais necessidades legais não atendidas das donas de casa são diretamente influenciadas pela combinação de fatores econômicos, sociais e institucionais que reforçam a desigualdade no acesso à justiça.

Muitas dessas mulheres não conseguem identificar ou reivindicar seus direitos, como acesso a benefícios previdenciários ou assistenciais, devido à falta de informações claras e acessíveis sobre o sistema jurídico. A ausência de renda própria, comum entre as donas de casa, aumenta sua dependência financeira de terceiros, dificultando ainda mais a contratação de serviços advocatícios ou o custeio de processos judiciais. Soma-se a isso a barreira cultural e geográfica enfrentada por aquelas que vivem em regiões de baixa infraestrutura, com acesso limitado a órgãos públicos e instituições de apoio jurídico, criando um cenário de exclusão multifacetada.

O reconhecimento das donas de casa no sistema de proteção social é uma questão urgente, tanto sob a ótica da justiça social quanto da sustentabilidade do próprio sistema previdenciário.

¹⁸ RHODE, Deborah L. *Access to justice*. Oxford University Press, 2004. p. 106 e seg.

O trabalho doméstico realizado por essas mulheres, embora essencial para a estruturação da vida social e econômica, continua invisível no âmbito jurídico e previdenciário, o que acarreta uma série de dificuldades para o acesso a benefícios e direitos sociais.

É essencial para a reprodução social e o bem-estar de todos os seres humanos, desempenha um papel crucial na sustentação das famílias e da sociedade como um todo. No entanto, por não gerar valor de mercado diretamente, esse tipo de atividade é sistematicamente desvalorizado pela sociedade e negligenciado pelas ciências econômicas, que frequentemente priorizam atividades mensuráveis em termos financeiros¹⁹.

Apesar de sua relevância, as donas de casa enfrentam uma dupla marginalização: a de não terem seu trabalho reconhecido formalmente como atividade econômica e a de se depararem com um sistema de proteção social que, muitas vezes, lhes é inacessível ou ineficaz.

A realidade é que, ao longo dos anos, as donas de casa, em grande parte, têm sido negligenciadas pelas políticas públicas de seguridade social. Embora a Constituição de 1988 tenha estendido o direito à previdência social a todos, incluindo as seguradas facultativas, a ausência de uma rede de apoio mais robusta, combinada com a complexidade e morosidade dos processos administrativos e judiciais, coloca essas mulheres em uma posição de vulnerabilidade. Isto é: não basta a previsão do direito social e do acesso à justiça, mas há a necessidade de meios para sua efetivação.²⁰

A falta de informações claras sobre seus direitos, os requisitos para a inscrição no CadÚnico e a contribuição ao INSS dificultam ainda mais o acesso a benefícios como a aposentadoria por idade ou o BPC/LOAS, de forma que muitas não conseguem garantir a proteção que deveria ser assegurada pelo sistema de seguridade social.

Além disso, o processo de formalização das contribuições para a previdência social é burocrático e repleto de etapas que exigem um nível considerável de compreensão e acompanhamento, o que se torna um obstáculo para muitas donas de casa, especialmente aquelas com baixo nível de escolaridade ou que não têm acesso a orientação jurídica. O tempo exigido para a inscrição no CadÚnico e a definição dos critérios de elegibilidade para benefícios assistenciais, como o BPC, é um exemplo claro de como a lentidão do processo pode resultar

¹⁹ MELO, Hildete; CASTILHO, Marta. Trabalho reprodutivo no Brasil: quem faz? Rev. Econ. contemp., Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 135-158, jan./abr. 2009.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; PIOVESAN, Flávia; SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 8.

na exclusão de muitas dessas mulheres do acesso à seguridade social, privando-as da proteção em momentos de maior necessidade.

É imprescindível, portanto, que o sistema de proteção social se adapte à realidade das donas de casa. Isso passa, primeiramente, pelo reconhecimento formal do trabalho doméstico não remunerado, considerando-o como parte integrante do sistema de seguridade social. Para tanto, é necessário que as políticas públicas estejam mais voltadas para a inclusão das donas de casa como seguradas facultativas de baixa renda, o que implica uma revisão dos critérios de carência, a simplificação do processo de inscrição no CadÚnico e a redução da burocracia nas solicitações de benefícios previdenciários.

Além disso, a sociedade e o próprio Estado precisam entender que a desvalorização do trabalho doméstico reflete uma visão ultrapassada sobre o papel das mulheres na economia e na sociedade. O reconhecimento dessas trabalhadoras como participantes ativas no sistema de proteção social é um passo fundamental para garantir que todas as pessoas tenham acesso à aposentadoria e aos benefícios assistenciais, independentemente de sua condição econômica ou do tipo de trabalho que realizam. A urgência dessa mudança é evidente: as donas de casa são fundamentais para a sustentação das famílias e, conseqüentemente, para o bem-estar social, e precisam ser tratadas como tal dentro do sistema de proteção social.

5. CONCLUSÃO

O reconhecimento do trabalho das donas de casa no sistema de proteção social é uma questão de justiça social e de equidade, especialmente em um país como o Brasil, onde grande parte das mulheres ainda assume as responsabilidades domésticas de forma exclusiva.

A invisibilidade do trabalho doméstico não só desvaloriza essas mulheres, mas também impede que elas tenham acesso a uma rede de seguridade social que garanta sua aposentadoria e outros direitos básicos.

Para que o sistema previdenciário seja verdadeiramente inclusivo e o acesso à justiça seja efetivo, é urgente que o Estado reconheça formalmente as donas de casa como seguradas facultativas e implemente políticas públicas que facilitem seu acesso a benefícios como aposentadoria e BPC/LOAS.

Isso implica em revisar os critérios de carência, simplificar os processos burocráticos e, principalmente, garantir a disseminação de informações claras sobre os direitos dessas trabalhadoras.

Somente por meio de um reconhecimento amplo e efetivo de seu trabalho, as donas de casa poderão ser incluídas de maneira justa no sistema de proteção social, garantindo uma vida mais digna e segura para elas e suas famílias.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 631.240/MG. Relator Min. Roberto Barroso. Julgamento em 03/09/2014. p. 6.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; PIOVESAN, Flávia; SARLET, Ingo Wolfgang, et al. *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 8.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Traduzido por NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORDEIRO, Talita. Conquistas e limites no acesso das mulheres à previdência social após a constituição federal de 1988: análise da proteção social para donas de casa de baixa renda. 2014, 433f. Dissertação (mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

Daniels AK. *Invisible work. Social Problems*. 1987. pp. 403-415.

GOV.BR. BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps122023_final.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

GOV.BR. BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps082022_final_dez.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

GOV.BR. BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps032023_final.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

GOV.BR. BOLETIM ESTATÍSTICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps082024_final.pdf. Acesso em: 25 nov. 2024.

MELO, Hildete; CASTILHO, Marta. Trabalho reprodutivo no Brasil: quem faz? Rev. Econ. contemp., Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 135-158, jan./abr. 2009.

RHODE, Deborah L. *Access to justice*. Oxford University Press, 2004. p. 106 e seg.

SANTOS, Luciana da Silva. Donas de casa, donas da própria vida?: problematizações acerca do trabalho (in) visível e da saúde mental de mulheres (des) valorizadas. 2015.

SENICATO, Caroline; LIMA, Margareth Guimarães; BARROS, Marilisa Berti de Azevedo. Ser trabalhadora remunerada ou dona de casa associa-se à qualidade de vida relacionada à saúde?. Cadernos de Saúde Pública, v. 32, p. e00085415, 2016.

ZANETI JR, Hermes. A Constitucionalização do Processo. Do problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2022. p. 285.

A EVOLUÇÃO DO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS NO BRASIL E O SURGIMENTO DO PILOT-JUDGEMENT PROCESS NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: Uma Perspectiva Comparada das influências do Case Management na Concretização do Princípio da Duração Razoável do Processo no Brasil e na Europa

THE EVOLUTION OF THE JUDGMENT OF REPETITIVE CASES IN BRAZIL AND THE EMERGENCE OF THE PILOT-JUDGEMENT PROCESS IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: A Comparative Perspective of the influences of Case Management in the Implementation of the Principle of Reasonable Duration of the Process in Brazil and Europe

Raquel dos Santos Jorge¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A duração razoável do processo enquanto problema comum no direito brasileiro e na corte europeia de direitos humanos. 3. Evolução do julgamento de casos repetitivos no Brasil. 4. O Pilot-Judgement Process enquanto alternativa para o Case management e a concretização do princípio da Duração Razoável na Corte Europeia de Direitos Humanos. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente ensaio pretende fomentar breve reflexão acerca da influência da adoção do julgamento de casos repetitivos e de casos piloto na concretização do direito fundamental à duração razoável do processo, e a experiência comparada com a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Para tanto, observar-se-á, a partir do problema comum da duração razoável do processo nos Tribunais Superiores Brasileiros e na Corte Europeia de Direitos Humanos e da tendência contemporânea das Cortes em desenvolverem e aprimorarem os mecanismos e técnicas de gerenciamento de casos similares (case management), a evolução do julgamento de casos repetitivos no direito brasileiro, com a adoção do incidente de julgamento de casos repetitivos (IRDR) a partir do Código de Processo Civil de 2015, bem como a adoção do pilot-judgement cases na CEDH. Ao fim, identificar-se-á, a partir do recorte geográfico traçado entre o Brasil e a CEDH, como a adoção de julgamento de processos piloto pode contribuir para o case management e a concretização de um sistema de justiça mais célere e eficaz.

Palavras-chave: Julgamento de Casos Repetitivos; Pilot-Judgement Process; Case Management; Duração Razoável do Processo; Efetividade Jurisdicional.

ABSTRACT: The present essay intends to promote a brief reflection on the influence of the adoption of the judgment of repetitive cases and pilot cases in the realization of the fundamental right to a reasonable duration of the process, and the compared experience with the European

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UFES (PPGDIR/UFES); Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV); Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Assessora no Ministério Público do Estado do Espírito Santo – MPES; e-mail: raqueljorge2@hotmail.com .

Court of Human Rights (ECHR). To this end, it will be observed, from the common problem of the reasonable duration of the process in the Brazilian Superior Courts and in the European Court of Human Rights and the contemporary tendency of the Courts to develop and improve the mechanisms and techniques of management of similar cases (case management), the evolution of the judgment of repetitive cases in Brazilian law, with the adoption of the incident of judgment of repetitive cases (IRDR) from the Civil Procedure Code of 2015, as well as the adoption of pilot-judgement cases in the ECHR. In the end, it will be identified, from the geographic outline drawn between Brazil and the ECHR, how the adoption of trial of pilot cases can contribute to case/court management and the implementation of a faster and more effective justice system.

Keywords: Judgment of Repetitive Cases; Pilot-Judgement Process; Case Management; Reasonable Duration of the Process; Jurisdictional Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente esclarece-se que este ensaio comparativo não pretende esgotar o tema, mas tão somente trazer algumas luzes acerca da influência na adoção do julgamento de casos repetitivos no Brasil e dos *pilot-judgment process* na Corte Europeia de Direitos Humanos, enquanto técnicas processuais voltadas à concretização do ideário contemporâneo de *case management*, e sua contribuição para a materialização do direito fundamental à duração razoável do processo insculpidas no art. 5º, inc. LXXXVIII da Constituição Federal (CF)² e no art. 6º, parágrafo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos³.

A preocupação com a duração do processo em tempo razoável mostra-se como elemento essencial para a concreção do direito ao processo justo. Segundo Luiz Guilherme Marinoni *et al*⁴, o direito ao processo justo é um direito de natureza processual que impõe ao Estado deveres

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 22 nov. 2024.

³ TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a European perspective of modern procedural challenges. Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social. vol. 216. ano 47. p. 19-76. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2021.

⁴ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem a ideia de duração razoável como elemento do processo justo a partir da seguinte perspectiva: “O direito ao processo justo é um direito de natureza processual. Ele impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva. É por essa razão que se enquadra dentro da categoria dos direitos à organização e ao procedimento. [...]. O direito ao processo justo visa assegurar a obtenção de uma decisão justa para as partes e a unidade do Direito para a sociedade civil. Ele é o meio pelo qual se exerce a pretensão à justiça (*Justizanspruch*) e pretensão à tutela judiciária (*Rechtsschutzanspruch*). [...]. O direito ao processo justo conta, pois com um perfil mínimo. [...] Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva [...], com duração razoável” (grifos do autor). Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Processual Civil: teoria do processo civil*, Volume 1. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 521 a 523.

organizacionais, seja no exercício da função legislativa, judiciária ou executiva, prescrevendo, pois, um perfil mínimo de garantias que contempla a duração razoável do processo como um princípio a ser realizado pelo Estado. Notadamente porque, como bem cita Nicolo Trocker *apud* Jeremy Bentham⁵, “*justice delayed is justice denied*”.

Nesse contexto, a análise comparativa, a partir do problema comum da duração razoável do processo e da tendência contemporânea da padronização das decisões, de como os Tribunais Superiores Brasileiros e a Corte Europeia de Direitos Humanos vêm desenvolvendo e aprimorando as técnicas de julgamento de casos repetitivos e adotando o *pilot-judgement cases*, mostra-se apta a identificar como a adoção das mesmas pode contribuir para o *case management* e a concretização de um sistema de justiça mais célere e eficaz.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), ampliando as técnicas de julgamento de casos repetitivos, trouxe para o ordenamento jurídico pátrio o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) que, aproximando-se da ideia de julgamento de casos piloto desenvolvida em ordenamentos estrangeiros, especialmente do *Musterverfahren* do direito alemão⁶, coloca-se como técnica com potencialidade para a racionalização dos processos nos tribunais Brasileiros, trazendo mais coerência, uniformidade, isonomia e celeridade na prestação jurisdicional.

Desse modo, perpassando por uma análise comparada da contribuição que a adoção do *pilot-judgement case* trouxe para a boa gestão e consequente diminuição do número de processos tramitando perante CEDH; e a dificuldade ainda existente no ordenamento pátrio para resolução do problema da duração razoável dos processos nas Cortes Superiores, este ensaio busca analisar os contornos e desafios envolvidos no aprimoramento e atratividade do IRDR pelos tribunais brasileiros, para o alcance e entrega de uma tutela jurisdicional em tempo razoável.

⁵ TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a European perspective of modern procedural challenges. Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social. vol. 216. ano 47. p. 19-76. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2021.

⁶ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, Disponível em: <
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 22 de nov. 2024.

2. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ENQUANTO PROBLEMA COMUM NO DIREITO BRASILEIRO E NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Para melhor compreensão do processo comparativo que se propõe, é necessária breve digressão para melhor elucidar o método comparativo utilizado para desenvolvimento deste ensaio, antes de se adentrar na análise da duração razoável do processo enquanto princípio comum a diversos sistemas de justiça, e que norteia a política legislativa processual, contribuindo para a melhora no gerenciamento de processos nas Cortes Superiores.

A preocupação com o método comparativo e sua escolha deve ser levada em consideração pelo estudioso do direito comparado, a fim de bem orientar a forma como a comparação será realizada, nesse sentido, exemplificativamente, Michele Taruffo⁷ ensina que uma comparação baseada apenas no cotejo de normas existentes em vários países somente se mostraria justificável dentro de uma cultura normativo-positiva, apoiada na ideia de que a cultura jurídica se limitaria a mera justaposição de prescrições normativas. Ao passo que uma comparação orientada à ideia de reformas e melhoramento dos sistemas de justiça leva em consideração o efetivo funcionamento dos sistemas e dos institutos, bem como das escolhas políticas que orientam a praxe e os princípios que conferem validade e higidez aos ordenamentos jurídicos comparados⁸, existindo então, para o mencionado jurista, vários modos de conhecer o ordenamento jurídico alheio, para bem conhecer o próprio.

Conforme ensina Mauro Cappelletti⁹, houve nas últimas décadas um aumento expressivo na difusão dos estudos de direito comparado, elencando dentre as razões para este

⁷ Nesse sentido, Michele Taruffo afirma que: O projeto cultural do estudioso do direito comparado orienta não só as suas escolhas (sobre quais ordenamentos, quais institutos, quais experiências confrontar), mas também o método com o qual a comparação é efetuada. Assim, para exemplificar rapidamente, uma comparação baseada somente no cotejo de normas existentes em vários países em certo momento é justificável tão-somente dentro de uma cultura rigorosamente (e restritivamente) normativo-positivista e apoiada na ideia de que a cultura jurídica seja mera justaposição de informações particulares que se supõe «descritivas» dos dados normativos (no qual se dá por aceita acriticamente uma premissa assaz problemática, qual seja, que as normas possam descrevê-los). Ao contrário, uma comparação orientada às reformas³ implica consideração do efetivo funcionamento dos sistemas e dos institutos, das escolhas de política do direito pressupostas, da orientação da praxe e dos princípios gerais que fundam a validade e a efetividade dos ordenamentos confrontados⁴. Substancialmente, permanece verdadeiro o tradicional slogan dos comparatistas pelo qual o melhor modo de conhecer o próprio ordenamento é o de conhecer outros ordenamentos - mas é preciso considerar que vários e diversos são os modos pelos quais se podem conhecer os outros ordenamentos (além de -naturalmente - para conhecer o próprio). Em: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*/Michele Taruffo; apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero – São Paulo: Marcial Pons, 2013 – (Coleção processo e direito). p. 12 -13.

⁸ TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: ensaios*/Michele Taruffo; apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero – São Paulo: Marcial Pons, 2013 – (Coleção processo e direito). p. 12 -13.

⁹ A esse respeito, destacamos o seguinte trecho das lições de Mauro Capelletti: *E sotto gli occhi di tutti il fatto che c'è stato uno straordinario aumento della diffusione e importanza degli studi e insegnamenti comparatistici*

movimento duas que se mostram bastante caras ao desenvolvimento da presente pesquisa, quais sejam: 1) o aumento do intercâmbio econômico, pessoal e cultural entre as nações, com consequente aumento das relações jurídicas em nível transnacional; e 2) uma nova tendência de alguns valores, especialmente no campo dos direitos humanos e fundamentais, serem afirmados em nível universal, notadamente pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo surgimento de pactos internacionais para reforçar a importância e difusão desses mecanismos de proteção.

Nesse sentido, valendo-se dos ensinamentos de Mauro Cappelletti, elege-se método comparativo proposto pelo jurista para reflexão e desenvolvimento comparatista que se pretende no presente ensaio. O método composto por seis fases parte do *tertium comparationis*¹⁰, ou seja, de um problema social comum a ordenamentos que se deseja comparar, como no caso em esboço destaca-se o problema da duração razoável do processo nas Cortes e Tribunais e a concretização do acesso à justiça, perpassando pelas fases de soluções jurídicas adotadas pelos ordenamentos para solução do problema (segunda fase); “razões de ser” (*raisons d' être*) analogias e diferenças que levaram os ordenamentos a adotarem determinadas posturas para resolução dos problemas (terceira fase); pela busca de tendências evolutivas (quarta fase); avaliação das soluções adotadas, seja pela eficiência ou ineficiência na resolução do problema de partida (quinta fase); e pela previsibilidade de desenvolvimentos futuros (sexta fase).

O enfoque na duração razoável do processo é considerado por Mauro Cappelletti¹¹; juntamente com as consequências relacionadas à inflação e ao aumento de custos que o fator tempo pode ocasionar as partes economicamente mais fracas do processo, e que poderiam vir a

*negli ultimi decenni. Quali sono le ragioni di tale fenomeno? Ci sono a mio avviso almeno quattro importanti ragioni: 1) una prima ragione va vista nell' aumento straordinario degli scambi economici, personali, culturali fra le nazioni, donde anche il conseguente aumento dei rapporti giuridici a livello transnazionale; 2) una seconda ragione, [...]; 3) una terza ragione va vista nella tendenza di certi valori, specialmente nel campo dei diritti umani, di affermarsi a livello transnazionale, quando non addirittura universale. Basti pensare alle Convenzioni Europea e Americana dei Diritti Umani, ai Patti internazionali sugli stessi diritti, ecc. Certamente significativo è il fatto che dei tre ex direttori dell'Istituto de Investigaciones Jurídicas, insigni comparatisti della cui amicizia mi onoro, Héctor Fix Zamudio e oggi Presidente della Corte Interamericana dei Diritti Umani, Jorge Carpizo e oggi Giudice Costituzionale (se e ver o che con la riforma del 1988 la Corte Suprema de Justicia è essenzialmente una Corte Costituzionale); egli inoltre presiede ora la Comisión Nacional de Derechos Humanos, alla quale partecipa anche Jorge Madrazo; [...]. Em: CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni Della Giustizia Nelle Società Contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 11 – 12.*

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni Della Giustizia Nelle Società Contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 16 a 22.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, colab. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 15 a 21.

abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores inferiores aos quais teriam direito; como um obstáculo a ser transposto para a concretização do acesso à justiça.

Seguindo a ideia da duração razoável do processo como fator importante para a concretização do acesso à justiça baseado na ideia do direito fundamental a um processo justo¹², e sua aceção enquanto problema comum a ser enfrentado tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto na Corte Europeia de Direitos Humanos, analisa-se o conteúdo e alcance da celeridade e da duração razoável enquanto princípios do processo¹³ nos ordenamentos comparados, juntamente com a tendência contemporânea à padronização decisória e à força obrigatória de produtos judiciais otimizados¹⁴ na concretização de maior eficiência e eficácia na entrega da tutela jurisdicional.

Segundo Nicolo Trocker¹⁵, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, redigida em 1950, foi a primeira a considerar o fator “tempo” como um elemento essencial para a formação de um julgamento justo, dispondo o art. 6º, §1º da referida Convenção que “qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, [...], num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial [...]”. Sendo esse princípio, para o autor, portanto, padrão que lida com o papel e a responsabilidade das partes e dos tribunais na condução dos processos civis e lançam luzes sobre as obrigações dos Estados Contratantes na concepção de seus modelos processuais e na organização dos sistemas de justiça civil, relacionando-se, pois, a questão do tempo de tramitação dos processos com a boa administração da justiça¹⁶. O que denota, em

¹² No tocante à ideia de direito fundamental, destacamos lições do professor Humberto Ávila no sentido de que: “Para que um direito seja efetivamente fundamental é preciso que ele cumpra determinadas funções. A primeira delas é funcionar como um mecanismo de defesa do indivíduo frente a intervenções estatais que injustificadamente restringem seu âmbito de proteção [...]”. Em: ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 29.

¹³ MANCUSO, Rodolfo Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva/ Rodolfo Camargo Mancuso. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 69 a 79.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Nelson Nery Junior – 13.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 367 a 378.

¹⁵ TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a European perspective of modern procedural challenges. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*. vol. 216. ano 47. p. 19-76. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2021.

¹⁶ Nesse sentido, Nicolò Trocker afirma que a não observância da duração razoável do processo além de configurar má administração da justiça também implica em violação do art. 6º, § 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “*As to the impact of Article 6, para. 1, on the principle of proper administration of justice, the Court uses to advise Contracting States that they are required to organize their legal systems so as to enable courts to guarantee everyone’s right to a final decision on disputes concerning civil rights and obligations without unreasonable delay. Backlog, for example, cannot in itself justify unreasonable delay if the respondent State does not prove that it has taken initiatives to reduce the difference between new and existing proceedings. The adequacy of domestic remedies introduced by a Contracting State in order to prevent or provide redress for the problem of excessively long proceedings are assessed in the light of the principles established by the European Court (45). Where the Court finds that in a*

certa medida, uma preocupação com o *case management* pela referida corte, assunto que será mais detalhado em tópico posterior.

Ainda no tocante à razoabilidade da duração do processo, destaca-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos fixou em acórdãos de julgamentos alguns critérios objetivos para aferição da duração razoável do processo no âmbito da corte, quais sejam: 1) a natureza do processo e a complexidade da causa; 2) o comportamento das partes e de seus procuradores; e 3) a atividade e comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes para julgamento do caso¹⁷. A fixação desses critérios foi de grande relevância para nortear as aplicações de penalidades pelas violações ao art. 6, § 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Já no direito brasileiro, o princípio da celeridade e da duração razoável do processo foi acrescido ao rol dos direitos fundamentais insculpidos no art. 5º da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004¹⁸. O inciso LXXVIII, do art. 5º da CF passou a prever que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Posteriormente, o CPC/2015 passou a regulamentar no art. 4º¹⁹ a duração razoável do processo como norma fundamental do processo civil, dispondo que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Segundo ensina Nelson Nery Junior²⁰ o princípio da duração razoável possui uma dupla função, a primeira, em sentido estrito, relaciona-se ao tempo de duração do processo desde o início de sua tramitação até o trânsito em julgado, e uma segunda função que se relaciona à adoção de meios alternativos de solução de conflitos apta a contribuir para reduzir o tempo de tramitação dos processos.

particular State there is a practice incompatible with the Convention resulting from an accumulation of breaches of the “reasonable time” requirement, this constitutes an “aggravating circumstance” of the violation of Article 6, para. 1 (46).”. Em: TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a European perspective of modern procedural challenges. Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social. vol. 216. ano 47. p. 19-76. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2021

¹⁷ Segundo Nelson Nery Junior, os critérios para aferição da razoável duração do processo no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos foram fixados a partir dos Acórdãos referentes aos casos: Manzoni, de 19.2.1991, A 195-B, p. 29, §7; Kemache, de 27.11.1991, A 218, p. 27, § 60; Doustaly, de 23.4.1998, R 98, § 39. Em: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Nelson Nery Junior – 13.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 367 a 378.

