Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Lorena de Oliveira Severino
Carlos Roberto Firme Filho
(orgs.)
vol. 2
direito e processo
coletivo estrutural
perspectivas comparadas
DIALÉTICA
EDITORA

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Claudia Lambach
Cristiane Wosniak
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Fabíola Paes de Almeida Tarapanoff
Fernando Andacht
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Gláucia Davino
Helena Maria Ferreira
Hernando Urrutia
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
Jorge Manuel Neves Carrega
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Luiz Gustavo Vilela
Manuela Penafria
Marcelo Campos Galuppo
Marco Aurélio Nascimento Amado
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Mauro Alejandro Baptista y Vedia Sarubbo
Milena de Cássia Rocha
Mirian Tavares
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Susana Costa
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

vol. 2

direito e processo coletivo estrutural

perspectivas comparadas

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Copyright © 2024 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2024 by Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, Lorena de Oliveira Severino, Carlos Roberto Firme Filho (Orgs.)

DIALÉTICA
EDITORA

/editoradialetica
@editoradialetica
www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores
Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Tiago Aroeira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Coordenadora Editorial
Kariny Martins

Produtora Editorial
Yasmim Amador

Controle de Qualidade
Maria Laura Rosa

Capa
Gabriele Oliveira

Diagramação
Gabriele Oliveira

Preparação de Texto
José Rômulo

Revisão
Responsabilidade do autor

Auxiliar de Bibliotecária
Laís Silva Cordeiro

Assistentes Editoriais
Ludmila Azevedo Pena
Thaynara Rezende

Estagiários
Giovana Teixeira Pereira
Maria Cristiny Ruiz

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598p Direito e Processo Coletivo Estrutural : perspectivas comparadas / organização Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, Lorena de Oliveira Severino, Carlos Roberto Firme Filho. – São Paulo : Editora Dialética, 2024.
356 p. = (v. II)

Bibliografia.
ISBN 978-65-270-2717-1

1. Direito. 2. Processo Coletivo Estrutural. 3. Legislação. I. Título.

CDD-340

Mariana Brandão Silva - Bibliotecária - CRB -1/3150

APRESENTAÇÃO DA OBRA

Prezado Leitor,

Inicialmente, agradecemos seu interesse nesta obra que é resultante de esforço conjunto de pós-graduandos, contando com a colaboração e/ou coautoria de alguns docentes e seus orientandos no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e sendo resultado de trabalhos acadêmicos apresentados durante os anos de 2021-2023. Configura-se em coletânea de artigos cujos temas foram pesquisados, discutidos, desenvolvidos e convertidos na produção acadêmico-científica ora divulgada. Seu conteúdo vincula-se à área de estudo denominada *"Direito e Processo Coletivo no Estado Democrático de Direito"*.

Registrar-se que no ano de 2019 publicamos o volume primeiro, que inaugurou essa coletânea de estudos, no qual apresentamos 11 artigos, cujos temas foram igualmente desenvolvidos no âmbito dessa área de estudos situada dentro da linha 2 do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. A primeira obra coletiva correlata a esta, ora compartilhada, se focou em descrever as conexões existentes entre do Direito e Processo Coletivo, frente a outros ramos do direito brasileiro, tendo sido intitulada '*Direito e Processo Coletivo: Diálogos Interdisciplinares*'.

Neste volume 2 e a fim de oferecermos a maior amplitude de informações sobre o tema, focando-se nas pesquisas sobre o "*Direito e Processo Coletivo Estrutural sob o viés comparado*" separamos os estudos de modo a incluirmos alguns países representantes da América Latina; da América do Norte e da Europa, pretendendo identificar os pontos de

contato do objeto de pesquisa, com aqueles que apresentam conexão no âmbito do direito comparado. Observa-se que os temas em destaque nesse volume sob a ótica comparada são abordados de modo disperso pela doutrina estrangeira. Daí o nosso esforço em reunir esses estudos em um volume específico, visando uma compreensão didática a aprofundada do Processo Coletivo Estrutural e apontando contornos de como esse vem sendo desenhando em diferentes sistemas jurídicos.

É importante lembrar que a pesquisa de qualquer tema em que se pretende aprofundar, evoca também abordagem sob o enfoque do direito comparado, visto que, isso possibilita aos pesquisadores conhecer melhor as características dos ordenamentos jurídicos estrangeiros estudados, ao mesmo tempo que, permitirá imprimir maior cientificidade ao ordenamento jurídico nacional. Por esse viés, se consegue apontar pontos de contato e semelhanças, bem como os aspectos relevantes que diferenciam os ordenamentos jurídicos de diferentes Estados.

Nota-se que nesta obra, os artigos estão voltados, para além do foco no Direito e Processo Coletivo Estrutural, ao embasamento em nuances no âmbito das áreas Civil e Constitucional.

E, conforme se poderá observar no seu sumário, dentre aos países da América Latina, foram examinados alguns ordenamentos jurídicos da Américas do Sul e Central com os seguintes temas: "O processo coletivo estrutural na Argentina: Uma análise da Ação de Amparo", por *João Paulo Ricaldoni Lopes Silva e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau*. "Decisões estruturantes, diálogo cooperativo e impacto coletivo: A atuação sem precedentes da Corte Suprema do Chile na proteção coletiva estrutural de menores separados em estado de migração", por *Rodrigo Lesser Pereira de Figueiredo e Antônio Gomes de Vasconcelos*. "Litígio estrutural e o estado de coisas inconstitucional em perspectiva histórico-comparada: Experiências norte-americana e colombiana para melhoria do sistema prisional", por *Carlos Roberto Firme Filho e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau*. "Processos estruturais e estado de coisas inconstitucional: uma análise dos julgados do Tribunal Constitucional Peruano", por *Igor Sousa Gonçalves e Adriana Goulart de Sena Orsini*. "Processo coletivo comum e estrutural no Brasil e no Uruguai: Análise comparativa a

partir de perspectivas práticas e teóricas", *por Lorena de Oliveira Severino e Maria Fernanda Salcedo Repolês.* "Processo coletivo comum e estrutural sob a perspectiva do direito uruguaio", por *Antônio Gomes de Vasconcelos e Stephanie Linhares Sales de Carvalho*. "Acesso à justiça e representação adequada da coletividade no Brasil e no México", por *Iara Duque Soares e Adriana Goulart de Sena Orsini*. Por fim, concentrando-se na mais alta corte brasileira, o texto "O processo estrutural e o Supremo Tribunal Federal", de *Edilson Vitorelli*, desenvolve um importante estudo sobre o uso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e seus impactos na resolução de litígios coletivos de grande impacto social, demonstrando como o Supremo se inspirou em outras jurisdições e no aprimoramento teórico brasileiro para evoluir na aplicação prática do processo estrutural.

O exame do processo estrutural sob o enfoque Norte Americano, incluiu-se o artigo intitulado "Ascensão e queda da litigância coletiva nos Estados Unidos: origens históricas, processo estrutural e *class actions* de massa", por *Tiago Reis Bittencourt e Maria Fernanda Salcedo Repolês.*

Sobre os estudos no Direito Europeu, em viés comparativo ao Direito Brasileiro, foram analisados os seguintes temas: "A necessária participação de terceiros envolvidos no processo coletivo estrutural brasileiro: análise comparativa com o Direito Francês"**,** realizado por *Larissa Trópia Aladim, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Renata C. Vieira Maia.* "A tutela de direitos coletivos pelo ordenamento jurídico da Itália", por *Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria.* "Processo e litígios coletivos estruturais no Brasil e em Portugal: desafios na fronteira entre normatividade e prática", por *Henrique Rabelo Quirino, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Adriana Goulart de Sena Orsini*. E, por fim, foi analisado "O caso *lloyd v. google* e o ônus da prova no Reino Unido: o processo coletivo estrutural pode compreender litígios digitais?", desenvolvido por *Vinícius Antônio Toscano Simões Nabak.*

Relevante registrar a nossa sincera gratidão a todas as instituições colaboradoras que materializaram essa obra, cuja divulgação somente se tornou possível, por meio da seleção promovida nos termos do Edital

de Fomento Institucional nº 2308/2023/Direito – CPGDIR-UFMG, para publicação de livros científicos seriados do PPGD-UFMG. Por essa via foram contemplados discentes e docentes deste programa, respeitando a necessidade de pluralizar a autoria das obras entre esses, como ora se traduz nesta feliz oportunidade de publicação de seus estudos monográficos que agora apresentamos, em forma de coletânea, ao público leitor especializado. Nosso intuito é de criar um espaço de discussão sobre os conteúdos científico-acadêmicos que veem sendo produzidos na área do Direito. Lembramos que, todo esse esforço, conta ainda com o indispensável apoio de recursos e custeio do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. A primorosa composição e diagramação realizadas pela Editora Dialética complementam esse trabalho científico-acadêmico compartilhado nesta coleção seriada. A Editora Dialética, de modo constante, tem aberto um espaço para maiores interlocuções jurídico-acadêmicas, tornando-se divulgadora de estudos relevntes e promovendo a acessibilidade a estes para grande número de pesquisadores e pesquisadoras no Brasil e no exterior.

Assim, é com grande alegria que apresentamos essa obra, buscando dar continuidade periódica ao volume 1 já anteriormente publicado, convidando as leitoras e os leitores interessados nos temas deste segundo volume, à sua análise e reflexão sobre os conteúdos que se direcionam à valorização das práticas e dos instrumentos de tutela das coletividades em sentido amplo, observando especialmente como tais práticas têm se mostrado, eficientes ou não, para além das fronteiras do nosso país.

Por fim, de forma muito respeitosa, agradecemos imensamente aos autores e coautores desta obra, professores e pós-graduandos do PPGD da UFMG, que possibilitaram a reunião destes estudos dedicados à investigação sobre Direito e do Processo Coletivo Estrutural brasileiro e comparado que, como poderá ser obsevado durante a leitura, o fizeram de modo crítico, científico, inovador e responsável.

Ficamos no aguardo das preciosas críticas às ideias aqui veiculadas, no intuito de continuarmos nos aprofundando e ampliando as nossas reflexões sobre a matéria, compartilhando com você a oportunidade

de nos permitir dividir as ideias e as esperanças sobre uma tutela efetiva das coletividade, tema que marca e se renova nesta singela obra.

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Lorena de Oliveira Severino
Carlos Roberto Firme Filho

SOBRE OS AUTORES

Adriana Goulart de Sena Orsini

Professora Associada IV da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-doutora em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas - UDF - Brasília/DF; Mestre (1999) e Doutora (2006) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Coordenadora do Programa de Ensino, Extensão e Pesquisa RECAJ da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Desembargadora do TRT3.

Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria

Graduada e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; Especialista em Direito Minerário pelo CEDIN; Professora Universitária; Advogada e Diretora Administrativa do Instituto Brasileiro de Direito Minerário – IBDM.

Antônio Gomes de Vasconcelos

Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2007), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002), graduação em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1978). Professor no Curso de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Minas Gerais; Idealizador e co-fundador do primeiro Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista (Ninter) do Brasil. Concebeu, propôs e coordenou a implantação do Sistema Integrado de Participação da Primeira Instância na Gestão Judiciária e Administração da Justiça do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região: Singespa-TRT3. É responsável pela concepção, implantação e coordenação do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração de Justiça da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Prunart-UFMG). Desembargadora do TRT3.

Carlos Roberto Firme Filho

Doutorando em Direito e Processo Civil Coletivo na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Sistemas Jurídicos Contemporâneos, com ênfase em Processo Constitucional Comparado, pela *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*. Possui especializações em Direito Processual Civil, em Direito do Estado, em Direito Público, em Direito Previdenciário e em Gestão Ambiental. Professor universitário de Direito Constitucional e Processo Civil. Ex-Defensor Público do Espírito Santo. Procurador Federal.

Edilson Vitorelli

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Professor Adjunto na Universidade Federal de Minas Gerais, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Pós-doutor em Direito pela UFBA, com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law. Doutor em Direito pela UFPR. Visiting scholar na Stanford Law School. Visiting researcher na Harvard Law School. Mestre em Direito pela UFMG. É o único autor brasileiro vencedor do prêmio "Mauro Cappelletti", atribuído pela International Association of Procedural Law ao melhor livro de processo no mundo. A obra agraciada pela premiação foi O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 3.ed. São Paulo: RT, 2022.

Henrique Rabelo Quirino

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Bachelor of Arts (BA) in Philosophy pela University of London (Birkbeck College). Notário.

Iara Duque Soares

Professora Substituta da Universidade Federal Fluminense - UFF. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense - UFF; Extensionista e pesquisadora voluntária do Programa de Ensino, Extensão e Pesquisa RECAJ da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Advogada e Mediadora de Conflitos.

Igor Sousa Gonçalves

Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Procurador do Trabalho MPT-AC.

João Paulo Ricaldoni Lopes Silva

Graduado em Direito pela Faculdade Mineira de Direito Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Larissa Trópia Aladim

Graduada e Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Pesquisadora no Projeto Observatório do Judiciário da Faculdade de Direito da UFMG. Advogada.

Lorena de Oliveira Severino

Advogada e Professora. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (2022). Especialista em Direito Público pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (2021). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (2019), Minas Gerais.

Maria Fernanda Salcedo Repolês

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e Membro Permanente do Corpo de Docentes junto ao PPGD/UFMG; Coordenadora Geral do Programa Transdisciplinar Polos de Cidadania Bolsista PQ-2, do CNPq.

Renata C. Vieira Maia

Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal Minas Gerais – UFMG no Curso de Graduação e Pós-Graduação onde também é Diretora da DAJ - Divisão de Assistência Judiciária; Coordenadora da Câmara de Mediação - Projeto de Extensão da Faculdade; Coordenadora

do Projeto Incluir Direito-MG do CESA em convênio com a Faculdade de Direito da UFMG e Co-coordenadora do Projeto Observatório do Judiciário da Faculdade de Direito da UFMG. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Mestra em Direito Empresarial - Faculdades Milton Campos e Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Visitante na Università Degli Studi di Firenze (Dipartimento di Scienze Giuridiche) no período de dezembro de 2021 a maio de 2022. Conselheira-Geral do IDPro - Instituto de Direito Processual.

Rodrigo Lesser Pereira de Figueiredo

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2020). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha (2011). Professor Universitário de Direito Constitucional, Processo do Trabalho e Direito Tributário. Advogado.

Stephanie Linhares Sales de Carvalho

Mestre e Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG e responsável pela coordenação da equipe da área processual cível no escritório Veríssimo Moreira e Simas Advogados Associados. Advogada, especialista em Direito Privado e Mestre em Direito. Possui extensão em Gestão de pessoas com ênfase em liderança pela Fundação Getúlio Vargas. Coordenadora discente e pesquisadora do Grupo de Estudos sobre o Direito Constitucional no Programa de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça da UFMG. Componente do Suporte ao Grupo Internacional Interinstitucional Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa em Direito, Economia e Finanças Públicas - GIDEF.

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Doutora em Direito Processual Coletivo e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Graduação em Direito – Faculdades Integradas de Direito Candido Mendes Ipanema/RJ. Graduação em Pedagogia – PUC-Minas, com Especialização em Supervisão Escolar e Orientação Educacional.

Professora Associada IV da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Corpo Permanente de Docentes no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, com ênfase na área de estudo do Direito e Processo Coletivo Nacional e Comparado. Instrutora, Conciliadora e Mediadora Voluntária no CEJUSC-BH. Diretora da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq: Direito e Processo Coletivo: Análise Sistêmica e Estrutural.

Tiago Reis Bittencourt

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG; Pesquisador do Programa Transdisciplinar Polos de Cidadania.

Vinícius Antônio Toscano Simões Nabak

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Advogado.

SUMÁRIO

O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA ARGENTINA: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DE AMPARO 21

João Paulo Ricaldoni Lopes Silva

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

DECISÕES ESTRUTURANTES, DIALOGO COOPERATIVO E IMPACTO COLETIVO: A ATUAÇÃO SEM PRECEDENTES DA CORTE SUPREMA DO CHILE NA PROTEÇÃO COLETIVA ESTRUTURAL DE MENORES SEPARADOS EM ESTADO DE MIGRAÇÃO 47

Rodrigo Lesser Pereira de Figueiredo

Antônio Gomes de Vasconcelos

LITÍGIO ESTRUTURAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICO-COMPARADA: EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA E COLOMBIANA PARA MELHORIA DO SISTEMA PRISIONAL 79

Carlos Roberto Firme Filho

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

PROCESSOS ESTRUTURAIS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO **107**

Igor Sousa Gonçalves

Adriana Goulart de Sena Orsini

PROCESSO COLETIVO COMUM E ESTRUTURAL NO BRASIL E NO URUGUAI: ANÁLISE COMPARATIVA A PARTIR DE PERSPECTIVAS PRÁTICAS E TEÓRICAS **129**

Lorena de Oliveira Severino

Maria Fernanda Salcedo Repolês

PROCESSO COLETIVO COMUM E ESTRUTURAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO URUGUAIO **149**

Antônio Gomes de Vasconcelos

Stephanie Linhares Sales de Carvalho

ACESSO À JUSTIÇA E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DA COLETIVIDADE NO BRASIL E NO MÉXICO **183**

Iara Duque Soares

Adriana Goulart de Sena Orsini

O PROCESSO ESTRUTURAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **205**

Edilson Vitorelli

ASCENSÃO E QUEDA DA LITIGÂNCIA COLETIVA NOS ESTADOS UNIDOS: ORIGENS HISTÓRICAS, PROCESSO ESTRUTURAL E *CLASS ACTIONS* DE MASSA **235**

Tiago Reis Bittencourt

Maria Fernanda Salcedo Repolês

A NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS ENVOLVIDOS NO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL BRASILEIRO: ANÁLISE COMPARATIVA COM O DIREITO FRANCÊS **265**

Larissa Trópia Aladim

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Renata C. Vieira Maia

A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO DA ITÁLIA **289**

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria

PROCESSO E LITÍGIOS COLETIVOS ESTRUTURAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL: DESAFIOS NA FRONTEIRA ENTRE NORMATIVIDADE E PRÁTICA **313**

Henrique Rabelo Quirino

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Adriana Goulart de Sena Orsini

TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS: O CASO *LLOYD V. GOOGLE* NO DIREITO INGLÊS 329

Vinícius Antônio Toscano Simões Nabak

O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA ARGENTINA: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DE AMPARO

João Paulo Ricaldoni Lopes Silva

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

RESUMO: Este trabalho aborda sobre o processo coletivo estrutural no Direito da Argentina, por meio da análise da ação de amparo, o instrumento mais proeminente para a defesa dos direitos difusos e coletivos do ordenamento jurídico argênteo. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, a partir de fontes primárias e secundárias existentes, com ênfase nas pesquisas dos autores Francisco Verbic, José Luis Lazzarini e Edilson Vitorelli. Analisando o instituto da ação de amparo, a partir de sua reconstrução histórica, o objetivo foi de apontar as possibilidades e limitações do processo coletivo estrutural na Argentina, a fim de contribuir com eventuais estudos sobre o tema, bem como possibilitar a compreensão desse instrumento no contexto da América Latina. Durante a elaboração da pesquisa, percebeu-se que a ação de amparo se apresenta como importante instrumento para garantia dos direitos fundamentais, bem como que há um microssistema de tutela dos direitos coletivos na Argentina que apresenta certos elementos específicos os quais podem contribuir para a solução dos problemas estruturais deste país. A flexibilidade, a segmentação da execução em etapas, a constante reavaliação dos resultados almejados e atingidos, a constante oitiva dos atores envolvidos, o amplo rol de legitimados ativos e passivos, dentre outras características, encontram respaldo no citado microssistema. Conclui-se que, tais peculiaridades constituem-se como qualidades que devem ser observadas na

resolução judicial dos litígios estruturais e, portanto, por meio dos processos coletivos estruturais.

Palavras-chave: Ação de amparo; Direitos difusos e coletivos; Litígios estruturais; Processo coletivo estrutural; Microssistema processual.

1. INTRODUÇÃO

O estado de coisas inconstitucional, passível de ser identificado por situações como: desastres-crimes ambientais, ausência de garantia do mínimo existencial, superpopulação carcerária, aumento exponencial da população em situação de rua, da pobreza e da desigualdade social, inegáveis problemas da atualidade, que se apresentam de forma cada vez mais complexa e em muitos países da América Latina, sendo necessário que pensemos em alternativas igualmente complexas a fim de revertê-los adequadamente.

A dita complexidade decorre de vários fatores, podendo advir da multiplicidade de agentes envolvidos, por ação ou omissão, frente à efetivação dos direitos sociais constitucionais - e das peculiaridades de cada caso concreto -, das diversas classes de atores participantes, da extensão territorial do problema e de seu histórico originário e, até mesmo, da forma de funcionamento de uma estrutura burocrática mal gerenciada, sendo esse último a principal característica a ensejar o processo coletivo estrutural, como instrumento de correção.

Conforme, se verifica das soluções costumeiramente adotadas pelo Poder Judiciário para abordagem individual e tutela de direitos sociais constitucionais, aparentam estas ser insuficientes para solucionar os problemas estruturais - ou seja, aqueles decorrentes do funcionamento inadequado ou insuficiente de uma estrutura burocrática, seja esta pública ou privada, que afete a uma coletividade de sujeitos - visto as limitações próprias e limitadas do processo civil habitual-tradicional.

A necessidade da observância de certas peculiaridades, geralmente ignoradas pelo processo civil tradicional, a fim de que as estruturas burocráticas falhas passem a operar de forma a garantir - e não violar

– direitos sociais, leva o Judiciário a buscar outras formas de resolução dos problemas estruturais, matéria que se busca esclarecer nesse artigo.

Tendo em vista que o processo coletivo estrutural se mostra cada vez mais necessário diante da existência de diversos litígios estruturais na América Latina, fato que se apresenta como consideramos uma realidade inafastável, torna-se necessário que compreendamos melhor esse instrumento.

A partir das pesquisas de autores como Francisco Verbic, José Luis Lazzarini e Edilson Vitorelli, é possível compreender melhor as nuances do processo coletivo na Argentina, bem como identificar por quais instrumentos seria possível abordar esse tema no ordenamento jurídico do país. Analisando o instituto denominado como 'ação de amparo' e a partir de sua reconstrução histórica, são apontadas as possibilidades e limitações do processo coletivo estrutural na Argentina. Desta forma e a fim de contribuir com eventuais outros estudos sobre o tema, é esperado que esse breve estudo possa trazer a compreensão desse instrumento no contexto da América Latina, e em especial na Argentina.

2. A AÇÃO DE AMPARO NO DIREITO ARGENTINO

2.1. Breve histórico da ação de amparo

A ação de amparo tem suas raízes nos anos de 1957 e 1958, quando uma criação jurisprudencial da Corte Suprema de Justiça da Nação trouxe à baila no direito argentino a possibilidade e causas de seu ajuizamento. Os casos "Siri" e "Kot", julgados em 1957 e 1958, respectivamente, julgados pela Corte Suprema de Justiça da Nação, dão início à história da ação de amparo no ordenamento jurídico argentino (Lazzarini, 2000). Não é pretensão do trabalho aprofundar a análise desses casos, porém, cabe aqui tecer algumas considerações inerentes ao tema deste artigo.

O primeiro caso, "Siri" (1957), se tratava de um pedido de *habeas corpus* para que fosse reaberto um jornal, do qual a impetrante era proprietária, sendo que se encontrava fechado desde 1956 pela Província

de Buenos Aires. Nele a Corte gerou um precedente fundamental para a tutela constitucional dos direitos e garantias fundamentais, entendendo que a inexistência de lei regulatória não poderia obstar o reconhecimento e efetivação desses. Neste sentido, é o trecho da decisão:

> Que basta essa comprovação imediata para que a garantia constitucional invocada seja restabelecida pelos juízes de forma integral, sem que possa se alegar contra ela a inexistência de uma lei que a regulamente: as garantias individuais existem e protegem os indivíduos pelo simples fato de estarem consagradas pela Constituição e independentemente das leis regulatórias, as quais só podem ser requeridas para estabelecer "em que caso e com que justificativas poderá se realizar sua busca e ocupação, como diz o artigo 18 da Constituição a propósito de uma delas. (ARGENTINA, 1957, tradução nossa)[1].

Berizonce e Verbic vão além e cunham importante princípio a ser considerado a partir do julgamento do caso "Siri", a Corte Suprema de Justiça da Nação:

> [...] cunhou pretorianamente um princípio fundamental de nosso direito constitucional, segundo o qual, comprovada uma violação a direitos fundamentais, o Poder Judiciário deve intervir para os proteger, ainda que não exista regulação formal para canalizar essa reivindicação de justiça (BERIZONCE; VERBIC, 2018, p. 11, tradução nossa)[2].

1 Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer "en qué caso y con qué justificativos podrá procederse "a su allanamiento y ocupación", como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas.

2 [...] acuñó pretorianamente un principio fundamental de nuestro derecho constitucional según el cual, comprobada una violación a derechos fundamentales, el Poder Judicial debe intervenir para protegerlos aun cuando no exista regulación formal para canalizar ese reclamo de justicia.

Já o caso "Kot", julgado em 1958, diz respeito a situação semelhante, porém, o fechamento do estabelecimento do impetrante não se deu por autoridade pública, mas sim por ato de particulares: trabalhadores que haviam sido demitidos devido a uma folga considerada ilegal[3]. No tocante à sentença prolatada no caso pela Corte Suprema da Justiça da Nação, "[...] foram enunciados pela primeira vez os critérios que o ato lesivo deveria reunir para habilitar essa via de discussão extraordinária, como também se delimitou o âmbito de aplicação do amparo [...]" (BERIZONCE; VERBIC, 2018, p. 12, tradução nossa)[4].

Sobre a criação jurisprudencial da ação de amparo, cabe transcrever algumas considerações de José Luiz Lazzarini (2000):

> Ao resolver os casos "Ángel Siri", em 27 de dezembro de 1957 e "Samuel Kot", em 05 de outubro de 1958, a Corte Suprema de Justiça da Nação, realiza a criação jurisprudencial da ação de amparo, que considerando ambos os casos podemos resumir em quatro pontos: 1) Procede o amparo para tutelar os direitos constitucionais, com exceção da liberdade física protegida pelo *habeas corpus*; 2) não pode ser obstáculo à aplicação do amparo sua falta de regulamentação processual, aplicando-se em quanto seja possível o trâmite do *habeas corpus*; 3) o amparo protege contra atos dos particulares e contra os do Estado; 4) o amparo procede não obstante a existência de via processual ordinária, se o trâmite lento desta pode produzir um dano grave e irreparável. (p. 213, tradução nossa)[5].

3 Atenta-se para o fato de que, não é objetivo do trabalho discorrer sobre os antecedentes desses casos, razão pela qual não será escrutinado o litígio que deu origem à decisão, visto que por ora somente ela nos interessa.

4 [...] fueron enunciados por primera vez los caracteres que debía reunir el acto lesivo para habilitar esta vía de discusión extraordinaria y también se delimitó el ámbito de aplicación del amparo [...]

5 Al resolver los casos «Ángel Siri» el 27 de diciembre de 1957 y «Samuel Kot», el 5 de octubre de 1958, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, realiza la creación jurisprudencial de la acción de amparo, que considerando ambos casos podemos resumir en cuatro puntos: 1) Procede el amparo para tutelar los derechos constitucionales, con excepción de la libertad física protegida por el habeas corpus; 2) no puede ser obstáculo a la aplicación del amparo su falta de reglamentación procesal, aplicándose en cuanto sea posible el trámite del habeas corpus; 3) el amparo pro-

Após quase dez anos sem regulamentação legislativa, em 1966, durante a ditadura militar argentina, foi promulgada a Lei n° 16.986, que é a denominada Lei Regulamentária da Ação de Amparo. O citado diploma legal conceitua a ação de amparo logo em seu primeiro artigo, determinando que:

> A ação de amparo será admissível contra todo ato ou omissão de autoridade pública que, de forma atual ou iminente, lesione, restrinja, altere ou ameace, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, os direitos ou garantias, explícita ou implicitamente, reconhecidas pela Constituição Nacional, com exceção da liberdade individual tutelada pelo *habeas corpus*. (ARGENTINA, 1966, tradução nossa)[6].

O artigo segundo da referida lei, por sua vez, determina certas limitações para o ajuizamento da ação de amparo, como a existência de outros meios para garantir o direito a ser tutelado, o fato de o ato impugnado ser emanado por autoridade judiciária - ou com base na Lei 16.970 (Lei de Defesa Nacional), reflexo do período em que foi promulgada -, dentre outras limitações. Além disso, a Lei 16.986 impedia o controle de constitucionalidade no bojo das ações de amparo, o que só viria a ser possível novamente com o advento da reforma constitucional de 1994. Por fim, cabe dar atenção ao fato de que conforme previsão constante no diploma legal supracitado, a ação de amparo limitar-se-ia à impugnar atos estatais, ao contrário do entendimento jurisprudencial emanado no caso "Kot", que se referiu a atos tanto a ato do poder público como de entes privados.

---

tege contra actos de los particulares y contra los del Estado; 4) el amparo procede no obstante la existencia de vía procesal ordinaria, si el trámite lento de ésta puede producir un daño grave e irreparable.

6 La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus.

A reforma constitucional de 1994, que configurou uma substancial alteração do texto constitucional vigente, incorporou à Constituição Argentina novos direitos e garantias, insertos em um capítulo exclusivamente criado para esse fim, intitulado *Nuevos derechos y garantías* (ARGENTINA, 1994). Segundo Oteiza e Verbic, foi "[...] uma reforma radical que ampliou os direitos protegidos e modificou o desenho institucional do país [...]" (2010) (tradução nossa)[7]. Dentre os artigos constantes no citado capítulo, há a previsão expressa de direitos coletivos como aqueles relacionados ao meio ambiente (art. 41) ou à proteção do consumidor (art. 42). Foram também criados importantes instrumentos de participação popular, como a iniciativa legislativa popular (art. 39) e a consulta popular (art. 40). Houve também a constitucionalização da ação de amparo, consubstanciada pelo artigo 43 do texto constitucional argentino, sendo essa a principal inovação a ser analisada neste estudo.