¹⁸ Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm >. Acesso em 22 de nov. 2024.

¹⁹ LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 22 de nov. 2024.

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Nelson Nery Junior – 13.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 367 a 378.

A adoção de métodos alternativos para decidir causas, juntamente com a tendência de especialização das instituições e procedimentos judiciais, bem como a necessidade de estudo crítico para reforma de modelos de justiça, já era citada como tendência no uso do enfoque do acesso à justiça defendido por Mauro Cappelletti²¹ durante o desenvolvimento do Projeto de Florença. Em que pese o moderno projeto desenvolvido à época citar o juízo arbitral e a conciliação como métodos alternativos de acesso à justiça e a adoção de procedimentos especiais para pequenas causas, ou a criação de tribunais especiais para demandas consumeristas, como nova tendência de especialização de instituições e procedimentos judiciais;

Contemporaneamente Rodolfo de Camargo Mancuso²² menciona que vem se defendendo no Brasil uma tendência à padronização decisória preventiva, que tem como substrato a aplicação da jurisprudência como fonte imediata do direito. Nesse sentido, destaca que o CPC/2015 mostra-se receptivo a tal tendência em se conferir força obrigatória a produtos judiciais otimizados, tais como as súmulas do STF, STJ ou dos tribunais, aos acórdãos do STF ou do STJ em julgamento de casos repetitivos (art. 932, V e alíneas do CPC), e também às teses jurídicas firmadas no julgamento de IRDR's. Nesse sentido, o referido autor aduz que o IRDR se destina a ser um importante instrumento para superação da dispersão jurisprudencial excessiva, conferindo a partir de seu julgamento, tratamento isonômico aos jurisdicionados, preservando a segurança jurídica, amenizando a sobrecarga dos processos no poder Judiciário e reduzindo a lentidão no tempo de tramitação processual.

É nesse cenário que se insere uma segunda tendência contemporânea relacionada à preocupação com a duração razoável do processo e ao gerenciamento de processos e das Cortes, o *case management* e o *court management*, como mecanismos hábeis à eficácia e eficiência da prestação jurisdicional, e que serão mais bem detalhados em tópico posterior.

3. EVOLUÇÃO DO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS NO BRASIL

O surgimento e a evolução do julgamento de casos repetitivos no Brasil estão intimamente ligados ao modelo de funcionamento da atual sociedade capitalista, marcada por

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, colab. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 75 a 159.

²² MANCUSO, Rodolfo Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva/ Rodolfo Camargo Mancuso. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 69 a 79.

transformações políticas, sociais e econômicas, responsáveis pela massificação do consumo e homogeneização das relações e dos conflitos de interesse, que passaram a ter uma acepção transindividual²³. Essas massificações das relações sociais juntamente com o aumento da litigiosidade foram responsáveis pelo surgimento de obstáculos ao acesso à justiça, o que fez com que a estrutura individualista²⁴ que inspirou o Código de Processo Civil de 1973 se tornasse insuficiente para a tutela efetiva dos interesses dos jurisdicionados, levando os Tribunais Superiores a acumular excessivo número de recursos, vez que nas duas ou quase três primeiras décadas de vigência CPC de 1973 inexistiam filtros aptos a barrarem a subida de recursos.

Em razão da ausência de filtros hábeis para refrear os recursos endereçados aos tribunais superiores, somada à morosidade que o aumento dos recursos trazia ao julgamento realizado no âmbito desses tribunais, o legislador processual, influenciado pela política judiciária destinada à contenção das demandas tramitando no Supremo Tribunal Federal²⁵ e Superior Tribunal de Justiça, promoveu, ainda sob a égide do CPC/1973, duas importantes reformas que inseriram o julgamento de Recursos Extraordinários Repetitivos (Lei 11.418/2006, que inseriu o art. 543-B no CPC/1973) e Recursos Especiais Repetitivos (Lei 11.672/2008, que inseriu o art. 443-C no CPC/1973) como técnicas de gerenciamento de processos²⁶ no ordenamento jurídico

²³ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ensinam que “[...] os direitos vinculados à sociedade de consumo e economia de massa são considerados como *direitos de terceira geração*, os quais são ditos de solidariedade e caracterizados por sua “transindividualidade”, pertencendo não mais apenas ao indivíduo, considerado como tal, mas sim a toda coletividade (por exemplo, o direito ao meio ambiente saudável e os direitos dos consumidores)”. Em: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Processual Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, Volume 3. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 473.

²⁴ Em análise comparativa com o modelo norte-americano inspirado inicialmente na tutela de interesses individuais e que posteriormente também começou a enfrentar problemas com a litigância de massa, Deborah R. Hensler faz a seguinte afirmação: *The growth of what has come to be known as “mass litigation”—which encompasses both class actions and aggregate non-class litigation—began several decades ago in the United States. However, courts continue to struggle to contain these mass disputes within the structure of a legal system designed for the canonical battle of single plaintiff versus single defendant. Nor is this struggle limited to the United States; across the world, in jurisdictions that differ from each other in many other important ways, courts are confronting the problem of mass litigation.* – Em: HENSLER, Deborah R. *Justice for the Masses? Aggregate Litigation & Its Alternatives*. *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 143 (3) Summer 2014, p. 73 e 74.

²⁵ Hermes Zaneti Junior ensina que antes da implementação do julgamento de casos repetitivos enquanto técnicas destinadas à formação de precedentes, o direito brasileiro já se preocupava com a questão da uniformidade, citando a jurisprudência como fonte primária do direito, nela incluídas as súmulas vinculantes, decisões do Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante e jurisprudência dominante dos tribunais, vejamos: “A natureza das mudanças decorrentes do pós-positivismo (constitucionalização e principalização dos direitos) e a conformação atual do direito no nosso ordenamento jurídico (súmulas vinculantes, decisões com efeito vinculante e jurisprudência dominante dos tribunais), reconhecidamente uma tendência internacional, revelam uma insofismável realidade: *a jurisprudência é uma fonte primária no direito contemporâneo brasileiro*”. Em: ZANETI JR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ed. ver., ampl., alterada – São Paulo: Atlas, 2004, p. 233 a 241.

²⁶ ZANETI JR., Hermes. *Os Casos Repetitivos no Brasil: Notas Sobre a Agregação de Litígios*, O Processo

brasileiro, nota-se que estas técnicas compõem mecanismo contemporaneamente denominado *case management*²⁷, que será mais bem analisado em tópico posterior deste trabalho.

Compreendidos enquanto meios que viabilizam a elaboração de precedentes²⁸ que atribuem sentido ao direito, os REER's surgiram no ordenamento com a finalidade de trazer racionalização, tratamento igualitário e uniformidade ao julgamento de casos com idêntica controvérsia²⁹, o que denota a antiga preocupação processual com a concretização do princípio da celeridade. Após a edição do CPC/2015, os REER's passaram a compor, juntamente com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o sistema de julgamento de casos repetitivos.

Consoante Exposição de Motivos do CPC/2015, o IRDR foi concebido com a finalidade de evitar a dispersão excessiva da jurisprudência e atenuar, juntamente com os REER's, o assoberbamento do poder judiciário³⁰. Essa técnica inspirada pelo *Musterverfahren* do direito alemão advém, segundo ensinamentos de Hermes Zaneti Jr.³¹, de uma profusão de soluções

Coletivo e os Precedentes Vinculantes no CPC/2015. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Vol. 7/2018, p. 225-246, Jan.-Jun./2018.

²⁷ Fernando da Fonseca Gajardoni diferencia a ideia de *Court management* da ideia de *Case management* afirmando que: “Tais poderes de gestão podem ser enfrentados sob uma dupla ótica. Por um lado, necessária uma adequada Gestão das Cortes (*Court Management*) para que, através do mais adequado emprego das técnicas de administração de recursos materiais e humanos, possam elas ter melhor desempenho qualitativo e quantitativo. Por outro lado, através da macro e micro Gestão de Processos (*Case Management*) se busca o uso dos institutos processuais (flexibilização do procedimento, inserção de ADR's, calendarização, etc) a bem da já mencionada adequada solução do conflito. Gestão de conflitos consiste, portanto, na administração de recursos materiais, humanos e processuais em busca da adequada solução do conflito”. Em: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Gestão de Conflitos nos Estados Unidos e no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018, p. 276-295.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito Processual Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, Volume 3. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 614 a 630.

²⁹ CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro* (Coleção Liebman/ Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 260 a 275.

³⁰ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 29 a 30. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 22 nov. 2024.

³¹ Conforme ensina Hermes Zaneti Jr: *The changes brought by new Brazilian Civil Procedure Code of 2015 follow a global trend for rationalization of justice and the optimization of resources – human and financial – required to deliver justice as a public service. A wide variety of thecniques are available to the legislator to reach the goals of providing the means to achieve a faster, more economical, safer and more eficiente judicial system. Brazil has selectec a true array of thecniques that were designed to serve the purpose. The Judiciary of multiple doors, the precedentes, aggregate litigation, and class actions are examples of these thecniques. Because of this plethora of solutions, it becomes unavoiable that they might overlap, with the emerging of convergence zones and friction zones*. Em: ZANETI JR., Hermes. *Aggregate Litigation Cases in Brazil: Noteworthy Considerations on the Aggregation of Cases, Class Actions and Binding Precedents in Litigations Pursuant to the New CPC/2015*. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, SC. V. 24, n. 9, p. 428-443, Set.-Dez/2019.

que o ordenamento jurídico pátrio vem adotando a partir de um movimento global pela eficiência dos mecanismos de justiça, a partir da economia de recursos humanos e financeiros envolvidos na prestação de uma tutela jurisdicional mais célere, econômica, segura e eficiente.

Conforme Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer, *apud* Marco Félix Jobim³², o IRDR se funda em três pilares fundamentais, quais sejam: no princípio constitucional da isonomia, na segurança jurídica, bem como na prestação jurisdicional em tempo razoável, este último pilar aproxima a nova técnica brasileira do *pilot-judgement cases* enquanto técnica desenvolvida para o refreamento da chegada e otimização no julgamento de processos que tramitavam na Corte Europeia de Direitos Humanos.

Com algumas diferenças em relação ao *Musterverfahren*, o IRDR se estabelece no ordenamento jurídico brasileiro como uma técnica perene, e sem prazo para experimentação a exemplo da *KapMug* existente na Alemanha³³, traduzindo assim o desejo do legislador processual em estabelecer uma espécie de técnica de “precedentes vinculantes”³⁴ que se perpetuasse aqui no Brasil, muito embora o modelo concebido venha acompanhado de inúmeros entraves legais, regimentais e práticos para a sua implementação.

O Superior Tribunal de Justiça³⁵ promoveu congresso em que se destacou que o IRDR tem sido utilizado de maneira tímida pelos tribunais, dados do Conselho Nacional de Justiça apontam que cada um dos Tribunais de Justiça Estaduais, nos sete anos de vigência do CPC/2015, julgou média de 1,6 IRDR’s no mérito por ano, quantidade considerada insuficiente para um ordenamento jurídico que tem por objetivo firmar uma cultura proativa na formação

³² JOBIM, Marco Félix. *O Recurso Especial Representativo da Controvérsia como Solução para a Falta de Controle da Representatividade Adequada do Advogado, Constituído para Atuar no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. Revista de Processo, vol. 287/2019, p. 307 – 332. Jan./2019.

³³ JOBIM, Marco Félix. *O Recurso Especial Representativo da Controvérsia como Solução para a Falta de Controle da Representatividade Adequada do Advogado, Constituído para Atuar no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. Revista de Processo, vol. 287/2019, p. 307 – 332. Jan./2019.

³⁴ A esse respeito, Marcelo Abelha Rodrigues afirma: [...] Essa ideia do legislador de colocar o IRDR presente em momentos cruciais do procedimento está diretamente relacionada com o seu desejo de que os julgamentos dos *casos repetitivos* – que reflete a esmagadora maioria dos conflitos levados ao poder judiciário – sejam tratados como se fossem “precedentes vinculantes” que devem ser obrigatoriamente respeitados, em prol da segurança jurídica e da isonomia dos jurisdicionados como se observa do artigo 927 e 928 do CPC. [...] pode-se dizer que no artigo 976 ao 987, intitulado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, está o procedimento de *formação dos julgados vinculantes e sua aplicação às causas sobrestadas que aguardam a resolução da questão de direito pelo tribunal*. Ademais, por determinação do artigo 928 do CPC deve-se aplicar subsidiariamente ao IRDR o art. 1036 e ss. que trata dos *recursos repetitivos*. Em: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Tutela Contra o Ilícito, o Risco e o Dano ao Equilíbrio Ecológico*. (2003) 4ª ed. Belo Horizonte: Foco, 2021, p. 497 a 499.

³⁵ VITAL, Danilo. Entraves Legais, Regimentais e Práticos tornam IRDR pouco atrativo para Tribunais. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-jun-21/entraves-legais-praticos-tornam-ir-dr-atrativo-cortes#:~:text=Apesar%20de%20ser%20uma%20das,entraves%20legais%2C%20regimentais%20e%20pr%C3%A1ticos.>> Acesso em 22 de nov. 2024.

de precedentes. Além do longo tempo de tramitação do IRDR, que torna o rito menos atrativo para os tribunais, a inexistência de regras regimentais pelos tribunais, e a inexistência de juízo de retratação na fixação da tese, são apontados como entraves que tornam o instituto pouco atrativo para os tribunais.

Além disso, o fato de o STJ não admitir Recurso Especial contra IRDR que fixe tese jurídica em abstrato, é citado por Sofia Temer³⁶ como potencial causa do problema que o IRDR vem enfrentando na sua implementação aqui no Brasil, especialmente porque na concepção da jurista ou não é possível firmar-se tese vinculante em caso concreto ou, caso seja possível, essa deveria ser passível de análise em abstrato pelo STJ no exercício da função de uniformização da jurisprudência em âmbito nacional. Esse entendimento aproxima-se da concepção da referida autora em relação à natureza do IRDR enquanto procedimento-modelo³⁷ e não como causa-piloto (como o *pilot-judgement procedure* da CEDH), notadamente em razão da acepção de que o incidente apenas fixa a tese sobre questão de direito comum, em abstrato, não adentrando na análise subjetiva do conflito, o que poderia levar ao que se denomina na doutrina de julgamento de causa-piloto.

Sofia Temer³⁸ fundamenta sua posição nos argumentos de que no IRDR há apenas a resolução de questões de direito, o que impediria o julgamento da demanda, o fato de que a desistência da “causa-piloto” não impediria o prosseguimento do incidente, bem como na crença de que a natureza objetiva seria mais adequada em termos de sistemática processual, notadamente no que diz respeito à ampliação do debate e participação dos sujeitos processuais.

Embora a construção do pensamento da jurista se fundamente na concepção do IRDR enquanto procedimento-modelo, não se vislumbra somente a partir desta perspectiva entrave à possibilidade de interposição de Recurso Especial contra tese fixada em IRDR, especialmente porque a partir da aplicação da tese ao caso em concreto, surgiria para a parte o direito subjetivo de se insurgir contra a aplicação da tese ao seu caso, consideradas as peculiaridades e especificações. O que também seria possível numa acepção do incidente enquanto causa-piloto, tal como o *pilot-judgement procedure* se coloca para o direito da CEDH, situação em que além

³⁶ VITAL, Danilo. Entraves Legais, Regimentais e Práticos tornam IRDR pouco atrativo para Tribunais. Disponível em: < [³⁷ TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 6.ed., ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 65 a 102.](https://www.conjur.com.br/2023-jun-21/entraves-legais-praticos-tornam-ir-dr-atrativo-cortes#:~:text=Apesar%20de%20ser%20uma%20das,entraves%20legais%2C%20regimentais%20e%20pr%C3%A1ticos.> . Acesso em 22 de nov. 2024.</p></div><div data-bbox=)

³⁸ TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 6.ed., ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 65 a 102.

de dirimir a controvérsia em relação à mesma questão de direito, haveria também a resolução do conflito subjetivo envolvido na causa-piloto, compondo uma unidade cognitiva e decisória.

Feitas essas breves considerações em torno dos entraves e das questões que têm sido levantadas como responsáveis pela baixa atratividade do IRDR pelos tribunais brasileiros, vislumbra-se na nova técnica potencial para o alcance da uniformidade, isonomia e entrega jurisdicional em tempo razoável. Desse modo, partindo para a análise de como o *pilot-judgement procedure* inovou na Corte Europeia de Direitos Humanos, trazendo maior racionalidade para aquele sistema de justiça e contribuindo para a redução do número de processos aguardando julgamento na Corte, vislumbra-se o IRDR enquanto mecanismo de gerenciamento de processos com potencialidade para o alcance de um sistema de justiça mais célere e eficaz.

4. O *PILOT-JUDGEMENT PROCESS* ENQUANTO ALTERNATIVA PARA O *CASE MANAGEMENT* E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Por derradeiro, analisar-se-á a forma como o *pilot-judgement process* surgiu na Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e sua acepção enquanto técnica alternativa para o *case management*³⁹ que levou ao desafogamento dos processos aguardando julgamento no âmbito da referida Corte.

Antes de adentrarmos na análise do *pilot-judgement process* em si, importa destacar o papel e função desempenhados pela CEDH. Constituída em 1959, a Corte Europeia de Direitos Humanos⁴⁰, órgão judicial do Conselho da Europa, é competente para processar e julgar queixas individuais ou dos Estados membros acerca de violações dos direitos humanos consagrados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴¹.

³⁹ Segundo C.H. van Rhee, “the term ‘case management’ became fashionable in comparative legal studies in Europe as a result of the 1998 Woolf Reforms in England and Wales. These reforms attracted much attention in scholarly circles. It was noted that just like many of the civil law jurisdictions on the European continent several or more decades before, now even the major European common law jurisdiction was moving away from an idea that was said to have dominated civil procedure for at least two centuries: the idea that parties should be able to shape their civil lawsuits in the way they deemed fit, since civil litigation is about the protection of their private rights and duties over which they can feel disposed”. Em: VAN RHEE, C. H. Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation. *International Journal of Procedural Law*, Volume 8 (2018), No. 1. p. 65 a 84.

⁴⁰ THE CURT IN BRIEF. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Court_in_brief_ENG >. Acesso em 22 de nov. 2024.

⁴¹ Conforme ensinam Lothar Michael e Martin Morlok no tocante à validade interna da Convenção pelos Estados

A proteção de direitos humanos, segundo Flávia Piovesan⁴², se desdobra, no plano internacional, na existência de um *sistema global*, que tem por base normativa instrumentos como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entre outros; bem como em três *sistemas regionais* (o interamericano, o europeu e o africano), dentre os quais o europeu, inspirado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, se destaca pela internacionalização dos direitos humanos no plano regional europeu, a partir da convergência de valores culturais, históricos e sociais dos Estados-Parte integrantes dessa rede protetiva que, seja pelo consenso ou pelo desenvolvimento e aprimoramento de aparatos judiciais, tendem a dar maior efetividade às normas de direitos humanos.

contratantes, sobretudo na Alemanha: “a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) é uma convenção de direito internacional público. Ela está inseparavelmente ligada à ideia do Conselho da Europa e foi elaborada por este Conselho em 1949/1950. A validade das convenções de direito internacional público depende da sua ratificação. A CEDH entrou em vigor em 1953, depois de os primeiros 10 Estados – entre eles a Alemanha – a terem ratificado. Entretanto aderiram ao todo 47 Estados contratantes, isto é, quase todos os Estados europeus [...] Os regulamentos da CEDH foram, ao longo dos anos, modificados e complementados através de Actas Adicionais, que representam, por sua vez, convenções autônomas de direito internacional público e cuja validade depende, por isso, igualmente da respectiva ratificação pelos vários Estados contratantes. [...] Na Alemanha, entraram até agora em vigor a CEDH e as Actas Adicionais n.s 1-6, 7-9, 11 e 13. A sua vigência no direito nacional decorre da respectiva lei de aprovação, nos termos do art. 59, n.2, da Lei Fundamental. [...] Na medida em que as Actas Adicionais se aplicam na Alemanha, pode-se recorrer a elas, como à CEDH, na interpretação do direito nacional amigo do direito internacional público. Os conceitos de ‘direitos humanos e liberdades fundamentais’, no sentido da CEDH, devem entender-se como uma unidade recíproca”. Em: MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. Tradução: Antonio Francisco de Sousa e Antônio Franco – São Paulo: Saraiva, 2016 – (Série IDP: Linha Direito Comparado), p. 101- 102.

⁴² A autora destaca que o sistema global de proteção aos direitos humanos se caracteriza pela representação de uma comunidade internacional, que tem por base normativa os instrumentos das Nações Unidas (a exemplo da declaração universal de direitos humanos), em que a proteção da dignidade da pessoa humana transcende todos os Estados, com a previsão de normas genéricas que visam a proteção da dignidade da pessoa humana independente dos aspectos culturais e políticos de determinada região. Nesse contexto, afirma que “os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. [...] Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos”. Nesse contexto, destacando a sistemática internacional como garantia adicional de proteção, a autora afirma que “[...] a sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissa na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistente. Enfatize-se, contudo, que a ação internacional é sempre uma ação suplementar, constituindo uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos”. Em: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil*. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, Ano 8, v. 15, p. 93-110, jan./jun. de 2000. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_globais_justica_mundo_br.pdf>. Acesso em 22 de nov. 2024.

Inserida no sistema regional europeu, a Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴³, assinada em 1950 pelos Estados, é considerada o primeiro instrumento responsável por conferir concretude e conceder efeito vinculativo aos direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁴, estabelecendo direitos absolutos que os Estados membros não podem infringir, a exemplo do direito à vida, o direito a um processo equitativo, à liberdade de expressão, entre outros. A Convenção é considerada, pois, um instrumento vivo e em evolução⁴⁵, na medida em que as disposições nela contida podem ser objeto de interpretação pela CEDH, o que permite o alargamento dos direitos por ela garantidos, além da possibilidade de vir a ampliar seu espectro de proteção mediante a alteração por meio de novos protocolos que vêm a adicionar novos direitos à Convenção.

Dentre os direitos previstos na Convenção relacionados a um processo equitativo, Nicolò Trocker⁴⁶ afirma que a convenção foi o primeiro instrumento a introduzir o fator tempo como um elemento essencial à administração da justiça e fundamental à concepção de um julgamento justo, de modo que as violações à duração razoável do processo poderiam ser apresentadas perante a CEDH por expressa violação ao art. 6º, parágrafo 1º da Convenção⁴⁷.

Historicamente a CEDH passou por duas grandes reformas, a primeira, realizada no ano de 1998, levou à edição do Protocolo 11, que, privilegiando o direito das vítimas, passou a

⁴³THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS: A living instrument. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_Instrument_ENG> Acesso em 22 nov. 2024.

⁴⁴ Segundo Norberto Bobbio, “[...] pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal de Direitos Humanos representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”. E complementa afirmando que “os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*”. Em: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2004. 7ª Reimpressão. p.17.

⁴⁵THE ECHR IN 50 QUESTIONS. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/50Questions_ENG>. Acesso em 22 de nov. 2024.

⁴⁶ Nesse sentido, afirmava que: “*The European Convention on Human Rights, drafted in 1950, was the first to introduce the “time” factor in connection with the administration of justice and to elevate it to an essential element of the fundamental right of the parties to a “fair trial” in Article 6, para 1, Conv. And as a fundamental right, in case of violation, it finds specific protection through the individual’s recourse to the European Court in Strasbourg under Article 34 of the Convention (42)*”. Em: TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a European perspective of modern procedural challenges. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*. vol. 216. ano 47. p. 19-76. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2021.

⁴⁷ De igual modo, Neil Andrews afirma em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos que “[...] *that importante codification of fundamental principle consists of the followuwing elements: (a) The right to a “fair hearing”: this is a wide concept embracing: the right to be pressent at na adversarial hearing; the right to equality of arms; the right to fair presentation of the evidence; the right to cross examine opponents’ witnesses; the right to a reasoned judgement. (b) “a public hearing”: including the right to a public pronouncement of judgement; (c) “a hearing within a reasonable time”; and (d) “a hearing before na independente and impartial tribunal established by law*”. Em: ANDREWS, Neil. Identifying Fundamental Principles of Civil Justice. *Revista de Processo*. Vol 178/2009. p. 107 – 121. Dez/2009.

prever no art. 34 da Convenção o direito de acesso individual à CEDH⁴⁸. A consagração deste direito de peticionar diretamente à CEDH é tida por alguns juristas como um dos motivos que levou ao aumento do número de casos em tramitação perante a Corte, muito embora o próprio Protocolo 11 trouxesse dentre as condições de admissibilidade para o peticionamento a necessidade de esgotamento das vias internas dos Estados membros para a CEDH conhecer do assunto objeto da petição, reforçando o princípio da subsidiariedade inerente aos mecanismos adicionais de proteção de direitos humanos em âmbito internacional. A segunda reforma, operada já no ano de 2010 por meio do Protocolo 14 trouxe algumas medidas reestruturantes à CEDH, notadamente no tocante ao exercício do cargo de juízes da Corte, nele incluídos mandato e destituição.

Nesse contexto, o *pilot-judgement procedure*⁴⁹ surge no ano de 2004 como procedimento desenvolvido pelo tribunal para responder à entrada maciça de queixas relativas a assuntos semelhantes, conhecidas como “questões sistemáticas”, ou seja, aquelas que decorrem da não conformidade ou deficiências na legislação dos Estados, ou pela utilização de práticas administrativas inadequadas à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Segundo Joana Abrisketa Uriarte⁵⁰, o principal fundamento do *pilot-judgement procedure* encontra-se no art. 46 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que exige o cumprimento das sentenças prolatadas pela CEDH, pelos Estados, nos litígios em que sejam parte, bem como nos arts. 1 e 19 da referida Convenção, que determinam a obrigatoriedade dos Estados de respeitar os direitos humanos, assegurando à CEDH meios que garantam o

⁴⁸THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG > Acesso em 22 nov. 2024.

⁴⁹THE ECHR IN 50 QUESTIONS. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/50Questions_ENG >. Acesso em 22 de nov. 2024.

⁵⁰ A autora destaca que a estruturação do procedimento piloto mitigou a aplicação do art. 41 da Convenção, que determina ao Estado violador o cumprimento de uma obrigação pecuniária para satisfação equitativa ao lesado, por estar diante de situação estrutural e sistêmica que transcende o direito à indenização. Nesse sentido, elenca duas tendências atinentes às sentenças prolatadas nos procedimentos piloto: a) a inclinação da CEDH em adotar sentenças que vão além de meras declarações; b) a orientação para objetivação dos recursos, com consequente desafeição da CEDH pelo direito subjetivo individual. Em: URIARTE, Joana Abrisketa. Las Sentencias Piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madri, v. LXV, n. 1, p. 73 – 99, Jan./Jun de 2013. Disponível em: < <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/895/891> >. Acesso em 22 de nov. 2024.

O art. 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos dispõe acerca da justa satisfação nos seguintes termos: “ARTIGO 41º - Reparação razoável - Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário. Em: THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG > Acesso em 22 nov. 2024;

cumprimento desses compromissos. Decorre do art. 46 da Convenção, portanto, a força vinculativa e executiva das sentenças proferidas no âmbito da Corte, competindo ao Comitê de Ministros zelar pela sua execução.

O *pilot-judgement procedure* visa, portanto, a resolução de número excessivo de casos pendentes na CEDH, adotando, a partir de sentenças piloto⁵¹, não apenas declaração da existência de um problema sistêmico, mas também a indicação ao Estado das *medidas gerais* que ele deve adotar para reparar o problema estrutural. Nesse contexto, a autora afirma que o corpo da sentença piloto consiste na indicação das medidas gerais que o Estado deverá adotar, tais como: a modificação ou anulação de normas internas, mudanças na jurisprudência ou na prática administrativa perpetradas em desconformidade com a Convenção, etc., cujo controle sobre o cumprimento cabe à própria CEDH e ao Comitê de Ministros.

A indicação dessas medidas gerais configura, para Joana Abrisketa Uriarte⁵², o aspecto mais inovador da sentença piloto, na medida em que funcionam como um ponto de convergência diante do tratamento fragmentado das demandas apresentadas. E ao mesmo tempo, torna a CEDH uma autoridade dotada de poder normativo peculiar, uma espécie de “legislador positivo”, que indica ao Estado quando e como deve legislar. Se tornando assim

⁵¹ Destaca-se que a sentença piloto possui as seguintes características: “*A la luz de las sentencias piloto analizadas, sus rasgos se sintetizan en torno a tres ideas clave: 1) son una respuesta a una situación sistémica originada por la legislación estatal o por una práctica administrativa generalizada en el Estado demandado, lo que implica que la violación del CEDH afecta a un número elevado de individuos; 2) la función de la sentencia piloto no es solo identificar los defectos de la legislación estatal y/o de la práctica administrativa, sino también requerir al Estado a adoptar medidas generales y, excepcionalmente, marcar los aspectos más concretos que deben contener su legislación interna, y 3) cada sentencia piloto provoca la suspensión de los procesos asociados a la misma causa*”. Em: URIARTE, Joana Abrisketa. Las Sentencias Piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madri, v. LXV, n. 1, p. 73 – 99, Jan./Jun de 2013. Disponível em: < <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/895/891> >. Acesso em 22 de nov.2024.

⁵² De igual modo, a autora também afirma que adoção dessas medidas gerais não é exclusiva da CEDH, tendo sido também adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: “*El carácter explícito en la indicación de las medidas asociadas a procesos legislativos no es exclusivo del Tribunal Europeo. Esta forma de proceder ya se ha recogido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH), que en un cierto número de casos ha dis-puesto obligaciones para los Estados dirigidas a modificar leyes internas. Así, destaca por ejemplo que la CIDH ordenara a Chile que modificara el art. 9 de su Constitución a los efectos de asegurar el derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa 50 y que dispusiera que México, en un plazo razonable, debía «completar la adecuación de su Derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano» 51. La novedad de la sentencia piloto del Tribunal de Estrasburgo reside en la suma de una serie de rasgos, esto es, en la identificación de un problema estructural subyacente, en la indicación de medidas generales, y en el efecto suspensivo del procedimiento para casos similares*”. Em: URIARTE, Joana Abrisketa. Las Sentencias Piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madri, v. LXV, n. 1, p. 73 – 99, Jan./Jun de 2013. Disponível em: < <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/895/891> >. Acesso em 22 de nov.2024.

um órgão judicial responsável por interpretar e aplicar o Direito, além de indicar o Direito que o Estado envolvido deve adotar.

Nesse contexto, a autora⁵³ reforça tendência da CEDH em caminhar de uma percepção estritamente horizontal das sentenças proferidas nos casos piloto, para uma abordagem vertical que, além de interpretar e aplicar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, orienta os Estados no desenvolvimento de normativas internas que promovam a solução do problema sistêmico ou estrutural, transcendendo assim a satisfação equitativa do lesado pela determinação de reparação pecuniária e buscando, a partir do *pilot-judgement procedure*, facilitar a execução e prevenir contencioso repetitivo no âmbito da Corte, a partir da proposição aos Estados da adoção de medidas gerais, transformando assim a função da Corte, que passa a se concentrar na resolução de conflitos de maior relevância⁵⁴.

Além da mudança dos rumos da CEDH promovida pela verticalização do padrão decisório, Livia Gervasio Braga e Thaiana Viviani Vieira⁵⁵ apontam que a técnica do julgamento piloto e a adoção de medidas de caráter geral tinha suscitado críticas dos Estados na solução dos problemas sistêmicos, notadamente pela ausência de normas jurídicas que claramente definissem o procedimento do *pilot-judgement procedure*.

Tendo a questão sido suprimida com a regulamentação do *Pilot-judgement procedure*⁵⁶ por meio da *Rule 61*, no ano de 2011, delineando os contornos do procedimento visa apreciar uma ou mais queixas de mesma natureza, suspendendo a apreciação de uma série de processos

⁵³ URIARTE, Joana Abrisketa. Las Sentencias Piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madri, v. LXV, n. 1, p. 73 – 99, Jan./Jun de 2013. Disponível em: < <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/895/891> >. Acesso em 22 de nov.2024.

⁵⁴ No mesmo sentido, Livia Gervasio Braga e Thaiana Viviani Vieira afirmam que “a sentença, ao reconhecer que a situação analisada transcende o caso individual, irá propor ao Estado a adoção de medidas gerais e, com isso, vê-se que a técnica das sentença piloto não se destina apenas à solução do problema do elevado número de demandas, mas se envereda à transformação da função da Corte, [...]. As medidas gerais podem ser direcionadas a qualquer Poder dos Estados demandados, consistindo em sugestões ao legislativo, para modificar ou anular normas internas, ao judiciário, para que proceda alterações jurisprudenciais, ou ao executivo, para que adeque alguma prática administrativa”. E reforçam que “[...] houve uma mudança nos rumos da Corte, que passou a migrar para uma verticalização das sentenças, ao abandonar a ótica estritamente horizontal. Isso ocorre ao não se limitar mais a aplicar e interpretar a Convenção, mas a orientar os Estados quanto ao desenvolvimento legislativo interno”. Em: BRAGA, Livia Gervasio; VIEIRA, Thaiana Viviani. A Adoção Das Sentenças Piloto Pela Corte Europeia De Direitos Humanos: Uma Abordagem Comparativa. *Publicações Da Escola Superior Da AGU*. Ano 10, n.º 01 – Brasília – DF. Jan./Mar. De 2018. p. 309 a 320. Disponível em: < <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2238> >. Acesso em: 22 de Nov. 2024.

⁵⁵ BRAGA, Livia Gervasio; VIEIRA, Thaiana Viviani. A Adoção Das Sentenças Piloto Pela Corte Europeia De Direitos Humanos: Uma Abordagem Comparativa. *Publicações Da Escola Superior Da AGU*. Ano 10, n.º 01 – Brasília – DF. Jan./Mar. De 2018. p. 309 a 320. Disponível em: < <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2238> >. Acesso em: 22 de Nov. 2024.

⁵⁶ RULE 61 OF THE RULES OF COURT. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rule_61_ENG >. Acesso em 22 de nov. 2024.

envolvendo casos semelhantes (produzindo espécie de efeito dominó⁵⁷). Desse modo, sempre que profere uma sentença relativa a um caso piloto, o Tribunal exorta o Governo em causa a assegurar a conformidade da sua legislação com a Convenção e indica as medidas gerais a tomar. A análise das demandas similares ao caso piloto fica suspensa por um período indefinido até que o Estado adote as medidas gerais designadas pela CEDH, desse modo, o indivíduo que postular os direitos violados em similar condição terá seu processo paralisado no âmbito da Corte, ressalvados os casos em que o interesse da administração da justiça exigir o exame de demanda suspensa, conforme passou a prever a *Rule 61* após a Declaração de Interlaken⁵⁸.

A forma como o procedimento europeu é operado se aproxima do procedimento delineado para o IRDR no direito brasileiro, na medida em que, a CEDH⁵⁹ ao receber uma quantidade significativa de processos decorrentes de uma mesma causa raiz pode selecionar um ou mais deles para tratamento prioritário, de modo que, ao alcançar uma solução e julgar o caso,

⁵⁷ Essa expressão é utilizada por Joana Abrisketa Uriarte para designar o modo como se processam os efeitos da sentença oriunda de julgamento de casos piloto na Corte Europeia de Direitos Humanos. A autora destaca que os efeitos são de transcendência para o Estado envolvido, pois obrigam-no a adotar leis internas, ou seja, medidas gerais que corrijam o problema estrutural que origina a violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Nesse sentido, afirma que, a CEDH ao constatar a existência de problema sistêmico, suspende os processos sobre casos idênticos e exige do Estado contratante a adoção de medidas gerais, adiando a apreciação do procedimento do demandante perante a Corte e demais indivíduos afetados pelo mesmo problema estrutural até que o Estado adote as medidas necessárias, depreende-se do seguinte excerto: “*Los efectos provocados por una sentencia piloto son de gran trascendencia para el Estado implicado, en tanto que le obliga a adoptar leyes internas —medidas generales— que corrijan el problema estructural que, precisamente, origina la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Justamente porque el Tribunal constata la existencia de un problema sistémico, suspende los procesos sobre casos idénticos (produciendo una especie de efecto dominó) y exige al Estado que adopte medidas generales. El demandante (y todos los individuos afectados por el problema estructural) verá aplazado su proceso hasta que el Estado adopte dichas medidas*”. Em: URIARTE, Joana Abrisketa. Las Sentencias Piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madri, v. LXV, n. 1, p. 73 – 99, Jan./Jun de 2013. Disponível em: < <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/895/891> >. Acesso em 22 de nov.2024.

⁵⁸ Acerca do efeito suspensivo das demandas similares ao julgamento do caso piloto, Joana Abrisketa Uriarte afirma “*el examen de las demandas similares a las del caso piloto queda suspendido por un periodo de tiempo indefinido, hasta que el Estado adopte las medidas generales. De modo que el individuo cuyos derechos considera vulnerados verá paralizado su proceso. Pero más aún, tras la adopción de las medidas generales requeridas por la sentencia, el demandante deberá agotar ciertos recursos internos (que no existían cuando presentó la demanda original) cuya eficacia no ha sido probada en la práctica* 54. *¿Cómo otorgar así el debido valor al recurso individual? La Regla 61 del Reglamento del Tribunal, introducida como resultado de la Declaración de Interlaken de 2010* 55, *dispone que el Tribunal podrá, en cualquier momento, examinar una demanda suspendida si el interés en la administración de justicia así lo requiere*”. Em: URIARTE, Joana Abrisketa. Las Sentencias Piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madri, v. LXV, n. 1, p. 73 – 99, Jan./Jun de 2013. Disponível em: < <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/895/891> >. Acesso em 22 de nov.2024.

CONFÉRENCE DE HAUT NIVEAU SUR L’AVENIR DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010_Interlaken_FinalDeclaration_FRA >. Acesso em 22 de nov. 2024.

⁵⁹THE PILOT-JUDGEMENT PROCEDURE. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Pilot_judgment_procedure_ENG >. Acesso em 22 de nov. 2024.

abrangerá com o julgamento piloto todos os casos que trazem a mesma questão. Destinando-se o julgamento-piloto, portanto, a racionalizar a solução dos processos repetitivos, podendo a Corte, inclusive, e tal qual o IRDR, sobrestar o exame dos processos relacionados por determinado período de tempo, a fim de encorajar as autoridades dos Estados membros a adotarem medidas necessárias à solução do problema⁶⁰.

A adoção do procedimento piloto pela CEDH reforça a tendência contemporânea da influência do *case/court management*⁶¹ na construção de um sistema de justiça mais célere e eficiente. Nesse sentido, Alan Uzelac⁶² afirma que a melhor resposta para a justiça civil lenta e ineficaz não está na transferência de trabalho para atores externos, mas na reforma profunda do sistema de justiça, de modo que o sistema deva ser constantemente remodelado, acelerado e adaptado às necessidades das sociedades modernas, inserindo-se nessa acepção a ideia de *case management*, que na visão do autor se tornou o emblema da nova filosofia de litigância civil, desta vez baseada na ideia de proporcionalidade e eficiência processual, voltada para a redução de custos e atraso na prestação jurisdicional⁶³.

⁶⁰ THE PILOT-JUDGEMENT PROCEDURE. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Pilot_judgment_procedure_ENG>. Acesso em 22 de nov. 2024.

⁶¹ Invocando novamente ensinamentos de Fernando Gajardoni a respeito do assunto, o autor diferencia a ideia de *Court management* da ideia de *Case management* afirmando que os “poderes de gestão podem ser enfrentados sob uma dupla ótica. Por um lado, necessária uma adequada Gestão das Cortes (*Court Management*) para que, através do mais adequado emprego das técnicas de administração de recursos materiais e humanos, possam elas ter melhor desempenho qualitativo e quantitativo. Por outro lado, através da macro e micro Gestão de Processos (*Case Management*) se busca o uso dos institutos processuais (flexibilização do procedimento, inserção de ADR’s, calendarização, etc) a bem da já mencionada adequada solução do conflito. Gestão de conflitos consiste, portanto, na administração de recursos materiais, humanos e processuais em busca da adequada solução do conflito”. E ao final afirma que a “[...] adequada solução do conflito não necessariamente significa rapidez ou redução de custos. Há determinados conflitos que precisam ser geridos a fim de se alcançar maior grau de pacificação social”. E reforça que “[...] gestão de conflitos não se reduz à flexibilização dos procedimentos legais para adaptá-los às necessidades da causa ou mesmo à introdução de ADRs no processo. Esses dois são importantes expedientes do gerenciamento de conflitos. Mas não são os únicos, pois que o gerenciamento envolve aspectos relacionados à corte (*Court Management*), isto é, a administração de instrumentos extra processuais para a solução do conflito (como participação de adequada assessoria nos procedimentos de triagem, seleção, minuta de decisões, e etc). Em: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Gestão de Conflitos nos Estados Unidos e no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018, p. 276-295.

⁶² Nesse sentido afirma que “A despeito das tendências de privatização e terceirização, os sistemas de justiça civil geridos pelo Estado ainda têm uma função essencial na resolução de disputas que não podem ser terceirizadas a agentes externos sem causar danos graves à democracia e ao Estado de Direito. A melhor resposta para a justiça civil lenta e ineficaz não está na transferência de trabalho para atores externos, mas na reforma profunda do sistema de justiça. Em vez de abandonar o litígio civil, ele deve ser remodelado, acelerado e adaptado às necessidades das sociedades modernas. A pesquisa dedicada a métodos inovadores para tornar a justiça civil convencional melhor e mais eficaz pertence, portanto, aos campos mais proeminentes dos estudos comparativos do processo civil contemporâneos. A noção central dessa pesquisa (pelo menos na Europa e na América Latina) é a noção de “case management”. Em: UZELAC, Alan. Tradução e Revisão: Hermes Zaneti Jr. e Pedro Pessoa Temer. *Estudos Comparados de Processo Civil*. *Revista de Processo*. vol. 345. Ano 48. P. 391-419. São Paulo: Ed. RT, Novembro/2023.

⁶³ De igual modo, Neil Andrews citando Sir Rupert Jackson pontua crítica no sentido de que se o *case management*

Embora a própria CEDH reconheça que o *pilot-judgement process* não possa pretender ser a solução para todas as dificuldades enfrentadas devido à excessiva carga de trabalho da Corte, ela afirma sua potencialidade para trazer resultados significativos na redução da carga de trabalho, notadamente no que diz respeito à prevenção e eliminação de problemas revelados a partir de casos repetitivos⁶⁴. Essa potencialidade pode ser observada a partir dos resultados que as medidas reestruturantes promovidas no âmbito da CEDH, incluído o papel desempenhado pelo *pilot-judgement procedure*, trouxeram para a redução do número de processos em trâmite na corte após o ano de 2010⁶⁵⁶⁶.

Essa concepção da CEDH pode ser comprovada quando confrontada com a ideia de *case management* proposta por Alan Uzelaç⁶⁷, notadamente se levar em consideração a redução significativa no número de casos tramitando na CEDH após o ano de 2011, em razão da edição do Protocolo 14, que promoveu a reforma da Corte, juntamente com a edição da *Rule 61*, que regulamentou o *pilot-judgement process*. Nota-se, portanto, que a remodelação procedimental e a adoção de técnica de julgamento de processos-piloto pela CEDH revelam alternativa

não for aplicado de forma eficiente, poderia aumentar os custos gerais do litígio. Sugerindo o autor que o sistema legal adotasse um meio termo entre Scylla e Charybdis: “nesse contexto, em Scylla a Corte atua como um intermediador oficial, o qual elimina custos despropositados e inúteis” e “Charybdis representa um sistema mais livre (*laissez-faire*), o qual permite que as partes girem em torno de um litígio sem controle – com todos os problemas que Lord Woolf identificou em seus relatórios”. Em: ANDREWS. Neil. Tradução: Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. *Relações Entre a Corte e as Partes na Era do Case Management. Revista de Processo*. vol. 217/2013. p. 181 a 203. Mar./2013.

⁶⁴THE PILOT-JUDGEMENT PROCEDURE. Disponível em: <
https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Pilot_judgment_procedure_ENG>. Acesso em 22 de nov. 2024.

⁶⁵ Alan Uzelaç afirma, a partir de gráficos veiculados no relatório estatístico da Corte Europeia de Direitos Humanos, que o número de requerimentos pendentes de julgamento antes das reformas estruturantes iniciadas no ano de 2010 e da edição da *Rule 61* regulamentando o *pilot-judgement procedure* no ano de 2011, somava aproximadamente 151.600 procedimentos. Tendo as reformas estruturantes colaborado significativamente para a redução no número de requerimentos pendentes no âmbito da CEDH, pelo que afirma que, já no ano de 2015, o número de requerimentos pendentes caiu drasticamente para 64.850, o que denota uma redução de mais de 57% de requerimentos em trâmite na CEDH. Em: UZELAC. Alan. *Measuring Efficiency of Civil Justice Systems*. Curso de Processo Civil Comparado [Palestra]. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória/ES, April 2023. pp. 36.

⁶⁶ Os gráficos que apontam curva descendente de processos em trâmite na CEDH após o surgimento do *pilot-judgement procedure* podem ser conferidos na página 7 do relatório de análise estatística da Corte Europeia de Direitos Humanos do ano de 2015. Em: ECHR. *Analysis of Statistics 2015*. Council of Europe. January 2016. p. 7.

Disponível em: <
https://www.echr.coe.int/d/stats_analysis_2015_eng?p_1_back_url=%2Fsearch%3Fq%3DAnalysis%2Bof%2Bstatistics%2B2015&p_1_back_url_title=Search>. Acesso em: 22 de Nov. 2024.

⁶⁷ Alan Uzelaç elenca alguns exemplos utilizados pela CEDH para mensuração da eficiência e gestão da corte por meio de mecanismos de *case management*: a) o desenvolvimento de jurisprudência sobre a demora na prestação jurisdicional (atrelada à violação do art. 6º, §1 da Convenção); b) Efetividade é considerada dentro da ideia de julgamento justo; c) Desenvolvimento de casos piloto para remediar causas sistêmicas; e d) Desenvolvimento de meios eficazes para gestão de processos dentro do próprio tribunal (seja por meio do julgamento de casos pilotos, seja pela eleição política de prioridades). Em: UZELAC. Alan. *Measuring Efficiency of Civil Justice Systems*. Curso de Processo Civil Comparado [Palestra]. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória/ES, April 2023. [sd].

eficiente para o gerenciamento de processos e concretização do princípio da duração razoável do processo na CEDH.

Nesse sentido, considerando que a preocupação com o gerenciamento de casos repetitivos no Brasil, tal como na CEDH, começou no início dos anos 2000, revelando, pois, a contemporaneidade da preocupação com a duração do processo nos dois sistemas; somada ao fato de que, ao contrário daquilo que se desenvolveu no sistema europeu na última década, o IRDR, enquanto técnica de julgamento de casos repetitivos tem encontrado entraves para aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, inspirar-se no procedimento desenvolvido pelo tribunal europeu na busca pelo aprimoramento do IRDR talvez seja alternativa com potencialidade para construção de um sistema de justiça mais célere e eficiente.

Assim, a partir da concepção do *case management* em sua dimensão procedimental⁶⁸, poderia se pensar no aprimoramento dos regulamentos e regimentos dos tribunais pátrios, notadamente no que diz respeito ao desenvolvimento de mecanismos aptos a promoção do contraditório efetivo e fixação da tese em tempo razoável, como alternativa apta a dar mais credibilidade e aceitação à técnica trazida pelo CPC/2015, para a promoção de unidade, isonomia no tratamento de demandas repetitivas em tempo razoável.

5. CONCLUSÃO

O Brasil, assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos, tem atualmente um modelo de processo informado por princípios que reforçam a importância da duração razoável do processo como fator relevante para a concreção de um direito de acesso à justiça mais célere, justo e efetivo. Nesse contexto, a CEDH adotou técnica de *pilot-judgement cases* que se mostrou apta a refrear a entrada maciça de processos com assuntos semelhantes, ou “questões sistemáticas” em tradução livre, contribuindo, a partir dessa nova técnica procedimental, para o bom gerenciamento de processos na Corte (*case management*), reduzindo sobremaneira o

⁶⁸ Segundo Trícia Navarro Xavier Cabral, o *case management* confere ao julgador “deveres de gestão e diferentes dimensões: administrativa, conflitual e procedimental. O gerenciamento administrativo prevê que o magistrado deverá zelar para que as questões periféricas ao julgamento, relativas à condução da unidade judiciária, sejam tratadas de forma adequada. Já o gerenciamento do conflito indica que o juiz deve identificar e compreender os aspectos objetivos (direito material) e subjetivos (pessoas envolvidas), a fim de que possa direcionar a causa para a solução mais apropriada. Por sua vez, o gerenciamento do procedimento se relaciona com a adaptação de atos e do procedimento às particularidades do caso concreto, permitindo mais proporcionalidade e racionalidade no uso do processo. Em: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Case Management no Brasil*. Revista ANNEP de Direito Processual, Vol. 1, N° 2, Art. 24, 2020. Disponível em: <<https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/viewFile/24/pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2024.

número de casos aguardando julgamento, assim como tempo de tramitação e entrega da tutela aos jurisdicionados.

Ao passo que, no Brasil, com o advento do CPC/2015 o ordenamento jurídico além de adotar os mecanismos de julgamento de Recurso Extraordinário e Especial Repetitivos, trouxe no art. 976 e seguintes, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ampliando as técnicas de julgamento casos repetitivos. Muito embora essa nova técnica comparativamente ao *pilot-judgement case* da CREH também sirva para o julgamento de processos que tenham controvérsia sobre uma mesma questão de direito, e que tragam risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica, recentemente têm-se observado, a partir de dados levantados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, que a técnica tem-se mostrado pouco atrativa para os tribunais, seja em razão de entraves regimentais, seja em razão de entraves práticos.