Conforme se extrai do dispositivo citado, observa-se que ele prevê três modalidades distintas de ações: a ação de amparo, contemplada em seus dois primeiros parágrafos; o *habeas data*, constante no penúltimo parágrafo e o *habeas corpus*, previsto no final do artigo (SCHÄFER, 1999). As inovações trazidas pelo dispositivo em análise são vistas com bons olhos pela doutrina. Isso porque entende-se que a mera previsão de um direito, sem os instrumentos para garanti-lo, são insuficientes para a integral proteção do cidadão. Rolla (2002) nos alerta sobre essa insuficiência, apontando que: "[...] a garantia é parte essencial, condição indispensável para a existência de um direito; que não se pode falar de direitos se as posições subjetivas da pessoa não se encontram protegidas de maneira eficaz." (p. 62, tradução nossa)[8]. Logo, a inovação trazida pelo dispositivo legal, não só instrumentaliza as garantias necessárias para eficácia plena dos direitos, mas também as constitucionaliza, sendo

7 [...] una reforma radical que amplió los derechos protegidos y modificó el diseño institucional del país.

8 [...] la garantía es parte esencial, condición indispensable para la existencia de un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente.

de suma importância para a proteção desses direitos. Assim corrobora Amaya (2000):

> A constitucionalização das citadas garantias é um passo a mais em direção ao aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção com os quais nosso sistema de direitos conta. Sem aqueles mecanismos, os direitos reconhecidos, não só pela Constituição, mas sim pelos instrumentos internacionais com hierarquia constitucional, correm o risco de se converterem em simples fórmulas declarativas sem maior eficácia jurídica. Como reza o conhecido aforismo anglossaxão "There is no remedy There is no right". (p. 246, tradução nossa)[9].

Como podemos perceber, o artigo 43 da Constituição Argentina, elevou o *status* da ação de amparo ao inseri-la no texto constitucional (BERIZONCE; VERBIC, 2018), além de delimitar alguns pontos controversos sobre essa via processual. O artigo 43 consolida a desnecessidade de esgotamento das outras formas de tutela do direito em disputa - sejam administrativas ou judiciais -, a possibilidade de impugnação de quaisquer atos, públicos ou privados, que interfiram no exercício de direitos pelos cidadãos, direitos os quais que podem ser previstos inclusive por legislação infraconstitucional.

Outro ponto a se ressaltar é quanto a previsão expressa do controle difuso de constitucionalidade, sendo possível a declaração da inconstitucionalidade da norma que fundamenta o ato impugnado. Também cabe a observação de que a alteração constitucional em análise consagrou a possibilidade da ação coletiva de amparo, bem como ampliou o rol de legitimados ativos para propositura da ação.

9 La constitucionalización de las citadas garantías es un paso más hacia el perfeccionamiento de los mecanismos de protección con que cuenta nuestro sistema de derechos. Sin aquellos mecanismos, los derechos reconocidos no sólo por la Constitución sino por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (cfr. Art. 75.22), corren el riesgo de convertirse en simples fórmulas declarativas sin mayor eficacia jurídica. Como reza el conocido aforismo anglosajón «There is no remedy There is no right»

2.2. Possibilidades e desafios da ação de amparo argentina

A partir do que foi dito até o momento, podemos considerar a ação de amparo, disposta no artigo 43 da Constituição Argentina, como um dos mais importantes meios de tutela de direitos previsto no ordenamento jurídico desse país, tendo em vista sua amplitude. Assim corrobora Rolla:

> Desde essa perspectiva, o amparo pode ser considerado uma ampliação generalizada da ação de *habeas corpus*, dirigida a tutelar os cidadãos das lesões de todos os direitos fundamentais garantidos nas Constituições por parte de qualquer sujeito ou autoridade cujas o amparo tenha previsto expressamente suas atuações. (ROLLA, 2002, p. 76, tradução nossa)[10].

No mesmo sentido, se manifesta Lazzarini (2000), apontando que "A ação de amparo garante o cumprimento rápido e efetivo de todos os direitos constitucionais restantes" (p. 212, tradução nossa)[11]. Pois bem, tratemos então dos aspectos formais que circundam a ação de amparo argentina.

Conforme demonstrado pela doutrina, ainda hoje inexiste legislação no ordenamento jurídico argentino destinada a regular o procedimento da ação de amparo. Neste sentido:

> Apesar das mudanças substancias que, como é evidente, significou a reforma constitucional de 1994, passados mais de 50 anos da sanção da Lei n° 16.986 e mais de 20 desde a citada reforma constitucional o Congresso da Nação Argentina não promulgou nova lei regulamentadora dessa garantia que é consistente aos estandar-

10 Desde esta perspectiva, el amparo puede ser considerado una ampliación generalizada de la acción del habeas corpus, dirigida a tutelar a los ciudadanos de las lesiones de todos los derechos fundamentales garantizados en las Constituciones por parte de cualquier sujeto o autoridad frente a cuyas actuaciones se haya previsto expresamente el referido amparo.

11 La acción de amparo garantiza el cumplimiento rápido y efectivo de todos los restantes derechos constitucionales.

> tes, princípios e finalidades que exige sua operatividade no século XXI. (BERIZONCE; VERBIC, 2018, p. 14, tradução nossa)[12].

Logo, os contornos aqui tecidos provêm das fontes costumeiramente apontadas pela doutrina bibliográfica de apoio, sendo essas: a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação, bem como a interpretação sistemática da Lei n° 16.986, à luz das inovações trazidas pela reforma constitucional de 1994.

Primeiramente, no tocante à questão da legitimidade ativa para propositura da ação de amparo, tanto a Lei n° 16.986, quanto a Constituição Argentina apresentam um amplo rol de legitimados. Ambos os textos preveem a possibilidade de ajuizamento da ação por todas as pessoas, inclusive sem distinção entre pessoa física e jurídica. No mesmo sentido, tanto a lei infraconstitucional quanto a carta magna possibilitam que associações figurarem no polo ativo da demanda, porém, a Constituição Argentina vai além, preconizando a legitimidade ativa do Defensor do Povo e do afetado nas ações que protejam "direitos de incidência coletiva em geral" (ARGENTINA, 1994). Assim também entendeu a Corte Suprema de Justiça da Nação:

> A Corte não só reconheceu a legitimidade ativa de associações ou entidades de classe para defender, em juízo, direitos fundamentais protegidos constitucionalmente para satisfação de necessidades básicas e elementares a cargo do Estado (acesso integral à prestação de saúde relacionada à vida e à integridade física das pessoas), como também destacou que a Constituição garante com tutela preferencial e reputa questão de interesse público a proteção especial de grupos altamente vulneráveis (pessoas com incapacidade e em delicada situação socioeconômica), conforme artigo 75, inciso 23, da Constituição Argentina (crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência). (CHEVITARESE; MELLO, 2018, p. 232)

12 A pesar de los cambios sustanciales que, como es evidente, significó la reforma constitucional de 1994, pasados más de 50 años desde la sanción de la Ley Nº 16.986 y más de 20 desde la señalada reforma constitucional el Congreso de la Nación Argentina no ha dictado todavía una nueva ley reglamentaria de esta garantía que resulte acorde a los estándares, principios y finalidades que exige su operatividad en el siglo veintiuno.

É importante ressaltar a disposição prevista no artigo segundo da Lei n° 16.986 e no artigo 43 da Constituição Argentina, que determina que o cabimento da ação de amparo depende da inexistência de outros meios para garantia do direito a ser tutelado, conferindo caráter subsidiário à ação de amparo. Sobre a questão da subsidiariedade:

> A subsidiariedade acarreta, na verdade, restrições à utilização do amparo tendo em conta a proteção aos direitos estabelecida na ordem jurídica. Em princípio, deverão ser aproveitados os mecanismos existentes antes de se pensar no recurso de amparo, pois a pretensão que se pretende levar a juízo somente será viável e, consequentemente, admitida para apreciação se os outros remédios tiverem sido adotados sem, contudo, sucesso. Nesse sentido, a subsidiariedade será utilizada como "escudo", tomando-se por base alguns pressupostos para que uma suposta lesão de direito possa ser pleiteada perante o órgão competente. (AMARAL, 2012, p. 20)

Entretanto, "[...] toda disposição ligada à subsidiariedade dependerá da forma como tiver sido introduzida. Seus contornos serão dados a partir do ordenamento jurídico, isto é, sua medida será imposta pelos requisitos adotados" (AMARAL, 2012, p. 20). Sobre o caráter subsidiário da ação de amparo argentina, cabem as considerações de Carnota (2003), que apresenta três interpretações distintas:

> Uma primeira escola de pensamento, na qual podemos localizar Néstor Pedro Sagüés, se encontra nos debates produzidos no seio da Assembleia Constituinte de Santa Fe-Paraná de 1994, e enfatiza o perfil subsidiário que tradicionalmente a jurisprudência dos tribunais argentinos tinha atribuído ao amparo, e que de algum modo encontrava expressão formal no artigo 2°, inciso "a" da Lei 16.986. Uma corrente completamente contraposta à anterior, capitaneada por Morello, crê ver no amparo um mecanismo principal, alternativo e não subsidiário nem vassalo de nenhum outro. Uma postura eclética, por fim, que é a de Germán Bidart Campos, remete a um jogo quase semântico ao concluir que a ação mantém "seu caráter subsidiário, não supletivo de outras vias".

> Cabe ressaltar que a Corte Suprema se orienta a uma análise casuística e concreta da subsidiariedade, como demonstrou o julgamento do caso "Video Club Dreams" em 1995 (p. 61, tradução nossa)[13].

Conforme a citação transcrita, verificamos que a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina não estabeleceu um critério único de subsidiariedade, realizando em cada processo a análise do caso concreto. Como também inexiste legislação que determine os critérios relativos à subsidiariedade da ação de amparo, "[...] a Corte argentina - como a maioria dos altos tribunais - detém um poder seletivo sobre o fluxo dos casos em análise" (CARNOTA, 2003, p. 65, tradução nossa)[14].

Ocorre que, a referida corte, em momento anterior à reforma constitucional de 1994, se manifestou sobre a questão da subsidiariedade, entendendo que este critério não pode obstar o reconhecimento de direitos manifestamente violados, principalmente se as demais vias disponíveis forem insuficientes para a garantia dos citados direitos. Lazzarini (2000) tece considerações sobre o tema:

> O amparo é um remédio excepcional e requer para sua viabilidade o esgotamento de toda reparação por via administrativa ou judicial prévia, se houver. A improcedência do amparo por existência de vias administrativas ou judiciais prévias foi decaindo com o

13 Una primera escuela de pensamiento, en la que podemos ubicar a Néstor Pedro Sagüés, se ubica en los debates producidos en el seno de la Asamblea Constituyente de Santa Fe-Paraná de 1994, y enfatiza el perfil subsidiario que tradicionalmente la jurisprudencia de los tribunales argentinos le había asignado al amparo, y que de algún modo encontraba expresión formal en el artículo 2o., inciso a) de la ley 16.986.

Una corriente completamente contrapuesta a la anterior, capitaneada por Morello, cree ver en el amparo a un mecanismo principal, alternativo y no subsidiario ni vasallo de ningún otro.

Una postura ecléctica, en fin, que es la de Germán Bidart Campos, remite a un juego casi semántico al concluir que la acción mantiene "su carácter subsidiario, no supletorio de otras vías".

Cabe agregar que la Corte Suprema se orienta a un análisis casuista y concreto de la subsidiariedad, tal como lo expresó al fallar la causa "Video Club Dreams" en 1995.

14 [...] la Corte argentina --como la mayoría de los altos tribunales-- retiene un poder selectivo sobre el caudal de causas a estudio.

> passar do tempo, e foi se tendo em conta principalmente se essas vias prévias eram ou não suficientemente eficazes para operar em substituição à ação de amparo. [...] a existência de um dano grave e irreparável é condição suficiente para que, não obstante a existência de vias processuais paralelas ou anteriores ao juízo de amparo, de trânsito inevitável, se abra a via do amparo, desconsiderando as demais. (p. 216, tradução nossa)[15].

Passemos à análise acerca da legitimidade para figurar no polo passivo da ação de amparo. O artigo 43 da Constituição Argentina possibilita, ao contrário do disposto no artigo primeiro da Lei n° 16.986, que a ação de amparo possa ser ajuizada tanto em face de autoridades públicas, como de particulares. Importante lembrar que, apesar da ausência de previsão da possibilidade de ajuizamento da ação de amparo em face de atos ou omissões de particulares na Lei ° 16.986, no caso "Kot", julgado em 1958, a Corte Suprema de Justiça da Nação reconheceu a possibilidade de utilização do amparo contra esses atos, como ressalta Carnota (2003), "[...] o caso "Siri" inaugurou o amparo (contra atos estatais) em 1957, e no ano seguinte, no caso "Kot", a Corte estendeu seu alcance aos atos emanados de particulares" (p. 62, tradução nossa)[16].

Cumpre ressaltar que por meio da ação de amparo é possível impugnar, em um só processo, os atos de autoridades públicas e particulares, como ocorreu no representativo caso Mendoza, "[...] o litígio estrutural mais complexo da República Argentina [...]" (VERBIC, 2013, p. 4,

15 El amparo es un remedio excepcional y requiere para su viabilidad el agotamiento de toda reparación por vía administrativa o judicial previa si la hubiere. La improcedencia del amparo por existencia de vías administrativas o judiciales previas, fue decayendo con el correr del tiempo y se fue teniendo en cuenta principalmente si estas vías previas eran o no suficientemente eficaces para operar en sustitución de la acción de amparo. [...] la existencia de un daño grave e irreparable es condición suficiente para que, no obstante la existencia de vías procesales paralelas ó previas al juicio de amparo, de inexcusable transito, se abra no obstante la vía del amparo prescindiendo de aquéllas.

16 [...] el caso "Siri" inauguró el amparo (contra actos estatales) en 1957, y al año siguiente, en "Kot", la Corte extendió su doctrina a los actos emanados de particulares.

tradução nossa)[17]. Conforme aponta o autor: "a demanda que iniciou a causa "Mendoza" foi promovida por um grupo de pessoas que vivia na zona contaminada. O caso foi iniciado em instância originária da CSJN contra o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e quarenta e quatro empresas estabelecidas na área". (VERBIC, 2013, p. 6, tradução nossa)[18].

Outro ponto importante a ser abordado no tocante à ação de amparo e ao artigo 43 da Constituição Argentina é a inovação constante no citado dispositivo legal, que prevê a possibilidade de impugnação de atos ou omissões que impossibilitem o pleno gozo de direitos previstos na legislação infraconstitucional ou em tratados. Sobre a alteração:

> O amparo nasce como garantia dos direitos constitucionais, daqueles direitos que tenham seu fundamento na Constituição. O artigo 43 da Constituição reformada em 1994, amplia o campo do amparo, outorgando a ele o caráter de garantia, não só dos direitos constitucionais, aos que se somam os provenientes de um tratado internacional e os que surgem da lei.
> A partir de 1994, por imperativo constitucional (art. 43), a garantia de amparo será efetiva para o cumprimento dos direitos que emanam da Constituição, de um tratado da Nação e dos que emergem das leis nacionais (LAZZARINI, 2000, p. 219, tradução nossa)[19].

17 [...] el litigio estructural más complejo de la República Argentina [...]

18 La demanda que inició la causa "Mendoza" fue promovida por un grupo de personas que vivía en la zona contaminada. El caso fue iniciado en instancia originaria de la CSJN contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas radicadas en la zona.

19 El amparo nace como garantía de los derechos constitucionales, de aquellos derechos que tengan su fundamento en la Constitución. El articulo 43 de la Constitución reformada en 1994, amplia el campo del amparo otorgándole el carácter de garantía no solo de los derechos constitucionales, a los que suma los de un tratado internacional y los que surgen de la ley. A partir de 1994, por imperativo constitucional (art. 43), la garantía de amparo se hará efectiva para el cumplimiento de los derechos que emanan de la Constitución, de un tratado de la Nación y de los que emergen de las leyes nacionales.

Feitas essas considerações, será analisada a questão do controle de constitucionalidade por meio da ação de amparo. Dentre as inovações trazidas pelo artigo 43 da Constituição Argentina, introduzido a partir da reforma constitucional de 1994, se encontra a "referência expressa à possibilidade de o Juiz, no caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma lei infraconstitucional" (SCHÄFER, 1999, p. 216). Porém, conforme nos alerta Carnota (2003) "[...] não se registram tantos casos de aceitação do controle de constitucionalidade através da ação de amparo na jurisprudência dos tribunais [...]" (p. 64, tradução nossa)[20].

A resistência dos tribunais argentinos em declarar a inconstitucionalidade de uma norma pela via da ação de amparo aparentemente se dá devido ao posicionamento da Corte Suprema de Justiça da Nação, o qual nos apresenta Lazzarini (2000): A Corte Suprema da Nação se negava a julgar a inconstitucionalidade nos casos de amparo, porque dizia que não era possível fazê-lo em um processo sumário e excepcional. Mais ainda, sugeria que a declaração de inconstitucionalidade deveria anteceder a ação de amparo. (p. 219, tradução nossa)[21].

Verifica-se que o entendimento da referida corte é frequentemente rechaçado pela doutrina, que em sua maioria possui o seguinte entendimento:

> Nada impede que o juiz resolva sobre a conformidade da norma legal com a Constituição, se é que, na oportunidade de prolatar a sentença, tenha à sua disposição os elementos necessários para decidir. Não devemos perder de vista que a ação de amparo é uma garantia e o importante é sua efetividade, com ou sem declaração de inconstitucionalidade, pelo simples fato de se tratar de um processo sumário. A rapidez com que deve se decidir não é motivo suficiente, pois isso não pode significar, de forma alguma, que a decisão deva ser prolatada de forma irresponsável, sem o convencimento, estudo e ponderação dos argumentos doutrinários, legais e fatos postos sob análise pelas partes. Se não for assim, o

20 "[...] no se registran tantos casos en la jurisprudencia de los tribunales, a la aceptación del control amparista de las omisiones inconstitucionales [...]".

21 "La Corte Suprema de la Nación, se negaba a juzgar la inconstitucionalidad en casos de amparo, porque decía que no es posible en un proceso sumario y excepcional. Más aún, sugería que la declaración de inconstitucionalidad tenía que ser previa".

> juízo de amparo seria uma maneira de desvirtuar a justiça e, com ou sem declaração de inconstitucionalidade, uma porta aberta a serviço da injustiça e da arbitrariedade. (LAZZARINI, 2000, p. 220, tradução nossa)[22].

Logo, apesar da ação de amparo constituir uma via sumária e excepcional, sua celeridade, por si só, não constitui motivação suficiente para impossibilitar a declaração de inconstitucionalidade das normas em análise no caso concreto, segundo o posicionamento doutrinário.

Por fim, cabe ressaltar a inovação constante no segundo parágrafo do artigo 43 da Constituição Argentina, que prevê a proteção dos direitos coletivos por meio da ação de amparo, reconhecendo a existência de direitos de incidência coletiva, algo nunca visto antes no texto constitucional argentino (BERIZONCE; VERBIC, 2018). Cumpre salientar que a citada alteração é tida como fundamental para o desenvolvimento do processo coletivo argentino, visto que consagrou a competência do poder judiciário para dirimir conflitos multitudinários. Nesse sentido:

> O reconhecimento de atores sociais com legitimação coletiva e o reconhecimento e uma nova categoria de direitos ("de incidência coletiva") no segundo parágrafo do art. 43 da Constituição Nacional chegaram praticamente sem aviso prévio e produziram uma verdadeira revolução na comunidade jurídica. A partir de então ficou claro que o Poder Judiciário se encontra habilitado para resolver conflitos coletivos (o que não significa que o tema seja discutido até hoje). É que o constituinte impôs ao legislador um ponto de partida inevitável: a existência de situações jurídicas e

22 "Nada impide al juez resolver sobre la conformidad de la norma legal respecto de la Constitución, si es que, en la oportunidad de dictar sentencia, tiene a su disposición los elementos necesarios para expedirse. No debemos perder de vista que la acción de amparo, es una garantía y lo importante es su efectividad, con o sin declaración de inconstitucionalidad, por el solo hecho de tratarse de un proceso sumario. La rapidez con que debe resolverse no es suficiente motivo, puesto que ello no puede significar, en manera alguna, que la decisión ha de ser irresponsablemente dictada, sin el convencimiento, estudio y ponderación de argumentos doctrinarios, legales y hechos puestos a consideración por las partes. Si así no fuera, el juicio de amparo sería una manera de desvirtuar la justicia y, con declaración de inconstitucionalidad o sin ella, una puerta abierta al servicio de la injusticia y la arbitrariedade".

> coletivas e a possibilidade de que os conflitos que envolvem situações do gênero sejam dirimidos em sede judicial. A competência dos juízes na matéria, então, se apresenta como algo inegável. (BERIZONCE; VERBIC, 2018, p. 19, tradução nossa)[23].

Passemos então à análise do processo coletivo estrutural na Argentina.

3. ANÁLISE CRÍTICA DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA ARGENTINA E SEUS DESAFIOS E POTENCIALIDADES

A partir da breve análise da ação de amparo, podemos tecer algumas considerações sobre o processo coletivo estrutural na Argentina. Primeiramente, é importante perceber como se deu a evolução da tutela dos direitos coletivos no país. Conforme já assinalado, somente a partir da reforma constitucional de 1994 o ordenamento jurídico argentino reconhece expressamente a existência de direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente e os direitos do consumidor. Em que pese a anterioridade da legislação consumerista em relação à citada alteração do texto constitucional - visto que a Lei n° 24.240 (Lei de Defesa do Consumidor) foi promulgada em 1993 - as noções de direito e ação coletiva só foram acolhidas pelo referido diploma legal a partir da Lei n° 26.361, promulgada em 2008.

Como já dito, a mesma reforma constitucional, além de reconhecer os direitos já citados, traz a inovação da 'ação de amparo'. Ocorre que, apesar de sua amplitude - em vários sentidos, como no alargado rol de legitimados ativos ou na vastidão de matérias que podem ser tuteladas

23 "El reconocimiento de actores sociales con legitimación colectiva y el reconocimiento de una nueva categoría de derechos ("de incidencia colectiva") en el 2do párrafo del art. 43 CN llegaron prácticamente sin aviso previo y produjeron una verdadera revolución en la comunidad jurídica. A partir de entonces quedó en claro que el Poder Judicial se encuentra habilitado para resolver conflictos colectivos (lo cual, por supuesto, no implica que el tema se siga discutiendo hasta el día de hoy). Es que el constituyente impuso al legislador un punto de partida ineludible: la existencia de situaciones jurídicas colectivas y la posibilidad de que los conflictos que involucren situaciones del género sean dirimidos en sede judicial. La competencias de los jueces en la materia, entonces, se presenta como algo innegable".

por via da citada ação - ela ainda é muito incipiente, sendo às vezes preterida em prol de outras vias garantidoras, como a Lei Geral do Ambiente, talvez devido aos critérios de subsidiariedade supracitados.

Pois bem, em que pese a previsão da proteção dos direitos coletivos, no país persiste a lacuna legislativa no tocante ao processo coletivo. Conforme assevera Verbic (2019):

> Devem saber que, apesar de passados quase 25 anos da reforma constitucional, o Congresso Nacional ainda não editou uma lei reguladora da garantia do devido processo coletivo estabelecida no novo artigo 43. As únicas duas leis que têm algumas previsões em matéria processual coletiva são a Lei Geral do Ambiente n° 25.675 e a Lei de Defesa do Consumidor n° 24.240, modificada profundamente no ano de 2008. Se trata de previsões isoladas e completamente assistemáticas que impedem que esses assuntos sejam trabalhados como deveriam. (p. 4, tradução nossa)[24].

Notamos então a existência de um microssistema do processo coletivo no país, que surge justamente da inexistência de uma norma reguladora desse processo. O dito microssistema é composto pela Lei Geral do Ambiente (26.675), a Lei de Defesa do Consumidor (24.240) e pela Lei Regulatória da Ação de Amparo (16.986), sendo que a interpretação desses diplomas legais deve sempre ser realizada sob o prisma constitucional, principalmente com a observância dos artigos 41, 42 e 43 da Carta Magna, que tratam respectivamente, da proteção ambiental, da defesa do consumidor e da ação de amparo.

Um ponto ainda a ser considerado é quanto ao alto grau de flexibilidade que a existência desse microssistema proporciona ao poder

24 "También tienen que saber que, a pesar de que esa reforma constitucional tiene ya casi 25 años, el Congreso de la Nación todavía no ha dictado una ley reglamentaria de la garantía de debido proceso colectivo establecida en el nuevo art. 43. Las únicas dos leyes que tienen algunas previsiones aisladas en materia procesal colectiva son la Ley General del Ambiente N° 25.675 y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, modificada profundamente en el año 2008. Se trata, sin embargo, de previsiones aisladas y completamente asistemáticas que impiden trabajar como corresponde con este tipo de assuntos".

judiciário. Apesar das ressalvas a esta flexibilidade, principalmente no tocante a possibilidade de levar ao juízo as decisões arbitrárias, entendemos que ela é fundamentalmente necessária para a plena efetividade dos processos estruturais coletivos. Isso porque, como percebemos ao analisar o caso "Mendoza", a observância cega e limitada das normas processuais, levaria à rejeição da petição inicial e, consequentemente, não efetivaria nenhuma das ações decorrentes do processo.

Cumpre ressaltar que no caso argentino, apesar da dita flexibilidade, a Corte Suprema de Justiça da Nação permanece cautelosa quanto à observância das normas processuais tradicionais, vejamos:

> Apesar da forte participação que o Tribunal tem tido na gestão do processo até esse momento, ao resolver essa petição ele sustentou que a moderação de certos princípios vigentes no processo civil tradicional e a flexibilização das formas rituais nos assuntos dessa natureza não eram fundamento suficiente para permitir a introdução de petições que exijam distanciar–se de "regras procedimentais essenciais" e que - se admitidas - converteriam o processo em uma "atuação anárquica" que impediria o exercício de uma tutela jurisdicional adequada (VERBIC, 2013, p. 271, tradução nossa)[25].

A moderação com que atua a Corte nesses processos nos leva a considerar como positiva a possibilidade de existência da flexibilidade mencionada. Notamos que o órgão evita interferir nos demais poderes. No âmbito do Poder Executivo, a CSJN em momento algum dita pormenorizadamente como ele deve agir na execução da sentença, fixando critérios gerais e amplos, a fim de que não haja indevida ingerência na administração pública. Já no tocante ao Poder Legislativo, apesar dos contornos interpretativos emanados pela Corte, essa, salvo pontuais ex-

25 "A pesar de la fuerte participación que el Tribunal había tenido en la gestión del proceso hasta ese momento, al resolver esta petición aquél sostuvo que la morigeración de ciertos principios vigentes en el proceso civil tradicional y la flexibilización de las formas rituales en asuntos de esta naturaleza no era fundamento suficiente para permitir la introducción de peticiones que exijan apartarse de "reglas procedimentales esenciales" y que -de ser admitidas- terminarían por convertir al proceso en una "actuación anárquica" que impediría el ejercicio de una tutela jurisdiccional adecuada".

ceções, aparentemente evita prolatar decisões que regulamentem uma questão ou um procedimento, mantendo distância da função legislativa.

Outra questão a ser considerada, ainda no tocante à flexibilidade, diz respeito à execução das sentenças estruturais (ou estruturantes), que segundo entende Vitorelli (2018):

> A fase de implementação é, frequentemente, a mais complexa de um processo estrutural, eis que muitos caminhos podem ser utilizados para a satisfação do direito material reconhecido na fase de conhecimento, sem que nenhum deles esteja predeterminado em lei. O processo judicial não foi talhado para a finalidade de projetar o modo de agir de uma organização, em que a alteração de algumas partes gera a reorganização do todo, com resultados recorrentemente imprevisíveis (2018, p. 10).

Conforme assevera a doutrina, a execução talvez seja a fase mais importante - e consequentemente mais abstrusa dos processos estruturais. Isso porque, a sentença estrutural visa reorganizar o comportamento institucional gerador do dano coletivo, evitando assim sua irradiação futura (VITORELLI, 2018), sendo que para este fim, se faz necessária a observação de algumas características peculiares inerentes às sentenças dessa categoria de processo.

Primeiramente, entendemos que a rigidez imposta à execução de sentenças prolatadas em processos individuais aparentemente não se adequa à dinâmica processual coletiva estrutural. Temos que para a plena efetividade das decisões estruturantes não basta a imposição mandamental por parte do Poder Judiciário. É necessário que, através da oitiva qualificada dos atores envolvidos e da observância das singularidades do caso concreto, sejam construídas e negociadas decisões conjuntas. Isso porque, a participação dos envolvidos e afetados nessa fase processual, já que essa pode "[...] servir para registrar insatisfações, verificar se a solução pretendida é razoavelmente factível, apontar falhas nas propostas ou indicar alternativas" (VITORELLI, 2018, p. 10). Conforme aponta Arenhart:

> Enfim, deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes. Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional. (2013, p. 6) [...]. Sem dúvida, essa flexibilização é essencial para a adequada proteção de certos interesses. Com efeito, a especialização de certos órgãos da Administração Pública podem torná-los, em relação ao órgão jurisdicional, um ambiente muito mais apropriado para a especificação das prestações específicas a serem realizadas ou mesmo para a avaliação da suficiência das medidas adotadas para a proteção do direito tutelado. Por outro lado, a descentralização na fiscalização do cumprimento das diretrizes judiciais permite que o Judiciário concentre seu foco naquilo que é mais importante, que é a visão geral do problema, deixando aspectos pontuais e ocasionais à atividade de outros órgãos também comprometidos com o direito tutelado (2013, p. 7).

Outro ponto a se salientar é quanto a importância da execução da sentença estrutural ser, necessariamente, dividida em fases ou etapas. Ao que parece, essa divisão se faz relevante por algumas razões, sendo a principal delas o fato de que somente por meio da segmentação, aliada à determinação de objetivos concretos e específicos a serem alcançados ao final de cada fase será possível manejar as ações, com vistas a cessar os atos ilícitos em desconformidade e impedir o seu alastramento no tempo. Ao estabelecer objetivos específicos em cada etapa, os envolvidos podem reavaliar constantemente os termos da decisão exequenda, verificando se estão surtindo os efeitos desejados ou não, e assim adaptar as medidas vindouras para que se alcance a real finalidade da sentença coletiva estrutural.