Lançar um olhar para o IRDR sob a perspectiva de ser uma técnica de julgamento apta a colaborar para desenvolvimento de *Case Management* no Brasil pautado na duração razoável do processo, pensar no aprimoramento dos regulamentos internos e privilegiar o julgamento de IRDR's pelos tribunais talvez seja alternativa com potencialidade para promover tanto a democratização do acesso à justiça, quanto o alcance e entrega de uma tutela jurisdicional célere, efetiva e justa, apta a servir de modelo para outros sistemas de justiça estrangeiros.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. Identifying Fundamental Principles of Civil Justice. *Revista de Processo*. Vol 178/2009. p. 107 – 121. Dez/2009.

ANDREWS. Neil. Tradução: Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. Relações Entre a Corte e as Partes na Era do Case Management. *Revista de Processo*. vol. 217/2013. p. 181 a 203. Mar./2013

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 29 a 30. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em 22 nov. 2024;

ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2021;

BRAGA, Livia Gervásio; VIEIRA, Thaiana Vivani. A Adoção Das Sentenças Piloto Pela Corte Europeia De Direitos Humanos: Uma Abordagem Comparativa. *Publicações Da Escola Superior Da AGU*. Ano 10, n.º 01 – Brasília – DF. Jan./Mar. De 2018. p. 309 a 320. Disponível em: < <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2238> >. Acesso em: 22 nov. 2024;

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Campus, Elsevier, 2004. 7ª Reimpressão. p.17.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 22 nov. 2024;

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Case Management no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, Vol. 1, Nº 2, Art. 24, 2020. Disponível em: < <https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/viewFile/24/pdf> >. Acesso em: 22 nov. 2024;

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, colab. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet – Porto Alegre: Fabris, 1998;

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni Della Giustizia Nelle Società Contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994;

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro* (Coleção Liebman/ Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

CONFÉRENCE DE HAUT NIVEAU SUR L’AVENIR DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010_Interlaken_FinalDeclaration_FRA>. Acesso em 22 de nov. 2024.

ECHR. *Analysis of Statistics 2015*. Council of Europe. January 2016. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/d/stats_analysis_2015_eng?p_1_back_url=%2Fsearch%3Fq%3DAnalysis%2Bof%2BStatistics%2B2015&p_1_back_url_title=Search >. Acesso em: 22 de Nov. 2024.

Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm >. Acesso em 22 de nov. 2024;

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de Conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018, p. 276-295;

HENSLER, Deborah R. *Justice for the Masses? Aggregate Litigation & Its Alternatives*. *Dædalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 143 (3) Summer 2014, p. 73 e 74;

JOBIM, Marco Félix. O Recurso Especial Representativo da Controvérsia como Solução para a Falta de Controle da Representatividade Adequada do Advogado, Constituído para Atuar no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). *Revista de Processo*, vol. 287/2019, p. 307 – 332. Jan./2019;

LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em: 22 de nov. 2024;

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva.* / Rodolfo Camargo Mancuso. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Processual Civil: teoria do processo civil*, Volume 1. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Processual Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, Volume 3. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021;

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais.* Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco – São Paulo: Saraiva, 2016;

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal.* Nelson Nery Junior – 13.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017;

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.* Brasília, Ano 8, v. 15, p. 93-110, jan./jun. de 2000. Disponível em: < https://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_globais_justica_mundo_br.pdf >. Acesso em: 22 de nov. de 2024.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Tutela Contra o Ilícito, o Risco e o Dano ao Equilíbrio Ecológico.* (2003) 4ª ed. Belo Horizonte: Foco, 2021;

RULE 61 OF THE RULES OF COURT. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rule_61_ENG >. Acesso em 22 de nov. 2024.

TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: Ensaio* /Michele Taruffo; apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero – São Paulo: Marcial Pons, 2013 – (Coleção processo e direito);

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.* 6.ed., ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2023;

THE CURT IN BRIEF. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Court_in_brief_ENG >. Acesso em 22 de nov. 2024;

THE ECHR IN 50 QUESTIONS. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/50Questions_ENG >. Acesso em 22 de nov. 2024;

THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG > Acesso em 22 nov. 2024;

THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS: A living instrument. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_Instrument_ENG > Acesso em 22 nov. 2024;

THE PILOT-JUDGEMENT PROCEDURE. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Pilot_judgment_procedure_ENG >. Acesso em 22 de nov. 2024;

TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a European perspective of modern procedural challenges. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*. vol. 216. ano 47. p. 19-76. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2021;

VAN RHEE, C. H. Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation. *International Journal of Procedural Law*, Volume 8 (2018), No. 1. p. 65 a 84.

VITAL, Danilo. Entraves Legais, Regimentais e Práticos tornam IRDR pouco atrativo para Tribunais. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2023-jun-21/entraves-legais-praticos-tornam-irdr-atrativo-cortes#:~:text=Apesar%20de%20ser%20uma%20das,entraves%20legais%2C%20regimentais%20e%20pr%C3%A1ticos> >. Acesso em 22 de nov. 2024;

URIARTE, Joana Abrisketa. Las Sentencias Piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madri, v. LXV, n. 1, p. 73 – 99, Jan./Jun de 2013. Disponível em: < <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/895/891> >. Acesso em 22 de nov.2024.

UZELAC, Alan. Tradução e Revisão: Hermes Zaneti Jr. e Pedro Pessoa Temer. Estudos Comparados de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 345. Ano 48. P. 391-419. São Paulo: Ed. RT, Novembro/2023.

UZELAC. Alan. *Measuring Efficiency of Civil Justice Systems*. Curso de Processo Civil Comparado [Palestra]. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória/ES, April 2023. [sd].

ZANETI JR, Hermes. A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ed. ver., ampl., alterada – São Paulo: Atlas, 2004;

ZANETI JR., Hermes. Os Casos Repetitivos no Brasil: Notas Sobre a Agregação de Litígios, O Processo Coletivo e os Precedentes Vinculantes no CPC/2015. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol. 7/2018, p. 225-246, Jan.-Jun./2018;

ZANETI JR., Hermes. Aggregate Litigation Cases in Brazil: Noteworthy Considerations on the Aggregation of Cases, Class Actions and Binding Precedents in Litigations Pursuant to the New CPC/2015. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, SC. V. 24, n. 9, p. 428-443, Set.-Dez/2019.

AÇÃO COLETIVA COMO MÉTODO ADEQUADO DE TRATAMENTO DA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA

CLASS ACTION AS APPROPRIATE METHOD FOR HANDLING PREDATORY LITIGATION

Maria Izabele Bernabé de Freitas¹

Stella Reis Schneider²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Manifestações da litigância abusiva: da paranoia ao adversarismo. 3. Diagnóstico do CNJ: grandes litigantes e seus segmentos. 4. Análise Econômica do Direito: ode ao dano eficiente. 5. Solução do Código de Processo Civil: art. 139, X e a ação coletiva como remédio. 6. Conclusão 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo examina a litigância abusiva enquanto gênero, identificando a litigância predatória como a sua possível causa derradeira. Dentro de um contexto em que se sabe que os grandes litigantes identificados no painel do Conselho Nacional de Justiça praticam o dano eficiente embasado em análise econômica do direito (AED), é provável que exista um direito genuíno sendo violado e as medidas a serem adotadas não podem fechar os olhos para essa problemática. A par disso, examina-se qual seria o método adequado de tratamento da litigância predatória à luz do Código de Processo Civil (CPC), num campo de diálogo entre o Poder Judiciário e o Ministério Público com foco na eficiência e efetividade.

Palavras-chave: Ação coletiva, litigância predatória, dano eficiente, AED, CPC, Poder Judiciário, Ministério Público.

ABSTRACT: This article examines abusive litigation as a genre, identifying predatory litigation as its possible ultimate cause. Within a context in which it is known that the major litigants identified in the Brazilian Conselho Nacional de Justiça panel practice efficient damage based on Law and economics (AED), it is likely that there is a genuine right being violated and the measures adopted cannot disregard this problem. Thus, it examines what would be the most appropriate method of dealing with predatory litigation according to the Brazilian Código de

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, bolsista de Iniciação Científica pela Fundação de Apoio à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES), colaboradora no grupo de pesquisa O Direito Civil na Pós-Modernidade Jurídica liderado pelo Professor Dr. Lucas Abreu Barroso. Informações em <http://lattes.cnpq.br/6539037254075316>. mbernabedefreitas@gmail.com.

² Mestranda em Direito Processual pela UFES. Pós-graduada *latu sensu* – Especialista em Direito Empresarial pela FGV, Pós-graduada *latu sensu* – Especialista em Direito Societário pela FGV, Pós-graduada *latu sensu* – Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva/ANAMAGES, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas. Assessora de juiz no TJES. Colaboradora no grupo de pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo liderado pelo Professor Dr. Hermes Zaneti Jr.. Advogada e Consultora Jurídica (2005, licenciada em 2023). Procuradora do Município de Sete Lagoas/MG de 2005 a 2008, Diretora do Departamento de Redação e Legislação, Diretora do Departamento de Execuções Fiscais e Corregedora Geral do Município no biênio 2007/2008. Informações em <https://lattes.cnpq.br/9619675399805601>. stellareisschneider@gmail.com.

Processo Civil (CPC), establishing a dialog between the Judiciary and the Public Prosecutor's Office with a focus on efficiency and effectiveness.

Keywords: Class action, predatory litigation, efficient damage, AED, CPC Judiciary, Public Prosecutor's Office.

1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes preocupações hodiernas e relacionadas ao sistema de justiça é a sobrecarga e o congestionamento³ do braço judiciário da Administração Pública. Trata-se de um problema que vem se intensificando ao longo das quatro últimas décadas, resultante de uma conjunção de fatores que se manifestam desde a democratização do acesso em seu viés de puro ingresso⁴ até a repetição de casos e práticas processuais abusivas.

Apesar da ampliação do acesso à justiça⁵ ser um avanço⁶ no que diz respeito às garantias fundamentais, a sobrecarga e congestionamento seguem comprometendo o acesso compreendido como a efetividade das tutelas em seu grau amplo e irrestrito.

Um dos problemas que pode compor a raiz do congestionamento é a prática da litigância abusiva, que, a partir das conversões dos autos judiciais em processos eletrônicos, passou a ser um fenômeno amplamente identificado, sobretudo em áreas onde figuram grandes litigantes que tem suas demandas segmentadas conforme o tipo de atividade que desenvolvem na execução de seus objetos e objetivos.

Diante dessa problemática, o Poder Judiciário vem adotando diversas estratégias para superar o desafio, tais como a criação de Centros de Inteligência e a implementação de normativas específicas por parte do CNJ, como a Recomendação nº 159/2024⁷ objetivando a

³ CNJ. Taxa de congestionamento. *Justiça em números 2024*, pp. 20 e segs.. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 1º set./2024.

⁴ Diz respeito ao paradoxo do acesso à justiça: ao mesmo tempo em que foi ampliado, a tutela não é efetiva porque o sistema não é eficiente o suficiente para fazer frente ao ajuizamento maciço. (GIDI, Antônio, ZANETI JR., Hermes. O processo civil brasileiro na “era da austeridade”? Efetividade, celeridade e segurança jurídica: pequenas causas, causas não contestadas e outras matérias de simplificação das decisões judiciais e dos procedimentos. *Revista de Processo*, São Paulo: Thomson Reuters, vol. 294, pp. 41-76, ago./2019.)

⁵ Marc Galanter informa que a expressão “acesso à justiça” surgiu na década de 70, quando eram realizados estudos sobre as *ADR – Alternative Dispute Resolution*. (GALANTER, Marc. *Access to justice in a world of expanding social capability*. Fordham Urban Law Review Journal. vol. 37, 2010, p. 115-128, pp. 117)

⁶ Muito se deve ao Projeto Florença, capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth; no Projeto foram elencadas três ondas renovatórias do acesso à justiça. Depois disto, Garth prosseguiu com o *Global Access to Justice Project* em que identificou quatro outras ondas renovatórias. Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168 p.; e disponível em <https://globalaccesstojustice.com/>. Acesso em 25 nov./2024.

⁷ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original2331012024102367198735c5fef.pdf>. Acesso em 25 nov./2024.

identificação e prevenção da litigância abusiva, inclusive com propostas de possíveis soluções de conciliação entre o direito de acesso e a eficiência do funcionamento do sistema; até mesmo tais propostas enfrentam limites de diversas naturezas, podendo ser institucionais, tais como escassez de recursos, ou podendo ser sociais, como, por exemplo, a resistência às mudanças processuais, ou podendo ser, ainda, econômicas, tal como a Análise Econômica do Direito, circunstâncias que revelam não somente um problema técnico, mas também aspectos essencialmente estruturais⁸ e culturais como a multiplicidade normativa em constante mutação⁹, diversidade de sujeitos do processo com atribuições e pontos de vista distintos¹⁰, dificuldade da apuração dos fatos¹¹ dos casos, fatores sociais, políticos econômicos, influenciando conjuntamente para os resultados veiculados nos números que o CNJ dá publicidade.

O recorte deste artigo não pretende resolver tais nuances. Aqui busca-se demonstrar que, embora a litigância abusiva seja uma realidade, é necessária cautela no seu trato para que o combate não configure violação de direitos genuínos, ainda que o processo tenha sido manejado com propósitos censuráveis.

2. MANIFESTAÇÕES DA LITIGÂNCIA ABUSIVA: DA PARANOIA AO ADVERSARISMO

⁸ Alan Uzelac posiciona as raízes das impressões negativas que a injustiça congloba, e tal como os dados mostraram, as classifica em duas categorias: *i)* nível institucional, relativo à administração do tribunal e comportando a inabilidade do sistema de lidar com os casos, insatisfação pública com o estado do sistema de justiça, acesso inadequado; e, *ii)* nível individual, relativo ao processo civil e comportando inabilidade das cortes e juízes em lidar com as demandas individuais em prazo adequado, excessivos custos da litigância e deficiência e ineficácia na garantia da proteção jurídica (UZELAC, Alan. *Measuring efficiency of civil justice systems* [Palestra]. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória/ES, 15/04/2023, pp. 2.)

⁹ Nicola Picardi afirma que a “chamada inflação legislativa não consiste só na multiplicação das leis, mas também na sua desvalorização (...) o aumento do número de regras comporta, assim, um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinações: quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas no ordenamento” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 156 p., pp. 5-6. in TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023, 335 p., pp. 228)

¹⁰ Humberto Ávila afirma que a decisão judicial nunca se opera no vácuo, posto que influenciada por outros fatores de significados intersubjetivamente assimilados à linguagem, séculos de sua interpretação e significações que os operadores de direito transmitem de geração em geração. (ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 177.)

¹¹ ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p., pp. 107-195.

Ao elaborar a Recomendação n. 159 de 23 de outubro de 2024¹², o CNJ buscou listar os tipos de litigância abusiva catalogados a partir de suas métricas. São mencionadas no art. 1º, parágrafo único do referido documento:

[...] devem ser consideradas como espécies as condutas ou demandas são espécies as condutas ou demandas sem lastro, temerárias, artificiais, procrastinatórias, frívolas, fraudulentas, desnecessariamente fracionadas, configuradoras de assédio processual ou violadoras do dever de mitigação de prejuízos, entre outras, as quais, conforme sua extensão e impactos, podem constituir litigância predatória.

Entretanto, tais condutas ou demandas não são, necessariamente, produtos do modo de produção social atual, guardando íntima relação histórica com a ética da profissão de parte de operadores do direito que, contemporaneamente, ensejou a quarta onda do acesso à justiça.¹³

Uma das primeiras observações de comportamentos processuais abusivos deu-se na Prússia, do século XVIII ao XIX que, ao investigar o abuso de ajuizamento de ações por alguns indivíduos, identificou-se a origem deste comportamento e, psicologicamente, constatou-se que eles tinham *sensu de justiça anormalmente exorbitante* - até mesmo aos limites legais.¹⁴

Um *leading case* na Prússia do século XVIII foi o caso do moleiro Christopher Arnold, uma das primeiras ocorrências de paranoia litigiosa na *lide*: Arnold firmou um contrato de arrendamento que previa pagamento de três *Malter*¹⁵ em grãos somados a dez *Taler*¹⁶ em dinheiro, que não adimpliu e resultou na sua expulsão juntamente com sua esposa Rosine. Além disso, os Arnolds travaram uma disputa pelo uso de água com um senhorio vizinho, conde Georg Samuel Wilhelm von Gresdorf, alegando que desde 1770, Gersdorf vinha desviando água de seu moinho para abastecer três novos tanques de carpas, o que teria tornado sua produção praticamente inoperante – especialmente durante os meses secos de verão, ameaçando a subsistência dos moleiros.¹⁷

¹² Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original2331012024102367198735c5fef.pdf>. Acesso em 25 nov./2024.

¹³ Disponível em <https://globalaccesstojustice.com/thematic-overview/?lang=pt-br>. Acesso em 25 nov./2024.

¹⁴ GADERER, Rupert. Litigious Paranoia: Sense of Justice, Bureaucracy, and Media. Administory. *Journal for the History of Public Administration*, Áustria-Suíça, 3º tomo, 2018. pp.1.

¹⁵ Medida de volume alemã de sólidos a granel, varável de região por região. (BIERSTADT RADEBERG.DE. Cidade de Radeberg, 2018 - 2024. Informações históricas de 1300 a 1400 sobre a cidade alemã de Radeberg. Disponível em: <https://www.bierstadt-radeberg.de/index.php/stadtgeschichte-zeittafel-1300-1400>. Acesso em: 26 nov./2024)

¹⁶ Moeda de prata europeia corrente desde o início do período moderno até o século XIX, e a mais importante até a introdução de nova moeda - *marco* - na Alemanha, em 1871. (KLUGE, Friedrich. Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25ª edição. Berlim/Boston: De Gruyter, 2011)

¹⁷ LUEBKE, David M. *Frederick the Great and the Celebrated Case of the Millers Arnold (1770-1779): A Reappraisal*. Reino Unido: Central European History (Cambridge University), Vol. 32, No. 4, 1999, p. 381.

O casal Arnold utilizou-se do instituto jurídico *Suppliken*¹⁸ para tutelar seus direitos, endereçado diretamente ao Rei, que também era o terceiro imparcial, trabalhando em conjunto ao Poder Judiciário prussiano. Por desviar o uso das *Suppliken* devido a uma grande quantidade de cartas enviadas, Christian e Rosine foram presos, sob acusação de *litigância exagerada* pela distorção da finalidade do instituto e quebra do controle social, da vigilância burocrática do processo, e da disciplina jurídica, típicas à uma monarquia da Era Moderna.¹⁹

Em 1793, foi criado um instituto para garantir o *dever-ser* processual prussiano: o *Querulanten*²⁰. O comportamento indecoroso por parte dos *quarrelers*²¹ era identificado já na escrita da petição inicial, seja pela escrita atípica, ou por abordar queixas infundadas, tanto faticamente quanto juridicamente²², que tinham na lei uma mera ferramenta de seus interesses e no tribunal um campo de batalha; a menor provocação justificava o ajuizamento de inúmeros litígios, independente de injustiça sofrida ou não, já que o litigante paranoico é incapaz de compreender o direito com razoabilidade, notadamente porque sua compreensão de legalidade envolve, principalmente, inúmeras concessões para si, e aos outros, proibições²³ - fundamentos de um desejo incontrolável por litigância, o chamado *Prozesssucht*.²⁴

Já no século XIX, o tema ingressou no campo ficcional prussiano que explorou o comportamento litigiosamente paranoico em seus diversos vieses. O romance *Michael Kohlhaas*, escrito em 1810 por Heinrich von Kleist (1777-1811) explora no personagem homônimo a paranoia litigiosa ou *paranoider Querulantenwahnsinn*, caracterizada por

¹⁸ Petições veiculadas em forma de cartas enviadas por um ou mais cidadãos a uma personalidade de alto escalão, na expectativa de obterem atendimento, cuja origem remonta a 1582, ano em que um cidadão pediu intercessão do imperador alemão Rudolf II (1576-1612) para obter permissão de retorno à cidade de Nuremberg depois de ser expulso por adultério. (KRAJICEK, Nadja. *Frauen in Notlagen: Suppliken an Maximilian I. als Selbstzeugnisse*. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 2019. Ebook. P. 17 E 18.)

¹⁹ GADERER, Rupert. Litigious Paranoia: Sense of Justice, Bureaucracy, and Media. Administory. *Journal for the History of Public Administration*, Áustria-Suíça, 3º tomo, 2018, pp.9

²⁰ Instituto criado para punir a litigância abusiva; desde 1793, a punição aplicável passou a ser legalmente registrada por volta de 1800. Desde o final do século XVII foram publicadas leis, decretos e a própria jurisprudência trabalhou para impedir a litigância abusiva detectada do alto número de petições enviadas aos tribunais, originadas pelo acesso irrestrito à justiça causado pelo que foi reconhecido como vício em litígio dos *quarrelers*. O instituto não obteve sucesso, precisamente porque, ao longo de todas as reformas legais prussianas, os *quarrelers* foram classificados como um tipo de litigante "imanente ao sistema judiciário". KASTEN, Lena. *Der Querulant. Untersuchung einer Sozialfigur*. Tese (Bacharelado em Sociologia) - Cátedra de Teoria Sociológica, Universidade Zeppelin. Alemanha, p. 1-87, 2017. P. 5.

²¹ Litigantes abusivos, teimosos. GADERER, Rupert. *Querulieren: Kulturtechniken, Medien und Literatur 1700-2000*. Alemanha: JB Metzler, 2021. P. 64.

²² GADERER, Rupert. Litigious Paranoia: Sense of Justice, Bureaucracy, and Media. Administory. *Journal for the History of Public Administration*, Áustria-Suíça, 3º tomo, 2018. pp.2.

²³ GLUECK, Bernard. *Forensic Phase of Litigious Paranoia*. *Estados Unidos: Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 5, nº 3, maio de 1914. p.3.

²⁴ GADERER, Rupert. *Querulieren: Kulturtechniken, Medien und Literatur 1700-2000*. Alemanha: JB Metzler, 2021, p. 33.

condição médica de obsessão por litígios desnecessários,²⁵ que leva *Kohlhaas* a desesperadamente litigar judicialmente contra o barão Wenzel von Tronka, que teria roubado seus cavalos e lhe imposto trabalho braçal – o comportamento litigioso/*querulant* de *Kohlhaas* é descrito por autores clássicos como paranoia litigiosa²⁶.

É notável na produção artística de Kleist a expressão de rebeldia contra o absolutismo, além das críticas efetuadas com o comportamento de *Kohlhaas* à constante vigilância estatal que, até na contemporaneidade, colocam em xeque a integridade dos cidadãos vulneráveis como sujeito de direitos, especialmente quando estes são violados.²⁷

Em suma, os *quarrelers*, indivíduos com senso de justiça elevado ao extremo, poderiam ter duas grandes intencionalidades em sua litigância abusiva. *Primeiramente*, é observável quando analisada esta persona de maneira genérica, uma persecução incessante por obtenção da tutela estatal. Em um *segundo* momento, a intencionalidade do autor da ação, posição em que majoritariamente o *quarrelers* se encontra, é questionável: com a tutela jurisdicional, este deseja obter vantagem processual ou algum tipo de satisfação de senso de justiça pessoal.

Em grande escala, no Brasil, a litigância predatória é reduzida à segunda hipótese da deliberação descabida e até mesmo individualista do autor em busca obtenção de vantagem processual – especialmente quando se trata da prática de atos processuais, comportamento verificado também no operador do direito com capacidade postulatória que ajuíza ações de tal natureza. O juízo de admissibilidade, por exemplo, tem função de impedir abuso de direito por parte do recorrente, que, consegue, por exemplo obter vantagem ilícita praticando atos procrastinatórios contando com a demora do magistrado para proferir decisão, mesmo que não obtenha sucesso em sua pretensão recursal²⁸, já que protela a solução da controvérsia, rompendo o sentido da quarta onda renovatória do acesso à justiça que é, exatamente, a ética profissional.

Afere-se na litigância predatória a face paranoica - uma face psicopatológica do desespero processual, mesmo se estiver prestes a obter vantagem. Na intencionalidade meramente para

²⁵ STAUBER, Alvin. Litigious Paranoia: Confronting And Controlling Abusive Litigation In The United States, The United Kingdom, And Australia. Austrália: *International Review of Business Research Papers*, vol.5 n.1, January 2009, pp.11- 27

²⁶ GEREVICH, József. UNGVARI, Gabor. The Description of the Litigious Querulant: Heinrich von Kleist's Novella Michael Kohlhaas. Alemanha: Psychopathology, *International Journal of Descriptive and Experimental Psychopathology, Phenomenology and Psychiatric Diagnosis*, vol. 48, issue 2, mar. 2015.

²⁷ LESEHILFE.DE. Reading Aid - *Heinrich von Kleist: Michael Kohlhaas*. Dinamarca: Schulhilfe Verlag ApS, 2014. Ebook. Disponível em <https://lektuerhilfe.de/heinrich-von-kleist/michael-kohlhaas>. Acesso em: 2 nov./2024.

²⁸ JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P.87.

obter *justiça*, os sujeitos, por não a obterem *prima facie*, quaisquer que sejam os motivos, agem com apoio de seu *Prozesssucht* para satisfação pessoal.

Nesse sentido, mesmo com os efeitos nefastos que a paranoia litigiosa provoca à eficiência do processo e, conseqüentemente, à efetividade do acesso à justiça²⁹ ainda assim é necessária uma visão humanizada do indivíduo *quarreler* que padece de uma condição paranoica patológica e que pode haver um direito genuíno a ser tutelado³⁰.

Outros elementos marcam a litigância predatória, ou pelo menos servem de afluxo para que ocorram; encontra-se nas raízes do individualismo já citado acima a própria elaboração da pessoa enquanto indivíduo, que é marcada por suas experiências produzidas no contexto em que vive, histórico, cultural, científico, político, etc³¹. Os modelos de litígio geralmente são marcados por prolongada beligerância causadora de alguns reflexos negativos, que podem ser atribuídos à sua vinculação a bipolarização, contributos para a “marcha do processo de individualização e diversificação”³² que avança em escala tal como cresce a população alimentada com convicções e experiências peculiares, contingenciando um maior número de conflitos.

E não é apenas a violação de direitos desencadeia conflitos: a qualidade³³, quantidade ou até a extensão do exercício deles que é (ou pode ser) diferente entre pessoas diferentes³⁴ que

²⁹ Prejuízo ao contraditório, à paridade de tratamento, à tempestividade, à duração razoável do processo...

³⁰ Necessário acolhimento e tutela. (STAUBER, Alvin. Litigious Paranoia: Confronting And Controlling Abusive Litigation In The United States, The United Kingdom, And Australia. Austrália: *International Review of Business Research Papers*, vol.5 n.1, January 2009, pp. 15)

³¹ Possivelmente entre os anos 1924 a 1930, Pontes de Miranda se debruçava sobre essa análise, explicando que para o exame da nossa existência social, haveríamos de olhar para o passado e analisar aquilo que ele chamou de “leis da evolução social” o espaço (núcleos sociais com suas centralização e especialização), o tempo (curva entre a diminuição do despotismo proporcional ao aumento da adaptação humano-social) e espaço-tempo social (alcance da simetria entre a população e zonas habitáveis decorrente do crescimento dos grupos, maior estabilidade dos grupos com mínimo de violência e maior equilíbrio mental), para investigar os fatos sociais. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Método de análise sócio-psicológica*. Trad. e org. Antônio do Passo Cabral. Rio de Janeiro, 2024, 29 p., pp. 1-2., e nos originais em inglês PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Method of sócio-psychological analysis*. E também em alemão PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Methode der sozio-psychologischen analyse*).

³² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de: Sebastião Nascimento, 2ª ed., São Paulo: Editora 34, 2011, 384 p., pp. 114.

³³ Por exemplo, disputas sobre posse fundadas na teoria da prevalência do melhor título.

³⁴ O pensamento parece ser fortalecido no estudo comparado feito por Hazard Jr. e Taruffo, ao sugerirem que a Justiça Civil dos Estados Unidos merece ser estudada de perto, já que subsiste nela um alto grau de incentivo à litigância individual. (HAZARD JR. Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – dos Estados Unidos ao Brasil*. trad., atual., apresentação e comparação com o Direito brasileiro por Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 279., pp. 235-236) Em relação ao indivíduo, Rebecca Sandefur destacou em uma entrevista concedida à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas que o acesso à justiça deveria ser estudado a partir das experiências e das expectativas de pessoas comuns, o que pensamos ser a raiz do individualismo. (*Access to justice and inequalities: an interview with Professor Rebecca Sandefur*. e1967 [Entrevista concedida a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas] GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; SILVA, Paulo Eduardo Alves; COSTA,

integrem o mesmo grupo também desencadeia (ou pode desencadear) conflitos que, culturalmente, são estabelecidos em uma base adversarial, de verdadeira disputa e assim são levados ao Poder Judiciário, onde o juiz assistirá quase passivamente às partes digladiarem *vis à vis*³⁵ em defesa de seu interesse subjetivo.

Esse pensamento não é desconhecido. Barbosa Moreira já havia observado que “as mazelas do antigo processo civil inglês decorriam dos excessos a que levava uma ‘cultura adversarial’, principal responsável pelo alongamento do pleito além da medida razoável e pela elevação dos custos a níveis insuportáveis.”³⁶

Outra ocasião em que o ordenamento jurídico reconheceu a íntima relação entre a massificação de litígios com o modelo de processo adversarial³⁷ foi o Relatório da Força Tarefa de revisão da Justiça Civil elaborado pelo governo da Província de Columbia Britânica, Canadá. - cultura da qual ainda não se desvencilhou inteiramente, que fomenta a disputa e esgotamento de meios de defesa, ainda que sejam exercidos com abuso, tal como ocorreu na identificação dos *quarrelers* na Prússia, embora se tenha sustentado historicamente que o modelo adversarial³⁸ de processo guarde pressuposto a garantia da paridade das partes em uma disputa, não há como negar que o protagonismo³⁹ às partes dado a abriu as portas para o sujeito mal intencionado⁴⁰.

Susana Alves. Revista Direito FGV, São Paulo, v. 16, n. 2, 325 p., pp. 300-325, mai.-ago./2020.)

³⁵ Marcelo Abelha exemplifica explica que se trata do “‘modelo romântico’ de conflito que envolve um vizinho A, José da Silva, e um vizinho B, João de Oliveira, pelo fato de que um deles tenha construído sua casa além dos limites permitidos pela lei” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*. 1ª Edição, Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2017, 292 p., pp.18-20.) As lições também podem ser vistas, de forma mais atualizadas, no *Ação civil pública e meio ambiente: tutela contra o ilícito, o risco e o dano ao equilíbrio ecológico*. 4. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, ps. 881 a 883, [versão e-book].

³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A revolução processual inglesa*. Revista de Processo, nº 91. São Paulo: Thomson Reuters, vol. 118, 2004, pp. 75-88, nov-dez/2004 [Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 9, pp 1055-1070, out/2011].

³⁷ JUSTICE REVIEW TASK FORCE. *Effective and affordable civil justice report*. Province of British Columbia, nov. 2006, 131 p., pp. 53, disponível em https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/law-crime-and-justice/about-bc-justice-system/justice-reform-initiatives/cjrwg_report_11_06.pdf, consulta realizada em 08/10.2023, acesso às 20hs21min

³⁸ A esse respeito, Linda S. Mullenix semeia uma profunda reflexão a respeito do sistema adversarial: “será a premissa do sistema uma construção nobre, mas quimérica?” A importância do pensamento da autora reside na observação de que o sistema promove embates que, via de regra, somente grandes litigantes tem recursos para fomentar, e, por mais que se busque a revelação da verdade em um processo, indaga a que custo isso é obtido. (MULLENIX, Linda S. *Discovering truth and the rule of proportionality*. Public Law and Legal Theory Research Paper Series, nº. 534, Texas: University of Texas, School of Law, 2014, 33 p., pp. 6-8)

³⁹ Mauro Cappelletti menciona que “por milênios um número de princípios básicos veio sendo desenvolvido para representar os direitos fundamentais dos litigantes *vis-à-vis* o juiz, o adversário e terceiros interessados”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends*. Stanford Law Review, vol. 25, n. 5, may/1973, pp. 652)

⁴⁰ Foi com essas reflexões que o autor abordou a conexão entre o caráter adversarial do procedimento e a sua complexidade, e a relação entre o custo e obtenção da justiça, dando a entender o que pensamos sobre quanto mais acirrada a adversariedade, maior a desproporcionalidade que afeta não somente os litigantes e os recursos que

A dificuldade sentida hoje de se estabelecer o *devido processo legal cooperado* decorre (ou pode decorrer) de o sistema de justiça ter operado por séculos em modelo adversarial⁴¹, de embate entre as partes que se posicionam como verdadeiras inimigas em busca não uma decisão justa e equitativa, mas sim do resultado polarizado “um ganha e o outro perde”⁴²; os litígios alimentados por convicções pessoais desencadeiam duelos endoprocessuais aguerridos. É esse o molde em que o *due process of law* se fez – moldura da paranoia identificada por Garderer.

Com base nos pontos de vista dos autores citados, é possível observar que, o individualismo – especialmente quando diversos sujeitos estão inseridos num mesmo contexto social, cultural ou econômico e expostos a riscos que podem ser ou não idênticos – sofreu influência e incentivo do modelo adversarial⁴³, é contraproducente e isso não diz respeito apenas em desafogar a justiça judicial.

É nesse campo fecundo que a litigância abusiva – no recorte, a predatória – encontrou oportunidade para se enraizar e a seguir demonstra-se com dados.

3. DIAGNÓSTICO DO CNJ: GRANDES LITIGANTES E SEUS SEGMENTOS

empregam, mas também aumenta o ônus sobre o oponente e aumenta o consumo dos recursos do tribunal. (CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends*. Stanford Law Review, vol. 25, n. 5, may/1973, pp. 652)

⁴¹ Nosso modelo cooperativo do século XXI, positivado no CPC, nos autoriza dizer que o sistema adversarial se tornou o “cunhado chato” do século XX que o hibridismo ainda mantém na festa sem autorização do anfitrião. Taruffo e Hazard disseram que “a regra fundamental do processo civil nos Estados Unidos está em que o caso é apresentado e conduzido pelos advogados das partes, desempenhando o juiz um papel relativamente passivo. Teoricamente, as partes tem a iniciativa exclusiva para apresentar os fatos e indicar o direito aplicável, tocando ao juiz simplesmente acolher ou rejeitar as alegações das partes. Por essa razão, o sistema americano é chamado de *adversary system*.” (HAZARD JR. Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – dos Estados Unidos ao Brasil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 279., pp. 115)

⁴² Jack Jacob afirma que o modelo adversarial é, provavelmente, produto da “promessa de julgamento por colegas” inserido na Carta Magna juntamente da proibição da participação do clero nos julgamentos. Seguiu da adoção do julgamento por tribunal de júri, que naquela época substituiu o julgamento por purgação ou provação, permitindo o sistema inglês de escapar da inquisição do Papa Inocêncio III”. (JACOB, Jack I. H. *The fabric of english civil justice*. The Hamlyn Trust. London: Stevens & Sons, 1987, p. 297, pp. 5-6) No original “*product which stemmed from the fortuitous conjunction in 1215 of the promise in Magna Carta of the right to ‘trial by peers’ and of the prohibition by the Lateran Council forbidding the clergy to take part in trials by ordeal. It followed the adoption on a general basis of the method of trial by jury by the Superior Common Law Courts, which at about that time replaced other modes of trial, such as trial by battle, by oath or compurgation and by ordeal. It enabled the English legal system to escape the new procedure by ‘inquisition’ introduced by Pope Innocent III.*”

⁴³ Em sua tese de doutorado, Ricardo R. G. Silveira cita Adrian Zuckerman, ao mencionar que “o sistema individual americano é reconhecidamente inadequado no que concerne ao acesso às pessoas mais pobres, porém, de outro lado, o sistema coletivo é o mais avançado e de mais amplo alcance atualmente no mundo”. (ZUCKERMAN, Adrian. *A reform of civil procedure – Rationing procedure rather than access to justice*. in SILVEIRA, Ricardo R. G. *Acesso à justiça: o direito fundamental em um ambiente de recursos escassos* Tese (Doutorado em Direito Processual) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós Graduação em Direito. São Paulo, p. 314, pp. 252)

Atualmente, o Poder Judiciário contabiliza mais de 83.000.000 de processos correspondente à dos novos com todo o acervo acumulado nas quatro décadas anteriores⁴⁴.

E como dito anteriormente, o painel do CNJ aponta que existem grandes litigantes cujas demandas são segmentadas conforme a atividade que realizam.

Acontece que um determinado grande litigante somente gerará danos específicos que tenham relação com sua atividade, designados pela literatura jurídica como risco da atividade⁴⁵, dentre os quais misturam-se os tipos de danos que podem ser casos isolados ou os de ocorrência repetitiva que configuram macro-lides⁴⁶ geradoras de processos multitudinários⁴⁷.

Tal percepção já está catalogada no CNJ por meio de uma nota técnica do Grupo de Trabalho Portaria nº 026/2021-CGJ/TJMT que forneceu conceitos elementares, dentre os quais se destaca o dos “litigantes seriais”, descritos como aqueles que “fazem uso *repetitivo* do Poder Judiciário para pleitear ou defender direitos que caracteriza, pretensões resistidas, de forma habitual”. Destacou também o que seria demanda predatória por passividade.⁴⁸

[...] demandas derivadas de relações jurídicas massificadas e, portanto, repetitivas, com violação reiterada e sistêmica de garantias jurídicas reconhecidas a consumidores por empresas, grupos ou conglomerados econômicos, empresariais ou industriais, que, por meio de atitudes procrastinatórias, retardam o adimplemento da obrigação contratual ou legal de modo a potencializar a obtenção de lucros por meio da instrumentalização do Poder Judiciário.

Analisando novamente os Painéis do CNJ é possível observar que os litigantes seriais encontram-se no polo passivo de demandas em que o polo ativo é formado por pessoas geralmente hipervulneráveis (consumidores, idosos, pobres, analfabetos ou semianalfabetos,

⁴⁴ Período em que o sistema de justiça ainda funcionava de modo rudimentar se comparado ao que se conhece hoje. A partir da promulgação da Constituição, os processos judiciais eram físicos; as peças processuais eram datilografadas (quando era possível se contar com “tecnologia” para sua produção); os cadastros, registros e distribuições de processos eram feitos manualmente em livros; as remessas de autos com recursos eram realizadas fisicamente entre fóruns e entre um tribunal e outro; as intimações eram publicadas em jornais físicos e a melhor organização que se tinha era ordem alfabética, numérica, ou alfanumérica. A informatização do Poder Judiciário somente ocorreu após a Emenda Constitucional 45 de 30 de dezembro de 2004 que criou o CNJ e este, por sua vez, implementou a Comissão permanente da Informatização em 2005. (CNJ. *Em 15 anos, a informatização transformou o Judiciário do século XXI*. Agência CNJ de Notícias, disponível em <https://www.cnj.jus.br/em-15-anos-a-informatizacao-transformou-o-judiciario-do-seculo-xxi/>, consulta realizada em 13/05/2024, às 06hs19min.

⁴⁵ Também nominado como *risco criado*. Cf. CAVALIERI FILHO. Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 16ª ed. – Barueri: Atlas, 2023, 644 p., pp. 210

⁴⁶ Macro-lide corresponde a um fato ou conjunto de fatos que se caracterizam como problemas jurídicos. No caso dos poupadores, além do problema jurídico que foi a violação de seu direito material propriamente dito, também ensejou o problema jurídico de gestão dos casos: foi necessário pensar em uma medida que evitasse decisões conflitantes, otimização da aplicação dos recursos públicos e prestar-se a tutela jurisdicional adequada e tempestiva.

⁴⁷ Fenômeno ligado a problemas jurídicos que desencadeiem milhares de ações individuais

⁴⁸ TJMT. CIA 0006683-41.2021.8.11.0000, Grupo de Trabalho Portaria nº 026/2021-CGJ/TJMT, abril. 2021

etc), como por exemplo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Caixa Econômica Federal (CEF), sendo tais entidades conhecidamente mantenedoras de relações jurídicas com pessoas de baixa renda⁴⁹, sendo pouco comum a relação com os de alta renda.

No mesmo painel, é possível ainda verificar que à exceção do INSS, a maioria dos litigantes seriais – ou grandes litigantes – tem atividades majoritariamente formadoras de relações de consumo.

Entende-se que a reiteração das violações (dano eficiente⁵⁰) e a demora de solução são incentivos (ainda que não intencionais, seja decorrente de sobrecarga, seja pelas decisões que não resolvem o mérito) e viabilizam a ação dos oportunistas⁵¹ – *quarrelers* – que praticam, de fato, a predação do sistema de justiça sem objetivos legítimos.

O problema é que, como já informado anteriormente, num meio de demandas predatórias pode existir um direito genuíno a ser tutelado e que, ainda não tendo sido, torna-se campo fértil para práticas abusivas e perpetuação do próprio dano.

4. INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ODE AO DANO EFICIENTE

Apesar de a transparência ser característica necessária em qualquer esfera de relacionamento, o fato é que os grandes litigantes estabelecem seus contratos exatamente porque a sua AED conta com o elemento dissuasório da parte vulnerável manifestado por meio da percepção do público demonstrada pelo relatório do CNJ descrito.

O ponto não é novidade, e Cappelletti e Garth⁵² já chamavam atenção para tal tipo de comportamento o Projeto Florença afirmando que “As barreiras enfrentadas pelos indivíduos relativamente fracos com causas relativamente pequenas, contra litigantes organizacionais – especialmente corporações e governos – tem prejudicado o respeito a esses novos direitos.” E

⁴⁹ CNJ. *Painel de informações sobre a litigância predatória*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/litigancia-predatoria/#:~:text=O%20fen%C3%B4meno%20da%20litig%C3%A2ncia%20predat%C3%B3ria,de%20abusividade%20e%20fraude.>>, consulta realizada em 06/02/2024 às 10hs20min

⁵⁰ FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil* [livro eletrônico]. 24ª ed., Curitiba: Editora Intersaberes, 2023, 2861 p., pp. 1813-1814 p.

⁵¹ Um lamentável exemplo desse oportunismo vem sendo investigado pelo CNJ, podendo ter relação com o vazamento de dados pelo SERASA. O caso foi batizado de “Indústria Limpa Nome”, disponível em <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-investiga-possivel-esquema-que-burla-cadastros-de-inadimplentes/>. Acesso em 30 mai./2024.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168 p., pp. 92.

justificavam a necessidade de que a força dos sujeitos vulneráveis precisava estar pareada com a dos grandes litigantes – institucionalmente falando, a nível de atividade organizada⁵³, sem o que o devido processo não se cumpria.

Para os grandes litigantes, o custo de sanar o vício de seu produto ou serviço é maior do que indenizar um único consumidor que decidiu litigar por seus direitos, num universo de milhares de outros consumidores que sentiram-se desmotivados por todas as dificuldades que teria de enfrentar até receber um produto novo sem defeito ou uma compensação financeira por ele – esse dano somente é praticado porque financeiramente é compensatório e recebeu o nome de dano eficiente⁵⁴. Decorre ainda da multiplicação demográfica desenfreada, a informatização, virtualização de procedimentos, globalização, distribuição de produtos e serviços em lote (dentre outros)⁵⁵. Quase tudo ocorre em larga escala, o que agrega velocidade à formação das relações, gerando uma sobrecarga daquelas regras e procedimentos que outrora atendiam mais ou menos satisfatoriamente às demandas⁵⁶.

⁵³ Ao que tudo indica, os grandes litigantes conhecem bem os conselhos do General Sun Tzu: “Nessas circunstâncias, o general que vence a batalha faz muitos cálculos em seu templo antes que a batalha seja travada. O general que perde a batalha faz apenas poucos cálculos de antemão. Assim, muitos cálculos levam à vitória e poucos cálculos, à derrota: Muito pior sem cálculo algum! É pela atenção a essas regras que eu posso prever quem possivelmente vencerá ou perderá.” E ainda “somente aqueles que estão completamente familiarizados com os males da guerra podem compreender inteiramente a maneira rentável de levá-la avante.” (SUN TZU. *A arte da guerra*. Tradução para português de Neury Lima [do chinês por Lionel Giles. 1910]. São Paulo: Hunter Books, 2011. 160 p. pp. 42 e 48.)

⁵⁴ Chamamos de *re-dano* a reincidência, o agravamento de conflitos pela falta de solução definitiva do problema, a discriminação (nem todas as pessoas que precisam de assistência gratuita se amoldam aos requisitos que autorizam sua concessão), a convicção da impunidade e cultura do dano eficiente, que César Fiuza menciona ser oriunda do Direito Americano e ocorre “quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano”, que recairá sobre os demais milhares de integrantes do grupo lesados e que não ajuizaram ações, ou que tenham ajuizado, mas o Poder Judiciário aplicou a tese do mero aborrecimento para afastar a sanção. (FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil* [livro eletrônico]. 24ª ed. – Curitiba: Editora Intersaberes, 2023, 2861 p., pp. 1813-1814 p.) Prática comum por parte de grandes litigantes que provoca crise de legitimidade (decorrente da dificuldade de implementação de políticas públicas e exercício da democracia), desgaste do tecido social, ambiente de incerteza e insegurança jurídicos, dentre tantos outros... Trata-se da responsabilidade civil analisada sob a ótica da AED. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015, 780 p., pp. 365-370)

⁵⁵ Incursões de Barbosa Moreira: “as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 61, jan.1991, pp. 187, versão digital – in TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023, 335 p., pp. 29)

⁵⁶ Nesse ponto, concordamos em parte com o afirmado por Sofia Temer, no sentido de que a superveniência de tais fatores tenha parcela de contribuição na formação da litigiosidade em massa. Porém, essa já acontecia muito antes. (TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023, 335 p., pp. 29).

Neste artigo adota-se a ideia de que a litigância abusiva encontra campo para ocorrência nos contextos em que a figura do dano eficiente está estabelecida. Havendo dano eficiente, é natural que demandas contendo idêntico objeto e com idênticas deficiências de propositura (falta de documentos, por exemplo) surjam. É aqui que ações oportunistas encontram espaço para proliferação e uma solução adequada é oferecida a seguir.

5. SOLUÇÃO DO ART. 139, X DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A AÇÃO COLETIVA COMO REMÉDIO

Nos primeiros anos do século XXI, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observou a tendência de mutação da cultura jurídica, identificando uma nova fase metodológica do processo civil, cunhando-a de formalismo-valorativo⁵⁷. Ao mesmo tempo em que o autor reconhece que o formalismo é elemento fundador da efetividade e da segurança jurídica, ele explica que o processo é produto do homem com suas experiências e sua cultura, propondo “o abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a *colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas*”. É da ideia de Alvaro de Oliveira que se busca a premissa da “recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”.

Dito de uma forma mais sintética, a cooperação se caracteriza essencialmente pelo trabalho conjunto em busca de um objetivo comum que é a efetiva solução do problema e, somente para essa legítima finalidade, é que se admite a busca da tutela jurisdicional.

O advento do Código de Processo Civil positivou o modelo cooperativo⁵⁸, dando-lhe especial destaque em sua estrutura como norma fundamental do processo civil, ao elenca-lo no art. 6º para determinar que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”⁵⁹

Referindo-se sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno lembra que o modelo de cooperação envolve “também eventuais terceiros intervenientes (...), do próprio magistrado, auxiliares de

⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, vol. 137, jul./2006, pp.7/31.

⁵⁸ HAZARD JR. Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – dos Estados Unidos ao Brasil*. trad., atual., apresentação e comparação com o Direito brasileiro por Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 279., pp. 131-138.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p., pp.158-163

justiça e, evidentemente, do próprio Ministério Público quando atue na qualidade de fiscal da ordem jurídica”⁶⁰, resultado de toda uma construção cultural, que recebeu influência dos pontos de vista social, lógico e ético⁶¹, e, nas palavras de Scarpinella⁶², “a análise do nosso ‘modelo constitucional’ revela que todos os ‘temas fundamentais do direito processual civil’ só podem ser construídos a partir da Constituição”, não havendo motivos para considera-lo de outra forma ainda que seja tratado como bilateralidade de uma parte em relação à outra: o seu objetivo é a pacificação do contexto mediante a cooperação dos sujeitos.

Mas se a pacificação não é efetivada, a litigância predatória que “consiste normalmente na provocação do Poder Judiciário mediante o ajuizamento de demandas massificadas com elementos de abusividade e/ou fraude”⁶³ ocorre, impingido perigo ao acesso à justiça por corresponder à sua restrição e espécie de barreira processual que favorece a prática do dano eficiente⁶⁴ por parte dos grandes litigantes, já que há uma tendência de que as ações tidas por predatórias sejam extintas sem exame do mérito.

⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Ed. Saraiva, 2016, 1014 p., pp. 53.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p., pp.158-163

⁶² BUENO, Cassio, Scarpinella, *O “modelo constitucional do Direito Processual Civil”: Um paradigma necessário de estudo de Direito Processual Civil e Algumas de suas Aplicações*, Disponível em <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf>. Acesso em: 04.jul.2023.