Como nos ensina Arenhart (2013):

> [...] é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase "principiológica", no sentido de que terá como principal função estabelecer a "primeira impressão" sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da "decisão-núcleo", ou para a especificação de alguma prática devida. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto. Não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação. (2013, p. 6)

Também se mostra importante a segmentação devido à mutabilidade fática que poderá ser observada no curso da execução das sentenças coletivas estruturais. A longa trajetória temporal que percorrem os processos coletivos estruturais, tanto na fase de conhecimento quanto na de execução em si, faz com que muitas vezes - senão sempre - a situação fática no momento da prolação da decisão, não corresponda com a conjuntura real quando se dá o seu cumprimento. Como aponta Vitorelli "[...] os contextos dos litígios estruturais são, por natureza, mutáveis" (2018, p. 10). Logo, para garantir a consecução do intuito da decisão estrutural, se faz necessária a constante reavaliação da situação fática, a qual só pode ocorrer através da organização da execução dos processos coletivos estruturais em fases ou etapas.

Por fim, cumpre observar uma última questão relativa aos processos coletivos estruturais na Argentina, sendo essa referente à ausência de norma regulamentadora dessa modalidade processual. Como já mencionado, no julgamento do caso "Siri", a Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) entendeu que a ausência de norma regulamentadora

não pode obstar a proteção de direitos fundamentais comprovadamente violados (VERBIC, 2018).

Compactuamos deste mesmo entendimento, visto que a efetividade dos direitos fundamentais não pode restar frustrada pela mora legislativa. Ou seja, a inexistência de um regulamento procedimental próprio ao processo coletivo estrutural, seja por meio da ação de amparo, da Lei Geral do Ambiente ou qualquer outra via, não pode impedir que o judiciário se manifeste sobre questões relacionadas aos direitos fundamentais e os proteja.

Para a adequada resolução dos litígios estruturais, por intermédio dos processos coletivos estruturais, é necessária a observância de algumas características peculiares a essa categoria processual. Percebemos também que, apesar de existir a necessidade de avanços, o ordenamento jurídico argentino apresenta elementos inovadores, fundamentais para a garantia do devido processo coletivo estrutural legal e, por conseguinte, isto será indispensável para a plena efetividade dos direitos fundamentais. A ação de amparo, as previsões constantes na Lei Geral do Ambiente e na Lei de Defesa do Consumidor, além dos precedentes jurisprudenciais do país podem fornecer importantes insumos para a compreensão e aprimoramento do processo coletivo estrutural também no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme pudemos perceber, a ação de amparo se apresenta como importante instrumento para garantia dos direitos fundamentais e, mais do que isso, como um instituto a ser utilizado em favor das alterações positivas e acertamento do funcionamento de estruturas burocráticas da Argentina. Para tanto, as inovações trazidas pela reforma constitucional de 1994 foram de suma importância, visto que constitucionalizaram o citado instituto e assim elevaram o seu *status* no ordenamento jurídico argentino.

O microssistema de tutela aos direitos coletivos na Argentina apresenta certos elementos que podem contribuir para a solução dos problemas estruturais. A flexibilidade, a segmentação da execução em etapas,

a constante reavaliação dos resultados almejados e atingidos, a constante oitiva dos atores envolvidos e afetados, o amplo rol de legitimados ativos e passivos, dentre outras características, encontram respaldo no citado microssistema, e ao que percebemos, constituem certas qualidades que devem ser observadas na resolução dos litígios estruturais e, portanto, no curso dos processos coletivos estruturais.

Apesar da ausência de norma reguladora específica para o processo coletivo estrutural na Argentina, entendemos que o país se encontra cada vez mais próximo de instituir o processo coletivo estrutural em seu ordenamento e na prática forense, resolvendo assim adequadamente os seus problemas estruturais.

REFERÊNCIAS

ACUMAR, Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo. Historia de la Cuenca. Disponível em: <https://www.acumar.gob.ar/institucional/historia-cuenca/>. Acesso em: 03 mar, 2023.

AMARAL, Karina Almeida do. O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, ano XVIII, p. 13-35, 2012. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29665.pdf>. Acesso em: 06 mai, 2023.

AMAYA, Jorge Alejandro. La legitimación en el amparo luego de la reforma constitucional argentina de 1994 ¿una nueva dimensión?. Revista de la Facultad de Derecho, n. 53, p. 245-265, 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084987>. Acesso em: 05 jun, 2023.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo, vol. 225, p. 389-410, 2013. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2023.

ARGENTINA. [Constituição (1853)]. Constituição da Nação Argentina. Organizado por Raúl Eduardo Irigoyen. Buenos Aires, 1853. Disponível em:

<https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf>. Acesso em: 02 abr, 2023.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Nação. Sentença. Processo 239:459. Habeas Corpus. [MAGISTRADOS]: Alfredo Orgaz; Manuel J. Argañarás; Enrique V. Galli; Benjamín Villegas Basavilbaso; Carlos Herrera, 27 dez, 1957. Cidade Autônoma de Buenos Aires. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autnoma-buenos-aires-siri-angel-fa57997827-1957-12-27/123456789-728-7997-5ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 05 jun, 2023.

BERIZONCE, Roberto Omar; VERBIC, Francisco. Las reformas procesales en la República Argentina. *In:* OTEIZA, Eduardo (org.). Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI, 2018. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4365588/mod_resource/content/0/3.%20Berizonce%20y%20Verbic_Las%20reformas%20procesales%20en%20la%20Rep%C3%BAblica%20Argentina_FINAL.pdf>. Acesso em: 28 mai, 2023.

CARNOTA, Walter. Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: los casos Argentino y español. Cuestiones Constitucionales, n. 9, p. 55-65, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/885/88500902.pdf>. Acesso em: 08 mai, 2023.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Casoteca da Argentina. Revista Publicum, v. 4, n. 2, p. 220-251, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/38768/27129>. Acesso em: 25 mai, 2023.

LAZZARINI, José Luis. El juicio de amparo. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 4, p. 211-220, 2000. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/1372aib004211.pdf>. Acesso em: 10 jun, 2023.

OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. La corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo, n. 185, p. 283-308, 2010. Disponível em: <https://www.academia.edu/3715545/La_Corte_Suprema_Argentina_regula_los_procesos_colectivos_ante_la_demora_del_Congreso._El_requisito_de_la_representatividad_adecuada>. Acesso em: 05 jun, 2023.

PUCCINELLI, Oscar Rául. El hábeas data a veinte años de su incorporación en la Constitución argentina. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, n. 13, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7496881>. Acesso em: 05 jun, 2023.

ROLLA, Giancarlo. Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional, 2002. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/209-derechos-fundamentales-estado-democratico-y-justicia-constitucional>. Acesso em: 06 jun, 2023.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul. Revista CEJ, v. 3, n. 9, p. 80-87, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/486/r142-17.PDF?sequence=4>. Acesso em: 12 mai, 2023.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. ANALES, n. 43, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Nacional de La Plata, 2013. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 jun, 2023.

VERBIC, Francisco. La Corte Suprema argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo. Int'l Journal of Procedural Law, Volume 5, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/13276038/La_Corte_Suprema_argentina_y_la_construcci%C3%B3n_del_derecho_constitucional_a_un_debido_proceso_colectivo>. Acesso em: 18 mai, 2023.

VERBIC, Francisco. Procesos estructurales en Argentina: una lectura crítica de los principales precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *In*: REICHELT, Luís Alberto;

JOBIM, Marcos Félix. Coletivização e unidade do direito, Editora Thoth, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/39569738/Procesos_estructurales_en_Argentina_una_lectura_cr%C3%ADtica_de_los_principales_precedentes_de_la_Corte_Suprema_de_Justicia_de_la_Naci%C3%B3n>. Acesso em: 06 mai, 2023.

DECISÕES ESTRUTURANTES, DIALOGO COOPERATIVO E IMPACTO COLETIVO: A ATUAÇÃO SEM PRECEDENTES DA CORTE SUPREMA DO CHILE NA PROTEÇÃO COLETIVA ESTRUTURAL DE MENORES SEPARADOS EM ESTADO DE MIGRAÇÃO

Rodrigo Lesser Pereira de Figueiredo

Antônio Gomes de Vasconcelos

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo estudar e identificar a existência e a maturidade do tema processo coletivo estrutural junto ao poder judiciário chinelo. A opção metodológica utilizada é a vertente jurídico-social, que uma vez aliada a revisão de literatura e a pesquisa empírica com fonte de dados secundários, compreende o Direito em um ambiente social mais amplo. Em conclusão, a pesquisa revela que até a presente data inexiste jurisprudência que reconhece o sistema de processo estrutural coletivo no Chile. Contudo, a Corte Suprema formulou soluções criativas em procedimento dialógico usando técnica semelhante ao do instituto da Cooperação Judiciária Interinstitucional, regulamentada no Brasil pelo Resolução nº 350 do CNJ, para implementar, dar seguimento e monitorar políticas públicas envolvendo a proteção de crianças e adolescentes desacompanhados e separados em estado de imigração.

Palavras-chave: Processo coletivo estrutural; Cooperação interinstitucional; Impacto coletivo; Corte Suprema do Chile; Decisões estruturantes.

1. INTRODUÇÃO

O estudo de provimentos estruturais recebe atenção crescente no Direito Processual Civil nos últimos anos devido a nova forma de litigiosidade voltada para a proteção da população subalternizada frente à violação massiva de direitos fundamentais. Conjuntamente com uma euforia dos adeptos da tese, surgem divergências conceituais quanto aos meios procedimentais e a identificação de seu campo fático. A construção teórica em andamento induz o presente artigo apresentar conceitos, características e referencias atreladas aos temas: problemas estruturais, litígios complexos, processos coletivos, medidas estruturantes e métodos de execução de tais medidas, a fim de situar o leitor no estado da arte que se encontra a matéria.

A segunda proposta do artigo é buscar jurisprudências especializadas que permitam situar o tema processo coletivo estrutural na Corte Suprema do Chile. A apresentação do contexto histórico e social chileno contribuirá para compreensão do sistema de governo, das disputas políticas e de como os direitos coletivos são protegidos pelo poder judiciário no âmbito do constitucionalismo chileno.

Uma abreviada análise de direito comparado entre Chile e Brasil permite afirmar que, ao contrário de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal[1] que reconhecem o processo estrutural no ordenamento jurídico brasileiro, a inexistência de sistema processual coletivo institucionalizado no país andino contribui para a falta de decisões colegiadas que identificam o processo coletivo estrutural no Chile. Contudo, foi possível identificar que a Corte Suprema, formulou soluções criativas em proce-

1 ADPF 347, ADPF 635 de 2019; ADPF 973 de 2022; ADPF's 709 e 742 e REsp 1.854.842.

TEMA 698/STF:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.

2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.

dimento dialógico visando a resolução de casos complexos e policêntricos semelhante ao instituto da Cooperação Judiciária Interinstitucional existe no Brasil. O caso envolvendo a proteção de crianças e adolescentes separados em estado de imigração evidencia esta constatação e será detalhada em tópico futuro.

Em uma perspectiva metodológica, o trabalho é tipológico descritivo e jurídico-comparativo, aglutinando contornos jurídicos-propositivos destinados ao questionamento das normas, dos conceitos e das jurisprudências chilenas quanto a tutela coletiva frente as funções do poder judiciário e da governança democrática do Estado Constitucional de Direitos (NICÁCIO; DIAS; GUSTIN, 2020). As fontes da pesquisa empírica em Direito são secundárias e utilizadas de uma forma que permita a comunidade científica testar as relações causais apresentadas e refutar as inferências propositivas apresentadas (NICÁCIO, 2020).

A terceira parte da pesquisa apresenta no tópico 4, identificou um caso em que medidas estruturantes foram realizadas pelo Poder Judiciário do Chile no intuito de efetivar a proteção de crianças e adolescentes desacompanhados e separados em estado de imigração. O estudo quanto a origem dos processos, a identificação do problema policêntrico, o protagonismo dos agentes do sistema de justiça na estruturação de equipe multidisciplinar e o modo como o poder simbólico da Corte Suprema chilena serviu de catalizador na criação e execução do "*Protocolo para la protección de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*", permitiu aos autores realizar aproximações da técnica utilizada pela Corte Suprema com o instituto da Cooperação Judiciária brasileira.

2. PROBLEMA ESTRUTURAL: A TEORIA, A COMPLEXIDADE E O IMPACTO COLETIVO

Buscando elucidar os conceitos que envolvem o tema processo coletivo estrutural, este tópico mostra a gênese teórica das decisões es-

truturantes e o percurso trilhado pela teoria desde o *leading case*2 norte-americano até a virada paradigmática ocorrida na Corte Constitucional Colombiana. Também será demonstrado como a complexidade dos litígios policêntricos contemporâneos exigem soluções jurídicas que são incompatíveis com o modelo clássico de jurisdição. Neste caso, alinhado com a premissa do o constitucionalismo dialógico (GARGARELLA, 2016), abre-se alternativas de soluções jurisidicionais forma democrática de perceber a jurisdição, abrindo alas para

2.1. O percurso teórico do processo coletivo estrutural: da fonte de inspiração à virada paradigmática colombiana na solução de problemas policêntricos

O estudo do processos estruturais tem origem na década de 1960 quando as cortes norte americanas foram desafiadas a resolver casos envolvendo segregação racial nas escolas. Os mecanismos para o atendimento das deliberações judiciais como forma de garantir a dignidade da justiça e o respeito ao Poder Judiciário se intensificou com o julgamento do caso *'Brown v. Board of Education of Topeka*" (BAUERMANN, 2012, p. 53-54). O *leading case* é paradigmático quanto à forma de julgar dos tribunais e quanto à aplicação de meios inovadores de execução dirigidos aos governantes e à população (BAUERMANN, 2012, p. 54).

Este paradigma decisório ultrapassa a visão retrógrada e reparatória, virando os olhares para o futuro em busca de um novo estado de coisas. Juntamente com o *leading case,* nasce as *structural injunctions*3. As medidas estruturantes da decisão judicial são técnicas para a construção do escopo decisório a fim de conferir efetividade de forma gradativa e orientada para o futuro na resolução do problema policêntricos (JAURIS, 2020).

As medidas estruturantes do Poder Judiciário, são atividades programadas de forma gradual e prolongada no tempo, visando conferir

2 *Leading Case* é uma expressão jurídica muito utilizada no Common Law, mas passou a ser empregada no direito brasileiro, podendo ser traduzida como "caso líder".

3 Denominação utilizada por Owen Fiss (1979) na tradução (FISS, 2017, p. 83) "reforma estrutural".

efetividade em busca de um estado de coisa ideal. A gênese conceitual das decisões estruturais está nas lições de Owen Fiss (2017, p. 25):

> A adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto desse artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social.

A possibilidade de mudança de um estado de coisas para um ideário constitucional ganhou adeptos entusiasmados do poder judiciário em países da América Latina. As características sociais que escancaram problemas de natureza estrutural em países subdesenvolvidos (FURTADO, 1980) e o desejo de construção de nova realidade, criaram condições favoráveis para que a Corte Constitucional Colombiana mostrasse ousadia no que César Rodríguez Garavito e Diana Rodriguez denominaram de "giro paradoxal da história social e jurídica". A Corte colombiana, outrora expectadora do direito produzido nos países de "tradição jurídica", passa a ser exportadora de jurisprudência que assegura o cumprimento de decisões ambiciosas na tutela de direitos – o que é extensível, em maior ou menor grau, a todas as experiências estruturantes do Sul global. A Corte Constitucional da Colômbia, inclusive, é usualmente apontada como principal exemplo de decisões estruturantes (FACHIN, 2018).

Prolatada a *Sentencia T-025/04*, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu o estado de coisas inconstitucional em relação aos deslocamentos forçados decorrentes do narcotráfico e buscou medidas estruturantes a fim de modificar a atuação administrativa do Estado no tocante a proteção das pessoas afetadas pelo problema. César Rodríguez Garavito, no contexto colombiano, aproxima-se da proposta de Owen Fiss e Abram Chayes e encara as decisões estruturantes como decisões de repercussão supraindividual (pois afetam um grande número de pes-

soas), as quais requerem a reestruturação de determinada organização social (a partir de remédios estruturais) a fim de proteger e promover direitos fundamentais (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2011).

Extrai-se dos provimentos estruturantes no âmbito do constitucionalismo contemporâneo[4] uma racionalidade promotora de efeitos extrajurídicos que fundamenta a nova atividade jurisdicional. A Corte atua não apenas de forma acautelatória na tutela de direitos, mas também os promove.

Mariela Puga ao discorrer sobre o caráter policêntrico dos processos estruturais na Latino América, fortalece a expansão do limite das decisões judiciais no constitucionalismo contemporâneo:

> La expansión del territorio de lo justiciable deviene, en el sentido propuesto, del tipo de litis instaurada por la autoridad jurisdiccional. Si en la litis (esto es, la definición jurisdiccional de la controversia) se retrata un conflicto policéntrico, el alcance de la regla de decisión va a trascender la relación entre las partes del proceso?. En otras palabras, la regla de decisión judicial será estructural siempre que los hechos del caso sean descriptos en la litis como un problema policéntrico.
> […]
> La categorización de los conflictos en policéntricos y bipolares suele atribuirse a los juristas norteamericanos Lon Fuller?2 , por un lado, y Abram Chayes", por el otro. Aunque con ideas encontradas respecto a los límites de la decisión judicial, ambos autores reflexionan sobre estas categorías conceptuales como formas de aprehender las controversias que se llevan a los estrados judicia-

4 O constitucionalismo contemporâneo, envolve não apenas aplicação da Constituição com toda sua força normativa, mas também os efeitos do novo paradigma que conduz à percepção mais abrangente do sistema jurídico, para além do dogma da norma constitucional formalmente posta. Vidência-se, portanto, a necessidade de completude social das regras constitucionais e busca-se pela sua real e efetividade. O constitucionalismo da contemporaneidade é essencial para avaliação do desempenho da atividade jurisdicional, é por meio do condicionalismo que a democracia se expressa e ofereça limites a atuação dos poderes da república. CASTELO BRANCO, Carolina Nobre. Construção democrática da decisão jurídica: Sistemas, precedentes e tecnologia no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Pg. 61.

> les?. Estas categorías se han popularizado también entre juristas latinoamericanos que analizan el fenómeno de los process estructurales en Latinoamérica? (PUGA,2022)

Nessa perspectiva, as decisões estruturais devem almejar resultados para além da solução do caso concreto, efeitos materiais diretos, devendo atribuir efeitos indiretos e simbólicos decorrentes de litígios desta natureza. A reconhecimento das premissas epistemológicas do constitucionalismo contemporâneo, permite que as decisões estruturais sejam identificadas como modo de combate à omissão estatal na proteção e promoção dos direitos assegurados por estas Constituições (FACHIN, 2018).

As referências do artigo mostram a contemporaneidade das publicações e como o desenvolvimento da tese do processo estrutural encontra-se em construção. Objetivando dar sentido ao impacto coletivo da sentença estrutural, as nuanças sobre complexidade, problema estrutural e cooperação são apresentadas no intuito complementar aos conceitos apresentados.

2.2. Complexidade e problemas estruturais

A complexidade é um termo usualmente utilizado para descrever a natureza intrincada não linear de sistemas, fenômenos ou problemas. Refere-se à presença de diversos elementos, relações e reações que tornam difícil prever completamente o comportamento ou as consequências de um sistema complexo. Para o artigo, a complexidade está vinculada no conceito originado da ciências naturais, relacionando sistema nos quais a ordem pode surgir sem um fio condutor ou de um centro de controle. Na definição de Melanie Mitchell:

> ampla rede de componentes, sem controle central e regras simples de operação fazem surgir comportamentos coletivos complexos, formas de processamento de informações sofisticadas e adaptação por meio de aprendizado ou evolução"(MITCHELLI, 2011, p. 13).

Os problemas complexos apresentam-se como questões de múltiplos elementos interconectados e dinâmicos com dificuldades naturais

de solução linear ou simplificada. Ainda que possam estar relacionados a situações binárias ou singulares, neste artigo, os problemas complexos serão analisados a partir da coletividade. A escolha é motivada pelo objeto de do trabalho científico, ou seja, a busca pelo estado da arte do processo coletivo estrutural no Chile.

Ainda que de maneira geral as terminologias problemas e litígios exijam soluções envolvendo desafios ou necessidades não atendidas, possuam origens de naturezas diversas, variem em complexidade e urgência e possuam diferentes abordagens e recursos para seus enfrentamentos, o rigor conceitual não permite que ambas sejam consideradas sinônimas. O termo litígio refere-se a um conflito legal ou contencioso, em que duas ou mais partes divergentes e recorrem ao sistema judicial em busca de solução imparcial. Já os problemas podem ser resolvidos por meio de ações de desjuridificação[5]. (PEDROSO, 2023)

A introdução é necessária para compreender que os conceitos apresentados nascem no estudo do processo civil, dentro de uma dinâmica institucional que regulamenta a atividade jurídica na resolução de casos concretos. Contudo, os conceitos serão aproveitados em situações em que não há litígio, mas problema estrutural.

Edilson Vitorelli definirá litígios coletivos em três dinâmicas iniciais: globais, locais e irradiados. Litígios globais são lesões juridicamente relevantes que afetam a sociedade de maneira geral e que em perspectivas individuais possuem baixa conflituosidade, ou seja, pouco relevante será o interesse individual na resolução do caso desse modelo litigioso. O litígio coletivo local, além de atingir a coletividade possui intensidade moderada que afeta as pessoas com interesses diversos. Nessa dinâmica, o grupo de pessoas afetadas cedem os interesses individuais em prol da coletividade na resolução do litígio (VITORELLI, 2018).

5 O conceito desjuridificação deve-se entender uma "baixa mais ou menos considerável de pressão jurídica" sobre determinados factos (Carbonnier citado por Van De Kerchove, 1993: 178 in PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Revista de Ciências Jurídicas Direito e Democracia, Canoas, ULBRA, v. 4, n. 1, p. 13-14, 2003.

Os litígios coletivos irradiados por sua vez, apresentam lesões relevantes tanto para a esfera social envolvida quando de forma individual aos membros dessa sociedade. Por impactarem individualmente os envolvidos de uma coletividade, o reparo da lesão se caracteriza pela fluidez e heterogeneidade. A conflituosidade é elevada no interior da sociedade afetada pelo litígio e, nas palavras de Vitorelli,: "A sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma (VITORELLI, 2018, pg.3).

A dimensão referente a complexidade na resolução do litígio coletivo é estudada pela doutrina separando os litígios coletivos em simples e complexos. Entende-se como litígios coletivos simples aqueles em que a providência reparatória é de fácil identificação e que a linearidade de causa e efeito na intervenção de retorno é simplista. (KANIA; KRAMER, 2013). Os litígios complexos por sua vez, são aqueles em que o modo de tutelar a lesão e reparar o estado de coisas contêm relações variáveis e diversas possibilidades que devem ser avaliadas em seu custo-benefício. Existe um deslocamento da estrutura binária do judiciário em lícito-ilícito para questões de sopesamento políticos, econômicos, sociais e de outras áreas de conhecimento científico. Trata-se de problemas policêntricos que instigam o poder jurisdicional buscar soluções criativas, não preestabelecidas no ordenamento legal (VITORELLI, 2018).

A questão da complexidade se estende no âmbito da pluralidade de atores envolvidos. No problema complexo, torna-se impossível prever o imaginário comportamento singular de um ou dois elementos do sistema policêntrico, é indeterminada as consequências das intervenções realizadas, de sorte que eventuais respostas não podem ser oferecidas antecipadamente. É diante da identificação de litígios desta natureza que nasceu para o ordenamento jurídico as decisões estruturais e os processos estruturais.

Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Hermes Zaneti Júnior (2017, p. 355), conceituam:

> A decisão estrutural (structural injunction) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (structural reform) em

> um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas. (DIDIER JÚNIOR, 2017)

2.3. A Cooperação Judiciária Interinstitucional no Direito Brasileiro e o Impacto Coletivo

De acordo com as características apresentadas no artigo sobre o processo estrutural, um aspecto crucial a ser considerado é a importância da colaboração na eficácia de ações estruturais que ultrapassam fronteiras de competências jurisdicionais tradicionais. A transcendência da jurisdição para além do processo é um dos pilares que sustentam o instituto da Cooperação Judiciária brasileira, regulamentada pela Resolução nº 350 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A premissa do instituto está alinhada com o Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos, regulada pela Resolução nº 125 do CNJ e é condição fundamental para a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais por meio de sentenças estruturais. Trata-se do instituto que reconhece e compreende que o judiciário não um jogador solo e necessita de outros órgãos estatais e da sociedade organizada para solução de casos coletivos irradiados (FRANÇA, 2022).

A Cooperação Judiciária vai além atuação sincronizada dos órgãos judiciais na prática de atos processuais, trata-se de uma dimensão substantiva, conteudística, que compreende a exigência constitucional da efetividade dos direitos. O constitucionalismo contemporâneo emergente do hemisfério sul-global fomenta a visão plural e não monopolista do sistema de resolução dos conflitos e exige do Poder Judiciário um papel de preventor, interlocutor, catalisador e mediador social dos conflitos sociais (VASCONCELOS, 2021).

Vasconcelos e Chaves Jr. (2016, p. 263), ensinam que a cooperação judiciária representa "reviravolta paradigmática na prática jurisdicional" por levar à compreensão de que os órgãos jurisdicionais não devem agir de forma isolada, muito menos sob o "princípio da livre convicção descomprometido com a efetividade e racionalidade da jurisdição e, principalmente, com as consequências sociais das decisões". A expressão ativismo dialógico (FRANÇA, 2022) também aparece como antítese às atitudes solipsistas de magistrados envolvidos em problemas policêntricos e proclama a união de agentes sociais para tomada de decisões que possam garantir maior aceitabilidade entre os jurisdicionados.

Quanto as técnicas de negociação e tomada de decisão envolvendo casos complexos, Kramer e Kania chamam a atenção no sentido que a ação individual de um magistrado ou tomador de decisão pode desordenar os esforços realizados em conjunto e desarticular o objetivo comum definido em casos policêntricos. Para resolver o dilema e a contradição que podem surgir na tomada de decisão, a utilização do método do "impacto coletivo" se mostra procedimento eficiente (KANIA, KRAMER, 2013 apud ARENHART; OSNA, 2022).

A metodologia do impacto coletivo é desenvolvida primeiramente na definição dos envolvidos e na comunhão de atores que enxergam o problema com o mesmo senso de urgência. Este alinhamento de expectativas e diagnósticos possibilita a criação de uma agenda comum e evita atuações solipsistas e desordenadas. A Estrutura e alinhamento de definições permitem que a segunda etapa da metodologia seja feita, o compartilhamento de dados e informações a fim de estabelecer métricas padronizadas que geram vínculos de responsabilidades comuns. A terceira etapa de método é a solidariedade orgânica, nesta altura são definidas as tarefas a serem executadas pelos agentes de maneira que não coincidam e busque por um objetivo comum. O ultimo elemento para integração do impacto coletivo é a comunicação constante entre os diferentes sujeitos ou organizações engajadas na resolução do problema complexo (ARENHART; OSNA, 2022).

Para a execução das etapas da metodologia do impacto coletivo é necessário a existência de uma organização alicerce, que promova a ar-

ticulação e estimule a participação dos envolvidos (ARENHART; OSNA, 2022). A credibilidade institucional da organização escolhida para ser o *backbone*6 da iniciativa se faz fundamental para o êxito do impacto coletivo. Neste ponto, este artigo assimila que o poder judiciário pode ser apresentado como legítimo indutor e catalizador na resolução de problemas estruturais. O instituto da Cooperação Judiciária interinstitucional prevê essa perspectiva conforme a Resolução nº. 350 do CNJ. No caso em específico do território chinelo, ainda que inexistente regulamentação própria como no Brasil, art. 15 da Resolução nº 350 do CNJ, a Corte Suprema já tem atuado de forma cooperativa para resolver problemas complexos como se mostrará no tópico subsequente.

3. A PROTEÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS NO CHILE

Compreender o contexto histórico-social-político de uma nação é fundamental no estudo do constitucionalismo de qualquer Estado. Assim, para avançar no estudo da proteção de direitos coletivos e das medidas estruturantes realizadas pelas Corte Suprema do Chile, este tópico detalha os períodos governamentais, apresente a estrutura e a composição do Poder Judicial e estuda o meio constitucional apropriado no Chile para proteção aos direitos coletivos.

3.1. História Sócio-Política do Chile

Não é possível, ideal ou proveitoso realizar a leitura de uma constituição fora da nossa realidade política. É preciso compreender inicialmente as linhas gerais da história do país sobre o qual nos debruçamos. (GUEDES, 2017). A frase do professor que estuda os movimentos constitucionais do Chile norteia o presente tópico a fim de subsidiar a pesquisa sobre resolução de problemas estruturais pelo poder judiciário chileno.

A história sócio-política do Chile é complexa abrangendo mais de 500 anos. O processo de colonização espanhola enraizou na estrutu-

6 Espinha dorsal – neste caso usado como o órgão que pode sustentar, catalisar irradiar a solução do problema policêntrico.

ra social chilena, características de uma elite europeia e também uma apaixonada preservação cultural de etnias originárias que habitam a territorialidade dos andes. Como na maioria dos países Sulamericanos, o pêndulo tipológico da estrutura de governo oscilou entre o autoritário e regime democrático. Esse desequilíbrio desencadeia, conflitos internos entre os grupos sociais existentes (COLLIER, 2004).

Contextualizar o caminho histórico se faz necessário para dar compreensão ao modelo do constitucionalismo e a forma com que o poder judiciário chinelo atua frente as garantias de direitos fundamentais. O estudo dos movimentos constitucionais desde a primeira constituição chilena de 1822 até a constituição vigente de 1980 darão subsídios para este artigo.

A sucessão de constituições que vigeram no país nos séculos XIX e XX, elaboradas sequencialmente em 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 e 1980, marcaram a fragilidade política e o viés liberal burguês na estruturação do Estado chileno. A constituição de 1822, texto base às futuras, cristalizou claramente valores semelhantes à Revolução Francesa como "Liberdade, segurança e propriedade"(COLLIER, 2004). A constituição de 1833 manteve a tradição liberal e renovou o pacto político até a constituição de 1925, esta que foi responsável por atualizar o discurso diante da modernidade industrial do século XX e das contradições socioeconômicas surgidas ao longo do século XIX. (PORTALES, 1933) A constituição de 1925 transpõe para o século XX o ideário liberal e estende-se até 1980, consolidando o Chile como Estado Subsidiário (GUEDES, 2017).

Durante a década de 1960 o Chile passou por um período de reformas sociais. Sob a presidência de Salvador Allende as políticas para aumentar a participação dos trabalhadores no governo e a nacionalização de indústrias de base fizeram do governo de Allende o mais social da história chinela. No entanto, vistas como impopulares entre as elites do país, em 1973 o governo de Allende foi derrubado por um golpe militar liderado pelo general Augusto Pinochet que outorgou a constituição de 1980, até hoje vigente. O segmento militar faz parte do cotidiano político chileno, com a Guerra do Pacífico (1879-1883) as forças armadas chilenas incrementam em muito sua influência na política nacional. Daí a dificuldade de o poder civil sobrepor-se ao militar no Chile (GUEDES, 2017).

Com o retorno à democracia em 1990, Patricio Aylwin foi eleito presidente, desde então o Chile passou por uma série de reformas democráticas e econômicas, desencadeando reformas constitucionais importantes como a criação do Tribunal Constitucional em 2005. Em 2010, Sebastián Piñera foi eleito presidente e em 2014, Michelle Bachelet assumiu o cargo. Em 2019, o país passou por uma série de protestos sociais em resposta à desigualdade econômica e à falta de representatividade política. Em outubro de 2020, um plebiscito foi realizado para perguntar ao povo chileno se eles queriam uma nova Constituição. O resultado foi a favor de uma nova Constituição, e um processo de redação de uma nova Constituição foi iniciado.

Em 4 de julho de 2021, o Chile elegeu os membros de uma Assembleia Constituinte para redigir a nova Constituição, que deveria ser promulgada em 2022 e substituir a Constituição vigente de 1980. Seria a primeira vez da história do Chile que as pessoas participantes do processo constituinte seriam eleitos pelo povo. Contudo, mesmo estabelecendo um sistema presidencialista, incluindo disposições de garantia da participação popular e de representatividade política multi-representativa, incluindo a reserva de assentos para representantes indígenas na assembleia constituinte, houve um plebiscito que rejeitou a nova constituição com votos ao "não| no percentual de 63%.

No presente momento, está sendo desenvolvida uma proposta de constituição chilena. Esse processo está a cargo de um conselho composto por 51 parlamentares, sendo que 33 deles pertencem a partidos políticos da corrente direitista. Após essa etapa, o texto será mais uma vez submetido à votação popular em 17 de dezembro de 2023, ou seja, até a presente data o processo de nova constituinte não foi finalizado.

Em termos geográficos, por ser o Chile um estado unitário, a compreensão da territorialidade permitirá uma maior elucidação da divisão do sistema judiciário. O Chile está dividido em 17 regiões, 57 províncias e 346 comunas. As comunas chilenas se equivalem aos municípios brasileiros. A sede da administração da comuna está localizada na zona urbana principal da comuna, que corresponde a cidade de mesmo nome da comuna.

3.2. Sistema Judicial chileno

O sistema judicial do Chile é dividido em várias instâncias com funções específicas. Os Tribunais de Justiça são ordinários e julgam casos civis, criminais e trabalhistas em primeira instância. Cada uma das 17 regiões tem seu próprio tribunal de justiça. As Cortes de Apelações são tribunais superiores que julgam recursos contra decisões dos tribunais de justiça. Existem 17 cortes de apelações no Chile, cada uma cobrindo uma determinada região do país. Existem ainda os Tribunais Especiais, com jurisdição para casos específicos, como tribunais de família e de menores, tribunais ambientais e tribunais eleitorais (JUNIOR, 2015).

A Corte Suprema, tribunal mais alto do Chile é responsável por julgar recursos contra as decisões das cortes de apelações (Artículo 78. CR 198). Localizada em Santiago, seus *fiscales judiciales* são nomeados pelo Presidente da República e avalizados pelo Senado, 5 entre os 21 ministros membros deverão ser advogados estranhos a administração da justiça, os demais serão compostos por juízes de carreira integrantes do poder judiciário.

O sistema judicial tem um papel importante na proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos chilenos, incluindo a liberdade de expressão e a igualdade perante a lei. Entre as instituições que fazem parte do sistema de justiça, o Ministério Público, a advocacia, particular e estatal possuem previsão constitucional, artículos 77 e 83 respectivamente. Ministério Público do Chile é uma instituição que foi constitucionalizada após a reforma que introduziu o capítulo VI-A ao texto constitucional de 1980, por efeito da Lei 19.519, de 16/9/1997. As atribuições do Ministério Público são eminentemente criminais.

Quanto ao exercício da advocacia, as principais normas sobre advocacia estão contidas no Código Orgânico dos Tribunais que define advogados como pessoas autorizadas a defender os direitos das partes litigantes perante os tribunais de justiça. Para obter o título de advogado, é necessário atender aos requisitos como idade mínima de 20 anos, ter cursado Direito, não ter sido condenado ou acusado criminalmente e ter bons antecedentes. Não há Exame de Ordem como no Brasil, mas é ne-

cessária uma prática profissional de pelo menos seis meses nas Corporações de Assistência Judiciária, que pode ser substituída pelo exercício de funções no Poder Judiciário. (GARCIA, 2013). A Defensoria Pública embora não tenha suas atribuições na constituição chilena merecem atenção deste artigo devido ao exercício de proteção a grupos sociais vulneráveis.

O Tribunal Constitucional é um tribunal especializado que julga questões constitucionais e pode declarar inconstitucionais leis ou atos do governo. O Tribunal Constitucional não é órgão do Poder Judiciário e hoje é composto por 10 membros. 3 são eleitos dentre os ministros da Corte Suprema de Justiça, 3 membros são escolhidos pelo presidente da República, 2 membros escolhidos pelo Senado, por meio de votação favorável de dois terços dos senadores e 2 membros sugeridos pela Câmara dos Deputados e designados pelo Senado, Artículo 92. CR 1980 (JUNIOR, 2015)

3.3. A ação constitucional do Recurso de Protecion e o controle de constitucionalidade no Chile

No Chile, o controle de constitucionalidade é exercido pelo Tribunal Constitucional (artículo 92 CRC), órgão autônomo e independente do poder judiciário. O Tribunal Constitucional julga a constitucionalidade das leis e atos do governo a fim de garantir o respeito aos direitos fundamentais consagrados na Constituição. O controle é realizado de duas formas: de ofício, pelo próprio Tribunal Constitucional, ou mediante uma ação de inconstitucionalidade, que pode ser proposta por um grupo de parlamentares, pelo Presidente da República, pelos Tribunais de Justiça ou por um grupo de cidadãos.

Quanto ao controle de constitucionalidade de políticas públicas, vale lembrar a tese do Estado Subsidiário no impacto nas decisões jurídicas, assim, em regra o Poder Judiciário não deve interferir nas decisões políticas do governo ou do Legislativo, mas apenas garantir que as decisões estejam de acordo com a Constituição e os direitos fundamentais.

Como apresentado no tópico anterior, a constituição de 1980 tem como base a ideia de que o Estado chileno deva ser subsidiário. Essa teo-

ria prevê o Estado deve atuar de forma limitada e apenas complementar a ação da sociedade civil e do mercado na promoção do bem comum. Essa concepção de Estado tem sido objeto de críticas de setores que consideram que a atuação do Estado deve ser mais forte em determinadas áreas, como a promoção da igualdade social e o combate à pobreza. Porém, a doutrina do Estado Subsidiário ainda é um importante elemento da política e do direito constitucional no Chile (HUNEEUS, 2013).

No Chile diferente do Brasil que possui um sistema de proteção aos direitos coletivos (STJ, 2021), o instrumento processual que permite a qualquer pessoa recorrer ao poder judiciário para exigir a proteção efetiva de seus direitos fundamentais de forma coletiva é o mesmo da tutela individual quando estes forem ameaçados ou violados pelo Estado ou por terceiros, trata-se "*recurso de protección*"[7].

A doutrina do Estado Subsidiário e a ação constitucional de proteção se apresentam antagônicas, uma vez que o primeiro propõe uma atuação limitada do Estado, enquanto a segunda implica em uma maior intervenção do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos consoante o constitucionalismo contemporâneo. Entretanto, a ação constitucional de proteção é um mecanismo importante para garantir que o Estado cumpra efetivamente, na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos previstos na constituição (Artículo 19). A abordagem vai ganhar maior relevância quando tratarmos do caso específico

7 Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso quinto67, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada

de resolução de problema estrutural das crianças e adolescentes em estado de migração pelo poder judiciário no Chile.

4. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS SOBRE PROBLEMA ESTRUTURAL NA CORTE SUPREMA CHILENA

O ultimo tópico deste artigo demostra o caminho realizado pelos autores para identificar jurisprudências na Corte Suprema do Chile que permitam identificar a existência de processos coletivos estruturais. A frustração pela inexistência de ações judiciais que continham a expressão processo estrutural foi amenizada quando o "prompt" cooperação judiciária identificou um caso onde medidas estruturantes dialógicas foram realizadas pela Corte a fim de corrigir um estado de coisas sobre a crianças desacompanhadas em estado migratório.

4.1. A inexistência do processo estrutural e a aproximação do instituto da Cooperação Judiciária Interinstitucional

A fim de desvelar a existência de processo coletivo estrutural no sistema de precedentes judiciais chileno, foi realizado uma busca no site oficial do Poder Judiciário do Chile utilizando os descritores "processo estrutural", "conflito estrutural", "problema estrutural", "cooperação judiciária" e "controle constitucional de políticas públicas". Os resultados da pesquisa evidenciam que o tema é incipiente na jurisprudência local, contudo, ações isoladas da Suprema Corte merecem destaque e serão abordadas neste tópico.

As expressões "proceso estructural", "conflicto estructural", "control constitucional de las políticas públicas" e "problema estructural" foram utilizados como *"prompts"*8 na busca de jurisprudências no reposi-

8 Em sistemas operacionais baseados em comando, um ou mais símbolos, que indicam o local, a partir do qual, o usuário deve digitar uma instrução. No MS-DOS, por exemplo, é uma letra que representa a unidade de disco, seguida do sinal "maior que", ex. C>. 2. Mensagem breve que surge na tela do computador, indicando que um programa aguarda a entrada de dados por parte do usuário. Fonte: https://www.origiweb.com.br/dicionario-de-tecnologia/Prompt

tório do site oficial do poder judiciário do Chileno e nenhum resultado foi encontrado. A inexistência de decisões que contenham as expressões pesquisadas mostram a importância do modelo de Estado Subsidiário no poder judiciário local. Portanto, a influência exercida pelos tribunais e pelos magistrados na produção e execução de políticas públicas que direcionam a atuação do executivo é limitada e possui como tese base a estrutura do Estado subsidiário.

A inquietação acadêmica em busca de encontrar decisões que pudessem evidenciar a existência de processo estrutural nos tribunais chilenos foi atenuada quando mediante o uso do descritor "cooperação judiciária" foi possível identificar uma decisão da Corte Suprema chilena em 2020 relacionada à migração de crianças e adolescentes. O resultado da pesquisa permitiu encontrar um caso de litígio coletivo irradiado (VITORELLI, 2018) no país.

Mesmo sem norma regulatória sobre a Cooperação Judiciária Interinstitucional no Chile, o caso identificado permite afirmar que a Corte Suprema compreende a importância da cooperação entre diferentes órgãos e instituições para garantir a proteção dos direitos coletivos, no caso específico, das crianças e adolescentes migrantes. A decisão da Corte declarou a necessidade de políticas públicas específicas às necessidades desses grupos[9] e para a execução de tais políticas agiu de forma catalizadora na elaboração de um protocolo conjunto para direcionar as políticas executivas e legislativas que envolvia o problema.

A técnica utilizada pela Corte Suprema na solução dos conflitos policêntricos envolvendo crianças desacompanhadas em estado de migração, assemelha-se ao método do impacto coletivo e da previsão contida no capítulo IV da Resolução nº 350 do CNJ brasileiro. A técnica denominada Cooperação Judiciária Interinstitucional no Brasil permite o poder judiciário realizar com qualquer instituição, pertencente ou não

9 https://www.pjud.cl/documents/43652/253827/Sentencia+Corte+Suprema+Rol+N%-C2%B0+26783-2019.pdf/17f71189-8996-4b1f-ba87-3a9e3d3c2a97](https://www.pjud.cl/documents/43652/253827/Sentencia+Corte+Suprema+Rol+N%-C2%B0+26783-2019.pdf/17f71189-8996-4b1f-ba87-3a9e3d3c2a97

ao sistema de justiça, parcerias para elaboração e adoção de estratégias conjuntas em busca de solução de conflitos de natureza complexa.

De forma descritiva, o Poder Judiciário chileno notícia que em agosto de 2021 a Corte Constitucional chilena, em conjunto com a Corte Suprema, emitiram o *Protocolo para la protección de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. O protocolo destaca a importância da cooperação entre os diferentes órgãos do Estado chileno, incluindo o poder judiciário, para garantir a proteção e assistência integral às crianças e adolescentes migrantes. A determinação de políticas públicas que promovam a inclusão social e a integração das crianças e adolescentes migrantes na sociedade chilena será estudada de forma pormenorizada no subtópico seguinte.

4.2. O Caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados en el contexto de la migración

A legislação que regula a migração no Chile país foi aprovada sob grande influência das forças armadas. A "Lei de Migração" chilena foi originalmente publicada em 1975 (Decreto Ley nº. 1094)[10] e foi alterada em 2018 pelas Leis 8970-06 e 20.430. A lei original possui restrições rígidas diante da migração econômica e da reunificação familiar, restringindo a mobilidade humana e posicionando os estrangeiros como uma ameaça a segurança nacional. As alterações legislativas futuras propuseram humanizar a migração, contudo, a expulsão imediata de imigrantes em situação irregular, incluindo crianças e adolescentes se mantinha legal (VASQUEZ, 2021).

A situação imigratória chilena se agravou com as crises dos países latino-americanos e o contexto das imigrações ilegais em que envolviam menores tornou destaque no cenário jurídico-administrativo local (VASQUEZ, 2021). A falta de legislação específica e a inexistência de consenso entre autoridades policiais quanto a tratativa em casos envolvendo crianças e adolescentes no processo de imigração, sobretudo quando esses

10 (Congreso Nacional de Chile 1975),

menores estavam desacompanhados de sua família fez surgir dúvidas de dimensão institucionais. O que fazer com essas crianças e adolescentes separados em situação de imigração? Quem deveria agir? De qual forma agir? (PODER JUDICIAL CHILE, 2021).

O prelúdio do protagonismo exercido pelo Poder Judiciário ocorre em agosto de 2018, quando o Tribunal Constitucional declara inconstitucional o artigo da Lei de Migração que previa a expulsão imediata de crianças e adolescentes imigrantes. A Corte argumentou que a medida violava os direitos humanos fundamentais daqueles indivíduos e não levava em conta o melhor interesse da criança, princípio previsto na Constituição chilena e em convenções internacionais das quais o país é signatário (VASQUEZ, 2021).

No decorrer de 2020, o poder Judiciário de Família de Iquique informou a Corte Suprema sobre a situação irregular em que se encontravam crianças e adolescentes em contexto de imigração na Região de Tarapacá. Em especial, a Vara de Família de Tarapacá tinha registrado um aumento considerável nos pedidos de medidas protetivas para crianças e adolescentes desacompanhados de responsáveis. Atendo a gravidade do caso, o Plenário da Corte Suprema, em janeiro de 2021, deliberou sobre a criação de uma esquipe multidisciplinar para analisar e encontrar alternativas para resolver os casos (PODER JUDICIAL CHILE, 2021).

De forma similar aos procedimentos do método do impacto coletivo (KANIA, KRAMER, 2013 apud ARENHART; OSNA, 2022) e das técnicas da Cooperação Judiciária Interinstitucional (Resolução nº 350 do CNJ), a Corte Suprema inicialmente instaurou dois Grupos de Trabalho. O primeiro foi de caráter interno, a fim de realizar as modificações no sistema de processamento do SITFA (Sistema Informático de Tramitación de tribunales de Familia) e fazer uma unificação nacional dos dados referentes aos processos judiciais e administrativos quanto a crianças e adolescentes em estado de migração desacompanhados de responsáveis. A primeira etapa foi denominada como fluxo de gestão de casos (PODER JUDICIAL CHILE, 2021).

Numa segunda fase, realizou-se um conjunto de reuniões bilaterais com todas as instituições que diretamente estavam envolvidas nos casos.

Foi criada a Mesa Técnica Interinstitucional sobre la situación de los NNA no acompañados y separados en contexto de movilidad com 14 membros iniciais. A listagem dos participantes apresenta-se abaixo de forma didática em formato de tabela apresentando suas atividades fundamentais:

1. Tabela de Instituições e funções desenvolvidas no protocolo:

Instituição	Função
Carabineros de Chile,	Instituição de polícia ostensiva do Chile. É responsável, ainda, por atuar na área de defesa civil naquele país.
Investigações Policiais do Chile,	A polícia de estatuto civil, judiciária e técnico-científica, subordinada ao Ministério da Segurança Pública, órgão investigações policiais para elucidar os delitos
Defensoria da Infância,	Órgão autónomo encarregado proteger os direitos das crianças e adolescentes no Chile.
Ministério da Justiça e Direitos Humanos,	Postulam políticas de acesso à justiça, com ênfase nas pessoas em situação de vulnerabilidade.
Subsecretaria de Infância,	Vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Social foi criada em 2018
Serviço Nacional de Proteção à Infância e Adolescência (Infância Melhor),	É um serviço público descentralizado, dotado de personalidade jurídica e património próprios, sujeito à tutela do Presidente da República através do Ministério do Desenvolvimento Social e Família.
Fundo para o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF),	Organização Mundial criada para influenciar tomadores de decisão para traduzi ideias inovadoras para superar obstáculos impostos às crianças pela pobreza, violência, doença e discriminação.
Agência da ONU para Refugiados (ACNUR),	O escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados criado em 1950 trabalha para proteger e ajudar refugiados em todo o mundo.

→

Instituição	Função
Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OHCHR)	É a principal entidade das Nações Unidas no campo dos direitos humanos. A Assembleia Geral delegou à Alta Comissária e ao seu escritório a missão de promover e proteger todos os direitos humanos de todas as pessoas.
Judiciário	
Profissionais de unidades da Suprema Corte,	é a mais elevada instituição jurisdicional existente nos tribunais que integram o Poder Judiciário do país
Associação Nacional de Magistrados do Judiciário chileno,	Associação que reúne os membros do Primeiro Escalão do Judiciário chileno em todo o país, com mais de 1.300 membros.
Associação Nacional de Funcionários do Judiciário,	Criada em 1971, seu propósito é unir todos os servidores do Judiciário para que se ajudem e busquem o aprimoramento cultural, social, material e profissional de seus associados
Associação Nacional de Conselheiros e Conselheiros Técnicos do Judiciário chileno	Criada em 2003 e possui mais de 1.100 membros e associados, tem participação ativa e reconhecida nos principais projetos de desenvolvimento do Judiciário.
Associação Nacional de Profissionais do Judiciário Administração do Judiciário.	É baseado na necessidade de consagrar a separação de funções entre os campo da gestão administrativa e jurisdicional, com foco na atenção do usuário e em uma justiça rápida e oportuna,

Fonte: (Autor, 2023)

As reuniões realizadas serviram para dar ciência, detalhar os casos emblemáticos e solicitar contribuições dos órgãos responsáveis quando atuam diretamente com os menores vulneráreis em estado de imigração. Cada uma das entidades participaram e construíram um protocolo de melhoria de acordo com suas competências e atribuições.

A elaboração do protocolo final envolveu a construção de um fluxo de gestão de casos, reuniões com todas as instituições que assinam o protocolo, revisão do documento por todas as autoridades institucionais e aprovação de cada um dos capítulos. Foi questionado como os órgãos

poderiam revisar suas competências de forma a refletir o contributo que poderia dar para a efetivação dos direitos das crianças, em especial, de meninas adolescentes desacompanhadas e separadas em contexto migratório. A criação de Grupos de Trabalho para tratar de temas específicos: comunicação e difusão; participação; capacitação e formação; e construção colaborativa do protocolo foi crucial para o debate (PODER JUDICIAL CHILE, 2021).

Na terceira fase, o protocolo foi revisto no seu conjunto por todas as instituições que a aprovaram cada capítulo. O protocolo foi aprovado de forma unânime e publicado em 2021, contendo as padronizações de atendimento e diretrizes de políticas públicas para garantir a proteção das crianças e adolescentes desacompanhados no contexto de imigração.

Entre as proposições detalhadas no protocolo, destaca-se aquelas realizadas a fim de garantir o cumprimento das medidas de proteção adotadas pelo Juiz ou o Juiz de Família, pelos Núcleos de Observação e Conformidade e pela Coordenação da Unidade de Registro. A Corte Suprema passou a fiscalizar as medidas de proteção dos direitos da criança e do adolescente, de acordo com as diretrizes estabelecidas na Lei 37-2014 e a resolução do Pleno de 29 de março de 2019 na AD-1251-2018 (PODER JUDICIAL CHILE, 2021).

Diante casos complexos envolvendo adolescentes que passavam por situações de abusos de natureza familiares, econômico, psicológicos e sexuais, parte importante do protocolo foi direcionado para tratar da primeira acolhida. As diretrizes desenvolvidas para os funcionários policiais, sobretudo à polícia de investigação, foi determinando que sempre no primeiro contato com crianças e adolescentes deveriam ser atendidos os requisitos: espaço adequado, linguagem clara e respeito ao silêncio, serviço de tradução se necessário e formação qualificada. O curso de formação para profissionais atuantes nos poderes da justiça e policiais envolvidos com imigração são frequentes, seguem as metas estipuladas pela Mesa Interdisciplinar e são fiscalizados pela Corte Suprema (PODER JUDICIAL CHILE, 2021).

No tocante a padronização de primeira acolhida, o protocolo prevê a etapa judicial, contendo informações sobre como os casos de-

veriam ser recebidos pelos Juizados de Famílias, a designação de procuradores, a realização de entrevista pelo juiz e a abertura do processo ou integração deste no sistema SITFA. Esses parâmetros permitiram reunir informações que motivaram a reunião de menores com seus responsáveis e direcionaram acolhida alternativa em meio familiar à crianças desacompanhadas garantindo vida adequada, saúde e educação para os menores. Todas as medidas de proteção atualmente são acompanhadas de forma instantânea pela Corte Suprema em sistema integrado na internet (PODER JUDICIAL CHILE, 2021).

O último tópico do protocolo dedica ao monitoramento e seguimento das medidas de proteção implementadas pelo protocolo, uma vez que a Corte Suprema obrigou o governo chileno a implementar políticas públicas específicas para a proteção de crianças e adolescentes imigrantes, incluindo a criação de centros de acolhimento e assistência social para esses indivíduos, além de estar diretamente previstas na Constituição chilena, nas leis infraconstitucionais, e nos protocolos internacionais assinados pelo Chile, o monitoramento pela Corte Suprema transpira respeito e consolida o poder simbólico da Corte.

A página oficial do poder judiciário e do sistema de justiça mostra mensalmente os dados de monitoramento do protocolo, apresentando os casos específicos divididos por comunas e regiões jurisdicionais. A página web também é compartilhada com a secretaria de proteção a crianças garantindo o monitoramento dos cursos de capacitação[11].[12] [13]. O quadro comparativo de resultados entre 2020 a 2022 demostra a efetividade do protocolo.

11 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2022). Informe Nacional sobre NNA migrantes no acompañados y/o separados con medidas de protección vigentes. Santiago, Chile: Departamento de Inmigración, Gobierno de Chile. Fonte: https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/47331

12 https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2022/11/DDHH2022_08_MIgrantes.pdf

13 https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2023/02/Informe-final-Estudio--Migrantes-2022.pdf

JURISDICCIÓN TOTAL NNA MIGRANTE NO ACOMPAÑADO	2020	2021	2022
ARICA	6	6	6
IQUIQUE	28	33	2
ANTOFAGASTA	2	2	1
COPIAPÓ	1	0	0
LA SERENA	0	0	0
VALPARAÍSO	7	7	6
RANCAGUA	1	1	1
TALCA	18	20	22
CHILLÁN	2	2	2
CONCEPCIÓN	3	3	4
TEMUCO	6	5	5
VALDIVIA	5	5	6
PUERTO MONTT	0	0	0
COYHAIQUE	1	1	1
PUNTA ARENAS	0	0	0
SANTIAGO	9	9	9
SAN MIGUEL	4	35	34
TOTAL GENERAL	93	129	91

Fonte: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2022) [14]

O Protocolo ainda destaca a necessidade de garantir o acesso à educação e ao trabalho para esses indivíduos e estabelece medidas para proteger crianças e adolescentes de todas as formas de violência, abuso, exploração e tráfico. Por fim, o Protocolo reconhece a importância da cooperação internacional e do diálogo entre diferentes atores, como governamentais, organizações da sociedade civil e organismos internacionais, para garantir a implementação efetiva das medidas de proteção.

A compreensão dos desafios inerentes à resolução de problemas complexos requer uma abordagem holística do caso por parte do poder

14 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2022). Informe Nacional sobre NNA migrantes no acompañados y/o separados con medidas de protección vigentes. Santiago, Chile: Departamento de Inmigración, Gobierno de Chile.

judiciário, ante condicionado a visões binárias do fato jurídico. Uma vez considerando as múltiplas variáveis e dimensões que desafiam o poder de justiça, Michele Taruffo, ensina que "no atual mundo globalizado, a administração da justiça e a proteção de direitos não podem ser consideradas – como tem sido até agora – como questões pertencentes apenas à soberania pós-westphaliana" de estados-nação. Nesse sentido, os litígios coletivos podem ser e, em muitos casos, efetivamente são, transnacionais" (TARUFFO, 2012).

Além do mais, a influência do protocolo no contexto imigratório pode ser percebida no âmbito legislativo. Em 11 de abril de 2021 houve a promulgação da Lei Nº 21.325[15] que alterou a regulação sobre migração e estrangeiros. Os Títulos II e II da nova determinação legal aboliram a permissão de expulsão de crianças e adolescentes conforme os princípios defendidos pelo protocolo. A nova legislação regulamenta a situação utilizando a mesma grafia utilizada no protocolo elaborado.[16]

15 https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1158549

16 Artículo 4 - Interés superior del niño, niña y adolescente. El Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, desde su ingreso al país y cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que los tengan a su cuidado.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que incurrieren en alguna infracción migratoria no estarán sujetos a las sanciones previstas en esta ley. […] Título VIII - DE LA EXPULSIÓN: Artículo 134.- Ejecución de la medida de expulsión. Una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la resolución que ordena la expulsión, se podrá someter al afectado a restricciones y privaciones de libertad. Esta medida sólo podrá practicarse en el domicilio del afectado o en dependencias de la Policía, habilitadas especialmente al efecto, separados entre hombres y mujeres e independientes de las instalaciones destinadas a personas detenidas por otras causas legales y dando cumplimiento a los estándares de salud, higiene y habitabilidad que establecerá el reglamento. En ningún caso se aplicará esta medida a niños, niñas o adolescentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Na busca pela identificação e maturidade do tema processo coletivo estrutural no ordenamento jurídico chileno, não foi possível detectar jurisprudências nos tribunais do Chile que explicitam a nomenclatura que envolvem ações coletivas. Em termos jurisprudenciais é inexistente uma tese que fixa a conceituação de processo estrutural. Contudo, é possível identificar uma decisão da Corte Suprema que preenche os requisitos que compõem as medidas estruturantes. A técnica utilizada pela Corte Suprema do Chile para a criação em 2021 do Protocolo para la protección de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, se assemelha ao procedimento operacional do impacto coletivo e das técnicas da Cooperação Judiciária Interinstitucional brasileira.

O Protocolo para la protección de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, no esteio do giro paradoxal da história social e jurídica, apresenta-se como virada paradigmática da atribuição do poder judiciário chileno como catalizador no cumprimento de decisões ambiciosas na tutela de direitos fundamentais nos ditames do constitucionalismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Problemas complexos e processo estrutural: significado conceitual e possibilidade de efetivação. In. Processo Estruturais no Sul Global. Londrna, PR. Thoth. 2022.

ALESSANDRI, Arturo. Constitución política de la República de Chile. Imprenta Nacional, Santiago, 1925.

BAUERMANN, Desirê. Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

CHILE. Constitución política de la República de Chile. Ministerio de Justicia, Santiago, 1980.

CHILE. Constitución política de la República de Chile. Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 2005.

COLLIER, S. Chile: the making of a republic, 1830-1865: politics and ideas. Cambridge University Press, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 353-368.GARCÍA, José Francisco; VERDUGO, Sergio. **Activismo judicial en Chile: Hacia el Gobierno de los jueces?**. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013.

FACHIN, M. G.; BUENO SCHINEMANN, C. C. DECISÕES ESTRUTURANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: CRITÉRIOS PROCESSUAIS DA TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS PRESTACIONAIS. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, _[S. l.]_, v. 4, n. 1, p. 211–246, 2018. DOI: 10.21783/rei.v4i1.247. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247. Acesso em: 11 jul. 2023.

FISS, Owen. Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

FISS, Owen. The forms of justice. Harvard Law Review, Cambridge, n. 93, 1979.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O poder Judiciário como amplificador de vozes marginalizadas: Ativismo dialógico e transformações sociais pelo processo estrutural. n. Processo Estruturais no Sul Global. Londrna, PR. Thoth. 2022.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75. ISBN 978-85-450-0196-6. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br>.

HUNEEUS, C. The Pinochet dictatorship revisited. In: Human rights in Chile: The report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation, p. 119-140, 2013.

JAURIS, Renata Bolzan; BELLINETTI, Luiz Fernando. As medidas estruturantes e a compatibilidade com o direito processual brasileiro. Scientia Iuris, Londrina, v. 24, n. 2, p. 64-80, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p64. ISSN: 2178-8189.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. Como se produz um jurista? O modelo chileno (parte 28). Consultor Jurídico. 2015. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-set-02/direito-comparado-produz-jurista-modelo-chileno-parte-28author. Acesso em 10/07/2023.

KANIA, John; KRAMER, Mark. Embracing Emergence: How Colletive Impact Adddresses Complexity. In Stanford Social Innovation Review. Stanford: Stanford Center on Philanthropy and Society, 2013.

MITCHELLI, Melanie. Complexity: A guide tour. Oxford: Oxford University Press, 2011.

NICÁCIO, Camila Silva; DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

PIINTO, Joseane Mariéle Schuck; Ríos Álvarez, Rodrigo Desplazados de Haití: movilidad intrarregional sudamericana y las medidas compulsivas en Brasil y Chile Ciências Sociais Unisinos, vol. 56, núm. 3, 2020.