⁶³ CNJ. *Painel de informações sobre a litigância predatória*. Disponível em <[https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/litigancia-](https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/litigancia-predatoria/#:~:text=O%20fen%C3%B4meno%20da%20litig%C3%A2ncia%20predat%C3%B3ria,de%20abusividade%20e%20Fou%20fraude.>)

[predatoria/#:~:text=O%20fen%C3%B4meno%20da%20litig%C3%A2ncia%20predat%C3%B3ria,de%20abusividade%20e%20Fou%20fraude.>](https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/litigancia-predatoria/#:~:text=O%20fen%C3%B4meno%20da%20litig%C3%A2ncia%20predat%C3%B3ria,de%20abusividade%20e%20Fou%20fraude.>), consulta realizada em 06/02/2024 às 10hs20min

⁶⁴ César Fiuza menciona a teoria do dano eficiente, oriunda do Direito Americano, que ocorre “quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano”. O dano eficiente recai sobre os demais milhares de integrantes do grupo lesados e que não ajuizaram ações, ou que tenham ajuizado, mas o Poder Judiciário aplicou a tese do mero aborrecimento para afastar a sanção. (FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil* [livro eletrônico]. 24ª ed., Curitiba: Editora Intersaberes, 2023, 2861 p., pp. 1813-1814 p.) Trata-se da responsabilidade civil analisada sob a ótica da AED. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, 780 p., pp. 365-370)

Dentre os tribunais que veiculam dados sobre litigância predatória, extraiu-se de Notas Técnicas do Tribunal de Justiça do Mato Grosso algumas que podem ser características⁶⁵ de casos de litigância predatória⁶⁶:

i) quantidade expressiva e desproporcional aos históricos estatísticos de ações propostas por autores residentes em outras comarcas/subseções judiciárias; ii) petições iniciais acompanhadas de um mesmo comprovante de residência para diferentes ações; iii) postulações expressivas de advogados não atuantes na comarca com muitas ações distribuídas em curto lapso temporal; iv) petições iniciais sem documentos comprobatórios mínimos das alegações ou documentos não relacionados com a causa de pedir; v) procurações genéricas; vi) distribuição de ações idênticas.

Entretanto, ainda que sejam necessários esforços para se combater as condutas acima descritas, as cautelas que o problema exige são maiores do que eventual dano que a patologia possa provocar, seja no sistema de justiça, seja contra a pessoa jurídica, equiparada ou natural que seja alvo do comportamento abusivo: dentre as milhares de ações que se caracterizem como predatória, pode haver um direito genuíno que esteja sendo reiteradamente, repetitivamente, lesado sem que a solução tenha sido dada.

Esse único direito genuíno enseja a adoção da regra do art. 139, X do CPC, que determina que quando um juiz se deparar com demandas repetitivas, ele deve oficiar o Ministério Público ou a Defensoria Pública ou outros legitimados para a propositura da ação coletiva na forma do art. 5º da Lei 7.374/1985 e o art. 82 da Lei 8.078/90.

É de se notar que o próprio CPC – contextualizado com a fase metodológica do formalismo-valorativo – dá a solução para as hipóteses em que se verificar a repetição de casos, seja com ou sem litigância predatória.

⁶⁵ Do nosso ponto de vista que é o da advocacia, tais características, consideradas isoladamente ou combinadas com alguma outra *que não seja elemento de fraude* (por exemplo, procuração com outorga de poderes estranhos ao objetivo da causa ou procuração com gravura colada de assinatura, ou até mesmo procuração desacompanhada de documento de identidade do outorgante ou com assinatura diferente), não são suficientes para comprovar a existência da litigância predatória e são bastante comuns de ocorrer. Basta pensarmos que a ausência de documentos comprobatórios, por exemplo, pode ser provocada pela hipossuficiência da parte, ensejadora de inversão do ônus da prova ou sua distribuição dinâmica, conforme o caso concreto permitir. A este exemplo, ver TJES. Corregedoria Geral da Justiça, SEI 7005749-74.2023.8.08.0000, Corregedor: Des. Carlos Simões Fonseca, data de julg. 27/07/2023.

⁶⁶ Ao cabo do que interessa para este trabalho, as percepções do Grupo da CGJ/TJMT corroboram a nossa no sentido de que a prática dos grandes litigantes se escora na análise econômica do direito e do risco da atividade de lançar mão dos processos judiciais “como parte do seu modelo de negócios, como forma de tornar mais lento e desinteressante ao consumidor o pleito de reconhecimento de direitos ou ressarcimento de valores, em abuso do exercício do direito de defesa”. É óbvio que, se o grande litigante que não tem interesse que a ação evolua, e vendo que há uma tendência do magistrado para dizer que se está diante de litigância predatória, quando intimado a se manifestar certamente confirmará a “suspeita” levantada pelo juiz.

O ajuizamento da ação coletiva age nos três espectros da teoria tridimensional da justiça⁶⁷, seja concentrando a tutela do direito em um único processo em que há a representação adequada e garantindo-se a isonomia de tratamento para todas as pessoas que forem integrantes do grupo atingido, especialmente no que diz respeito a titulares de direitos difusos-homogêneos, seja economizando recursos (humano, econômico, tecnológico, etc) do Poder Judiciário, seja economizando tempo, já que não precisando se debruçar em incontáveis ações idênticas analisando-as uma a uma, o magistrado julgará um único caso que tutelar os direitos de todo o grupo, seja porque a parte vulnerável estará adequadamente representada por uma instituição capaz de tratar a demanda em paridade em relação ao grande litigante (geralmente dotado de recursos que o permitem arrastar o processo anos a fio). Por fim, no que tange a retidão, parece ser mais razoável que seja dada uma decisão de mérito para a tutela do direito violado que deu ensejo ao dano eficiente e este, que serviu de porta para o abuso do direito de ação, seja finalmente solucionado, com a verdade apurada e o direito aplicado adequadamente.

De fato, o que é efetiva solução contra a litigância predatória é a solução efetiva do litígio subjacente, sendo certo que a simples extinção das ações suspeitas mantém a passagem aberta para novos ajuizamentos com idênticos propósitos abusivos.

Soma-se a aplicação ao art. 139, X do CPC, com o Tema 60 do Superior Tribunal de Justiça, promove-se a dissuasão da litigância abusiva, ao mesmo tempo em que se promove também o *case management* e se garante a isonomia das decisões, mitigando-se o risco de contradições entre soluções.

Vale dizer, que a medida é tratamento gerencial e não mitiga a possibilidade das medidas punitivas cabíveis em face dos litigantes abusivos.

6. CONCLUSÕES

Com base na análise apresentada no documento, conclui-se que a litigância predatória representa um grave desafio ao sistema de justiça, refletindo não apenas questões técnicas, mas também problemas estruturais e culturais. A prática de litigância abusiva, marcada pelo uso estratégico do sistema judiciário para obtenção de vantagens desproporcionais ou pela busca

⁶⁷ ZUCKERMAN, Adrian A. S. Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. in *Civil Justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999, 496 p.

incessante de justiça com fundamentos frágeis, compromete a eficiência do processo e o acesso pleno à justiça, além de intensificar o congestionamento dos tribunais.

O artigo demonstra que o CPC, especialmente por meio do art. 139, X, oferece um mecanismo eficiente que pode mitigar os impactos da litigância predatória sem comprometer ou sem promover o cerceamento do acesso à justiça para solução de um direito genuíno que eventualmente seja veiculada no expediente abusivo. A ação coletiva, em relação à litigância predatória pode ser uma solução eficaz, permitindo concentrar a tutela em um único processo, garantindo isonomia no tratamento das partes e preservando recursos judiciais e tempo. Essa abordagem não apenas racionaliza o sistema de justiça, mas também assegura que direitos genuínos sejam devidamente tutelados, mesmo em um cenário de abusos processuais.

Ademais, o estudo ressalta a importância de uma perspectiva humanizada no trato com os litigantes, especialmente aqueles que são vulneráveis ou os que agem movidos por paranoia litigiosa. Essa visão demanda e demonstra um equilíbrio delicado entre a aplicação de sanções às práticas abusivas e o acolhimento das partes que efetivamente necessitam de proteção judicial.

Portanto, a combinação de medidas preventivas e gerenciais, como a ação coletiva, com uma postura proativa e dialogada do Poder Judiciário com o Ministério Público e a Defensoria Pública a respeito da litigância predatória é fundamental para combatê-la. Essas iniciativas, alinhadas ao modelo cooperativo consagrado pelo CPC, podem promover um sistema judiciário mais eficiente, justo e acessível, capaz de responder aos desafios contemporâneos com eficiência e sensibilidade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *O que é devido processo legal?* Revista de processo, nº 163. São Paulo: Thomson Reuters, 2008. p. 50-59.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: primeira série*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 61, Jan.-Mar. 1991, p. 187-200, versão digital

BIERSTADT RADEBERG.DE. Cidade de Radeberg, 2018 - 2024. Informações históricas de 1300 a 1400 sobre a cidade alemã de Radeberg. Disponível em: <https://www.bierstadt-radeberg.de/index.php/stadtgeschichte-zeittafel-1300-1400>. Acesso em: 26 nov./2024

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, 1014 p.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O “modelo constitucional do Direito Processual Civil”: Um paradigma necessário de estudo de Direito Processual Civil e Algumas de suas Aplicações*, Disponível em <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf>. Acesso em: 04 jul./2023.

BUENO, Cássio Scarpinella. Os Princípios do Processo Civil Transnacional e o Código de Processo Civil Brasileiro: Uma Primeira Aproximação. *Revista dos Tribunais* – São Paulo: Thomson Reuters, v. 122, 2005.

CAMPOS, Santiago Pereira. *Proceso flexible y proporcionalidade procesal* [Palestra] In: *Novos Rumos do Processo – Jornadas Brasil-Peru-Uruguaí de Processo Civil*, UFES, Vitória, 05 dez./2023.

CAMPOS, Santiago Pereira. Proporcionalidad procesal y justicia civil: tempo de cambios. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro: e-Publicações UERJ, ano 16, volume 23, número 2. Maio-Agosto de 2022

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 36, n. 192, p.397-415, fev. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, 168 p.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 16ª ed. – Barueri: Atlas, 2023, 644 p.

DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986, 245 p.

DIDIER JR., Fredie; et al. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Coord. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. São Paulo: Editora Juspodivm, 2017.

DIDIER JR. Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro*. Revista CEPEJ: Salvador, n. 8, p. 41–55, jul-dez/2007.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2016, n. 256.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set. 2013, 11 p.

GALANTER, Marc. Access to justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Review Journal*. vol. 37, 2010, p. 115-128

GALANTER, Marc. Reading the landscape of Disputes - what we know and don know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious Society. *UCLA Law Review*, vol. 31, october-1983, p.36-37.

GADERER, Rupert. Litigious Paranoia: Sense of Justice, Bureaucracy, and Media. *Administory (Journal for the History of Public Administration)*, Áustria-Suíça, 3º tomo, 2018.

GADERER, Rupert. *Querulieren: Kulturtechniken, Medien und Literatur 1700-2000*. Alemanha: JB Metzler, 2021.

GEREVICH, József. UNGVARI, Gabor. The Description of the Litigious Querulant: Heinrich von Kleist's Novella Michael Kohlhaas. Alemanha: *Psychopathology (International Journal of Descriptive and Experimental Psychopathology, Phenomenology and Psychiatric Diagnosis)*, vol. 48, issue 2, mar. 2015.

GIDI, Antônio, ZANETI JR., Hermes. O processo civil brasileiro na “era da austeridade”? Efetividade, celeridade e segurança jurídica: pequenas causas, causas não contestadas e outras matérias de simplificação das decisões judiciais e dos procedimentos. *Revista de Processo*, São Paulo: Thomson Reuters, vol. 294, pp. 41-76, ago./2019

GLUECK, Bernard. *Forensic Phase of Litigious Paranoia*. Estados Unidos: Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 5, nº 3, maio de 1914.

HAZARD JR. Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A justiça civil – dos Estados Unidos ao Brasil*. trad., atual., apresentação e comparação com o Direito brasileiro por Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters, 2023, p. 279.

JOBIM, Marco Félix. As fases metodológicas do processo. in *Inquietações Jurídicas Contemporâneas*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, 230 p.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 4ª. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 197 p.

JOLOWICS, John Anthony. *On civil procedure*. Great Britain: Cambridge University Press, 2000, 438 p.

KLUGE, Friedrich. *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 25ª edição. Berlim/Boston: De Gruyter, 2011

KRAJICEK, Nadja. Frauen in Notlagen: Suppliken an Maximilian I. als Selbstzeugnisse. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 2019. Ebook. P. 17 E 18.

LESEHILFE.DE. *Reading Aid - Heinrich von Kleist: Michael Kohlhaas*. Dinamarca: Schulhilfe Verlag ApS, 2014. Ebook. Disponível em: <https://lektuerhilfe.de/heinrich-von-kleist/michael-kohlhaas>. Acesso em: 2 nov./2024.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). 3ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 679 p.

LUEBKE, David M. *Frederick the Great and the Celebrated Case of the Millers Arnold (1770-1779): A Reappraisal*. Reino Unido: Central European History (Cambridge University), Vol. 32, No. 4, 1999, p. 381.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 4ª. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 197 p.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.87.

MACCORMICK, Neil. *Why Cases Have Rationes and What These Are*. In: Goldstein, Laurence (coord.), *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 170. In: MITIDIERO, Daniel. *Ratio Decidendi: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?* – 1ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023 [livro eletrônico].

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, 780 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 393p.

MITIDIERO, Daniel. *Ratio Decidendi: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?* [livro eletrônico] São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MULLENIX, Linda S. *Discovering truth and the rule of proportionality*. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, nº. 534, Texas: University of Texas, School of Law, 2014, 33 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, vol. 137, jul./2006, pp.7/31.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, vol. 555, p. 11-26, jan-2008

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 18 fev./2024 às 20hs12min. E também disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18154-18155-1-PB.htm>. Acesso em 09 set./2024.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Método de análise sócio-psicológica*. Trad. e org. Antônio do Passo Cabral. Rio de Janeiro, 2024, 29 p.

STAUBER, Alvin. Litigious Paranoia: Confronting And Controlling Abusive Litigation In The United States, The United Kingdom, And Australia. Austrália: *International Review of Business Research Papers*, Vol.5 No.1, January 2009, p.11- 27

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p.

ZANETI JR., Hermes. *Artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1330

ZANETI JR., Hermes. *Casos Repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes*. [livro eletrônico] SIMONS, Adrian; et al (organizadores). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, 1231 p., pp. 685-696.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes* (2015). 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. A reform of civil procedure – Rationing procedure rather than access to justice. *Journal of Law and Society*. vol. 22, no. 2, 1995, JSTOR, <https://doi.org/10.2307/1410402>. Acesso em: 21 abr./2024.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. in *Civil Justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999, 496 p.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. Lord Woolf's access to justice: plus ça change... *The modern law review*. v. 59. – Oxford: Blackwell Publishers, 1996.

**POR UNA REDEFINICIÓN DEL OBJETO DE LA TUTELA COLECTIVA.
ACERCARSE A LOS CONFLICTOS Y ALEJARSE DE LAS ESENCIAS**

*FOR A REDEFINITION OF THE PURPOSE OF COLLECTIVE PROTECTION.
APPROACHING CONFLICTS AND DISTANCE FROM ESSENCES*

Francisco Verbic¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. 3. La situación en Argentina. El art. 43 de la CN y la sentencia de la CSJN en el caso “Halabi”. 4. Análisis crítico de las definiciones conceptuales contenidas en el precedente “Halabi”. 4.1. Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos. 4.2. Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos 5. El intento de incorporación de las categoría conceptuales en el Código Civil y Comercial de la Nación. 6. Una propuesta diferente: abordar el tema desde un enfoque en el conflicto y no en definiciones abstractas. 7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La tutela colectiva de derechos presenta desafíos particulares en los países de la región Iberoamericana, herederos de la tradición jurídica romano-canónica, donde el proceso judicial ha sido históricamente concebido como un instrumento para la protección de derechos subjetivos individuales.

En este contexto, la tendencia predominante fue abordar el fenómeno desde definiciones dogmáticas y abstractas sobre “tipos” o “naturalezas jurídicas” de derechos, buscando encuadrar las nuevas necesidades de protección colectiva dentro de las concepciones tradicionales de nuestros ordenamientos jurídicos.

Este trabajo pretende demostrar que tal aproximación metodológica resulta inadecuada para justificar racionalmente la necesidad de contar con regulaciones específicas en materia de procesos colectivos.

A partir del análisis de la experiencia argentina, especialmente de la interpretación jurisprudencial del artículo 43 de la Constitución Nacional (CN) realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el precedente “Halabi”, sostendremos que el objeto de la

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor Adjunto de Derecho Procesal II. Secretario Académico y Profesor de la Maestría en Derecho Procesal. Director del blog Class Actions en Argentina: <https://classactionsargentina.com>. Publicaciones disponibles en <https://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic>.

tutela colectiva debería definirse a partir de las características particulares que presentan cierto tipo de conflictos sociales, y no sobre la base de conceptualizaciones abstractas y dogmáticas de derechos establecidas apriorísticamente en un texto legislativo.

Esta propuesta surge de entender al proceso judicial como un medio para resolver conflictos en una sociedad democrática. Desde tal perspectiva, entendemos que cualquier modificación de su estructura tradicional (como son, por cierto, los procesos colectivos de tipo representativo) debería encontrar justificación en las características diferenciales que presentan los conflictos que se pretenden resolver. Solo así podremos construir herramientas procesales adecuadas para dar respuesta eficiente a las nuevas formas de conflictividad social que caracterizan a nuestras sociedades contemporáneas.

Para desarrollar este posicionamiento, analizaremos primero el estado actual de la cuestión en el derecho comparado, con particular referencia al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Luego abordaremos críticamente el caso argentino, tanto en su faz jurisprudencial como en lo que hace a la regulación que se acordó al tema en el Código Civil y Comercial de la Nación. Finalmente, presentaremos una propuesta alternativa de definición del objeto de la tutela colectiva basada en las características del conflicto y no en tipos o naturalezas jurídicas de derechos.

2. EL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica cumplió 20 años el pasado mes de octubre de 2024.² Tal como se desprende de su exposición de motivos, la iniciativa tuvo por causa un diagnóstico que todavía mantiene plena vigencia en nuestra región: *“la situación de la defensa de los derechos transindividuales en Iberoamérica, es insuficiente y heterogénea, por no decir caótica. Y también se percibe que diversos países están sintiendo la necesidad de legislar sobre la materia”*.

Sobre el tema que nos ocupa, la exposición de motivos señala que *“El Capítulo I se destina a conceptualizar los intereses o derechos transindividuales, según las categorías de difusos*

² El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica fue gestado por un grupo de especialistas de la región en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Primero fue un Anteproyecto, luego se convirtió en Proyecto y, finalmente, luego de más de dos años de discusión y revisiones, su versión definitiva fue aprobada por dicha Institución en el año 2004. Para un análisis de su influencia en el derecho argentino nos remitimos a Verbic, Francisco *“El derecho argentino en materia de tutela colectiva de derechos y la influencia recibida del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal | vol. 8/2018 | pp. 255 - 306 | Jul - Dez / 2018.

(a los cuales fueran subsumidos los colectivos, por la terminología brasileña) e individuales homogéneos, ya conocidas de diversos países iberoamericanos”.

Más específicamente, encontramos la regulación específica en su art. 1, que establece lo siguiente:

“Art 1. - *Ámbito de aplicación de la acción colectiva* - La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

I - *intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;*

II - *intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”.*

Este modo de enfrentar la definición del objeto de la tutela colectiva es una simplificación de la opción legislativa tomada en Brasil en el año 1990, al sancionarse el Código de Defensa del Consumidor (CDC), una de las dos principales influencias del Código Modelo (la otra fue el régimen federal de acciones de clase estadounidense). En dicho CDC, los brasileños establecieron tres categorías de derechos que pueden ser objeto de tutela colectiva: difusos, colectivos e individuales homogéneos.³

3. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA. EL ART. 43 DE LA CN Y LA SENTENCIA DE LA CSJN EN EL CASO “HALABI”

El ámbito de actuación de los procesos colectivos en Argentina está definido por el art. 43 de la CN, incorporado con la reforma constitucional de 1994. Esta norma reconoce la existencia de “derechos de incidencia colectiva” como categoría abstracta de derechos subjetivos colectivos, susceptibles de ser tutelados a través del ejercicio de legitimaciones

³ Como explica Gidi: “De acuerdo con el artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil, el derecho difuso es un derecho transindividual e indivisible, que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica. El derecho colectivo es también ‘transindividual’ e ‘indivisible’, pero pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica. Los derechos individuales homogéneos son derechos individuales divisibles, que tienen un origen común” (Gidi, Antonio “Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil”, University of Houston, Public Law and Legal Theory Series 2006-A-14).

colectivas (también reconocidas por ese art. 43 en cabeza del afectado, las asociaciones intermedias y el Defensor del Pueblo de la Nación).

Durante casi 15 años desde su incorporación al texto constitucional, la noción de “derechos de incidencia colectiva” fue interpretada por la jurisprudencia de manera restrictiva. En esta etapa se consideró que tales derechos solo comprendían aquellos de objeto indivisible (“difusos” en la categorización del Código Modelo).

La CSJN tenía precedentes muy claros en este sentido. Los dos más relevantes eran “*Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos*” y “*Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia*”, ambos del año 2003. Allí, el tribunal sostuvo que los derechos que se buscaba tutelar mediante procesos colectivos eran “*de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Constitución Nacional*”.⁴

El cambio fundamental en este campo se dio a comienzos del año 2009, cuando la CSJN dictó el precedente “Halabi” y reinterpretó el concepto de “derechos de incidencia colectiva” para establecer que comprenden a los derechos individuales homogéneos.⁵ Esto significó expandir drásticamente el objeto de la tutela colectiva en Argentina, porque rompió con las interpretaciones restrictivas de la propia CSJN que, hasta ese momento y como señalamos, dejaban afuera del sistema de administración de justicia numerosos conflictos que, si bien eran claramente colectivos, no versaban sobre un objeto indivisible.

¿Cómo abordó el tema la CSJN? Primero señaló que, para resolver si correspondía o no expandir la cualidad de cosa juzgada de las sentencias judiciales sobre personas que no hubieran participado en el proceso (como había hecho la Cámara de Apelaciones en el caso, a pesar de que fue promovido en clave individual), era necesario determinar, entre otras cosas, “*cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida*”.⁶

⁴ CSJN en “*Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ Acción de amparo*”, sentencia del 26/08/2003, Fallos 326:2998 y “*Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo*”, sentencia del mismo día, Fallos 326:3007.

⁵ CSJN en “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*”, sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111.

⁶ Considerando 8° del voto de la mayoría: “Que para la dilucidación de este aspecto, según los propios términos en que ha sido formulado el cuestionamiento, es necesario determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte”.

A partir de esa premisa, identificó tres categorías de derechos existentes en el ordenamiento jurídico argentino, a saber: (i) derechos individuales;⁷ (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (iii) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.⁸ Según el tribunal, estos dos últimos deben considerarse como especies del género “derechos de incidencia colectiva” y, por tanto, su defensa puede ser promovida por legitimadas colectivas.

Si bien no lo invocó como fuente, entendemos que en este aspecto de la decisión la CSJN siguió claramente la guía del Código Modelo y del propio sistema brasileño (al cual hizo algunas referencias generales). Además, vale mencionar que el tribunal ya había mencionado la existencia de este tipo de derechos, si bien tangencialmente, a mediados del año 2006 cuando dictó su primera sentencia en la causa “Mendoza” y se declaró incompetente para resolver pretensiones que involucraban derechos que *“eventualmente, podrían ser calificados como intereses individuales homogéneos, en razón de que podría haber un solo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes”*.⁹

Además, y esto no es menor, la definición de la sentencia sobre el concepto de derechos individuales homogéneos dejó en claro que pueden ser *“personales o patrimoniales”*.¹⁰ También en este aspecto la decisión significó superar su doctrina previa, que excluía a los derechos “puramente patrimoniales” de la posibilidad de ser objeto de tutela colectiva.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS DEFINICIONES CONCEPTUALES CONTENIDAS EN EL PRECEDENTE “HALABI”

En este apartado analizaremos los argumentos desarrollados por la CSJN en “Halabi” para conceptualizar las dos especies de derechos de incidencia colectiva a que hicimos

⁷ Considerando 10° del voto de la mayoría: *“Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes “Siri” y “Kot” (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados”*.

⁸ Considerando 9° del voto de la mayoría.

⁹ CSJN en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 20/06/06, Fallos 329:2316, considerando 17°.

¹⁰ Considerando 12° del voto de la mayoría.

referencia. Según veremos, ninguno de ellos brinda un apoyo sólido que nos permita establecer, con la claridad que exigen este tipo de asuntos, cuándo la tutela colectiva resulta admisible o no.

4.1. Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos

Con respecto a los derechos que tienen por objeto bienes colectivos, el tribunal comenzó sosteniendo que son aquellos *“ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado”*.¹¹

Esta primera aproximación al tema fue un razonamiento circular, ya que antes de decir eso la Corte sostuvo (según vimos) que era necesario determinar el tipo de derechos en juego a efectos de definir quién estaba legitimado para defenderlos en sede judicial.

Si la existencia de derechos de incidencia colectiva afectados o en riesgo actúa como presupuesto ineludible para que las legitimadas colectivas puedan promover pretensiones en su defensa, es evidente que tales derechos no pueden definirse por la actuación de dichas legitimadas.

Inmediatamente a continuación, la CSJN apuntó que *“en estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes”*.¹²

¹¹ Considerando 11° del voto de la mayoría: *“Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado (...)”*.

¹² Considerando 11° del voto de la mayoría: *“(...) En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.*

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de

El primero de ellos es que la petición tenga por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre, en palabras de la CSJN, *“cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna”*. En la sentencia se aclara que tales bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas y que tampoco conforman una comunidad en sentido técnico, sino que *“estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”*.