PORTALES, Diego. Constitución política de la República de Chile. Imprenta del gobierno, Santiago, 1833.

PUGA, Mariela. Litigio Estrutuctural en Argentina - Un Itininerario Conceptual. in Processo Estruturais no Sul Global. Londrna, PR. Thoth. 2022.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. Texas Law Review, vol. 89, 2011.

SILVA, P. Politics and economics in Chile since 1950. Cambridge University Press, 2015.

STJ. **REsp 1.925.492-RJ**. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 04/05/2021.

TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012. p. 27.

VALENZUELA, J. S. Democratization in Chile: The Long Road from Authoritarianism. Journal of Democracy, v. 3, n. 4, p. 17-31, 1992.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. As múltiplas dimensões da cooperação judiciária da administração justiça brasileira. Em Cooperação Judiciário Nacional. Coord. Fredie Didier Jr. Editora Jus Podivm. Salvador. 2021.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; CHAVES JR., José Eduardo de Resende. Cooperação Judiciária na Administração da Justiça e no Processo do Trabalho. In: COLNAGO, Lorena M. Rezende; NAHAS, Thereza Cristina (Ord.). Processo do Trabalho Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 263-302

VASQUEZ, Jorge; FINN, Victoria and UMPIERREZ DE REGUERO, Sebastián. Trocando a fechadura. Intenções legislativas do projeto de lei de migrações no Chile. *colomb.int.* [online]. 2021, n.106, pp.57-87. Epub Apr 06, 2021. ISSN 0121-5612. https://doi.org/10.7440/colombiaint106.2021.03. Acesso em 14/07/2023.

VITORELLI, Edilson. LEVANDO OS CONCEITOS A SÉRIO: PROCESSO ESTRUTURAL, PROCESSO COLETIVO, PROCESSO ESTRATÉGICO E SUAS DIFERENÇAS. Revistas dos Tribunais Online. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil.** Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. _"Del estado de derecho al estado constitucional"_ p 21-41; _"El derecho por principios"_ p. 109- 126.

LITÍGIO ESTRUTURAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICO-COMPARADA: EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA E COLOMBIANA PARA MELHORIA DO SISTEMA PRISIONAL

Carlos Roberto Firme Filho

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

RESUMO: O presente trabalho propõe-se a analisar o contexto histórico-social dos Estados Unidos da América e da Colômbia relacionado às profundas violações aos direitos humanos nos presídios desses países. O cerne da pesquisa passa pelo estudo do Direito Comparado para entender como essas experiências estrangeiras podem auxiliar o Supremo Tribunal Federal na prolação de decisões estruturantes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Assim, a partir de uma análise comparativa e qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscar-se-á, ao final, refletir como o Brasil pode aplicar de maneira efetiva a técnica colombiana do estado de coisas inconstitucional.

Palavras-chave: Processos estruturais; Estado de coisas inconstitucional; ADPF nº 347.

1. INTRODUÇÃO

Questionar os limites de atuação do Poder Judiciário ao implementar as políticas públicas ou se um Poder não eleito democraticamente

teria legitimidade para garantir diretamente o cumprimento de direitos sociais implica reflexões instintivas que os estudiosos dos processos coletivos estruturais têm de enfrentar.

No Brasil, essas reflexões ganharam novos contornos com a declaração da existência do estado de coisas inconstitucional, dada pelo Supremo Tribunal Federal, quanto ao sistema penitenciário brasileiro, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347.[1]

Neste artigo, o Direito Comparado será fonte de inspiração para o enfrentamento, ainda que longe da solução adequada, do multicitado e criticado sistema prisional brasileiro. A análise aqui pretendida busca práticas judiciais que possam auxiliar na transformação do tratamento dispensado a essa coletividade que demanda condições mínimas de dignidade.

Sabe-se que a solução para esse estado de coisas inconstitucional não está em importar institutos jurídicos de outros contextos sociais e políticos, muito menos em buscar doutrina jurídica para auxiliar nesse problema estrutural brasileiro, mas sim em identificar fundamentos das experiências práticas de outros países, no caso, as dos Estados Unidos da América e as da Colômbia como meios eficazes e exequíveis para o enfrentamento do problema.

A questão inicial a ser verificada é se essas sociedades pesquisadas podem servir como parâmetro para a realidade brasileira. Para tanto, será feita uma análise histórica dos países estudados a partir das respectivas colonizações, perpassando pelo sistema constitucional vigente e, por fim, identificando os meios judiciais utilizados mais eficientes para enfrentar esse problema estrutural.

1 "SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como Estado de Coisas Inconstitucional" (BRASIL, 2015).

Esclarece-se que haverá uma abordagem sobre litígios coletivos estruturais e a declaração de estado de coisas inconstitucional,[2] pontos de partida para que esses dois países enfrentassem, no âmbito dos respectivos Poderes Judiciários, o profundo e complexo problema do sistema carcerário.[3]

É importante, ainda, mencionar que este estudo não pretende definir a forma como o problema deve ser tratado, mas apenas continuar o debate sobre o tema, utilizando-se de importantes experiências práticas estrangeiras, notadamente pelo fato de que há incertezas dos limites da atuação judicial em litígios coletivos estruturais e no sucesso das experiências estrangeiras na gerência da aplicação das políticas públicas no âmbito do sistema prisional.

2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: HISTÓRIA, SISTEMA CONSTITUCIONAL E O SURGIMENTO DOS PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS

A história dos Estados Unidos da América, assim como a dos demais países do continente americano, tem especial particularidade e enredo decisivo para que se possa entender o mundo contemporâneo, a expansão marítima dos países europeus e a colonização pela força.[4]

2 Segue-se aqui a doutrina que entende o estado de coisas inconstitucional como uma espécie de problema estrutural que afeta direta e profundamente diretos fundamentais previstos na Constituição. Nesse sentido, entre outros, destaca-se Néstor Osuna, quando afirma que "En al menos 13 situaciones, la Corte Constitucional colombiana há decretado lo que ella llama un estado de cosas inconstitucional, a partir del cual ha tomado decisiones que apuntan a remediar esos problemas estructurales" (OSUNA, 2016, p. 93).

3 Apesar de as expressões "sistema carcerário", "sistema prisional" e "sistema penitenciário" terem conceitos técnicos diferentes, optou-se, na linha do que foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Preceito Fundamental nº 347, por utilizá-las como sinônimas do amplo sistema de cumprimento de pena privativa de liberdade determinada pelo Estado.

4 "Essa expansão ultramarina da civilização europeia foi um acontecimento da maior importância na história da civilização do Ocidente, senão do mundo" (SAVALLE, 1964, p. 475).

Foram os ingleses que ocuparam a América do Norte, em sua maioria, a partir dos séculos XVI e XVII e instituíram treze colônias na costa leste do continente. Ocorre que o modo particular de colonização britânica, em que grande parte dos imigrantes era constituída por pessoas que sofriam perseguições religiosas, também influenciaria uma cultura de limitação ao Poder Estatal e de proteção dos direitos das minorias.[5]

Com o passar do tempo, essas colônias inglesas na América do Norte passaram a criar atributos socioculturais próprios, especialmente a incorporação do ideal burguês (em contraponto à sociedade monárquica europeia) de que os cidadãos são livres e iguais perante a lei.

Esses valores se tornaram inerentes à sociedade norte-americana e, consequentemente, levaram à incorporação de outros valores democráticos, como a limitação dos poderes públicos e a supremacia da vontade popular. Com a crescente elevação de impostos cobrados pelo governo britânico, revoltas passaram a ser constantes e acabaram por desencadear o processo de independência, com reuniões de representantes de algumas colônias em congressos, sendo o primeiro deles realizado na Filadélfia, em 1774 (SAVALLE, 1964, p. 51-56).

Segundo a doutrina,[6] a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 teria sido o primeiro documento político que positivou direitos que são inerentes aos seres humanos,[7] notadamen-

5 "Os ingleses só vieram muito mais tarde ao Novo Mundo, mas, no decurso do século XVII, chegaram aos milhares, muitas vezes em busca de liberdade para praticarem sua religião" (WEISS, 1969, p. 881).

6 "A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social" (COMPARATO, 2010, p. 119).

7 Recorda-se, aqui, que, na proclamação de independência liderada por Thomas Jefferson, é literal a menção a diretos inalienáveis, como a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Para um melhor estudo sobre a positivação desses direitos, cf. HENKIN (1990, p. 83-108).

te a igualdade, iniciando-se a fase de positivação dos Direitos Humanos em diversos outros documentos internacionais.[8]

Os ideais do projeto de independência, em especial a aspiração de soberania popular, intrinsecamente ligada à vida, à liberdade – de opinião e de religião – e à igualdade de todos perante a lei, foram consolidados pela Constituição dos Estados Unidos aprovada na Convenção da Filadélfia, em 1787.[9] Sobre esse fato, Comparato (2010, p. 111) afirma que:

> A independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob forma de uma confederação e constituída em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.

Surge, assim, a primeira Constituição dos tempos modernos[10] e, com o passar dos anos, um maior protagonismo do Poder Judiciário dentro da clássica tripartição de poderes.[11] Isso aconteceu, sobretudo, em razão da solidificação do controle judicial de constitucionalidade, com a Suprema Corte se posicionando no sentido de que o Poder Judiciário – e ela como última instância – teria a última palavra na defesa da Constitui-

8 "A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América foi ratificada em 4 de julho de 1776 e representou o ato inaugural da democracia moderna. Estabeleceu a separação entre as 13 colônias na América do Norte e o Reino Unido. Em seu texto determinou a representação do povo com a restrição dos poderes do governo e a inalienabilidade dos direitos humanos" (MALHEIRO, 2016, p. 6).

9 Trata-se de um texto original notadamente sintético, com apenas sete artigos, que inovou na forma de governo (presidencialismo) e com forte atenção ao sistema de freios e contrapesos aos poderes instituídos. Na leitura do texto original, são facilmente perceptíveis os valores da democracia e da liberdade como fundamento do novo Estado constitucional, bem como sua intenção de ser um documento básico de limites e organização do Estado.

10 Parte de notáveis doutrinadores entende que existiu um constitucionalismo em tempos mais remotos, como na Grécia e na Idade Média. Nesse sentido, cf. MCILWAIN (1947) e CAPPELLETTI (1984).

11 Para alguns doutrinadores, surge o Poder Judiciário mais poderoso do mundo, o norte-americano. Entre outros, citam-se: FRANK (1992) e SAGER (1998).

ção, colocando-se, desse modo, como órgão fiscalizador dos atos emanados pelos demais poderes de Estado.[12]

Ademais, as dez primeiras emendas incorporadas ao texto original, em 1791, trouxeram positivados direitos que os cidadãos das antigas colônias entendiam como basilares para a nova sociedade que estava se formando, notadamente os direitos ligados à igualdade e às liberdades.[13]

Apesar de diversos direitos terem sido assegurados pela Constituição estadunidense, sua efetivação ainda demandava certa maturidade da sociedade americana, inclusive da sua Suprema Corte. Não por acaso, depois de *Marbury v. Madison*, a decisão mais comentada e famosa da Suprema Corte dos Estados Unidos é o caso *Plessy v. Ferguson*, em que a Corte permitiu a segregação racial em solo americano com a doutrina dos "separados, mas iguais".[14]

A explicação para essa segregação, entre outras, foi o desenvolvimento das colônias do sul, baseado no trabalho escravo, um sistema econômico muito próximo da colonização da América Latina. Até o mesmo intelectual da Declaração de Independência – Thomas Jefferson –, possuía grande quantidade de escravos, ou seja, o direito inalienável de igualdade não se estendia aos negros. Segundo Mbembe (2018, p. 305),

> A exclusão, a discriminação e a seleção em nome da raça permanecem, contudo, fatores estruturantes – ainda que frequentemente negados – da desigualdade, da ausência de direitos e da domina-

12 "No caso Willian Marbury v. James Madison, os juízes da Suprema Corte norte-americana, no início do ano de 1803, com a sentença que tinha como relator o próprio presidente da Corte (Chief Justice), John Marshall, consolidaram definitivamente o Poder Judiciário como um "superpoder" perante o sistema norte-americano e iniciou-se a teoria do controle de constitucionalidade, surgindo, para o mundo jurídico, uma das mais famosas e comentadas decisões judiciais exaradas na história" (FIRME FILHO, 2020, p. 30).

13 "As dez primeiras emendas são designadas por Carta de Direitos dos Estados Unidos (Bill of Rights – 1791), pois contêm os direitos básicos do cidadão perante o poder do Estado" (MALHEIRO, 2016, p. 7).

14 A decisão *Plessy v. Ferguson* teve sua origem na cidade de New Orleans e marcou negativamente a história da Suprema Corte ante a legitimação da relação assimétrica entre negros e brancos. Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

> ção contemporânea, inclusive das nossas democracias. Além disso, não se pode fingir que a escravidão e a colonização não existiram ou que as heranças dessa triste época foram totalmente liquidadas.

Apenas após a Guerra de Secessão e o fim da escravidão, em 1865,[15] é que a igualdade passou a ser um direito de todos, não importando a cor ou a raça. Porém, mesmo com a liberdade, os negros não adquiriram, na prática, os mesmos direitos, mantendo-se a segregação e a violência contra os antigos escravos. A discriminação foi institucionalizada e até mesmo legalizada. Os negros eram proibidos de frequentar alguns locais, e as diversas instituições públicas e privadas pregavam um sistema de segregação racial.[16]

Nessa evolução histórica é que, a partir dos anos de 1950, o Poder Judiciário norte-americano começa a tomar posições mais ativistas no sentido de defesa dos direitos sociais, surgindo as chamadas decisões estruturais.[17] De maneira mais exata, foi no julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954, que a Corte muda seu paradigma ao declarar a inconstitucionalidade da Lei que determinava a segregação racial nas escolas.[18]

15 Apesar do presidente Abraham Lincoln, em janeiro de 1863, ter concedido liberdade aos escravos que entrassem no território do norte do país, apenas com o fim definitivo da Guerra de Secessão e a aprovação da 13ª Emenda à Constituição estadunidense, em 1865, é que os Estados Unidos abolem, de fato, o sistema escravagista. A cláusula constitucional dispõe que não haverá nos Estados Unidos a escravidão ou trabalhos forçados, exceto como punição de crime. Sobre as reformas constitucionais da Constituição estadunidense que buscavam a ampliação da cidadania, cf. GRAHAM (1968, p. 519-551).

16 Para um melhor entendimento da construção da sociedade americana, cf. TAKAKI (1993).

17 Decisão estrutural é "aquela que, partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende sejam implementadas (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios)" (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLVEIRA, 2020, p. 109).

18 Segundo farta doutrina especializada, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* é considerado o momento inicial histórico dos chamados processos estruturais *(structural injunctions)*. Entre outros autores que abordam essa questão, tem-se JOBIM (2013).

Nesse precedente, a Corte afirmou que há violação aos Direitos Humanos, notadamente do Princípio da Dignidade Humana, quando uma criança negra é obrigada a andar toda uma cidade a pé, mesmo quando há uma escola para brancos perto da sua casa.[19]

Assim, com o reconhecimento de que havia um racismo estrutural em escolas, a Suprema Corte, no caso Brown, estabeleceu uma importante mudança de entendimento no sentido de consolidar importantes direitos de minorias, dando início a procedimentos especiais em que se busca resolver os conflitos com verdadeiras reformas estruturais (*structural reform*).

2.1. A reforma do sistema prisional por meio de medidas estruturantes

Os casos *Brown*[20] foram um divisor histórico não apenas para a população negra, contra quem, historicamente, a discriminação era enraizada, notadamente no Sul do país, mas também permitiu um grande avanço para inclusão das minorias, sobretudo nas políticas públicas voltadas às questões socioeconômicas.

Trata-se de decisões importantíssimas, inclusive para o caso *Holt v. Sarver* (1969),[21] quando, pela primeira vez, um sistema prisional de um Estado é avaliado sob a acusação de violações aos Direitos Fundamentais, com relatos de situações desumanas em suas dependências.

Registra-se que, mesmo com o vanguardismo dos Estados Unidos na consolidação e positivação dos diretos humanos, a sociedade norte-americana convivia com grandes desigualdades sociais e econômicas, que

19 Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

20 Em verdade, são dois casos "Brown" – Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) e Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955), também conhecidos como *Brown I* e *Brown II*. O caso Brown II se tornou ainda mais importante porque a Suprema Corte dos Estados Unidos não se limitou a declarar inconstitucional a doutrina dos "separados, mas iguais", mas determinou medidas concretas para que fosse superado o problema estrutural de segregação nas escolas.

21 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969.

levariam, entre tantos outros motivos, à maior população carcerária do mundo.[22] E foi nesse contexto que o Poder Judiciário registrou que as celas do sistema prisional do Arkansas eram substancialmente superlotadas e que geravam condições traumáticas, mental e fisicamente, sendo perigosas para a saúde e ofendendo a dignidade dos presos com punição cruel.[23]

Cabe esclarecer que *Holt v. Sarver* não é um único processo, mas um conjunto de ao menos seis ações judiciais que tramitaram entre os anos de 1960 e 1980 e que colocaram em análise todo o sistema prisional do estado do Arkansas (VIOLIN, 2017). Constituiu uma avaliação ampla do sistema prisional em que se questionou a constitucionalidade das condições carcerárias narradas, buscando-se, ao fim, uma reforma estrutural do modelo penitenciário, ou seja, algo que ultrapassava direitos individuais ou coletivos tradicionais.[24]

Tais tratamentos desumanos foram comprovados,[25]o que ofendia frontalmente, ao menos, a 8ª Emenda (proibição de penas cruéis) e a 14ª Emenda (garantia do devido processo legal). Mais do que a intervenção do Poder Judiciário em uma competência que era tida apenas como inerente aos poderes eleitos, a situação necessitou da adoção de um conjunto de providências dirigido a uma verdadeira reforma global do sistema prisional.

As decisões estruturantes eram tomadas, e sua efetividade era analisada de forma que criava uma espiral no tempo, ou seja, a cada ordem, um relatório era realizado, e o Poder Judiciário verificava a sua implementação e, se fosse o caso, emanava novas ordens para a correção progressiva dos problemas, em busca de um estado satisfatório de cumprimento dos direitos humanos básicos dentro dos presídios.

---

22 Cf.: INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH AT BIRKBECK, 2023.

23 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969.

24 Tratava-se de um litígio estrutural. "Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, de significativa penetração social, opera" (VITORELLI, 2023, p. 63).

25 "Havia registro, contudo, de onze homens dividindo a mesma cela, 24 horas por dia. Tudo isso, num espaço aproximadamente de 3,0m de profundidade por 2,5 de largura – pouco maior que um colchão de casal, se excluída a área ocupada por vaso sanitário e bebedouro" (VIOLIN, 2017, p. 318).

Observou-se que o modelo tradicional de processo não se conformava aos casos em análise, tendo que se adequar, por exemplo, o princípio da demanda e a forma de instrução processual, permitindo maiores poderes ao Juiz, fator que influenciou diretamente o sucesso e a efetiva melhoria do sistema prisional.[26]

Com a produção de decisões judiciais flexíveis, capazes de se adequar às dificuldades que iam surgindo, permitindo que os demais poderes pudessem manter o protagonismo da implementação das políticas públicas, é que os resultados de melhoria foram surgindo. Enfim, decisões adaptáveis, que se amoldariam à contínua metamorfose dos litígios estruturais, passaram a ser essenciais para superar novos problemas e garantir uma efetiva melhoria, nem que fosse baseada em tentativas e erros.

O fato é que, mesmo com diversas críticas, após a intervenção do poder judiciário no sistema penitenciário estadunidense, houve uma melhora no cumprimento de direitos fundamentais mínimos, com avanços que o tornasse pelo menos satisfatório. Tudo se deu graças à cooperação dos atores envolvidos e a um planejamento futuro capaz de modificar paulatinamente o problema estrutural do sistema prisional do país (VIOLIN, 2017).

A experiência norte-americana demonstrou que a política pública de encarceramento não pode ser tratada de modo individualista e sem uma perspectiva de futuro. Apenas declarar ou tratar o sistema de modo pontual seria remediar um grande problema social de forma simplista, conformando-se com a injustiça social e proclamando a ineficiência da sociedade moderna por não conseguir garantir o cumprimento mínimo dos direitos fundamentais.

Um litígio estrutural tem que ser enfrentado com inconformismo, diálogo institucional, debate social e uma vontade real de mu-

26 Era necessário valer-se de um processo especial, tendo em vista a *structural litigation*. Diversos autores vêm conceituando o que se denominou de Processo Estrutural. Entre tantos, fica-se com Edilson Vitorelli quando afirma que "processo estrutural é um processo coletivo, no qual se pretende, pela via da atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural" (VITORELLI, 2023, p. 73).

dança comprometida com um projeto de futuro, sob pena de o direito e a justiça fracassarem.

3. COLÔMBIA: HISTÓRIA, SISTEMA CONSTITUCIONAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Em 1499, chegam ao território hoje chamado Colômbia os primeiros espanhóis. Com a fundação do Porto de Cartagena, em 1533, inicia-se de fato a colonização espanhola nesse território, denominado pouco depois de Vice-Reino de Nova Granada (SAVALLE,1964).

Assim como no sul dos Estados Unidos, a principal base de sustentação da sociedade agrária da América Latina daquela época foi a escravidão, com exploração inicial do índio, e, mais tarde, em maior escala, dos negros africanos (FREYRE, 2002).

Segundo fontes históricas, mesmo sendo o Brasil o principal importador da mão de obra escrava na época da colonização, foi na América dominada pelos espanhóis que, em 1502, os primeiros navios com escravos negros chegaram (VIANA FILHO, 2008).

Após longos anos de exploração na região e diversas revoltas,[27] em 1810, o General Simón Bolívar declara a independência da Grã-Colômbia (algo próximo do que hoje são o Panamá, a Colômbia, a Venezuela e o Equador), com a publicação da primeira Constituição colombiana em 1821 – após a derrota definitiva dos espanhóis em 1819.[28]

Diferentemente do que aconteceu nos Estados Unidos da América, a independência das nações latino-americanas não transformou a

27 "Por que esse irresistível desejo de libertação? O domínio espanhol, com seus pesados impostos, monopólios, privilégios, restrições culturais e seus funcionários vorazes e corruptos, vinha oprimindo e sugando as colônias da América há três séculos. Tornara-se insustentável" (WEISS, 1969, p. 1073).

28 "La primera carta magna nacional fue la Constitución de la República de Cúcuta de 1821 o Constitución de Cúcuta, que se produjo después de la victoria definitiva en contra de la corona española en 1819. La "Gran Colombia" estaba constituida por los territorios de los actuales países de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela" (ARENAS MENDOZA, 2021, p. 52).

sociedade local, conservando-se a mentalidade colonial e mantendo-se a pobreza, a falta de acesso à educação e a continuidade da escravidão, como se não houvesse acontecido a independência. Esses talvez tenham sido os grandes fatores que geraram subdesenvolvimento e trouxeram, mais adiante, instabilidades políticas e ditaduras (WEISS, 1969).

Nesse contexto, foram publicadas na Colômbia diversas e seguidas Constituições, em especial após a morte de Bolívar e a separação da Venezuela e Equador em 1930, datadas de 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, até chegar à mais duradoura Constituição colombiana, a de 1886. Porém, apesar de 105 anos de vigência, não houve estabilidade político-social, sendo estes, em sua maioria, anos de excepcionalidade constitucional em razão de ditaduras conservadoras e mais de nove guerras civis catalogadas.[29]

No âmbito histórico, chamam especialmente atenção a guerra dos "Mil Dias" e a guerra chamada de "A Violência", chegando essa última ao final apenas após um pacto entre os partidos conservador e liberal, em 1957 – com um movimento militar de transição que daria alternância de poder entre esses dois partidos para uma efetiva redemocratização e a realização de um plebiscito para reforma constitucional.[30]

Ocorre que esse acordo não contou com a participação dos grupos socialistas muito presentes na América Latina em meados do século passado, aumentando-se o extremismo comunista camponês com o surgimento dos grupos paramilitares colombianos, que buscavam uma revolução camponesa e a instalação de um estado socialista, como acontecera em Cuba. Entre os mais atuantes, recorda-se o nascimento das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARCs (SÁNCHEZ GÓMEZ, 1990).

Como consequência ao forte combate aos movimentos rurais de inspiração marxista, houve uma aproximação desses camponeses com o narcotráfico e a intensificação da violência no país. Trata-se de uma situação que ocasionou um grande deslocamento de pessoas e que culminou

29 Para um estudo aprofundado da história constitucional colombiana, cf.: ARENAS MENDOZA (2021).

30 Para uma melhor compreensão das guerras colombianas no século passado até a chamada cartelização dessas guerras, cf.: SÁNCHEZ GÓMEZ (1990).

no reconhecimento, pela Corte Constitucional colombiana, do estado de coisas inconstitucional na sentença T-025, de 22 de janeiro de 2004.[31]

Como se não bastasse o crescente conflito político armado, a crise social foi aprofundada com o grande poder econômico que os cartéis do tráfico internacional obtiveram nesse período, sendo o mais conhecido deles identificado como o Cartel de Medellín. Comandado por Pablo Escobar, esse cartel causou grande derramamento de sangue e instabilidade social no país até a promulgação da Constituição de 1991.[32]

Após anos de ditadura, crises econômicas e grandes conflitos sociais, a democracia colombiana passou a ter um novo capítulo com a promulgação da Constituição de 1991, instalando-se uma república democrática presidencialista e uma longa (380 artigos) Carta, caraterizada pelo inédito reconhecimento pluriétnico e cultural da Colômbia, respeitando-se a igualdade substancial diante de uma sociedade especialmente diversa, com minorias historicamente marginalizadas. Trata-se de uma Carta Constitucional que se inicia com um título dedicado aos princípios fundamentais – artigos 1 ao 10. Posteriormente, no título II, encontra-se a verdadeira ruptura histórica, com a constitucionalização de diretos e garantias aos grupos marginalizados. [33]

Destarte, houve uma verdadeira transição jurídico-democrática na Colômbia, que vem buscando, como objetivo principal, a efetivida-

31 Tratava-se de sucessivas e generalizada violação de diretos que culminaram em um litígio estrutural. Nos dizeres da Corte Constitucional colombiana, existia uma "violação repetida e constante de direitos fundamentais que afetavam um número significativo de pessoas e cuja solução requer a intervenção de distintas entidades para atender problemas de ordem estrutural" (COLÔMBIA, 2004).

32 Observa-se, nesse breve relato histórico, que houve uma tragédia social contínua, colonização e constantes guerras civis, incluindo-se o combate a grupos paramilitares, gerando uma sociedade com acúmulo de capital e grande exclusão social, constituindo esta uma receita para uma crescente e falida política de encarceramento. Ademais, a junção do sistema capitalista com o combate aos grupos marginalizados, como os usuários e os pequenos traficantes de drogas, ajuda a manter a estrutura política, econômica e policial, solução que desafia a racionalidade e a ciência. Em sentido semelhante, cf.: VALOIS (2016).

33 COLÔMBIA, 1991.

de dos direitos humanos. Para tanto, estabeleceu-se um Poder Judiciário forte e independente, que garantisse paz social lastreada na credibilidade no sistema de justiça.[34]

Em quase toda a América Latina, iniciou-se, notadamente com a Constituição brasileira de 1988 e a Constituição Colombiana de 1991, o restabelecimento da democracia e, como consequência, uma extensa constitucionalização dos direitos fundamentais, que passaram a ser observados como fontes de Direito, para além de meras recomendações.

Essas novas Constituições, ao garantir a independência do Poder Judiciário, permitiu uma crescente judicialização das políticas públicas, levando esse Poder ao centro do problema do descumprimento generalizado de direitos fundamentais. Assim, como último garantidor do cumprimento das normas constitucionais, o Poder Judiciário passou a criar e projetar técnicas específicas para maior efetividade de sua atuação diante de tais circunstâncias.

É indispensável mencionar a criação, na Colômbia, da Corte Constitucional com poderes para *"la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*" e a possibilidade de qualquer cidadão propor uma espécie de ação popular de inconstitucionalidade.[35]

Juntamente com a maior independência da Corte Constitucional e do Poder Judiciário[36] e, por consequência, maior judicialização das políticas públicas, chega-se ao embrião do chamado estado de coisas inconstitucional, que, sem querer conceituar de forma aprofundada esse importante fenômeno jurídico, trata-se da nomenclatura (instrumento)

34 Sobre a importância da voz dos cidadãos perante o judiciário e esse como novo autor político no atual Estado de Direito na América Latina, vale conferir: SUTIL (2000).

35 Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. (COLÔMBIA, 1991).

36 Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. (COLÔMBIA, 1991).

proferida pela Corte Constitucional colombiana para casos estruturais com avultosa violação aos direitos humanos constitucionalmente garantidos, com a consequente determinação de cumprimento do texto constitucional e efetiva transformação político-social.[37]

3.1. A declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional colombiano

A primeira vez que a Corte colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional foi em 1997, com a *Sentencia de Unificación (SU) nº 559*. Nesse caso inicial, a Corte observou que o problema não se limitava às partes do processo e declarou uma violação generalizada dos diretos fundamentais dos professores municipais, especialmente quanto aos direitos previdenciários, determinando uma colaboração com os demais Poderes para resolução do problema.[38]

Logo em seguida, em 1998, a Corte Constitucional colombiana enfrentou um dos maiores problemas de violação de direitos fundamentais da sua história, isto é, a situação cruel e brutal vivenciada dentro do sistema prisional colombiano.

37 A Corte Constitucional colombiana entende o estado de coisas inconstitucional não como um "acto jurídico sino una realidad, un estado de cosas. Conceptualmente es un giro copernicano en el ntendimiento del control constitucional, ya que, en el control del derecho, las normas y los actos, son lo tradicional, pero aquí, lo que se controla o pretende transformar es la realidad, unos hechos, un estado de cosas contrario a la Constitución" (COLOMBIA, 2004).

38 Considera-se, neste texto, tratar-se de uma tipologia especial de litígio (estrutural), que, como visto, fora inicialmente identificada pela Suprema Corte estadunidense no *case Brown v. Board of Education of Topeka* e é preciso a adoção de medidas estruturantes para sua resolução. Aqui, no estado de coisas inconstitucional, a Corte Constitucional colombiana adota uma técnica decisória que reconhece uma inconstitucionalidade sistêmica e impõe medidas no sentido de superar a violação massiva de direitos fundamentais. Segundo a doutrina, são conflitos que possuem como características: a) afetar uma coletividade de forma profunda; b) apresentar falhas sistemáticas em políticas públicas; c) necessitar de decisões complexas, com medidas que tutelam terceiros, não apenas as partes processuais (GARAVITO; FRANCO, 2010).

Assim como visto anos antes nos Estados Unidos, foi denunciada uma situação de flagrante violência aos direitos básicos dos presos, ferindo-se de maneira avultosa a saúde e dignidade dos reclusos. Havia uma situação gravíssima de desrespeito à integridade e à vida dos detentos, com flagrante omissão das autoridades públicas.

Diante desse cenário, a Corte prolatou a *Sentencia T-153/98*, em que se indicou a "impressionante superlotação" dos Presídios Nacionais Modelo de Bogotá e Bellavista, em Medellín, deflagrando uma violação dos direitos fundamentais dos internos, situação que necessitava de uma ação conjunta entre os poderes constituídos para uma mudança urgente das condições indicadas no processo.[39]

Na verdade, notou-se que havia um problema estrutural,[40] tendo em vista que os fatos narrados demostravam uma situação de completo desrespeito a direitos fundamentais previstos na Constituição de 1991. Determinou-se, desse modo, um plano de transformação das unidades penitenciárias colombianas, com maior investimento em construção e reforma das unidades carcerárias.

Nota-se que a Corte Constitucional da Colômbia não se furtou ao dever de proteção ao sistema constitucional e, ao declarar que a situação das penitenciárias colombianas era inconstitucional, exigiu providências aos poderes constituídos no sentido de resolver o problema estrutural do

39 E não se tratava de casos isolados. A Corte observou que "se o problema fosse reduzido a essas duas prisões, poderia se pensar em resolvê-lo com base em alguns pedidos de transferência de presos. No entanto, essas duas prisões são simplesmente expoentes de uma situação geral" (COLOMBIA, 1998. Tradução nossa).

40 "O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – 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 coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação)" (DIDIER Jr; ZANETI Jr; OLVEIRA, 2020, p. 104).

sistema carcerário colombiano para que fossem respeitados, em determinado prazo, os direitos fundamentais básicos dos presos.[41]

Ocorre que essa decisão não surtiu o efeito esperado, notadamente pela falta de fiscalização da Corte quanto ao seu cumprimento. A Corte, nesse caso, atuou talvez de forma ingênua, ao acreditar que as autoridades competentes iriam cumprir todas as suas determinações. Assim, ao acreditar que sua decisão seria autoexecutiva, a Corte não atentou na possibilidade da contínua omissão estatal e da provável possibilidade de descumprimento do seu *decisum*. Para grande parte dos estudiosos, o maior erro da Corte foi não manter o diálogo com os órgãos interessados e não manter sua jurisdição para o cumprimento da decisão.[42]

Assim, na *Sentencia T-388/13* e na *Sentencia T-762/15*, a Corte foi novamente provocada a atuar na grave situação do sistema penitenciário. Notou-se o parcial insucesso da primeira decisão, a qual não promoveu o efetivo respeito aos direitos fundamentais no sistema prisional colombiano.

A Corte entendeu que a "situação do sistema penitenciário encontrado em 1998 não é a mesma do que está passando atualmente, por isso requer uma análise própria e independente." Porém, afirmou que se encontrava "novamente em estado de coisas inconstitucionais", uma vez que a "situação das prisões e do sistema penitenciário colombiano é indigna, mesmo pelos padrões do que normalmente era considerado o mínimo dos mínimos", ou seja, a "política penitenciária está em um estado de coisas contrário à ordem constitucional atual".[43]

Dessa forma, precisou a Corte evoluir, produzindo decisões estruturais mais dialógicas e realistas, notadamente com um olhar mais factível na implementação de um plano de transformação para que se instalassem condições minimamente dignas da população carcerária.

---

41 Constatou-se que a superlotação e o império da violência no sistema carcerário eram problemas nacionais, generalizados na Colômbia, presentes nas demais instituições carcerárias do país, não apenas naqueles presídios inicialmente analisados, denominando-se a situação como uma "tragédia diária dos cárceres".

42 Dentre outros, cf.: ARIZA (2013).

43 Trechos retirados da *Sentencia T-388/13* (COLOMBIA, 2013. Tradução nossa).

Percebeu-se que, mais do que declarar ou determinar uma nova postura das autoridades, era preciso tomar decisões flexíveis, passíveis de serem aperfeiçoadas com o passar do tempo e, especialmente, acompanhar as deliberações judiciais, motivo pelo qual foram criadas "*La Sala Especial de Seguimiento*" e "*La Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil*", para melhor acompanhamento das medidas ligadas ao estado de coisas inconstitucional em matéria carcerária. Trata-se de uma importante técnica que, além de manter a jurisdição da Corte na vigilância do cumprimento do seu julgado, impõe que outros órgãos exerçam a fiscalização da evolução das medidas deliberadas.[44]

Enfim, verifica-se, no último julgado de 2015, que a Corte Constitucional colombiana, além de fazer um profundo estudo sobre as situações fáticas de 1998 e 2013, demonstra um amadurecimento na busca de dar mais efetividade à declaração do estado de coisas inconstitucional. Nesse ponto, destaca-se o constante e essencial diálogo entre os Poderes constituídos, pontuando-se o papel de cada um deles. Ressalta-se, ainda, a mentalidade de que uma mudança estrutural perpassa por uma coalização de diversos atores sociais, que, juntamente com o Tribunal, devem estar vigilantes para uma progressiva melhora de problemas estruturais.

4. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF Nº 347: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Nos EUA e na Colômbia, assim como no Brasil, a superlotação dos presídios é uma doença social, resultado da manutenção sistêmica da miséria, advinda da histórica e permanente segregação social. Não se trata unicamente do cumprimento de penas privativas de liberdade, mas de um problema estrutural que afeta toda a sociedade, extrapolando os muros do cárcere, e que necessita de uma correção urgente de todo o aparato social.

44 Nesse ponto, cabe citar a doutrina de Paul Rouleau e Linsey Sherman, quando afirmam que, para a efetividade de decisões estruturais, é necessária uma "jurisdição supervisória" até a superação da situação indesejada (ROULEAU; SHERMAN, 2009).

Atribuir ao Poder Judiciário o dever de transformar a sociedade é um paradoxo a ser superado, pois o cumprimento básico dos direitos humanos previstos nos textos constitucionais modernos é, em verdade, um dever de todos.[45] O Judiciário não conseguirá, sozinho, realizar essa mudança estrutural, mas pode ser um indutor para um futuro melhor.

A realidade do sistema prisional brasileiro, de flagrante incompatibilidade com o sistema constitucional vigente, fez com que se tornasse indispensável a intervenção judicial, conforme disposto no voto do relator à época, ministro Marco Aurélio:

> A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas.
> [...]
> A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial, justifica a atuação mais assertiva do Tribunal.[46]

Nesse contexto, o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347, ação objetiva de controle concentrado de constitucionalidade,[47] gerou grande expectativa na transformação da situação do sistema prisional brasileiro, no sentido de cum-

45 Ademais, o Poder Judiciário só atuará nas políticas públicas quando houver falha evidente e concreta por parte dos poderes Executivo e Legislativo. Estranho seria que o Poder Judiciário, ao ser provocado, ficasse inerte à afronta constitucional, notadamente quando em completo desrespeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, "o exame dos limites da intervenção judicial legítima dependerá das peculiaridades dos casos julgados. E na hipótese de ser constatado um ECI, estarão presentes pressupostos de todo autorizadores de um papel judicial mais ativo" (CAMPOS, 2019. p. 248).

46 BRASIL, 2015.

47 "A ADPF insere-se no já complexo sistema brasileiro de constitucionalidade sob o signo da singularidade, não sendo possível identificar proximidade imediata com outras figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do di-

primento de valores básicos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ao ler a petição inicial da ADPF nº 347 e demais documentos juntados aos autos, verificam-se fatos e fundamentos jurídicos robustos que alicerçam o pedido inicial de declaração de uma inconstitucionalidade sistêmica de descumprimento de direitos fundamentais nos presídios brasileiros,[48] para, após, requerer uma significativa mudança estrutural no arcabouço da política criminal brasileira, com aplicabilidade imediata de tratados internacionais, realização de audiências de custódias em até 24 horas após a prisão, realizações de mutirões carcerários, liberação dos recursos contingenciados do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) e, por fim, com claro conhecimento do caráter estrutural da demanda, a determinação da realização de um plano nacional com metas exequíveis para a superação do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro.

Cuida-se de uma ousada ação que desafia a conservadora jurisdição constitucional brasileira e a tradicional reserva com que o Supremo Tribunal Federal interpreta o clássico modelo de separação de poderes. Assim, não causa estranhamento que a decisão provisória deferida pela Corte brasileira não constitua uma decisão estrutural.[49]

---

reito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão ou o writ of certiorari do direito norte-americano" (BARROSO, 2008, p. 138).

48 Direitos fundamentais básicos eram totalmente descumpridos, como a falta do devido processo legal, a negligência com saúde, alimentação, educação, trabalho e integridade física. As condições dos presídios brasileiros eram assustadoramente precárias, com celas superlotadas e insalubres. Havia proliferação de doenças infectocontagiosas, locais com temperaturas extremas e constante falta de água potável e de alimentos. Mas não é só; os espancamentos, a violência sexual e os homicídios eram frequentes. Nesse sentido, conferir, no site do Supremo Tribunal Federal, os autos da ADPF nº. 347/DF-MC (BRASIL, 2015).

49 Nesse sentido, bem estabelecem Fredie Didier Jr., Hermes Zanetti Jr. e Rafael A. de Oliveira, quando afirmam que "decisão estrutural é aquela que, partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios). Em essência, a decisão estrutural não estrutura, mas sim reestrutura o que estava desorganizado" (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 109).

Isso porque, ao deferir apenas dois pedidos – a realização das audiências de custódia e o descontingenciamento do FUNPEN –, a referida decisão não buscou a reforma estrutural do sistema prisional, mas apenas amenizar, com medidas pontuais, a gravíssima situação posta nos autos da ação constitucional.

A Corte Suprema brasileira adotou o imponente rótulo criado pela Corte colombiana – o chamado estado de coisas inconstitucional –, mas não assimilou os erros experimentados pela jurisdição constitucional daquele país, notadamente ao não proferir uma decisão com perspectiva futura, que determinasse, ainda que em provimento provisório, a elaboração de um plano com medidas imediatas e mediatas, que permitisse, na sua concretização, uma instantânea fiscalização das medidas adotadas, seja pelo tribunal, seja por qualquer interessado.

A experiência estrangeira demonstrou que, tanto nos Estados Unidos quanto na Colômbia, foi importantíssima a utilização pelo Poder Judiciário de instrumentos que democratizam não apenas a tomada de decisões, mas a fiscalização e o acompanhamento das mudanças pretendidas. O monitoramento judicial participativo entre todos os interessados possibilita, caso necessário, a reavaliação e adequação das decisões de forma mais célere e efetiva.

Assim, mesmo após a decisão provisória na ADPF nº 347, não faltam registros da contínua e profunda violação de direitos fundamentais nos presídios brasileiros, com relatos ainda piores do que os verificados na referida ação constitucional. Ao que parece, mesmo após quase uma década da decisão proferida pelo colegiado do STF, nada ou pouco mudou na realidade dos presídios brasileiros,[50] reforçando-se a indiscutível falência do atual sistema prisional e a ineficácia contínua da decisão proferida pela Corte Suprema brasileira para solução, ainda que parcial, desse problema

50 Exemplo disso é o trecho de uma notícia sobre uma rebelião em presídio, veiculada no site G1: "Vinte e seis presos morreram na rebelião da Penitenciária de Alcaçuz, que já é a mais violenta da história do Rio Grande do Norte. Quase todos foram decapitados. O motim começou na tarde de sábado (14) e terminou 14h depois já na manhã deste domingo (15). Este já é o terceiro caso de dezenas de mortes em penitenciárias no país em 2017 - no começo de janeiro ocorreram os massacres no Amazonas e Roraima" (ZAULI; CARVALHO, 2017).

estrutural. Permanece, assim, uma constante omissão estatal capaz de destruir diuturnamente qualquer resto de dignidade dessa coletividade.

É preciso encarar esse problema estrutural de modo participativo e apropriado, pois as condições desumanas dos presídios brasileiros afetam toda a sociedade, com consequente aumento da violência e criminalidade. Trata-se de algo já declarado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao afirmar que, quando o Estado não se dispõe a realizar um adequado tratamento do seu sistema prisional, a função da pena se distorce e o cárcere se transforma em verdadeiras escolas do crime, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação.[51] Uma realidade histórica brasileira sem qualquer perspectiva de melhoria, se não for encarada como projeto de mudança progressiva, um grande problema estrutural muito além da realidade do sistema prisional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que, na atualidade, têm se avolumado estudos sobre processos coletivos estruturais e sobre a teoria do estado de coisas inconstitucional, em especial, pelos constitucionalistas e processualistas brasileiros. Trata-se, essencialmente, da busca de uma maior efetividade da jurisdição constitucional e da concretização dos direitos e garantias fundamentais.

No entanto, para que se avance nesses estudos em direção à construção de uma doutrina própria de processos coletivos estruturais no Brasil, depende-se de uma maior compreensão das suas raízes no Direito Comparado. Com efeito, o objetivo deste artigo foi indicar, do ponto de vista evolutivo-jurídico, como foi realizado o enfrentamento do descumprimento massivo de direitos humanos nos sistemas carcerários dos Estados Unidos e da Colômbia, e, consequentemente, possibilitar a adoção de práticas eficazes no caso brasileiro.

Foi constatado um complexo contexto histórico, com uma evolução social fundada na constitucionalização dos direitos humanos. Assim, buscou-se compreender como o Poder Judiciário desses países respon-

51 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH, 2011.

deu às crises institucionais, por vezes criminosas, ao tratamento estatal precário dado às pessoas em cárcere, ou seja, aquelas que estão em total guarda do Estado e que deste são diuturnamente dependentes.

Observou-se que, diante de determinados problemas amplamente complexos, é indispensável que se instale um maior diálogo institucional. Ademais, nesse tipo de processo, é preciso uma atuação interdisciplinar e programática, com tomadas de decisões estruturantes que devem ser monitoradas constantemente e revisadas sempre que necessário.

Conclui-se, diante da análise comparativa aqui desenvolvida, que é impossível resolver um problema estrutural apenas no âmbito do Poder Judiciário, apenas com decisões judiciais declaratórias ou até mesmo mandamentais, cujo cumprimento extrapola as atribuições judiciais. É preciso uma jurisdição ativista, mas não protagonista, para a concretização de políticas públicas e que, após as decisões estruturais, mantenha-se com o dever de fiscalizar o cumprimento do planejamento de melhoria contínua da situação desconforme.

A experiência estrangeira demonstra que a solução do problema penitenciário envolve um planejamento com definição de tempo e espaço. Apenas dessa forma, a desarmonia com o sistema constitucional será, aos poucos, sanada. Necessita-se de determinações dialógicas graduais e flexíveis, capazes de alterar de forma progressiva a realidade desumana existente nos presídios brasileiros.

Esse posicionamento não deve ser deixado de lado pelo Supremo Tribunal Federal na condução da ADPF nº. 347, uma vez que o contexto vivenciado no Brasil demonstra uma problemática sociocultural muito semelhante àquela dos países estudados, capaz de propiciar a utilização do conjunto de acertos e evitar os erros cometidos nos Estados Unidos e na Colômbia como laboratório para um melhor enfrentamento desse problema no Brasil.

Os dados aqui levantados devem servir pelo menos como reflexão e, talvez, auxiliar não apenas o STF, mas todo e qualquer agente público na adoção de medidas para mudar a atual situação dos presídios brasileiros, que necessitam usufruir de padrões mínimos de respeito aos direitos fundamentais.

Adequar o sistema prisional aos anseios da Constituição passa por correções históricas e por políticas públicas que ultrapassam os muros do cárcere. Não basta apenas rotular a situação, mas é indispensável atuar de maneira certeira no enfrentamento do problema, realizando-se um pacto federativo e interinstitucional para a efetiva transformação do tratamento dado a essa população historicamente abandonada pelo Estado e, agora, comprovadamente agredida nos seus mais básicos diretos.

REFERÊNCIAS

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. 200 años de Constituciones nacionales colombianas (1821-2021). **Cuestiones constitucionales**. Cidade do México, n. 45, p. 47-76, 2021. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo. Acesso em: 4 maio 2023.

ARIZA, Libardo José. The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court intervention in the penitentiary system in Colombia. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South**. The activist tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-159.

BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). **O processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF-MC. 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/ processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 19 maio 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de la República de Colombia.** Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_ files/siteal_colombia_2000.pdf. Acesso em: 14 abr. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-153/98. 1998. Disponível em: https://www. corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025/04. 2004. Disponível em: https://www. corteconstitucional.gov.co/ relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-388/13. 2013. Disponível em: https://www. corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-388-13.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.** 2011. Disponível em: https://bit.ly/3DnAkpU. Acesso em: 25 maio 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER Jr.; Fredie; ZANETI Jr., Hermes; OLVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Arkansas. Caso *Holt v. Sarver,* 1969.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 1954.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294, 1955.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896.

FRANK, Thomas M. **Political questions**: judicial answers. Princeton, New Jersey: University Press, 1992.

FIRME FILHO, Carlos Roberto. **Jurisdição constitucional contemporânea**: um estudo comparado e crítico dos modelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. Paris: Allca XX, 2002.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social** – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010.

GRAHAM, Howard Jay**. Everyman's constitution**: historical essays on the fourteenth amendment, the "conspiracy theory", and american constitutionalism. Madison: State Historical Society of Wisconsin, 1968.

HENKIN, Louis. **The age of rights**. New York: Columbia University Press, 1990.

INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH AT BIRKBECK. University of London. 2023. Disponível em: https://www.icpr.org.uk/ e Institute for Crime & Justice Policy Research/Word Prison Brief. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/. Acesso em: 4 maio 2023.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MALHEIRO, Emerson. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

MBEMBE, Achile. **Crítica da razão negra**. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Ithaca: Cornell University Press, 1947.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. *In:* BAZÁN, Victor. (org.) **Justicia constitucional y derechos fundamentales**.

La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá: Colección Konrad Adenauer, 2016. Disponível em: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv. Acesso em: 8 maio 2023.

SAGER, Lawrence. The domain of constitucional justice. *In*: ALEXANDER, Lary (coord.). **Constitucionalism**: philosophical foundations. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Gonzalo. Guerra y política en la sociedad colombiana. **Análisis Político**, [S. l.], n. 11, p. 7-27, 1990. Disponível em: https://revistas.unal.edu.Co/index. php/anpol/article/view/74324. Acesso em: 4 maio 2023.

SAVALLE, Max (coord.). **História da civilização mundial**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1964. v. 2.

SAVALLE, Max (coord.). **História da civilização mundial**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1964. v. 3.

SUTIL, Jorge Correa. Reformas judiciárias na América Latina: boas notícias para os não privilegiados. *In*: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guilhermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, violência e injustiça**: o não Estado de Direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot? **Ottawa Law Review**, v. 41, n. 2, 2009, p. 171-206.

TAKAKI, Ronald. **A different mirror**: a history of multicultural America. Berkeley: Little, Brown and Company, 1993.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas.** Belo Horizonte: D' Placido, 2016.

VIANA FILHO, Luiz. **O negro na Bahia**: um ensaio clássico sobre a escravidão. 4. ed. Salvador: Edufba: Fundação Gregório de Mattos, 2008.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

WEISS, Hugo (coord.). **Enciclopédia Delta de História Geral**. Rio de Janeiro: Delta, 1969. v. 4.

ZAULI, Fernanda; CARVALHO, Fred. Rebelião mais violenta da história do RN tem 26 mortos, diz governo. **G1.** 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/rn/ rio-grande-do-norte/noticia/2017/01/rebeliao-mais-violenta-da-historia-do-rn-tem-27-mortos-diz-governo.html. Acesso em: 1º jun. 2023.

PROCESSOS ESTRUTURAIS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Igor Sousa Gonçalves

Adriana Goulart de Sena Orsini

RESUMO: Este artigo visa compreender como a Suprema Corte Peruana tem empregado a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no tratamento de litígios estruturais. Como estratégica metodológica, foram analisados aspectos históricos e da organização político-judiciária peruana, que serviram de base para entendimento de julgados emblemáticos da Corte. A partir do estudo da jurisprudência constitucional peruana, identificou-se evolução nos julgados da Suprema Corte Peruana, que passou a exigir certos requisitos para configuração do Estado de Coisas Inconstitucional, além de fixar prazos com sanções para a hipótese de descumprimento de suas sentenças.

Palavras-Chave: Processo Estrutural; Estado de Coisas Inconstitucional; Suprema Corte Peruana; Direito Comparado.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca compreender como se dá o tratamento de litígios estruturais pela Suprema Corte Peruana, sobretudo por meio da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Os conflitos estruturais são aqueles complexos, que são considerados policêntricos, haja vista

que os próprios interesses dos atores envolvidos podem ser conflitantes entre si, além de demandarem uma intervenção continuada do poder público. O ECI decorre do direito constitucional colombiano e foi empregado pela primeira vez na chamada Sentença de Unificação n. 559 de 1997, sendo gradativamente consolidado por decisões subsequentes, como é o caso das Sentenças de Tutela 153/1998 e 24/2004 da Corte Colombiana.

O trabalho metodológico abrangeu a análise da formação histórica, organização político-judiciária e ordem constitucional do Peru, além da identificação dos principais instrumentos para tutela coletiva de direitos previstos no ordenamento jurídico peruano. Para além disso, foi realizado estudo da jurisprudência da Suprema Corte de Justiça. Analisou-se as duas primeiras sentenças em que foi reconhecido o ECI: caso Julia Eleyza Arellano Serquén (expediente n.° 2579-2003 HD/ TC) e caso Gloria Marleni Alequé Torres (expediente n.º 03149-2004-AC/TC); além de duas recentes da Corte: caso María Antonia Diaz Cáceres de Tinoco (expediente n.º 00889-2017-PA/TC) e caso do sistema penitenciário de Tacna (expediente n.º 05436-2014--PHC/TC).

A partir dos julgados, identificou-se que, em um primeiro momento, a Suprema Corte do Peru se valeu da técnica do ECI como estratégia para extensão dos efeitos da coisa julgada, sobretudo para lidar com a sobrecarga do Poder Judiciário e a pulverização de ações individuais sobre temas que envolviam a violação de direitos fundamentais. Com o passar do tempo, as sentenças da Corte Peruana passaram a consagrar requisitos que foram sendo construídos pela jurisprudência colombiana para configuração do Estado de Coisas Inconstitucional. Além disso, passou a fixar prazos, com sanções para a hipótese de descumprimento, visando a progressiva e efetiva implementação dos direitos sociais violados.

2. FORMAÇÃO HISTÓRICA E ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-JUDICIÁRIA PERUANA

O território atualmente conhecido como Peru era ocupado pelo império Inca. A historiografia tradicional remonta a conquista do Peru pelos espanhóis com resultado das expedições lideradas por Francisco

Pizarro (1476-1541) no início do século XVI. Prodanov (2004) indica que fatores como a disseminação de doenças como a varíola e as disputas internas de poder entre governantes incas favoreceram o domínio da coroa espanhola na região. Os espanhóis exploraram com oportunismo a instabilidade política vivenciada pelo Império Inca, apoiando grupos políticos dissidentes, mais abertos ao diálogo com a coroa. O marco da dominação espanhola foi a morte do imperador Túpac Amaru, no ano de 1572, que simbolizou o fim do Império Inca, cujo centro político-administrativo se localizava na cidade de Cusco.

A partir da dominação dos espanhóis, o atual território peruano passou a integrar, junto com a Bolívia e o Chile, ao Vice-Reino do Peru instituído pela coroa para administrar seus interesses coloniais na América do Sul durante os séculos XVI ao XIX. As lutas pela independência tiveram como marco histórico a rebelião ficou liderada José Gabriel Condorcanqui, conhecido como Túpac Amaru II, que, no ano de 1780, se insurgiu contra o domínio espanhol e tinha como uma das principais demandas o fim da "mita", sistema de trabalho compulsório destinado aos povos indígenas (GOBBIS, 2019).

A independência do Peru em relação à Espanha foi resultado da expedição libertadora liderada pelo general San Martín e que teve início no ano de 1820, resultando na Proclamação da Independência no dia 28 de julho de 1821. O governo de San Martín durou pouco mais de um ano, encontrando resistência, dentre outros fatores, pela preferência pelo regime monárquico (SCARELLI, 2021). Ganhou espaço no poder apoiadores de Símon Bolivar, um dos principais líderes de vários dos movimentos de independência na América Latina, como é o caso do "Alto Peru", cuja independência foi sacramentada no ano de 1825 e deu origem ao Estado boliviano. A propósito, houve uma tentativa de unificação da Bolívia com o Peru, que originou a chamada Confederação Peru-Boliviana que durou apenas três anos (1836-1839) e se encerrou por meio guerra entre separatistas e defensores da unificação dos dois países (FREIRE, 2008).

Nos anos subsequentes, essa região foi marcada por intensas disputas territoriais. Como decorrência da Guerra do Pacífico (1879-1884), tanto a Bolívia quanto o Peru perderam partes litorâneas de seu território

para o Chile, ficando a Bolívia, inclusive, sem qualquer saída para o mar. Lado outro, por meio do Tratado de Petrópolis (1903), o Estado Boliviano cedeu ao Brasil o território do Acre em troca parte do estado do Mato Grosso. Ocorre que o referido acordo não selou a paz com o Estado do Peru, que já haviam ocupado faixas do Vale do Juruá, no atual Estado do Acre. Tal impasse foi resolvido por meio de Tratado entre o Peru e o Brasil no ano de 1909 (SOUZA, p. 159).

Politicamente, a república peruana é e foi marcada por intensa instabilidade. Ao longo do Século XX, diversos foram os registros de tomada do poder de forma não democrática pela via da intervenção militar, a exemplo dos golpes de estado ocorridos nos anos de 1914, 1919, 1930, 1948, 1962, 1968, 1975 e 1992. Fruto dessa influência militar na política peruana, a atual Constituição do Peru (1993) foi outorgada pelo ex-presidente Alberto Fujimori, que no ano de 1992, com suporte das Forças Armadas, fechou o Congresso Nacional e passou a controlar o Poder Judiciário, se mantendo no poder até o ano 2000.

Desde então a inconstância política persistiu. "De 1990 para cá, o país teve 11 presidentes [...]. Desses, oito foram presos ou estão envolvidos em investigações sobre esquemas, e três sofreram impeachment" (BOLZANI, 2022). No ano de 2021, Pedro Castillo foi eleito com a promessa de instituição de uma nova Constituinte, anunciando, inclusive consulta popular em abril de 2022 (PRESSER, 2022). Ocorre que no decorrer 2022 se deflagrou processo de intensa crise política entre o Congresso Nacional e o Presidente peruano. De um lado, congressistas buscavam o *impeachment* de Castillo. Do outro lado, Castillo anunciou a dissolução do Congresso Nacional, sendo detido e preso por isso no mesmo dia (MELLO, 2022).

A Constituição Peruana de 1993 prevê como sistema de governo o presidencialismo e adota como forma de governo a República. Diferente do Estado brasileiro que é dividido política e administrativamente em estados, o Estado Peruano é unitário. Apesar disso, o próprio texto constitucional institui a descentralização como "política permanente de Estado", prevendo a subdivisão do território nacional em "regiões, departamentos, províncias e distritos" (PERU, 1993b). No que se refere à orga-

nização do Poder Legislativo peruano, adota-se um modelo unicameral, ou seja, as leis são aprovadas em uma única câmera legislativa (ARRETCHE, 2020). O artigo 90 da Constituição Peruano prevê a existência de 120 (cento e vinte) congressistas, que são eleitos por um mandato de 5 (cinco) anos (PERU, 1993b).

O Poder Judiciário peruano tem como princípio insculpido no art. 39 da Constituição Federal a pluralidade de instâncias. A Constituição prevê como órgãos jurisdicionais a Suprema Corte de Justiça e as demais cortes e tribunais previstos em leis orgânicas (PERU, 1993b). A Suprema Corte do Peru é composta por 15 membros e tem julgados históricos como a prisão do ex-presidente Alberto Fujimori pelo massacre de Barrios Altos (1991) e La Cantuta (1992).

Para Burt (2009) "o julgamento de Fujimori é de fato histórico: marca a primeira vez que um chefe de Estado democraticamente eleito é extraditado de seu próprio país, julgado por violações dos direitos humanos e condenado". Por meio da Constituição de 1993, a Suprema Corte torna-se, de fato, um tribunal constitucional, zelando pela efetividade dos direitos fundamentais, e órgão competente para decidir ações de inconstitucionalidade e a competência, como última instância, para julgamento dos remédios constitucionais, que serão abordados no capítulo a seguir (LANDA ARROYO, 2009).

3. ORDEM CONSTITUCIONAL PERUANA, DIREITOS SOCIAIS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

A tutela coletiva de direitos assume especial importância no contexto do Sul Global, justamente pelas violações expressivas de direitos humanos verificadas nessa região. Para Moller e De Marco "as redes de segurança social são fragmentadas e os direitos sociais são prestados com deficiência, os Tribunais aparecem como canais de proteção dos Direitos Fundamentais, inclusive de pressão para reformas institucionais" (MOLLER, DE MARCO, 2022, p. 20).

Com efeito, importante se compreender em que medida a ordem constitucional peruana fundamenta a judicialização destes direitos e a

formulação das políticas públicas. A Carta Constitucional enuncia direitos sociais e econômicos, estabelecendo uma política nacional de saúde (art. 9º), direito à seguridade social (art. 10º). Com relação à educação, o texto constitucional garante "a liberdade de educação", estabelecendo que esta é dever dos pais (art. 13º), devendo o Estado fomentar o "desenvolvimento científico e tecnológico do país" (art. 14º; PERU, 1993).

O direito ao trabalho é reconhecido como um direito e como um dever (art. 22). Confere-se ainda ao trabalhador o direito à jornada de 48 (quarenta e oito horas) semanais (art. 25), à igualdade de oportunidades no trabalho (art. 26), à proteção na hipótese de dispensa sem justa causa (art. 27), ao exercício de greve e à liberdade sindical (art. 28; PERU, 1993). Já a proteção aos recursos naturais e ao meio ambiente também encontra amparo na Constituição, que prevê a existência de uma política nacional (art. 67), além de preconizar a promoção do "desenvolvimento sustentável da Amazônia por meio de legislação adequada" (art. 69; PERU, 1993b).