Sin emitir juicio sobre las características que la CSJN considera determinantes para definir un bien como colectivo, destacamos que esta línea de análisis nos lleva fuera del argumento en discusión. Sucede que este primer “elemento de calificación” no brinda precisión alguna sobre la naturaleza jurídica del derecho que el tribunal buscaba definir, sino exclusivamente respecto de cierto tipo de bienes que habrán de constituir el objeto mediato de la pretensión procesal (porque a esto último se alude, aunque el tribunal utilice el término “petición”).

El segundo elemento a que se refiere la Corte estaría configurado por la necesidad de que la pretensión promovida se encuentre *“focalizada en la incidencia colectiva del derecho”*.

Como puede advertirse, nuevamente estamos fuera del argumento. Es que aun cuando la circunstancia a que se refiere la Corte configura un requisito necesario (y hasta indispensable) para que la tutela procesal colectiva resulte admisible, con ella no se califica el derecho en disputa. En cambio, lo que se hace es imponer cierto requisito para la formulación de la pretensión procesal que será incluida en la demanda.

Luego, en tres breves párrafos, el tribunal hizo alusión a qué es lo que sucede cuando alguien plantea una pretensión individual para defender este tipo de derechos y el tipo de remedio que así puede obtenerse, al hecho de que la prueba de la “causa o controversia” se relaciona con la lesión al bien colectivo y no con *“el patrimonio del peticionario o de quienes éste representa”* y, finalmente, a algo que sí podría ayudar para este análisis conceptual: una comparación entre bienes colectivos y bienes individuales, destacando que para estos últimos *“hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular”* (o sea, señalando implícitamente que los bienes colectivos propiamente dichos serían indisponibles).

Entendemos, por lo expuesto, que la CSJN no logró brindar una definición precisa de esta primera categoría de derechos de incidencia colectiva. Ello así en tanto las notas que predicó como sus características distintivas no se refieren a derechos sino a: (i) las personas que

su titular”.

se encuentran legitimadas para actuar en su defensa; y (ii) el objeto mediato de la pretensión colectiva; y (iii) el modo en que debe plantearse esa pretensión. Tal vez lo más claro y pertinente sea lo señalado, implícitamente, por cierto, sobre la indisponibilidad de los bienes colectivos (porque esa característica sí irradia sus efectos en el tipo de derechos que tenemos sobre los mismos).

4.2. Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos

Veamos ahora cómo fue explicada la otra categoría de derechos de incidencia colectiva que la CSJN incorporó al derecho argentino en esta materia: los derechos individuales homogéneos.¹³

Al respecto la CSJN sostuvo lo siguiente:

“En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”.

En este razonamiento, la nota esencial que permite definir el segundo tipo de derechos de incidencia colectiva comprendidos en el art. 43 de la CN es la existencia de una “*causa fáctica homogénea*”, derivada de “*un hecho, único o continuado*” que provoca la lesión (o bien, agregamos, riesgo) a una pluralidad relevantes de personas. Según palabras de la propia Corte, si no fuera por esa causa común de afectación (o riesgo) nos enfrentaríamos con derechos

¹³ Considerando 12° del voto de la mayoría: “*Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (...)*”.

puramente individuales, enteramente divisibles, y, por tanto, ajenos al campo de la tutela colectiva.

Ahora bien, ¿es posible sostener que un derecho de naturaleza individual se transforma en un derecho de incidencia colectiva por existir otros derechos individuales similares, homogéneos, o como se los quiera llamar? Para quienes defienden la existencia de esencias y naturalezas jurídicas, una respuesta afirmativa al interrogante resultaría, por lo menos, difícil de justificar.

Si prestamos atención a la doctrina brasileña, podemos encontrar una explicación inteligente del tema en la conocida afirmación de que los derechos individuales homogéneos son “*accidentalmente colectivos*”, mientras que los derechos difusos y colectivos en sentido estricto son “*esencialmente colectivos*”.¹⁴ Claro que, aun siendo inteligente, esta explicación (además de ser previa a la sanción del Código de Defensa del Consumidor de 1990) no hace más que esquivar el problema porque no nos brinda elementos para distinguir racionalmente entre categorías de derechos.

Hecha esta pequeña digresión, volvamos sobre los argumentos de la CSJN en “Halabi” para definir el alcance de los derechos individuales homogéneos.

La sentencia intentó explicar por qué esa causa fáctica homogénea es lo que tiene relevancia jurídica en estos supuestos. Sin embargo, al igual de lo ocurrido al abordar la otra categoría de derechos de incidencia colectiva (los que tienen por objeto bienes colectivos), el tribunal se refirió a dos elementos que nada dicen sobre la esencia o naturaleza jurídica que pretendía definir.

En efecto, ambos elementos solo guardan relación con razones prácticas, de economía procesal, a saber: (i) la posibilidad de demostrar los presupuestos de la pretensión en forma común; y (ii) la razonabilidad de llevar adelante un solo proceso, coronado por una cosa juzgada expansiva, para resolver concentradamente todos los conflictos (conflictos que, si hablamos en términos de naturalezas jurídicas, ¡siguen siendo “en esencia” individuales!).

En definitiva, las notas que la CSJN consideró “definitorias” para establecer si estamos o no ante derechos individuales homogéneos se refieren a: (i) las consecuencias que genera el acto u omisión lesiva; (ii) las razones de economía procesal que tornan conveniente la tutela

¹⁴ Sobre esta distinción conceptual, ver el clásico trabajo de Barbosa Moreira, José C. “*Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*”, en *Temas de Direito Processual*, 3 série (1984), p. 193. Una lectura exhaustiva sobre la categoría de “derechos individuales homogéneos” puede verse en Osna, Gustavo “*Direitos Individuais Homogêneos*”, *Revista dos Tribunais*, 2014.

procesal colectiva (posibilidad de juzgamiento concentrado, resolución única de la cuestión común a los conflictos individuales de todas las personas que integran la clase o grupo).¹⁵

Por lo tanto, consideramos que, al igual que con relación a la otra categoría de derechos de incidencia colectiva, el tribunal no logró proveernos de una definición precisa que permita definir a los derechos individuales homogéneos desde el plano conceptual de su naturaleza jurídica.

5. EL INTENTO DE INCORPORACIÓN DE LAS CATEGORÍA CONCEPTUALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por medio del decreto 191/2011, el Poder Ejecutivo Nacional designó una Comisión especial para redactar un Anteproyecto de Código Civil y Comercial que,¹⁶ finalmente, derivó en el Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en el año 2014.¹⁷

El Anteproyecto contemplaba entre sus previsiones algunas cuestiones de relevancia en materia de tutela colectiva de derechos. En cuanto nos interesa aquí, el artículo 14 del Anteproyecto reconocía, junto a los derechos individuales, la existencia de derechos individuales homogéneos y de derechos colectivos propiamente dichos.¹⁸

¹⁵ Las inconsistencias y contradicciones de la sentencia en este punto se profundizan si tenemos en cuenta que, durante la audiencia pública que se realizó ante la CSJN el 02/07/2008. Allí, el Juez Lorenzetti interpelló de la siguiente manera al representante del Estado Nacional por considerar que el caso enfrentaba al tribunal con “cuestiones indivisibles”: *“Si eso es así, y consienten la declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto, ¿cómo podría ser esta inconstitucionalidad en el caso concreto, si se admite así? Porque si la ley es inconstitucional en el caso concreto, como usted lo acaba de decir, esto nos llevaría a otro problema: declarar la inconstitucionalidad de la ley en el caso concreto hay cuestiones indivisibles; es decir, por ejemplo, si se dice que es inconstitucional la creación de bases de datos por diez años, ¿cómo se haría para que se declare eso en un sólo caso y no sea trasladable a todos? ¿Podría explicar usted mejor la posición de Estado?”*. Luego Lorenzetti hizo lo mismo con el Sr. Halabi. En esta oportunidad, señaló lisa y llanamente que lo que estaba en discusión en el caso era un bien colectivo: *“Doctor, eso está expresado por usted en el expediente. La interrogación del Tribunal – creo que todos estamos preguntando más o menos en el mismo orden- es sobre la legitimación invocada y los efectos que puede tener esta sentencia. Una cuestión es que usted, en algún momento inicial de la demanda, plantea que lo hace por derecho propio. (...) La otra fuente de legitimación que usted invoca es como legitimación extraordinaria por un bien colectivo, y entonces se refiere a los abogados como conjunto y a los ciudadanos como conjunto”*.

Registro audiovisual de la audiencia disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=EZ1UII4kIVQ> (última visita el 17/03/2020).

¹⁶ La Comisión estuvo integrada por dos jueces de la CSJN (Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco) y por Aída Kemelmajer de Carlucci, renombrada académica y también jueza de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza durante el período 1984 - 2010.

¹⁷ Ley 26.994, BO del 08/10/2014, con vigencia a partir del 01/08/2015.

¹⁸ Para un análisis de todas las cuestiones vinculadas con procesos colectivos, nos remitimos a Verbic, Francisco *“Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina”*, Erreius online, febrero de 2013.

Sobre estos últimos, en los fundamentos de la iniciativa la Comisión redactora explicaba que los *“derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos se refiere a aquellos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”*.

Respecto de los derechos individuales homogéneos, señalaron que *“una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros [derechos subjetivos individuales] en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos [derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos] porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente”*.

¿Cómo reflejaba el articulado propuesto estas dos especies de derechos de incidencia colectiva?

Respecto de los individuales homogéneos, establecía en su artículo 14, inciso b), que son aquellos *“derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común”*.

En cuanto a los derechos propiamente colectivos, el art. 14 inc. c) los identificaba como *“derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común”*. Además, establecía que *“El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”*.

La iniciativa seguía al pie de la letra la doctrina de la CSJN en “Halabi”. Sin embargo, luego de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo (sin fundamento público alguno), el artículo 14 del Proyecto finalmente enviado al Congreso de la Nación (y eventualmente aprobado) solo contempló dos incisos que se refieren a: (i) derechos individuales; y (ii) derechos de incidencia colectiva.¹⁹Giannini ha sido muy claro al subrayar que *“la delimitación la noción ‘derechos de incidencia colectiva’ no es una preocupación*

¹⁹ “ARTICULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

a) derechos individuales;

b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

*meramente ateneísta. Por el contrario, al determinarse normativamente qué presupuestos deben configurarse para poder encuadrar una situación determinada en dicha categoría, se está adoptando una posición fundamental respecto del modelo de enjuiciamiento grupal postulado en nuestro medio”.*²⁰

En este sentido, la recepción de categorías específicas de derechos subjetivos colectivos como las que preveía el Anteproyecto hubiera colaborado en la definición de un modelo de tutela colectiva similar al brasileño, debidamente receptado en el derecho positivo. Un modelo que también hubiese marcado una línea clara al legislador argentino a la hora de sancionar una regulación procesal adecuada para enfrentar y resolver eficientemente conflictos colectivos. Su eliminación significó perder una buena oportunidad y permitir que el asunto continúe librado, hasta el día de hoy, a la discreción del Poder Judicial.

6. UNA PROPUESTA DIFERENTE: ABORDAR EL TEMA DESDE UN ENFOQUE EN EL CONFLICTO Y NO EN DEFINICIONES ABSTRACTAS

Desde el año 2007 venimos sosteniendo la necesidad de definir el objeto de los procesos colectivos desde una perspectiva pragmática y no dogmática. Esto es, desde un enfoque centrado en el tipo de conflictos que abordan estos procesos y no en definiciones o naturalezas jurídicas de derechos subjetivos colectivos.²¹

Decíamos por entonces que *“será razonable exigir el establecimiento de vías procesales novedosas y específicas sólo si logramos identificar la noción de conflicto colectivo como opuesta o, al menos, lo suficientemente diferente a la de conflicto individual. Ello así en tanto la tutela diferenciada que se propugna sólo resultará justificada en la medida que se oriente a resolver conflictos caracterizados por rasgos tales que no puedan ser atendidos eficientemente por las vías ordinarias”.*²²

²⁰ Giannini, Leandro J. *“La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos en Argentina (marchas y contramarchas del Proyecto de Código Civil y Comercial)”*, publicado en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2013-1, “Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales”, pp. 253-284.

²¹ Como sostenía Giannini al analizar la tipología de derechos de incidencia colectiva antes de “Halabi”: *“La utilidad de la clasificación propuesta únicamente podrá considerarse alcanzada, si la diferenciación repercute en el trato procesal que las distintas categorías merecen, redundando –además– en una solución definitiva más eficaz y funcional de la controversia colectiva. De otro modo, sólo habremos jugado a encasillar la realidad en conceptos aparentemente seguros, sin beneficio destacable más que la satisfacción de pruritos ateneístas”* (Giannini, Leandro *“La tipología de derechos de incidencia colectiva”*, Libro de ponencias y trabajos seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ed. La Ley, Mendoza 2005, pp. 40-63.

²² Verbic, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, capítulo I.

Esta posición surge de la premisa lógica y elemental de entender al proceso judicial como un medio para resolver conflictos sociales en un sistema democrático. En este sentido, algunos años después señalamos también que “*si entendemos al proceso judicial como un instrumento para desactivar conflictos, cualquier modificación de su estructura tradicional debería encontrar justificación -al menos en línea de principio- en las características que estos últimos pudieran presentar*”.²³

En miras a una regulación en la materia, esta postura exige identificar normativamente cuáles son las características de los conflictos colectivos que permiten diferenciarlos de los conflictos individuales, ya que solo si logramos esa diferenciación podremos justificar racionalmente la necesidad de herramientas procesales diferentes.

En tal orden de ideas, creo que pueden identificarse al menos cinco notas características que permiten diferenciar un conflicto colectivo de uno individual, a saber: (i) elevado número de personas afectadas; (ii) posición similar de tales personas frente al agente dañoso (por compartir una situación fáctica o jurídica); (iii) trascendencia social, económica y/o política de su discusión y resolución judicial; (iv) exigencia de tratamiento unitario; y (v) externalidades económicas indeseadas que se derivarían de la falta de su enjuiciamiento concentrado.

Esta aproximación al tema permite un abordaje más orgánico y sistémico, favoreciendo también la mirada transustantiva que exige el fenómeno para evitar el enfoque sectorial (por materias). Las características del conflicto colectivo se configuran con total indiferencia respecto de la materia de fondo en discusión, lo cual también hemos intentado demostrar con nuestro trabajo mediante el análisis comparativo de decisiones de la CSJN en materia de derechos humanos, ambiente y consumo.²⁴

Nuestra propuesta, por tanto, se acerca más al modelo estadounidense de las *class actions*, donde la tutela colectiva se habilita ante situaciones de hecho o de derecho coyunturales y merituables en cada caso particular. Un modelo que evita, de este modo, enunciaciones

²³ Verbic, Francisco “*Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación*”, La Ley 2010-A-769. En línea similar, propiando una construcción inductiva a partir del tipo de litigios que se desenvuelven en la práctica para enfrentar conflictos colectivos, ver Vitorelli, Edilson “*O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos*”, Editora Revista dos Tribunais, 2016, São Paulo, pp. 35-108; Vitorelli, Edilson “*Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*”, Revista de Interés Público, Año 3, N° 4, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, pp. 43-74.

²⁴ Nos remitimos a Verbic, Francisco “*Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación*”, La Ley 2010-A-769, donde trazamos un paralelo entre casos resueltos por la CSJN en “Verbitsky” (personas privadas de su libertad), “Mendoza” (contaminación ambiental) y “Halabi” (defensa del consumidor) para demostrar que las características del conflicto abordado son similares, a pesar de discutirse derechos sustantivos de distinta índole.

dogmáticas de derechos como forma de definir apriorísticamente la admisibilidad de la tutela colectiva.

7. CONCLUSIÓN

En lo que hace a la tutela colectiva de derechos, Brasil se ha destacado como pionero y referente en nuestra región. Es uno de los pocos países de tradición jurídica romano-canónica que, aun con críticas y problemas, desarrolló un régimen completo y sofisticado de protección de derechos de incidencia colectiva. También fue el primero en introducir en Iberoamérica un mecanismo de protección específico para derechos difusos y colectivos de naturaleza indivisible, así como en ampliar ese campo de actuación para incorporar a los derechos individuales homogéneos como objeto de los procesos colectivos.²⁵

La República Argentina siguió una línea parecida, aunque no con la misma claridad en sus definiciones. La reforma constitucional de 1994 introdujo la categoría “derechos de incidencia colectiva” en el artículo 43, pero sin conceptualizarlos claramente. El constituyente parece haber optado por un modelo intermedio, evitando tanto definiciones abstractas de tipos de derechos (al estilo del legislador brasileño) como la enunciación de situaciones de hecho o de derecho en que podría accionarse colectivamente (como hace el sistema federal de acciones de clase estadounidense, establecido en la Regla de Procedimiento Civil 23). Y el legislador, lamentablemente, siguió la misma línea al sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación.

En este trabajo intentamos demostrar, especialmente a partir de la experiencia argentina, que la identificación de “esencias” o “naturalezas jurídicas” de derechos no es una metodología que permita justificar, de manera lógica y racional, la necesidad de contar con un proceso diferente al tradicional.

Es por ello que proponemos cambiar el enfoque de abordaje de la temática. En concreto, entendemos que sería conveniente abandonar la definición del objeto de la tutela colectiva sobre

²⁵ Zanetti Jr. Explica que “Los juristas brasileños fundaron los estudios preliminares sobre derechos difusos no en los autores del common law americano, donde está vigente el modelo de las class actions más conocido del mundo, sino, principalmente, en la interpretación que los juristas italianos de la década del setenta confirieron al Derecho

norteamericano” (Zanetti Jr., Hermes “De la ley a la constitución. La positivización de los derechos difusos y colectivos en la Constitución brasileña”, Revista Jurídica del Perú, Tomo 126, agosto, 2011, pp. 65-81). Sobre esas premisas, no solo se “crearon” estos derechos colectivos, sino que también los definieron en el cuerpo mismo de la ley. Según afirma Gidi, estas conceptualizaciones permitieron facilitar la aplicación judicial de las nuevas reglas procesales y ayudaron a determinar el objeto del proceso colectivo (Gidi, Antonio “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil”, UNAM, México, 2004, p. 50).

la base de “tipos de derechos” y, en cambio, avanzar hacia sistemas que definan la herramienta procesal en base a las características del conflicto que se necesita resolver.

La principal dificultad para avanzar en este sentido parecería ser el peso de la tradición jurídica romano-canónica y la consiguiente necesidad de los países de la región de establecer legislativamente categorías de derechos subjetivos colectivos como requisito esencial e ineludible para poder, recién entonces, sancionar leyes procesales que atiendan el fenómeno de la conflictividad colectiva.

LEGITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN ARGENTINA: EL DESAFÍO DE TRABAJAR SIN UN SISTEMA

LEGITIMATION, REPRESENTATION AND PARTICIPATION IN COLLECTIVE PROCESSES IN ARGENTINA: THE CHALLENGE OF WORKING WITHOUT A SYSTEM

José María Salgado

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sistema argentino. 3. La falta de regulación y sus consecuencias en el aumento de las cuotas de la medicina prepaga. 4. El acuerdo colectivo y una larga lista de falencias para atacar su oponibilidad a los usuarios. 5. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN.

En este trabajo intentaré exhibir ciertas patologías que pueden presentarse ante la ausencia de un sistema legal de procesos colectivos, como sucede en la Argentina, y algunas de sus consecuencias. También servirá como pretexto para recordar, valorar, analizar y criticar el Código modelo de Procesos Colectivos a 20 años de su aprobación.

Concretamente reseñaré lo sucedido recientemente en un conflicto colectivo que surgió a raíz del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23 sancionado por el Presidente Javier Milei, que modificó el marco regulatorio de las entidades de medicina prepaga (ley 26.682), lo que generó aumentos significativos, diría exponenciales, en el costo de los planes médicos asistenciales de las empresas prestadoras.

2. EL SISTEMA ARGENTINO

a) La regulación legal.

La particularidad en Argentina, al menos en sistema federal, es que no existen mecanismos previstos por el legislador para brindar soluciones jurisdiccionales que trasciendan los casos individuales o litisconsorciales en que son adoptadas. Aun cuando han transcurrido más de 30 años de la reforma de la Constitución Nacional y del reconocimiento expreso de los derechos de incidencia colectiva en el párrafo segundo del art. 43, el legislador no proveyó a

dicha garantía de un instrumento que pueda brindarle un medio previsible de realización práctica¹.

Numerosos proyectos de ley fueron ingresados en estas tres décadas en la Cámara de Diputados² y en la Cámara de Senadores³. Sin embargo, solo uno, el 6234-D-2018, presentado por el diputado nacional José Luis Ramón, obtuvo dictamen favorable con modificaciones en la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, el 23 de octubre de 2018. Llegó a ser tratado en el recinto el 15 de mayo de 2019. Ese día, su presentante propuso remitirlo nuevamente a la Comisión referida a efectos de brindar mayor información sobre sus alcances por los cuestionamientos que había tenido.

En un nivel inferior al constitucional existen dos leyes que se refieren a los derechos de incidencia colectiva desde sus ámbitos de aplicación específico. La Ley de Defensa del Consumidor (LDC N° 24.240), sancionada antes de la reforma constitucional y modificada mediante la Ley N° 26.361, que contiene algunas previsiones relativas a la legitimación y al alcance de la cosa juzgada; la Ley General del Ambiente (LGA N° 25.675), posterior a la reforma constitucional, también contiene especificaciones en torno a la legitimación, la cosa juzgada y otros aspectos del trámite. En ambos casos, se trata de regulaciones procesales invertebradas que no logran dar respuesta a la innumerable cantidad de cuestiones que este tipo de litigio involucra. La regulación aislada y fragmentaria repercute negativamente en su aplicación práctica y la ausencia de un sistema transversal de tutela genera más incertidumbre que certezas.

b) Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Mientras lo anotado sucedió en el Poder Legislativo, fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que, entre los poderes constituidos, más se ocupó de la temática, adoptando

¹ Salgado, José María, *El recorrido del (des)amparo colectivo en el ámbito federal*, en Mauro Benente (compilador), *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994. A 25 años*, Edunpaz, p. 351/383.

² 3429-D-2005; 3698-D-2005; 1607-D-2007; 2199-D-2009; 4776-D-2009; 6010-D-2009; 5996-D-2010; 6442-D-2010; 2540-D-2011; 4033-D-2011; 4055-D-2011; 2748-D-2012; 538-D-2013; 7200-D-2013; 153-D-2014; 1045-D-2014; 826-D-2015; 4527-D-2015; 6158-D-2015; 585-D-2016; 5356-D-2016; 7798-D-2016; 345-D-2017; 2710-D-2017; 2847-D-2017; 573-D-2018; 1610-D-2018; 3599-D-2018; 5463-D-2018; 6234-D-2018; 2022-D-2020; 3143-D-2020; 5156-D-2020; 0015-D-2021; 1898-D-2021; 4314-D-2021; 0841-D-2022; 7236-D-2022; 0009-D-2023 y; 0205-D-2023.

³ S-1095/00; S-1412/09; S-1496/09; S-1786/09; S-3396/10; S-18/11; S-1045/11; S-204/11; S-1468/12; S-66/13; S-1909/14; S-38/15 y S-3716/16; 1745-S-2021 y; 0171-S-2022.

diversas definiciones sobre su fisonomía. Lo hizo brindando precisiones en fallos y acordadas en relación al objeto y los mecanismos de tutela.

Luego de un período de incertidumbre, en el cual su jurisprudencia era contradictoria e inconsistente, hacia el año 2006 comenzó la construcción del caso colectivo mediante el dictado de varios fallos. Entre ellos el más resonante fue “Mendoza”⁴. En ese tiempo el máximo tribunal explicó cuáles eran las especies de derechos tutelables en el ordenamiento jurídico argentino. Fundamentalmente, la CSJN deslindó los derechos individuales de los colectivos y, entre estos últimos, diferenció los individuales homogéneos de los difusos.

Fue la tesis de Lorenzetti la que esquematizó el sistema de derechos en tres dimensiones: i) los derechos individuales, ii) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y iii) los derechos individuales homogéneos. En “Mendoza”, en su voto particular, definió a los primeros como aquellos bienes jurídicos individuales ejercidos por su titular, a los segundos, los derechos colectivos, como aquellos que tienen por objeto un bien colectivo, perteneciente a toda la comunidad, indivisible y que no admite exclusión alguna. Los derechos individuales homogéneos, finalmente, los conceptualizó como aquellos en los que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, pero en los que existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión de todos ellos y, por lo tanto, es identificable una circunstancia fáctica o normativa homogénea.

El tribunal terminó de perfilar cuál era el modelo escogido para la tutela de los derechos de incidencia colectiva en el caso “Halabi”⁵. En el considerando 20 del fallo, se encuentran los elementos salientes de la elección formulada por la Corte: “...la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera

⁴ CSJN, (20/06/06), “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, M. 1569. XL; (26/09/06), “Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina s/ amparo”, DJ, 2006-3-654; (31/10/06), “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, *Fallos* 329:4741; (31/10/06), “Mujeres por la Vida. Asociación Civil sin Fines de Lucro –filial Córdoba– c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, *Fallos* 329:4593; (31/10/06), “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones resol. 2629/99 s/ amparo ley 16986”, *Fallos* 329:4647; 26/6/07, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional”, *Fallos* 330:2800.