A Constituição Peruana prevê como regime econômico o livre mercado, e que o Estado orientar o "desenvolvimento do país" e atuar "principalmente na promoção do emprego, saúde, educação, segurança, serviços públicos e infraestrutura" (Art. 58, PERU; 1993b). Nesse contexto, afirma Serrano Osorio:

> o país adota uma Economia Social de Mercado que não somente procura promover, dinamizar e desenvolver a economia desde um ponto de vista macroeconômico, senão também se destaca a transcendência da relação entre os direitos sociais e econômicos na procura pelo bem-estar da sociedade (SERRANO OSORIO, 2016).

Para a concretização desses direitos previstos na Constituição peruana, esta prevê a existência das chamadas garantias constitucionais: "habeas corpus", "habeas data", "acción de amparo", "acción de inconstitucionalidade", "acción popular" e "acción de cumplimiento" (art. 200; PERU, 1993). Os procedimentos para instrumentalização destes "remédios constitucionais" são regulados pelo Código Processual Constitucional Peruano (Lei 28.237/2004).

A ação de "amparo" é cabível na hipótese de ação ou omissão de agente público ou privado que tenha o condão de ameaçar direitos previstos constitucionalmente, enquanto a "acción de cumplimiento" visa compelir que uma autoridade cumpra norma legal ou ato administrativo, sem prejuízo das demais responsabilidades previstas na legislação.

Por sua vez, a "ação popular" se aplica nos casos de violação da Constituição ou da lei, por regulamentos, normas administrativas e decretos de caráter geral (art. 200, PERU, 1993). Se diferencia da "ação de inconstitucionalidade", que tem como parâmetro a Constituição e visa a atacar a lei e outras normas com status legal. A Ação Popular peruana, em nada se parece, portanto, com a ação popular brasileira que visa anular "ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural" (Art. 5º, LXXIII; BRASIL, 1988).

O Código de Processo Constitucional peruano regulamenta cada uma dessas ações constitucionais, assim como estabelece regras gerais que as regulam. O art. 43 do referido Código dispõe que o magistrado, de ofício, pode convocar possíveis interessados, caso entenda que a decisão na demanda possa afetar interesses de terceiros (PERU, 2004).

Há também regulamentação no art. 82 do Código de Processo Civil[1] (PERU,1993a), o qual prevê a possibilidade de patrocínio de interesses difusos, que seriam aqueles "cuja titularidade corresponde a um conjunto indeterminado de pessoas, em relação a bens de valor patrimo-

1 "Artículo 82 - Patrocinio de intereses difusos.- Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor. Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello. En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial "El Peruano" y en outro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente. La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del processo" (PERU, 1993a).

nial inestimável, tais como a defesa do meio ambiente, de valões culturais ou históricos ou do consumidor". Prevê o mesmo dispositivo a legitimação das associações, do Ministério Público e de outras instituições que a lei ou o Poder Judiciário entendam que possuam legitimação para intervir na ação coletiva.

A legislação processualista civil ainda estabelece que são aplicáveis a esses casos as normas sobre "acumulação subjetiva de pretensões"[2]. Há previsão de remessa obrigatória da demanda a Corte Superior, ainda que não haja recurso das partes, e que no caso de a sentença julgar procedentes os pedidos iniciais, a coisa julgada produzirá efeitos a sujeitos que não fizeram parte do processo (PERU, 1993a).

De acordo com GIDI (2010), o art. 82 do Código do Processo Civil peruano é inspirado no Código Modelo para Iberoamérica (INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL, 2004) e no próprio microssistema de tutela de direitos coletivos brasileiro, todavia acaba por regulamentar a matéria de forma lacônica e insuficiente, deixando o desenvolvimento da tutela dos direitos difusos a cargo da interpretação do Poder Judiciário sobre a matéria.

4. CASO JULIA ELEYZA ARELLANO SERQUÉN E CASO GLORIA MARLENI ALEQUÉ TORRES

A temática dos processos estruturais e a judicialização dos direitos sociais na América Latina remete à chamada a *Sentencia de Unificación n. 559, 1997*, em que foi empregado pela primeira vez o conceito de "Estado de Coisas Inconstitucional" (ECI), e por meio do qual Corte Constitucional Colombiana apontou a falha estatal na concessão de direitos previdenciários aos professores dos municípios de "María La Baja" e "Zombrano" (COLOMBIA, 1997). Para além da imposição da correção

2 De acordo com o art. 86 do Código de Processo Civil Peruano, com redação dada pela Lei 30293/2014, a acumulação subjetiva de pretensões ocorre quando as pretensões provenham de um mesmo título, se refiram ao mesmo objeto ou exista conexão entre elas (PERU, 2014).

da irregularidade por parte de todos os municípios que se encontrassem na mesma situação, ordenou-se:

> o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias [...] declarou o ECI para reduzir a mora da Caixa Nacional da Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias, determinar a realização, em âmbito nacional, de concurso público para notário [...] ordenar a confecção de políticas públicas eficientes de proteção dos defensores de direitos humanos no país; e remediar o atraso sistemático no pagamento, por entidades territoriais, das verbas de aposentadoria (CAMPOS, 2022, p. 212-213).

É do direito constitucional colombiano outros casos emblemáticos de aplicação da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional: a decisão relativa à superlotação do sistema carcerário do país (Sentença de Tutela 153; COLÔMBIA, 1998) e o caso dos deslocamentos forçados (Sentença de Tutela 025; COLÔMBIA, 2004).

A partir desses julgados, Campos destacou a presença de quatro pressupostos elencados na jurisprudência colombiana para reconhecimento do ECI: 1º) a existência de "violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas" (CAMPOS, 2022, p. 214); 2º) a "omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais" (CAMPOS, 2022, p. 214); 3º) solução que exige a "expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses" (CAMPOS, 2022, p. 215); 4º) "potencialidade de um número elevado de afetados [...] produzindo grave congestionamento da máquina judiciária" (CAMPOS, 2022, p. 215).

Na esteira dos julgados da Suprema Corte colombiana, ficou conhecido o caso Julia Eleyza Arellano Serquén (PERU, 2004), em que foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional, no qual a Corte Perua-

na reconheceu a omissão do Conselho Nacional da Magistratura (CNM) no fornecimento de informações à magistrada. Em sede de *habeas data*, a mencionada juíza se insurgiu contra Resolução do CNM que decidiu por não a efetivar na carreira da magistratura, sem indicar as razões pelas quais adotou a referida decisão.

Por meio da referida ação de *habeas data*, a referida magistrada requereu a apresentação de documentos que basearam a decisão, como relatórios da comissão avaliadora, cópia da sua entrevista pessoal e da própria ata de reunião do Pleno do Conselho Nacional da Magistratura em que foi proferida a decisão de não ratificação da juíza no cargo (PERU, 2004).

O Tribunal Constitucional destacou que o direito de acesso à informação possui dimensão individual, ante os interesses privados do requerente da informação, mas também possui uma dimensão coletiva, "que está destinada a contribuir com a formação de uma opinião pública, livre e informada" (tradução livre, PERU, 2004). Por essa razão, a negativa de informações por parte do CNM foi considerada arbitrária, haja vista que a exposição dos documentos requeridos pela magistrada não violaria o direito à intimidade pessoal ou familiar de nenhum cidadão (PERU, 2004).

No que se refere ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), a sentença destacou que diferente dos instrumentos de controle de constitucionalidade que possuem dimensão objetiva, os remédios constitucionais como *habeas data, habeas corpus* e a ação de amparo possuem efeitos da decisão que vinculam, em regra, somente as partes do processo. Tal limitação dos remédios constitucionais estaria associado "ao incessante crescimento do número de demandas judiciais destinadas a obter semelhantes termos de proteção e a consequente saturação e eventual colapso do sistema de justiça constitucional" (tradução livre, PERU, 2004).

Nesse sentido, invocou-se o precedente da "Sentencia de Unificación n. 559, 1997", proferido pela Corte Colombiana, reconhecendo-se o Estado de Coisas Inconstitucional, considerando existir uma "violação generalizada de direitos fundamentais de pessoas distintas" (tradução livre, PERU, 2004). Além disso, aponta-se que o reconhecimento do ECI

"teve como principal fundamento a modulação dos efeitos da decisão para estender o alcance *inter partes* e alcançar sujeitos alheios ao processo" (JOBIM, STEFENS, 2022, p.267).

O *habeas data* foi concedido, determinando-se, em síntese: a) a ordem para a entrega dos documentos requeridos pela magistrada; b) a declaração de que "o estado de coisas que originou o habeas data, e que foi objeto da controvérsia do processo, é contrário à Constituição Política do Peru"; c) a notificação dos membros do CNM para que adotem as medidas para corrigir as irregularidades destacadas na sentença, encaminhando-se à magistrada as informações e documentos requeridos; d) aconselhamento de que o CNM evite a reincidir nas ações e omissões que deram origem ao processo.

Já o caso "Alequé Torres" diz respeito à "acción de cumplimiento" ajuizada por servidora pública em face do diretor da Unidade de Gestão Educativa da cidade de Jaen, localizada no noroeste peruano, para que fosse a ela pago valores em razão de luto e despesas com enterro previstos em resolução interna aprovada pelo órgão naquele mesmo ano (Resolução n. 00794-2003-ED-JAEN).

Em defesa, o órgão argumentou que o pagamento do referido benefício não havia sido previsto no orçamento do ano 2003. Constatou-se, contudo, que o pleito da autora, assim como outras demandas por benefícios previstos na legislação por parte da categoria dos professores era algo recorrente naquela corte, verificando-se, assim, o descumprimento sistemático da legislação por parte das autoridades governamentais (PERU, 2005).

Retomando o precedente decorrente do caso Arellano Serquén, foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pela Suprema Corte peruana, indicando-se a necessidade de ampliação dos efeitos da sentença, em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais violados e o descaso das autoridades do Ministérios da Economia e da Educação tanto no caso em espécie, quanto em demandas similares (PERU, 2005).

A sentença ordenou que as autoridades envolvidas dessem imediato cumprimento à Resolução que previu os benefícios pleiteados pela parte autora; reconheceu que os fatos que deram origem à demanda demonstram o descumprimento sistemático da Constituição; assim como determinou a

notificação das autoridades competentes para tomar "as medidas corretivas no prazo mais breve possível" e a informar ao tribunal, no prazo de 10 (dez) dias, quais foram as medidas adotadas (PERU, 2005).

Discute-se, assim, se no caso em espécie foi aplicada corretamente a técnica de reconhecimento de estado de coisas inconstitucional decorrente do direito colombiano. Nesse sentido, parte da doutrina reconhece o caráter estrutural da sentença proferida pela Corte Peruana:

> Além de reconhecer *inter partes* a violação do direito fundamental à informação e determinar a reparação integral do dano, identificou outras modalidades de reparações, nas quais se insere a medida de não repetição do ato para casos futuros, característica nitidamente estrutural [...] Portanto, mesmo que a decisão não conte com todas as características de um processo estrutural, ela possui peculiaridades que possam reconhecê-la como uma decisão estrutural, principalmente pelo caráter prospectivo, direcionado ao futuro (JOBIM; STEFFENS, 2022, p. 271-274)

Ao se analisar este julgado o primeiro Corte Peruana (Arellano Serquén), percebe-se que, não obstante o emprego de técnica do ECI para extensão dos efeitos da sentença a partes estranhas ao processo, há a violação de um único direito fundamental (direito à informação), além disso, tem como destinatários um número limitado de pessoas (membros do Poder Judiciário). Não por outra razão, houve expedição de recomendação a um único órgão, qual seja, o Conselho Nacional da Magistratura (CNM).

Já no segundo caso (Alequé Torres), é mais evidente a existência da violação massiva de direitos fundamentais atingindo especialmente a categoria dos professores e outros profissionais da educação e até mesmo o potencial de que a repetição daquele tipo de demanda pudesse acarretar o abarrotamento do Poder Judiciário. Todavia, em que pese a sentença tenha expedido ordens direcionadas não só ao Ministério da Educação que denegou a percepção de benefícios à servidora pública, como também ao Ministério da Economia e Finanças, que cuida do orçamento público, trata-se de órgãos que integram a mesma unidade federativa.

Uma das peculiaridades dos processos estruturais é justamente o policentrismo, que "se caracteriza pela presença simultânea de vários centros de interesse juridicamente protegidos no mesmo conflito" (VITORELLI, 2021, p. 61). Nessa perspectiva, faltaria ao caso Alequé Torres a verificação de distintos zonas de interesse. Na espécie, há típica dicotomia autor-réu. Ainda que a ação tenha envolvido dois ministérios, ambos comungavam e defendiam os mesmos interesses no caso concreto.

Em ambos os precedentes, não obstante a presença de características típicas dos processos estruturais, como a superação da eficácia restrita às partes objeto da demanda, assim como o reconhecimento da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, foram expedidas ordens de caráter geral, sem prazos e sanções, na hipótese de descumprimento. Não há menção, ainda, à complexidade do litígio, traço considerado primordial pela Corte Constitucional colombiana (HUAROTO, 2013).

5. CASO MARÍA ANTONIA DIAZ CÁCERES DE TINOCO E CASO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DE TACNA

Por meio do expediente n.º 00889-2017-PA/TC, o Tribunal Constitucional Peruano apreciou recurso da senhora María Antonia Diaz Cáceres de Tinoco que ajuizou ação de "amparo" contra o município de Carhuaz, localizado na região de Ancash. A requerente postulou a permissão para permanecer a exercer seu ofício de comerciante ambulante na mesma localidade em que trabalhava há quase 30 (trinta) anos e que a ela não se aplicasse a "Carta de Compromisso de 16 de abril de 2014", redigida em espanhol (PERU, 2018), tendo a referida ação sido julgada nas instâncias inferiores improcedente.

Alegou a comerciante recorrente que a referida regulamentação é incompreensível para ela, assim como para a maior parte da população daquela localidade, que falam o "quichuá", língua originária falada na região andina há séculos e que, de acordo com a constituição peruana é considerada oficial nas localidades em que predominam (PERU, 1993).

Por sua vez, a carta de compromisso não possuía tradução para o "quichuá" e regulamenta justamente o exercício do comércio ambulan-

te no município de Carhuaz. O tribunal constitucional entendeu que o caso em análise violava o direito à diversidade linguística, que engloba o "direito de cada membro de uma comunidade linguística a comunicar-se em seu próprio idioma com qualquer autoridade em qualquer lugar da república" (PERU, 2018, p. 4, tradução livre).

Ainda, entendeu-se violados os direitos à isonomia, em sua perspectiva substancial, na medida em que a barreira linguística resulta em "discriminação estrutural" que impede o acesso diversos outros direitos sociais, como o direito ao trabalho, violado na espécie, em razão da existência de requisitos para o seu exercício descritos em idioma inacessível para grande parte da população local (PERU, 2018).

Ante essas considerações o Tribunal Constitucional declarou a existência de estado de coisas inconstitucional, reformando a decisão de origem, para a) ordenar a realização de ações no sentido dar conhecimento a autora o teor da legislação municipal em quichuá; b) conceder o prazo de 6 (seis) meses para que o Ministério da Educação tornasse efetiva a obrigação de que as línguas originárias seja reconhecidas como oficiais nas localidades em que são predominantes; c) dispor a obrigação de todo agente, ainda que privado, ao prestar serviços públicos em Carhuaz, deve oficializar o uso do idioma "quéchua", no prazo de no máximo 2 (dois) anos da publicação da sentença, e busquem esforços para que esta seja a língua predominante até o ano do bicentenário peruano (2021).

Outra situação em que foi empregada a técnica do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é o expediente n.º 05436-2014 decorrente de ação de *habeas corpus* ajuizada por detento em face da penitenciária de Tacna, que fica no distrito de Pocollay, no sul do Peru. Os habeas corpus foram impetrados em 11 de setembro de 2014. O impetrante alegou que sofria de gripes e bronquites crônicas que decorriam das condições inadequadas à saúde dos detentos no sistema carcerário de Tacna (PERU, 2020).

Para tanto, comprovou que apresentou a direção do presídio provas do seu estado de saúde, todavia não houve resposta. Na ação, a penitenciária afirmou que o detento não dispunha de colchão, dormindo no chão, mas que que havia sido declarada a emergência em razão da

superlotação e da falta de estrutura no presídio e estava em trâmite a ampliação e reforma da penitenciária. Os habeas corpus foram negados e a decisão foi confirmada pelo Tribunal de Tacna, e foi interposto o recurso de agravo constitucional à Suprema Corte Peruana, argumentando-se, em síntese, que não foram consideradas as condições do impetrante, que, inclusive, estaria em situação pior que a de outros custodiados na penitenciária (PERU, 2020).

A Corte Superior de Justiça solicitou informações ao Instituto Nacional Penitenciário do Peru (INPP) sobre as condições sanitárias do presídio de Tacna e, ao fim, prolatou sentença, com os seguintes fundamentos: i) a ação de *habeas corpus* tem a finalidade de proteger os indivíduos de privação arbitrária do direito de ir e vir, mas também é cabível em caso de ameaça ou violação a direitos fundamentais conexos a essa liberdade; ii) o Estado peruano não vem cumprindo os mandamentos constitucionais e compromissos internacionais em matéria de direitos humanos sobre o tema; iii) os dados revelados pelo INPP revelam a necessidade de emprego da técnica do estado de coisas inconstitucional diante das deficiências do sistema nacional penitenciário peruano; iv) com relação ao caso concreto, entendeu-se que o detento recebeu o atendimento médico necessário, todavia, a falta de colchão e a superlotação do presídio não condiziam com o dever de proteção exigido pela Constituição (PERU, 2020).

Com essas considerações, a Suprema Corte julgou parcialmente fundada a pretensão autoral, pela violação do direito a tratamento razoável e proporcional no cumprimento de pena, além da vulneração ao direito de petição, em razão da ausência de resposta pela administração pública ao pleito do detento. Determinou-se, assim, que o Estabelecimento Penitenciário de Tacna adotasse as medidas necessárias para correção das irregularidades descritas (PERU, 2020).

Além disso, reconhece-se o Estado de Coisas Inconstitucional, declarando que o problema do sistema carcerário no Peru exige a atuação coordenada dos três poderes e da sociedade em geral. Ainda, ordenou-se que o Ministério da Justiça e Direitos Humanos deveria, no prazo de 3 (meses) da publicação da sentença, elaborar novo Plano Nacional de

Política Penitenciária e adotar medidas para alterar substancialmente o sistema penitenciário peruano. No prazo de 5 (cinco) anos, caso não sejam adotadas as referidas medidas, estipulou-se que os estabelecimentos penitenciários com pior situação de superlotação não poderão receber mais detentos até que se garantam situações adequadas para custódia (PERU, 2020).

Ainda, determinou-se que o Ministério da Economia e Finanças adote as medidas necessárias para que a referida implementação de direitos ocorra; que o Poder Judiciário, no marco de sua competência, busque um equilíbrio ao determinar prisões temporárias, levando em conta a gravidade dos delitos. Por fim, atribuiu a Comissão de Acompanhamento do Cumprimento de Acórdãos do Tribunal Constitucional que fiscalize a execução da sentença, realizando audiências públicas semestrais para acompanhamento da situação do sistema carcerário peruano (PERU, 2020).

A partir desses dois julgados (caso María Antonia Diaz Cáceres de Tinoco e caso do Sistema Penitenciário de Tacna), verifica-se que houve uma virada na postura do Suprema Corte Peruana no que se refere aos processos estruturais e ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Em ambos os casos, lida-se com violações de direitos que atingem interesses de diferentes ordens, restando evidente o policentrismo inerentes aos processos estruturais.

No primeiro caso, há a violação do direito à diversidade linguística, que afeta direitos sociais de diferentes ordens, como o próprio acesso ao trabalho. Já no segundo caso, a superlotação do sistema carcerário está diretamente ligada à liberdade de ir e vir, mas também impacta negativamente o mandamento da ressocialização, além da efetivação do direito à saúde dos detentos.

Além disso, é evidente a omissão reiterada do poder público na efetivação dos direitos constitucionais, o que demanda uma atuação articulada dos diferentes poderes para a concretização destes. Não por outra razão, houve a expedição de ordens a diversos poderes e órgãos. Com efeito, para além da necessidade de lidar com a pulverização de ações individuais, há nesses dois julgados a imposição de metas aos poderes no

sentido de concretizar de forma efetiva as reformas estruturais exigidas para enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Peru, assim como outros países da América Latina, possui um histórico de exploração colonial e instabilidade política, que resultou em atraso na consagração dos direitos sociais mais básicos. Nesse sentido, a tutela coletiva de direitos torna-se uma alternativa para efetivação das promessas constitucionais, que exige uma atuação coordenada de todos os poderes.

Ante a ausência de um regramento consolidado para a tutela de direitos coletivos, como existe no Brasil com a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, os remédios constitucionais peruanos, como a *acción de amparo*, *habeas corpus, habeas data* e acción de cumplimiento têm sido utilizados como instrumentos para a tutela coletiva de direitos, sobretudo pelo emprego da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional, que permite que a solução para uma situação individual possa atingir terceiros estranhos ao processo.

Acompanhando a evolução da Suprema Corte Colombiana, foram proferidas as primeiras sentenças recomendando a adoção de medidas estruturais. Nos casos Julia Eleyza Arellano Serquén e Gloria Marleni Alequé Torres, não se observou grande preocupação com os requisitos para reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional que foram construídos paulatinamente pela jurisprudência colombiana. O grande objetivo do emprego da técnica era a superação tradicional do processo em que a coisa julgada atinge somente as partes processuais.

Recentemente, como se observa nos María Antonia Diaz Cáceres de Tinoco e Sistema Penitenciário de Tacna, verificou-se um rigor maior na aplicação da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional. Há identificação de interesses policêntricos e que demandam a atuação conjunta dos três poderes. Há, ainda, a fixação de prazos e sanções para a progressiva implementação dos direitos sociais violados.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional acaba por buscar uma racionalização do ativismo judicial no tratamento de conflitos estruturais. O histórico colonial e fragilidade das democracias latino-americanas, cuja realidade não escapa o Peru, cria desafios próprios para a judicialização dos direitos sociais. O processo estrutural desponta, portanto, como alternativa para lidar com problemas estruturais característicos dos países do Sul Global e que não se resolvem com comandos judiciais imperativos.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta. Estados federativos e unitários: uma dicotomia que pouco revela, Rev. Sociol. Polit., v. 28, n. 74, e003, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1678-987320287403. Acesso em 05 de abril de 2023.

BOLZANI, Isabela. Três décadas de crises: relembre presidentes do Peru desde 1990 que foram derrubados ou presos. Porta G1. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/12/08/tres-decadas-de-crises-relembre-presidentes-do-peru-desde-1990-que-foram-derrubados-ou-presos.ghtml. Acesso em 25 de abril de 2023.

BURT, Jo-Marie. Culpado: o Julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori por violações dos Direitos Humanos. The International Journal of Transitional Justice, Vol. 3, 384 – 405. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em 10 de julho de 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional, sentenças estruturais e a relevância do monitoramento? O caso colombiano. In: Processos Estruturais no Sul Global. Versão e-book – Londrina, PR: Thoth, 2022.

COLOMBIA. Sentencia SU.559/97. Corte Constitucional Colombiana, 1997. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm. Acesso em 10 de julho de 2023.

_____. Sentencia T-153/98. Corte Constitucional Colombiana, 1997. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm. Acesso em 10 de julho de 2023.

_____. Sentencia T-24/04. Corte Constitucional Colombiana, 1997. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em 10 de julho de 2023.

COTLER, Julio. Peru: classes, Estado e Nação. / Julio Cotler; tradução de Sérgio Bath – Brasília : Funag, 2006.

FREIRE, Eduardo Maganha. Bolívia: Crise de Coesão Territorial no Coração da América do Sul. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia Humana, do Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

GIDI, Antonio, Class Actions in Peru (Acciones Colectivas en Peru, Comentarios al Artículo 82 del Código Procesal Civil) (March 23, 2010). I CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS, Johan S. Camargo Acosta, ed., p. 360, 2010, Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1975634. Acesso em 10 de julho de 2023.

GROHMANN, Jorge Basadre. Historia De La República Del Perú [1822-1933]. Produciones Cantabria, Lima, 1983.

GOBBIS, Cecília Gonçalves. Rebeliões de Cusco e Alto Peru (1780-1783): historiografia, gênero e temática indígena, Trabalho de conclusão de curso (graduação em História) – Universidade Federal de São Paulo, Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Guarulhos, 2019.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, 2004. Disponível em: http://www.politicaeprocesso.ufpr.br/wp-content/uploads/2017/02/CodigoModelo.pdf. Acesso em 10 de julho de 2023.

HUAROTO, Beatriz Ramírez. El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana, 2013. Disponível em: https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/175395/

Beatriz%20Ramirez%20Huaroto.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 10 de julho de 2023.

JOBIM, Marco Félix. STEFFENS, Luana. O processo estrutural no âmbito do Tribunal Constitucional do Peru: Reflexões a partir do Caso Lambayeque v. Arellano Serquén. In: Processos Estruturais no Sul Global. Versão e-book – Londrina, PR: Thoth, 2022.

MELLO, Michele de. O que está acontecendo no Peru? Entenda a crise política. Presidenta Dina Boluarte decretou estado de emergência em regiões com protestos e convocou eleições para julho de 2024. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2022/12/13/o-que-esta-acontecendo-no-peru-entenda-a-crise-politica#:~:text=Presidenta%20Dina%20Boluarte%20decretou%20estado,elei%C3%A7%C3%B5es%20para%20julho%20de%202024&text=O%20Peru%20atravessa%20uma%20grave,destitui%C3%A7%C3%A3o%20do%20presidente%20Pedro%20Castillo. Acesso em 10 de julho de 2023.

MOLLER, Gabriela Samrsla; DE MARCO, Cristhian Magnus. Processos Estruturais e Decolonialidade. In: Processos Estruturais no Sul Global. Versão e-book – Londrina, PR: Thoth, 2022.

LANDA ARROYO, César. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú. Anuario de derecho constitucional latino-americano, año XV, Montevideo, 2009. Disponível em: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/3875/3407. Acesso em 10 de julho de 2023.

PERU. Código Procesal Constitucional Ley 28237. Publicada em 31 de maio de 2004. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf. Acesso em 10 de julho de 2023.

_____. Código Procesal Civil. Resolucion Ministerial n. 10-93.1993a. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01164.pdf. Acesso em 10 de julho de 2023.

_____. Constitucion poltica del Peru. Promulgada em 29 de dezembro de 1993. 1993b. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf. Acesso em 10 de julho de 2023.

_____. Ley 30293, 28 de dezembro de 2014. Modifica diversos artículos del código procesal civil a fin de promover la modernidade e la celeridade procesal. Disponível em: https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvirt?OpenForm&Db=201101324&View. Acesso em 10 de julho de 2023.

_____. Sentencia del Tribunal Constitucional, 06 de abril de 2004. Expediente n.° 2579-2003 HD/ TC. Lambayeque. Julia Eleyza Arellano Serquén, 2004. Disponível em: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html. Acesso em 10 de julho de 2023.

_____.. Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 03149-2004-AC/TC, Lambayeque. Gloria Marleni y Arlequé Torres, 2005. Disponível em: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03149-2004-AC.pdf. Acesso em 10 de julho de 2023.

_____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 00889-2017-PA/TC, Lima. María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco, 2018. Disponível em: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/04/Exp.-889-2017-AA-LP.pdf. Acesso em 10 de julho de 2023.

_____. Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 05436-2014-PHC/TC. Estabelecimento Penitenciario de Tacna, 2020. Disponível em: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05436-2014-HC.pdf. Acesso em 10 de julho de 2023.

PRESSE, France. Presidente Castillo anuncia consulta sobre nova Constituição no Peru. Partido no poder culpa a atual Constituição pelas desigualdades econômicas do país e por consagrar um modelo de livre mercado. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/04/22/presidente-castillo-anuncia-consulta-sobre-nova-constituicao-no-peru.ghtml. Acesso em 10 de julho de 2023.

PRODANOV, Cleber Cristiano A conquista do Peru / Cleber Cristiano Prodanov – Novo Hamburgo: Feevale, 2004.

SCARELLI, Rafael Dias. O Peru entre dois generais: San Martín e Bolívar no imaginário nacional peruano até o Primeiro Centenário (1821-1921), Revista USP, São Paulo, n. 130, p. 65-86, julho/agosto/setembro, 2021.

SERRANO OSORIO, Ricardo. Análise Preliminar da Ordem Econômica peruana-brasileira constitucional e de propriedade dos recursos minerais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso) p. 581-622, 2016.

SOUZA, Carlos Alberto Alves de. História do Acre. Novos Temas Nova Abordagem. Revisado, Atualizado e Ampliado. 9ª Edição, Dezembro de 2013.

VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática. 2ª Edição, revista atualizada. Editora Juspodivm, Salvador, 2021.

PROCESSO COLETIVO COMUM E ESTRUTURAL NO BRASIL E NO URUGUAI: ANÁLISE COMPARATIVA A PARTIR DE PERSPECTIVAS PRÁTICAS E TEÓRICAS

Lorena de Oliveira Severino

Maria Fernanda Salcedo Repolês

RESUMO: Por intermédio de um estudo teórico de cunho comparativo, este artigo apresenta considerações realizadas a partir de uma análise entre os sistemas normativos uruguaios e brasileiros no que dizem respeito ao Processo Coletivo Comum e ao Processo Coletivo Estrutural. Ao apresentar as normativas aplicáveis a processos coletivos comuns e estruturais dos países em questão, busca-se evidenciar as possibilidades e limitações de ambos os sistemas, compreendendo-os enquanto essencialmente diferentes entre si, principalmente, no que tange à existencia de uma ampla tutela de direitos coletivos e difusos no Brasil e, em contrapartida, uma tutela ainda em desenvolvimento inicial no Uruguai. Nesse sentido, os apontamentos realizados caminham em busca de perspectivas aptas à efetividade e adequação do processo coletivo comum e estrutural aos conflitos apresentados à tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Processo coletivo; Problema estrutural; Processo estrutural; Análise comparativa.