⁵ CSJN, (24/02/09), “Halabi, Ernesto c/ P. E. N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”. *Fallos* 332:111.

del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.”

Luego esta línea jurisprudencial fue profundizada en una creciente e incesante serie de pronunciamientos donde el máximo tribunal fue abarcando diversas cuestiones: la competencia, la legitimación, la gratuidad en el acceso, la conexidad entre los procesos, la conformación, homogeneidad y representatividad del grupo, etc. Se trata de distintos aspectos relativos al trámite del proceso colectivo que de ningún modo abarcan la totalidad de las cuestiones involucradas, sino que van dando respuestas esporádicas y necesarias a lo que cotidianamente se suscita en los tribunales.

c) Las acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La actividad de la CSJN no se limitó al dictado de fallos, también mediante diversas acordadas fue generando instrumentos útiles para este tipo de litigios, reforzando la elección del mecanismo representativo.

Con las acordadas N° 28/2004, 14/2006 y 7/2013 se incorporó la figura de los *amicus curiae*⁶; las audiencias públicas ante el máximo tribunal fueron reglamentadas mediante la Acordada N° 30/07; con la Acordada N° 36/2009 se creó la Unidad de Análisis Económico, cuya función principal es brindar opiniones fundadas sobre los posibles impactos macroeconómicos que pudieran derivarse de las decisiones que adopte el alto tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional; creó la Oficina de Justicia Ambiental, con funciones para impulsar, coordinar y fortalecer la difusión de las decisiones e iniciativas vinculadas con la justicia ambiental a nivel nacional e internacional⁷.

En línea más directa con la tutela transindividual, la CSJN creó el Registro Público de Procesos Colectivos (RPPC) radicados ante tribunales del Poder Judicial de la Nación, que funciona con carácter público, gratuito y de acceso libre, en el ámbito de su Secretaría General

⁶ Ya en los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994 se había hablado de los *amicus curiae* al debatir sobre el artículo 43 de la Constitución Nacional.

⁷ Acordada N° 1/14.

y de Gestión⁸. Dos años más tarde, sobresale en este recorrido la Acordada N° 12/16, mediante la cual aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (RAPC).

La CSJN consideró la necesidad de precisar algunos aspectos y fijar reglas que ordenaran la tramitación a fin de asegurar la eficacia práctica del RPPC, el logro de sus objetivos, y garantizar a la población un mejor servicio de justicia. En base a la preferencia temporal del tribunal previniente estableció la competencia y justificó el dictado del RAPC para la definición de los criterios con que aquel principio se haría operativo.

Por ello dispuso que los tribunales nacionales y federales, en el marco de los procesos colectivos, debían ajustar su actuación a sus previsiones. A su vez, invitó a los superiores tribunales de justicia del país a celebrar convenios de colaboración mediante el acceso recíproco a la información y, además, fijó como límite de vigencia de la normativa creada el dictado de la ley regulatoria por parte del Poder Legislativo nacional.

En su regulación, acompañada en un anexo a la acordada, se estableció que regiría para las causas iniciadas a partir del primer día hábil del mes de octubre de ese año y excluyó aquellas referidas a la Ley N° 25.675 –LGA– y aquellas que involucraran a personas privadas de su libertad o que se vinculen a procesos penales.

Estipuló, entre los recaudos de la demanda, que debía precisarse: *En los procesos que tengan por objeto bienes colectivos*: a) el bien colectivo cuya tutela se persigue y b) que la pretensión esté focalizada en la incidencia colectiva del derecho. *En los procesos referentes a intereses individuales homogéneos*: a) la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos; b) que la pretensión se focalice en los efectos comunes y c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del grupo involucrado. *En ambos casos se deberá*: a) identificar el colectivo; b) justificar la adecuada representación; c) indicar, de corresponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores; d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza y, en su caso, los datos de individualización, el tribunal donde se encuentran tramitando y su estado procesal y e) realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza e informar su resultado. De modo previo a dar traslado de la demanda, el juez, si lo cree necesario, puede pedir al RPPC los

⁸ Acordada N° 32/14.

informes sobre procesos con objeto semejante; también está facultado para reconvertir en colectivas demandas iniciadas en clave individual.

De acuerdo al RAPC, no puede darse curso a la demanda colectiva hasta tanto el pleito quede inscripto en el RPPC, recién entonces se dará traslado. Una vez contestada o vencido el plazo para hacerlo, conjuntamente con la decisión que resuelva las excepciones y antes de convocar a la audiencia preliminar, el juez deberá dictar el auto de certificación, ratificando o modificando lo dispuesto en el auto de inscripción y determinando la modalidad de comunicación a los integrantes del colectivo sobre la existencia del proceso. A su vez, toda decisión posterior relevante, como la certificación, la modificación del representante del colectivo, la alteración en su integración o el otorgamiento o levantamiento de medidas cautelares, deberá ser comunicada al RPPC. También aquellas que homologuen acuerdos, las sentencias definitivas y toda otra que, por la índole de sus efectos, lo justifique. Lo propio debe hacerse con las medidas cautelares dictadas antes de la radicación del proceso.

El RAPC otorga facultades a los jueces, en razón de la naturaleza de los bienes involucrados y los efectos expansivos de la sentencia, para tomar con celeridad todas las medidas que fueren necesarias a fin de ordenar el procedimiento. Idéntica actividad deberán adoptar cuando la vía prevista para el trámite –amparo, sumarísimo o cualquier otra– pudiera desnaturalizar el reclamo.

d) La legitimación y el sistema representativo.

El aspecto central que deseo exhibir con este breve *racconto* histórico, es que la CSJN definió el mecanismo concreto, entre varios posibles que se podrían haber delineado, para abordar en sede judicial los derechos de incidencia colectiva.

En muchos países europeos –por poner ejemplos– se ha seguido, mayormente, una matriz no representativa.⁹ Predomina lo que se conoce como el mecanismo *opt-in*, en el que se confía en un sujeto al que se considera representativo de los intereses del grupo, y se espera la adhesión de los involucrados al litigio. Es decir, se han legislado modalidades tales como las demandas adhesivas, los recursos repetitivos, los casos modelo y/o los precedentes formalmente

⁹ Son los casos de Italia, Alemania, Francia e Inglaterra. Ver Salgado, José María, *Conflicto masivo y proceso*, en Zaneti Jr., Hermes y Milani del Pupo, Thais (orgs.), *Proceso, justiça e constituição*, Vitoria, Espiritu Santo, Brasil, EDUFES MC&G, 2022, p.36/51

vinculantes, resultando esencial que cada uno de los miembros del grupo exprese su voluntad de demandar para poder agregarse a los resultados de ese sistema colectivo.

El paradigma escogido por la CSJN, en cambio, es el que se denomina *opt-out*, o de pretensión representativa, que encuentra su arquetipo más desarrollado en la Regla 23 del derecho federal de los Estados Unidos. El eje de este mecanismo se centra en que una persona –legitimada extraordinaria o por vía legal– representa los reclamos o defensas del grupo sin que sea necesario que sus integrantes concurren personalmente al pleito ni expresen su voluntad para quedar incluidos en aquel; por el contrario, solo deberán formular tal petición para apartarse, en los casos en que el objeto del proceso lo permita –v. gr. derechos individuales homogéneos–. La representación adecuada es el modo en que ese legitimado extraordinario se “auto postula” como el portador de la voz del grupo en conflicto y, bajo un riguroso control de sus condiciones, a efectos de garantizar la eficaz tutela de todos los derechos comunes, le hace extensivas las consecuencias de ese proceso.

Desde el año 1994 la pauta sobre la legitimación en los reclamos por derechos de incidencia colectiva debe buscarse en el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines¹⁰.

Este es un piso de garantías, dado que en un orden normativo de inferior jerarquía la Ley Nacional de Defensa del Consumidor 24.240 legitima al consumidor, al usuario y a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al Ministerio Público. Por su parte la Ley de Derecho Ambiental 25.675 legitima para reclamar la recomposición del medio ambiente al afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental –conforme el art. 43 de la C.N.- y el Estado nacional, provincial o municipal.

¹⁰ En un orden normativo de inferior jerarquía la Ley Nacional de Defensa del Consumidor 24.240 legitima al consumidor, al usuario y a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al Ministerio Público. Por su parte la Ley de Derecho Ambiental 25.675 legitima para reclamar la recomposición del medio ambiente al afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental –conforme el art. 43 de la C.N.- y el Estado nacional, provincial o municipal. Deducida la demanda por uno de ellos no podrán deducirla los restantes, aunque podrán intervenir como terceros.

3. LA FALTA DE REGULACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS EN EL AUMENTO DE LAS CUOTAS DE LA MEDICINA PREPAGA

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23 modificó el marco regulatorio de las entidades del sistema de salud, por lo que en febrero de 2024 se publicaron en el Boletín Oficial los Decretos 170/2024, 171/2024 y 172/2024 del Poder Ejecutivo Nacional (PEN), que reglamentan y detallan la desregulación al régimen de Obras Sociales y Entidades de Medicina Prepaga, que previamente se encontraba regulado por la, leyes 23.660 y 26.682. La nueva normativa provocó aumentos que llegaron a ascender al 40% en enero de 2024 y al 30% en febrero de 2024, lo que provocó numerosas demandas de personas que cuestionaban distintos aspectos de la nueva legislación.

Por ejemplo, señalaban que la normativa era inconstitucionalidad, al considerar que no se encontraban reunidos los requisitos que permitían el excepcional dictado de un decreto de necesidad y urgencia, además de no haberse seguido el mecanismo constitucional previsto en el Art. 99, Inc. 3° de la Constitución Nacional. Muchas personas no podían –ni pueden- afrontar el pago de las sumas requeridas para mantener la cobertura del servicio, lo que les genera un daño a sus derechos a la salud, a la vida y a la propiedad privada, garantizados por los Arts. 17, 42 y 75 -Inc. 22 y 23- de la Constitución Nacional. Por lo que se buscaba que las cuotas se incrementaran de acuerdo con los aumentos autorizados por la autoridad de aplicación, según lo establecido en la Ley N.º 26.682, antes del dictado del DNU 70/23.

A raíz de este conflicto se iniciaron diversas acciones, tanto individuales como colectivas. Como antes expliqué las previsiones sobre el recorrido procesal del pleito son bastante acotadas y limitadas. Se dio un caso, por ejemplo, al que se fueron adhiriendo personas interesadas (al estilo *opt in*) a un planteo individual, motivando el dictado de decisiones a medida que el proceso iba avanzando¹¹.

¹¹ “Brauchli, Marta Cristina y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/ amparo colectivo” en el Juzgado Federal de San Martín N° 2 – Secretaría Civil N° 1, como revisión actuó la Cámara Federal de San Martín –Sala II-. En este caso promovió un planteo por la actora Cristina Brauchli y, en consecuencia, ordenó a la demandada readecuar las cuotas correspondientes al plan médico asistencial de la coactora, dejando sin efecto los aumentos realizados –según decreto de necesidad y urgencia (DNU) 70/2023. Luego se hizo lugar a la ampliación de la medida cautelar solicitada por otras personas, adherentes, integrantes del incidente de apelación N° 4 y, en consecuencia, se ordenó a la accionada que hasta tanto se acredite en las presentes actuaciones algún pronunciamiento de la autoridad de aplicación que haga variar las circunstancias reseñadas, se abstenga de aplicar los aumentos y aplique el dispuesto en la última publicación con un tope de 8,51% (Resol MSAL. Nro. 2577/2022) desde enero y por cada periodo mensual subsiguiente, hasta tanto se dicte sentencia definitiva. La segunda instancia consideró que, tratándose de una cuestión esencialmente patrimonial, el nivel de afectación de cada afiliado resultará disímil en función de la capacidad económica que cada uno logre demostrar. No encontró un perjuicio

Dicha respuesta jurisdiccional se basó, por supuesto, en la interpretación que los jueces hicieron de lo dispuesto en el precedente “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aunque con una mirada particular dado que, hasta el momento, los sistemas adhesivos no han sido instrumentados en la Argentina, ni por la legislación, ni por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Está claro que nada impediría instrumentar un enorme litisconsorcio, pero sin reglas precisas sobre el trámite podría resultar una secuencia tan caótica como inútil. Por ejemplo, se desconoce hasta qué momento se podría formular la adhesión, quién tomaría las decisiones del mentado conjunto de personas adherentes, si estas se adoptarían mediante votaciones (¿?), cuáles son las condiciones básicas para poder adherir, qué cuestión es la que se discute en los procesos sobre la cual recaerá un pronunciamiento, si se podría revocar la adhesión, si deberían afrontarse costas procesales, y un larguísimo etcétera que es la consecuencia de la improvisación.

Un caso paradigmático, que exhibe con mucha más claridad los problemas que puede acarrear la ausencia de un sistema de procesos colectivos representativos, es el que se generó por el mismo conflicto a partir del expediente “Superintendencia de Servicios de Salud c/ OSDE y otros s/ Amparo” (Expte. N° 9610/2024)¹².

La Superintendencia de Servicios de Salud, como autoridad pública que ejerce poder de policía administrativo (control) sobre las empresas de medicina prepaga, demandó a casi todas las empresas controladas que operan en la Argentina. Aludió a sus funciones vinculadas a mantener la libre competencia y el acceso al mercado.

Fundó su legitimación en las normas generales sobre sus competencias en el área vinculadas con libre competencia, transparencia, eficiencia económica y equidad social (artículo 5 inciso c) de la Ley N°26.682) y en el art. 1712 del CCyCN que la otorga a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño.

común, más allá del daño diferenciado que cada uno de ellos ha manifestado en razón de sus circunstancias particulares. Por eso declaró la inadmisibilidad formal de la demanda como colectiva, permitió que aquella continuara para la actora, aunque revocó la medida cautelar.

¹² Con trámite ante el Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3, aunque con inicio ante Juzgado Civil y Comercial Federal N° 9. El Juzgado Civil y Comercial Federal N° 9 ordenó la acumulación de las actuaciones a los autos caratulados “Wilson, Eduardo Santiago c/ Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo” (Expte. N° 19.506/23) en trámite ante Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3.

Ahí indicó que “aun cuando la demanda no ha sido formalmente presentada como una acción colectiva, la pretensión formulada reúne todos los requisitos necesarios para ser considerada como tal.” cuyo objeto es que se declare “la inconstitucionalidad de los arts. 267 y 269 del Decreto de Necesidad y Urgencia DNU 70/2023”

Solicitó el cese de los aumentos abusivos en cuotas por prestaciones de salud posteriores al Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023 y que sólo se permita un incremento conforme a los índices que se crea conveniente determinar.

Pidió que de acuerdo con el art. 230 y sgtes. del CPCCN se ordene a las Entidades de Medicina Prepaga demandadas, que se abstengan de efectuar aumentos de las cuotas en todos los planes prestacionales sin excepción, y se retrotraiga el monto de los valores a las cuotas vigentes al 01.12.2023, debiendo efectuarse eventuales ajustes de acuerdo con el o los índices que el Tribunal considere correspondientes.

Señaló que, por medio de esos aumentos arbitrarios, las demandadas, con su accionar meramente de cartelización, económico, comercial y especulativo indiscriminado, vulneraron el interés público comprometido preservado por el Estado Nacional, expulsando del sistema a miles de usuarios que ven afectado el acceso a la salud, con el agravio constitucional que de ello se desprende.

Expuso que los incrementos objetados son materializados merced a un abuso de posición dominante ejercido por las empresas de medicina prepaga accionadas, y que no obstante su condición mercantil, no pueden desligarse de que su objeto es la protección de la vida y la salud de sus afiliados.

Indicó que el planteo no tiene un objeto regulatorio, sino un fin destinado a tutelar la libre competencia frente a prácticas anticompetitivas, como el abuso de posición dominante y el exceso en la determinación arbitraria e injustificada de esas cuotas, que no guardan correlato con los indicadores que refleja el mercado.

La Superintendencia de Servicios de Salud no reclamaba en función de un derecho que le es propio, sino para tutelar los de los millones de afiliados a las empresas demandadas, que “...componen aproximadamente el 94,66% del padrón de usuarios del sistema de salud” (conf. escrito presentado el 22.04.2024). De esta manera, la acción es promovida por la actora como órgano de fiscalización de las entidades de medicina prepaga, en virtud de cuyo rol se encontraría obligada a accionar “...para la preservación irrestricta de los derechos de los usuarios de las mismas, quienes resultan gravemente perjudicados por esos aumentos indiscriminados...”.

El Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3 hizo lugar a la medida cautelar y ordenó: 1) a las demandadas que se abstengan de efectuar aumentos de las cuotas en todos los planes prestacionales sin excepción, y retrotraigan el monto de los valores a las cuotas vigentes al mes de diciembre de 2023, los que deberán actualizarse de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor que elabora mensualmente el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos; 2)

estableció que en caso de que los afiliados hubieran abonado las facturas con los incrementos dejados sin efecto por esta decisión, la diferencia resultante entre dicho importe y el cálculo de actualización fijado, constituye un crédito a favor de cada uno de ellos; 3) fijó el plazo de cinco (5) días para que cada Agente del Sistema de Salud demandado presente un plan de acción para efectivizar la restitución dineraria que se ordena, bajo apercibimiento de tomar las medidas necesarias tendientes a lograr su cumplimiento; 4) dispuso -a cargo de la actora- la publicación de la presente resolución por edictos en el Boletín Oficial por dos días; 5) notificar la decisión al correo electrónico que las demandadas hayan constituido ante la Superintendencia de Servicios de Salud; 6) establecer que no resultaba necesaria ninguna presentación judicial en esta causa, de modo tal que los particulares deberán canalizar sus reclamos y/o denuncias de incumplimiento del modo informado por la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación siendo este canal la vía más idónea a tales efectos. (Colectivo)

Luego convocó a una audiencia, en la que se llegó a un acuerdo el 27 de mayo de 2024. El art. 54 de la LDC –única norma referida a esta posibilidad en el marco de un proceso colectivo- establece: *“Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá **correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal**, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que **se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso**”*.

De la audiencia participaron 36 representantes de las distintas empresas de medicina prepaga –casi todas- y se llegó a un acuerdo transaccional.

4. EL ACUERDO COLECTIVO Y UNA LARGA LISTA DE FALENCIAS PARA ATACAR SU Oponibilidad a los usuarios

En este apartado me limitaré a señalar una serie de puntos que le quitan legitimidad, desde el punto de vista procesal, al acuerdo celebrado.

- a) La Superintendencia de Servicios de Salud no tiene una clara legitimación extraordinaria para efectuar el reclamo. No hay una norma que lo prevea, por lo que en su presentación acudió a la cita del art. 1712 del CCyCN que, en materia de la

pretensión preventiva de daños, habilita una legitimación popular para realizar este tipo de planteos¹³.

- b) Todavía más grave es que al margen de no contar con una clara legitimación, no se controlara en todo el proceso, ni antes de celebrar el acuerdo, la condición de representante adecuado del grupo por el que se presentaba a reclamar en los tribunales.
- c) Antes de celebrar el acuerdo no se confirió la vista al Ministerio Público Fiscal a efectos de que, como establece el art. 54 de la LDC, se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. Se le envió con posterioridad y en un escueto dictamen señaló que nada tenía para observar.
- d) No se consideró que existían otros procesos colectivos con “sustancial semejanza” al presente en trámite e inscriptos en el Registro Público de Procesos Colectivos.
- e) Los términos del acuerdo son ruinosos para la clase supuestamente “representada”. Se establece que, por ejemplo, que los aumentos mensuales entre enero y mayo de 2024 se basarán en un índice que evolución al 20,6 en enero, al 13,2 en febrero, al 11 en marzo, al 8 en abril y al 4,2 en mayo, es decir a tasas superiores a las pretendidas por los integrantes del grupo –en procesos análogos- para la reducción de los aumentos y a la que, en general, evolucionaron los salarios. Pero además, las diferencias percibidas en demasía por las empresas se les aplicaría la tasa de interés pasiva del Banco de la Nación Argentina –prácticamente la más baja del mercado- y se devolverían a los miembros del grupo en 12 cuotas mensuales. La altísima inflación que se sufre Argentina, importa la licuación absoluta de dichos créditos. Las empresas reincorporarían a las personas que hubieran quedado excluidas por falta de pago, siempre que abonaran las deudas, claro. Sin embargo, a partir del mes de julio de 2024, las cuotas podrían ajustarse libremente, según la estructura de costos de cada empresa.
- f) En ningún momento se dio adecuada publicidad a la existencia de este reclamo. La consulta efectuada en el Registro Público de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. 32/14) dio un resultado negativo, es decir no

¹³ Salgado, José María, Tutela preventiva. La regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación y su dimensión comunitaria, Revista de Derecho Procesal, El impacto del Código Civil y Comercial en el proceso – I, 2022-1, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 251/273.

aparece registrado. No se cursaron comunicaciones individuales a los miembros del grupo.

- g) No se brindó la posibilidad a los miembros del grupo de solicitar la exclusión (*opt out*) del proceso representativo, como lo marca el art. 54 de la LDC.
- h) La homologación del acuerdo se realizó el 14 de junio de 2024, aunque no se realizó a través de una decisión fundada por parte del juez del caso, no al menos con una fundamentación que dé cuenta de lo beneficioso que el acuerdo podría resultar para los miembros del grupo que fueran representados por la Superintendencia de Servicios de Salud.
- i) El acuerdo tendrá efectos de cosa juzgada en relación a los reclamos de cualquier índole que se realicen, sea colectivos o individuales. De modo que se trata de un intento de bloqueo a reclamos judiciales por el mismo conflicto, frente a la cual obliga a quienes quieran cuestionar el DNU 70/23 y lo sucedido con posterioridad a solicitar, cuanto menos, la inoponibilidad de lo acordado por ausencia de representatividad adecuada.

Es fácil advertir que un acuerdo de esta índole presenta más problemas que soluciones. El art. 54 de la LDC establece, “La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”, se trata de la cosa juzgada con preclusión unilateral.

Sin embargo, la preclusión no puede sostenerse cuando la respuesta es colusiva para los derechos de los miembros del grupo involucrados¹⁴. La situación descrita destaca la importancia de contar con un sistema legislado que prevenga derivaciones no deseadas. Estas aparecen en tanto la regulación de la cuestión colectiva se efectúa en forma diseminada sin una visión íntegra los institutos y los coordine.

¹⁴ Carestia, Federico S. y Salgado, José María, La transacción en las acciones de clase, LL 2012-B, 781.

5. EL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

En su hora el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPC)¹⁵, que ha cumplido 20 años de vigencia, tuvo gran relevancia en su tiempo en orden a guiar las regulaciones de los distintos países de la región.

Es especialmente importante en lo que se refiere a la legitimación y al control de la representatividad adecuada como garantías elementales del debido proceso colectivo.

Especialmente este último aspecto, en el art. 2, parr.2, enuncia distintos aspectos a considerar: “En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como: a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c – su conducta en otros procesos colectivos; d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.”

En cambio, la regulación de la cosa juzgada y de los acuerdos transaccionales podría ser actualizada a efectos de brindarle una mayor efectividad y seguridad. La primera para analizar la posibilidad de darle un sistema de preclusión bilateral (art. 30), la segunda por cuanto su regulación es sumamente acotada en relación a las distintas aristas y eventualidades que pueden presentar los acuerdos en este campo (art. 11, parr. 2 y 3).

6. CONCLUSIÓN

La ausencia de regulación, sumado al desconocimiento por los operadores de los resortes de los mecanismos de enjuiciamiento representativo, expone al sistema judicial a

¹⁵ El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal desarrolló en el año 2002 el Anteproyecto de Procesos Colectivos para Iberoamérica, elaborado por los Profesores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi, para su presentación en las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Montevideo, 16-18 de octubre de 2002). Este fue sometido a una ronda de críticas y reflexiones cuyo resultado fue, en el año 2004, la aprobación del Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. La Comisión Revisora integrada por los Profesores Ada Pellegrini Grinover, Aliuso G. de Castro Méndes, Anibal Quiroga León, Enrique Manuel Falcón, Kazuo Watanabe, José Luís Vázquez Sotelo, Antonio Gidi, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce, Sergio Artavia, redacción revisada por Angel Landoni Sosa, elaboró una segunda versión del Anteproyecto y redactó lo que finalmente es el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que fue aprobado por la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en octubre de 2004 durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en la ciudad de Caracas.

derivaciones no deseadas, como el caso que fue objeto de comentario. Derivaciones que también pueden fundarse en un uso abusivo del sistema producto, justamente, de la fragilidad y maleabilidad –en el mal sentido- del sistema que, necesariamente, debería resguardar principios y garantías constitucionales.

Es claro que el uso desviado de la herramienta con fines abusivos no la invalida en sus prestaciones, sin embargo, tampoco es razonable que a 30 años de su incorporación al texto de la Constitución Argentina el Congreso no se hubiera encargado de hacer efectivos los mecanismos de tutela.