1. INTRODUÇÃO

A complexidade dos conflitos que surgem a partir das relações sociais quando colocada frente à capacidade de o Poder Judiciário em responder a estas demandas aparece como uma das principais bases para se repensar como o direito tem respondido a tais demandas e, principalmente, se tais respostas têm se apresentado efetivas. Em um sentido amplo, tanto a literatura, a prática forense quanto o próprio poder judiciário, têm buscado proporcionar respostas adequadas frente à gama de complexidades apresentadas.

O presente artigo surge neste contexto: a complexidade dos litígios e as possibilidades de respostas por parte do judiciário. Nesse sentido, mediante a necessidade de aprofundamento no tema em questão, o texto a seguir constrói-se a partir de um estudo comparativo entre as políticas e legislações do processo coletivo comum e estrutural do Brasil e Uruguai.

O autor Alejandro Zambra, em Formas de voltar para casa, escreveu – em termos mais ou menos semelhantes – que, mesmo quando existe a tentativa de contar uma história alheia, sempre acabamos por contar a nossa própria. A busca por apresentar o contexto uruguaio e suas normativas, aparece com um intuito central: explicitar como o ordenamento jurídico brasileiro pode aprender com as práticas jurisdicionais do país vizinho, sejam elas positivas ou negativas.

As indagações que perpassam a construção do estudo foram realizadas durante as aulas e discussões da disciplina Temas de Direito Processual Civil Comparado – Processo Coletivo Comum e Estrutural Comparado na América Latina, ministrada pela Professora Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, no Programa de Pós-Graduação em Direito/UFMG, no primeiro semestre de 2023.

A pesquisa é de natureza bibliográfica, com foco na análise dos dispositivos legais e da literatura pertinente à temática, além de jurisprudências e relatos sobre casos emblemáticos. Para tanto, o presente texto organiza-se de modo a, em um primeiro momento, apresentar perspectivas conceituais dos institutos jurídicos que serão articulados, mediante

a compreensão de um verdadeira confusão teórica e prática que perpassa as questões relacionadas à litígios coletivos.

Após, o Processo Coletivo comum e estrutural do Uruguai será apresentado, assim como a perspectiva brasileira, de modo a possibilitar uma análise comparativa dos dois ordenamentos e dar substrato às considerações sobre as possibilidades e limitações em relação ao trato dos litígios em comento.

2. APRESENTAÇÃO CONCEITUAL

Quando se fala em processo coletivo comum e estrutural, é necessário demarcar o fato de que este é um campo de práxis e estudo ainda recente. Muito embora já exista uma gama de juristas dedicados ao estudo do tema, não há um consenso entre eles no que diz respeito a definição do que seria processo estrutural, processo coletivo, litígios coletivos e litígios estruturais. Sendo assim, se no campo teórico o consenso não se faz presente, na perspectiva prática, verifica-se inúmeras inconsistências na utilização dos termos.

Em um dos textos redigidos pelo professor e jurista Edilson Vitorelli (2018), ele elucida o fato de que, embora usualmente tratados como sinônimos, os conceitos apresentados acima têm significados próprios e origens distintas. Nesse sentido, uma definição conceitual prévia parece indispensável para que as questões a serem tratadas a seguir possam ser efetivamente compreendidas, principalmente no que tange às escolhas metodológicas conceituas de construção das considerações realizadas neste estudo.

De modo objetivo, se pode conceituar litígio enquanto todos aqueles (i) conflitos que são relativos a interesses juridicamente relevantes. Sendo a sociedade notadamente conflituosa, cabe distinguir situações em que tais conflitos (ii) não são valorados e relevantes ao direito, de modo que a atuação jurisdicional nesses casos é desnecessária e inútil.

Em se tratando de atuação estatal, há uma notável diferença entre uma simples (ii) discordância conflituosa entre dois colegas, no que diz respeito a qual caminho devem seguir para que possam fazer uma viagem

mais segura e tranquila, da (i) situação conflituosa gerada a partir do momento em que esses dois amigos se envolvem em um acidente de trânsito, cujo outro motorista, assim como estes colegas do nosso exemplo, acredita não ter culpa alguma dos danos causados.

Os litígios, para além dos individuais, podem se estabelecer de modo coletivo. Nesses casos, o conflito de interesses que se instala envolve um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, que são tratadas pela parte contrária como um conjunto (VITORELLI, 2018). Aqui, estes serão tratados como litígios coletivos comuns.

Para fins de ilustração, podemos apresentar o caso hipotético (mas muito comum) de um grupo de passageiros de uma determinada empresa aérea que tem seu voo internacional cancelado devido à má gestão de tráfego aéreo realizado pela companhia. Aqui, em se tratando, por exemplo, de cerca de quinhentos passageiros, esses serão tratados de modo conjunto em busca da resolução do problema.

Toda via, o grau de complexidade das relações sociais condiciona à existencia de conflitos igualmente complexos e variados. Nessas situações, em que o grau de complexidade e mutabilidade do conflito são grandes e de difícil identificação de um único centro causador do conflito, se pode definir os litígios como coletivos irradiados.

> Essa categoria representa a situação em que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio, sendo que entre eles não há uma perspectiva social comum, qualquer vínculo de solidariedade. A sociedade que titulariza esses direitos é fluida, mutável e de difícil delimitação (...). (...) A sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma. (...) Os problemas são policêntricos e sua solução não está preestabelecida na lei, o que acarreta grandes dificuldades para a atuação jurisdicional (VITORELLI, 2018, p. 3-4).

Dentro da definição de litígios coletivos irradiados[1], encontra-se o conceito de litígios estruturais. Nessas situações litigiosas, os conflitos decorrem do modo como uma estrutura burocrática, que pode ou não ser de natureza pública, funciona. Nesse sentido, a própria estrutura relacionada ao contexto é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo (VITORELLI, 2018).

De modo a complementar a definição apresentada, DIDIER JR. e ZANETI JR. (2020, p.52), adicionam o quesito da desconformidade. Ou seja, a caracterização de um litígio estrutural também se define por "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 coisas considerado ideal".

A partir da conceituação exposta, importa trazer ao estudo o exemplo que o próprio Professor Vitorelli (2018, p.3) aborda neste sentido, que é o litígio ambiental ocorrido em Mariana/MG, no ano de 2015, que ocorreu a partir do rompimento de uma das barragens da Empresa Vale S.A.

> Nesses casos, a conflituosidade é elevada, uma vez que as pessoas sofrem lesões significativas o bastante para querer terem suas vozes ouvidas, mas essas lesões são distintas em modo e intensidade, o que potencializa as diferenças em suas pretensões. A sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma.

Como fora dito, os conflitos são inerentes à toda e qualquer sociedade. No entanto, a forma como estes são tutelados – e aqui, com foco na atuação jurisdicional -, varia conforme cada Estado. Nesse sentido, ainda que existam litígios coletivos comuns e estruturais em toda a sociedade, não necessariamente o ordenamento jurídico de um país dará trato diferenciado aos processos que dizem respeito a tais demandas.

Passa-se a compreender, portanto, que o processo coletivo é a representação da técnica processual colocada à disposição da sociedade, pelo ordenamento, para permitir a tutela jurisdicional dos direitos

1 Para Vitorelli (2018, p.7), ainda que nem todo litígio coletivo irradiado seja estrutural, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado

afetados pelos litígios coletivos (VITORELLI, 2018; DIDIER JR.; ZANETI JR., 2020).

Por outro lado, quando se trata de um processo estrutural, este visa solucionar um litígio estrutural. A partir da atuação jurisdicional se busca a reformulação de uma estrutura burocrática que é a causadora ou, de alguma forma, a responsável pela existência da violação que origina o litígio. Essa reestruturação se dará por intermédio da elaboração de um plano aprovado pelo juiz e sua posterior implementação (VITORELLI, 2018).

Ainda que feita de modo breve e objetiva, as referidas conceituações delimitam o campo de análise que será feito a seguir. De tal modo, em todos os momentos que os termos acima explicitados forem abordados ao longo do texto, carregarão consigo as definições ora apresentadas.

3. URUGUAI E O PROCESSO COLETIVO COMUM E ESTRUTURAL

Mesmo que este não seja o objeto central de análise do estudo, é importante frisar características que denotam a geopolítica de um país quando se pretende demarcar os contextos históricos, sociais e políticos que deslindam no desenvolvimento de um Estado. Os referidos contornos importam uma vez que a construção de normativas e práticas jurídicas não ocorrem de modo isolado, mas se dão concomitantemente ao contexto vivenciado.

A República Oriental do Uruguai é o segundo menor país da América do Sul, com elevada qualidade de vida e economia desenvolvida, com quase noventa e quatro por cento de sua população residente em territórios urbanos. Uma de suas características principais – que inclusive desenharam sua formação de políticas internas e externas –, é o fato de que fica localizado entre o Brasil e a Argentina, os dois maiores países sul americanos (HARGAIN; RODRIGUES, 2015).

Assim como grande parte dos países da América do Sul, entre os anos de 1973 e 1980, foi instaurada a ditadura no país. Durante todo este período, demarcado por incontáveis violações a direitos humanos, civis e políticos, a Constituição em vigor fora a promulgada em 1967. Nos anos

80, a democracia foi consolidada no território uruguaio, que manteve com a democratização a carta constitucional de 1967, ainda em vigor nos dias atuais (HARGAIN; RODRIGUES, 2015).

De tendência nacionalista e com um total de trezentos e trinta e dois artigos, sua característica mais marcante é a defesa dos organismos estatais. Direitos individuais, da família e da educação também aparecem, assim como diversos outros temas que também são tratados (URUGUAI, 1967).

No entanto, ainda que durante a década de 1990 tenham sido realizadas importantes reformas constitucionais (centralmente com a finalidade de oferecer maior autonomia ao presidente da República), o que permanece em seu texto é a presença de diversos conceitos jurídicos indeterminados[2], tais como *buena conducta* (*artículos* 75, 78,80, 246 e 311) e *interés general* (*artículos* 7º, 28, 32, 36, 47 e 300).

A presença de tais conceitos pode apresentar-se como uma chave de compreensão dos motivos pelos quais uma mesma carta constitucional sobreviveu e ainda sobrevive a momentos históricos e sociais antagônicos entre si.

Assim como no Brasil, a constituição uruguaia prevê a organização política-administrativa do país dividida entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito semelhante ao Brasil, o Judiciário do Uruguai adota o sistema colegiado para os órgãos superiores e o sistema monocrático para os inferiores. A partir do artigo 233, a hierarquia e funcionamento do Judiciário é apresentado, de modo que se subdivide em Suprema Corte de Justiça, Tribunais de Apelação - 2ª instância, Juzgados - 1ª instância (URUGUAI, 1967).

No que diz respeito à normativas eminentemente processuais, o Uruguai conta com o Código General del Proceso n. 15982, texto norma-

2 Conforme apresenta Luiza Barros Rosas (2019, p. 192) "são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado".

tivo do ano de 1989. E, apesar de não terem um sistema/microssistema/sistema integrado que regem os processos coletivos, os procedimentos nesse sentido têm como base de fundamento dispositivos constitucionais o código supracitado.

Dizer acerca da ausência de norma expressa de regulação de processos coletivos não importa dizer que inexistem normas que protegem direitos coletivos, como é o caso, por exemplo, da Lei de proteção ao meio ambiente (Lei n. 16.112/90) e Lei de defesa da criança e do adolescente (Lei n. 17.823/2004). O que se busca frisar é a falta de regulação específica dos processos que regulam esses direitos coletivos.

O Código General del Proceso n. 15982, em seus artigos 42 e 220, é o responsável por dar embasamento legal aos processos coletivos uruguaios. Vejamos, inicialmente, o que trata o artigo 42:

> Artículo 42: Representación en caso de intereses difusos.- En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

A partir da leitura do artigo acima, compreende-se que a legitimidade ativa das ações coletivas fica sob responsabilidade do Ministério Público, de Instituições ou associações de interesse social e qualquer interessado nos direitos a serem tutelados.

Mesmo que considerações mais aprofundadas acerca dos legitimados serão tratadas no tópico 5. do estudo (Análise comparativa), cumpre salientar algumas especificidades em relação a formação e organização diferenciada do Ministério Público Uruguaio.

De modo diverso ao que se apresenta na instituição brasileira, o Ministério Público Uruguaio não conta com amplo prestígio social ou uma organização funcional e administrativa bem estruturada e definida.

Sendo assim, compreende poucos membros atuantes e um número reduzido de ações que conseguem efetivamente se dedicar.

Alguns autores, inclusive, chegam a mencionar a inefetividade da tutela de direitos coletivos por partes do Ministério Publico Uruguaio e a necessidade de alteração legislativa para que outros representantes, como a Defensoría del Pueblo, possam assumir a responsabilidade atribuída pelo legislador (PELLEGRINI, et. al. 2011).

Retomando quesitos específicos ao processo uruguaio e seus procedimentos, o trato da coisa julgada, sua extensão e seus limites, se dá conforme preleciona o artigo 220 do mesmo código:

> Artículo 220: Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos.- La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de interesses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso.

Percebe-se que o regime do julgado, assim como no Brasil, é *erga omnes* e, em casos de sentença terminativa por ausência de provas, há a possibilidade de nova ação acerca do tema. Outra posição que parece sedimentada é a compreensão de que, se a demanda corresponder a um dano individual – e esse tenha se utilizado de fundamento/causa de pedir um dano a interesse difuso ou coletivo, a coisa julgada de uma demanda coletiva a respeito desse fundamento/causa de pedir se estende a ela. Mas não o contrário, o argumento/causa de pedir de uma demanda individual não se estende a uma demanda coletiva (PELLEGRINI, et. al. 2011).

Para além da definição dos legitimados (e sem maiores aprofundamentos acerca de cada um destes atores) e a extensão da coisa julgada, apenas dois artigos para se referir sobre como se dará a tutela de direitos coletivos, traz à tona questionamentos sobre outros pontos indispensáveis à efetividade dos procedimentos jurisdicionais.

Como se conceitua direitos coletivos no Uruguai? Como se define quais são as Instituições ou associações de interesse social que, segundo os tribunais, garantem uma adequada representação? Existem pro-

cedimentos específicos a serem adotados pelos magistrados quando se deparam com estes tipos de demandas?

Ainda que diversos outros questionamentos possam ser feitos, ao que parece (e será visto adiante), grande parte das lacunas práticas apresentadas pela ausência de uma legislação mais específica é sanada a partir da discricionariedade do próprio julgador, em uma análise casuística definida pelas especificidades de cada litígio (PELLEGRINI, et. al. 2011).

4. BRASIL E O PROCESSO COLETIVO COMUM E ESTRUTURAL

O sistema de proteção dos direitos coletivos no Brasil é composto por um verdadeiro sistema integrado de tutela[3]. Ao contrário do que se pôde analisar no contexto uruguaio – que trata unicamente de direitos transindividuais –, a perspectiva processual coletiva brasileira se dá, centralmente, a partir das concepções de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (THIBAU; VIANA, 2017).

De tal modo, há uma estreita relação entre o direito coletivo a ser tutelado e qual a via procedimental adequada para tanto. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, foi o responsável por trazer ao ordenamento jurídico os conceitos de cada um desses direitos:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

3 Não há consenso na literatura sobre o fato de o conjunto de normas processuais de direito coletivo no Brasil formarem um microssistema ou um verdadeiro sistema protetivo.

> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Outro ponto que corrobora com a afirmação das diferenças existentes entre os dois ordenamentos jurídicos se dá pelo fato de que, a aplicação de normas processuais comuns – aqui regidas pelo Código de Processo Civil de 2015 –, só ocorre de modo subsidiário, ou seja, apenas quando as normativas específicas acerca dos temas em questão não forem suficientes ao trato efetivo do litígio.

O Processo Coletivo comum brasileiro é regido por um sistema integrado a partir, principalmente, das disposições constantes na Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/65)[4], Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei n.º 8.078/90)[5], Mandado de Segurança Coletivo (Lei 12.016/09)[6] e, de modo inequívoco,

4 Conforme artigo 1º da Lei, a referida ação pode ser proposta por qualquer cidadão, cujo objetivo é pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

5 O código compreende normas de proteção e defesa do consumidor e também de fornecedores e prestadores de serviço, normas estas de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias, de acordo com o que dispõe o artigo 1º do CDC. Aqui, a legitimidade para propositura de ação coletiva se dá nos moldes do artigo 82: O Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

6 O referido instrumento de tutela é cabível para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver

do que preleciona a Constituição da República de 1988 e também o Código de Processo Civil.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça[7], a ação coletiva mais utilizada no território nacional é a Ação Civil Pública (cerca de 78.089 ações no ano de 2021), seguida da Ação Popular (com cerca de 3.412 ações ano de 2021). Os números apresentados explicitam uma característica do modelo processual coletivo que se dá, essencialmente, a partir de entes intermediários públicos e privados (THIBAU; VIANA, 2022).

Dada a centralidade da Ação Popular, importa apresentar algumas de suas características principais. Sua tutela compreende, conforme seu artigo 1º, as temáticas relacionadas ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a infrações à ordem econômica e urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (compreendidos conceitualmente nos moldes do artigo 81 do CDC).

No que diz respeito aos legitimados ativos, o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), estipula:

> Art. 5o Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I - o Ministério Público;
> II - a Defensoria Pública;
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça, segundo artigo 1º da Lei. No que diz respeito à legitimidade para propositura, o artigo 21 estabelece: partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

7 Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acessado em: 02 de jul. 2023.

> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V - a associação que, concomitantemente:
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (...).

Segundo Zanetti Jr. (2019, p. 22), a característica da legitimação coletiva ampla é uma peculiaridade do processo coletivo brasileiro. E, embora existam divergências conceituais na literatura sobre o tema, representa uma espécie de "substituição processual na qual o grupo (titular do direito) é substituído pelo legitimado coletivo previsto em lei (*ope legis*) e a sua legitimidade pode ser controlada judicialmente em concreto (*ope judicis*)".

O que se percebe, portanto, é que as tutelas coletivas no sistema brasileiro se apresentam de modo em que o próprio grupo afetado tem sua participação efetiva no processo jurisdicional mitigada frente às atuações institucionais, como é o caso do Ministério Público e da Defensoria Pública.

O controle judicial de representação mencionado por Zanetti Jr. é visto como um dos problemas centrais em relação a litígios estruturais, principalmente se levada em consideração o grau de conflituosidade em jogo. Percebam: se o próprio grupo está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também entre subgrupos dele mesmo, a atuação hegemônica de uma única instituição representativa pode significar uma prática de tutela que escapa às necessidades específicas de tais litígios.

5. ANÁLISE COMPARATIVA

Como pode ser visto nos tópicos anteriores, ainda que os países possam contar com semelhanças, como é o caso da tutela de direitos transindividuais e legitimados em um sentido representativo, como o Minis-

tério Público e as Associações interessadas, essas mesmas convergências desembocam em aplicações práticas diversas.

Segundo os textos normativos do Uruguai, o legislador não distinguiu interesse ou direito difuso, interesse ou direito coletivo, interesse ou direitos individuais homogêneos. Quando o legislador Uruguaio, no artigo 42 do Código General del Proceso n. 15982 faz menção aos interesses difusos, tem sido aplicado o entendimento de que é entendido enquanto sinônimo de interesse coletivo.

As interpretações dos tribunais têm seguido no sentido de que, onde se lê interesses difusos, leia-se interesses que pertençam a um número indeterminado de pessoas (seja difuso ou coletivo) (PELLEGRINI, et. al. 2011).

Nos julgados analisados, um que dizia respeito a uma demanda de direito do consumidor (Sentencia 76/03 del 08.10.2003 del Juzgado de Primeira Instanccia de 19º Turno – Sentencia 66/04 del 22.09.2004 del Julzgado del Segunda Instancia de 14º Turno) e outro que foi proposto por uma associação de autores – na defesa de direitos em uma esfera da propriedade intelectual - (Sentencia 19/96 del 20.05.1996 del Juzgado Letrado de Primeira Instancia de 24º Turno), tanto as sentenças de primeira instancia, quanto as de segunda, mencionam o caráter de diferença existente entre direito difuso e direito coletivo – construído pela literatura e iguais ao modelo adotado pelo artigo 81 do CDC, mas, ante a inexistência de amparo legal, fazem a utilização do artigo 42 do Código General del Proceso n. 15982 para o trato das questões coletivas em sentido amplo.

Como fora apresentado no tópico anterior, a diferenciação entre as espécies de direitos coletivos no Brasil condiciona qual via procedimental será adequada para sua tutela. Assim, determinadas tutelas se darão por intermédio de uma Ação Civil Pública ou de uma Ação Popular, por exemplo, o que representa uma verdadeira adequação entre os direitos materiais envolvidos (e suas adequações à conceituação trazida pelo artigo 81 do CDC) e o rito apto ao procedimento de tutela.

No entanto, quando esta diferenciação se encontra em litígios estruturais (em que mais de um tipo de direitos coletivos são violados em um caráter concomitante), a perspectiva mais restrita e objetiva quanto a

caracterização destes direitos em espécies, parece um entrave à efetivação da tutela. Os desastres-criados ambientais são um exemplo para tanto.

Nessas situações, como é o caso do litígio envolvendo o distrito de Macacos-MG e a empresa Vale[8], dado o grau de complexidade existente a partir dos danos e das disputas, em uma mesma ação são pleiteados direitos coletivos, direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos.

A complexidade, portanto, se dá também no manejo da ação proposta, uma vez que no Brasil há uma necessária correspondência entre a ação e o tipo de direito tutelado. Nesse sentido, percebe-se que, apesar de o Uruguai não contar com tantos exemplos práticos aptos à averiguação, no contexto do país vizinho, há uma maior possibilidade de adequação do rito processual ao caso concreto, tento em vista o fato de que a legislação trata de direitos coletivos em um sentido amplo.

Há de se ressaltar o papel fundamental que a Constituição brasileira e o Código de Processo Civil cumprem nesse sentido. Muito além de meras normas de observância casuística, devem ser entendidas enquanto parâmetros de atuação de todos os sujeitos do processo com vistas a real tutela dos direitos pleiteados.

Nesse sentido, ainda que caibam críticas quanto a prematura sistemática de processos coletivos uruguaios em comparação ao desenvolvido sistema brasileiro, a flexibilidade apresentada na legislação do Uruguai ruma a uma tendência que parece corresponder a uma tutela considerada mais aberta às possibilidades no que diz respeito à tutela de litígios estruturais.

No que diz respeito à legitimidade da atuação do Ministério Público, que é central em nosso objeto de estudo, uma vez que é o principal responsável pela propositura de ações coletivas no Brasil, no Uruguai a instituição encontra entraves na ineficácia da instituição. Com menos independência e menor organização funcional, o Ministério Público não

8 Distrito da cidade de Nova Lima. A Empresa Mineradora Vale S/A opera a Mina Mar Azul e, em decorrência do acionamento da sirene de emergência em 16/02/2019, indicando o risco de rompimento de barragem B3/B4, inúmeros problemas ambientais, sociais e econômicos foram gerados. A situação em questão passou a ser nomeada pela população local como "lama invisível".

consegue atuar em todas as demandas que seriam necessárias e, quando a atuação ocorre, muitas vezes é ineficaz.

No estudo apresentado no livro de Ada Pellegrini (2011), fora debatido um relatório de pesquisadores locais que apontaram, por parte da sociedade, um enorme descontentamento com a atuação da instituição, inclusive, demonstrando a necessidade de que fossem conferidos a outros (outras instituições jurídicas ou civis, por exemplo) a responsabilidade legal para pleitear a tutela de tais direitos.

Em um dos casos analisados, a Sentencia 85/2003 del 28.11.2003 del Juzgado Letrado de Primeira Instancia de 7º Turno, em que o Ministério Público Uruguaio buscava a condenação e responsabilização de uma empresa estatal em razão de danos ambientais causados à população, a ação foi julgada improcedente por ausência de provas. Seja pela ausência de organização interna da instituição ou pela falta de contato direito entre a população e os membros desta, o que se percebe é uma atuação que esbarra em entraves práticos e estruturais (PELLEGRINI, et. al. 2011).

A atuação do Ministério Público brasileiro se constrói em um contexto diferente. Como uma das instituições mais organizadas do Brasil, autônoma e independente, prevista na Constituição Federal, sem seus artigos 127 e seguintes, sua participação em processos que demandam a tutela de direitos coletivos é ampla. Conforme dados do CNJ, é a legitimada ativa que mais propõe Ações Civis Públicas no território nacional[9].

Como já pontuado, aqui as críticas quanto a sua atuação recaem não tanto sobre capacidade de manejo dos litígios enquanto representante ativa (em um sentido de estrutura institucional), mas sobre a perspectiva da eficácia. Como ressalta THIBAU e VIANA (2022, p. 13):

> (...) a proposta do modelo processual coletivo comum brasileiro de concentração das vozes de toda a coletividade interessada, em torno do eco uníssono das postulações do ente legitimado. Ou seja, parte-se da premissa, nem sempre acertada, de que atuaria

9 Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acessado em: 02 de jul. 2023.

> o ente legitimado como um fiel porta-voz dos anseios coletivos – ideia estaque encontra incongruências, ainda que se esteja diante de litígio coletivo de baixa conflituosidade, cuja coletividade apresente, razoavelmente, anseio único, e quase nenhuma divergência interna entre as opiniões de seus membros (...).

Nesse sentido, aqui a crítica recai não sobre a organização da instituição em si, inclusive se levamos em consideração o papel central e indispensável que o Ministério Público brasileiro assume com a proteção de direitos coletivos de modo geral e os avanços ocasionados a partir de então, mas sobre os moldes como a tutela processual coletiva no Brasil foi desenhada. Modelo tal que impede uma real participação dos sujeitos e sujeitas efetivamente vinculados aos direitos discutidos em juízo.

> O representante não é escolhido pelo grupo, nem a ele presta contas, não compartilha de suas perspectivas sociais, não é obrigado a verificar seus interesses e suas opiniões, nem a se orientar em relação a eles. O que o processo civil usualmente conhece como representação de grupos é apenas a expressão eufemística da escolha pragmática do legislador para que alguém aja, de acordo com sua própria convicção, em nome de outros, que são excluídos da participação. Não existe uma teoria representativa que possa ser aplicada para se chegar a esse resultado (VITORELLI, p. 99).

No que diz respeito à atuação do magistrado, central no ordenamento jurisdicional uruguaio, em um contexto brasileiro, o que se percebe é que, dada a compreensão sobre a necessidade de adequação entre o rito e o direito a ser tutelado, em processos que tratem sobre litígios de alta complexidade, suas atuações assumem contornos mais flexíveis, ainda que a sistemática normativa brasileira apresenta quesitos mais específicos para uma tutela coletiva.

Dessa forma, ainda que em exercício de sua posição central no processo, "o juiz atua mais como um agente de negociação e de troca, não mediante decisão e imposição" (VITORELLI, 2018, p. 8), de modo que as situações fáticas a serem abarcadas são adequadas a partir do modo como tais direitos são previstos no ordenamento jurídico, mas,

sem perder de vistas a possibilidade de convencionamento da vontade das partes do processo.

Tais convencionamentos encontram respaldo, principalmente, nos princípios processuais consagrados no Código de Processo Civil, que trata expressamente acerca da busca pela resolução consensual de conflitos (art.3º, §2º), a duração razoável do processo (art.4º), a boa-fé processual (art.5º), a atuação cooperativa entre os sujeitos do processo (art.6º), e etc..

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da comparação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o uruguaio foram realizadas considerações acerca das normativas aplicáveis a processos coletivos comuns e estruturais. Para além de uma apresentação conceitual geral dos termos aplicáveis à temática aqui debatida, principalmente nos moldes como foram estes conceitos foram desenvolvidos pelo Professor Vitorelli, e dos contextos e normativas de cada um dos países, buscou-se evidenciar as diferenças e semelhanças entre os ordenamentos jurídicos no que diz respeito à tutela dos direitos das coletividades.

Entre perspectivas que convergem e outras que divergem entre si, restou demonstrado algumas das características positivas e pontos negativos de cada um dos ordenamentos, na medida em que trabalham ou não rumo à efetividade da solução de litígios coletivos comuns e estruturais por via da atuação jurisdicional.

Ao analisar situações concretas de atuação, pode-se perceber que ambos os desempenhos, tanto de Brasil quanto Uruguai, favorecem uma atuação final da prestação jurisdicional em que o julgador deva exercer seu melhor juízo, em menor e maior grau – respectivamente. Tal ponto não significa dizer que o julgador não deve guiar-se por parâmetros interpretativos e de aplicação que garantam uma segurança e confiabilidade aos tutelados, mas que no contexto brasileiro tal dinâmica é, em tese, baseada por um sistema normativo mais robusto.

Na perspectiva processual uruguaia, a possibilidade de maior arbítrio por parte de quem interpreta e aplica o conjunto normativo explicitou duas situações: (i) maior adequação à realidade do caso em questão, de modo que a prestação jurisdicional se mostra mais atrelada às necessidades inerentes aos litígios; (ii) uma insegurança quanto às situações que de fato seriam abarcadas pelo conjunto normativo, pondo em cheque a efetividade da norma.

Já na perspectiva de análise do sistema integrado de tutela as coletividades do Brasil, percebeu-se uma estreita necessidade de adequação do quesito representativo no deslinde do processo, de modo que, quanto mais complexo for o litigio, mais evidente se torna o problema acerca da substituição processual.

REFERÊNCIAS

BRANT, João Paulo Alvarenga; THUBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial. Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica. Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 41 - 59 | Jul/Dez. 2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. Civil Procedure Review, v.8, n.1: 46-64, jan.-apr., 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 45 - 81 | Maio / 2020.

HARGAIN, Gerardo Caetano; RODRIGUES, Mônica. Portal Latino-americano da Usp: Uruguai. Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: https://sites.usp.br/portalatinoamericano/uruguai. Acesso em: 12 de maio de 2023.

PELLEGRINI, Ada; et al. Os Processos Coletivos nos Países de Civil Lay e Common Law. Revista dos Tribunais, 2ª edição, janeiro de 2011.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 191-201, Janeiro-Fevereiro/2019.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; VIANA, Thaís Costa Teixeira. Negócios Jurídicos processuais e a modulação do procedimento nas ações coletivas. Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça | e-ISSN: 2525-9814 | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 75 – 96 | Jan/Jun. 2017.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; VIANA, Thaís Costa Teixeira. Seria o processo coletivo estrutural o instrumento adequado para solucionar litígios ambientais? In: THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; LIMA, Adriana Almeida; AGUIAR, Denison Melo de. Equidade: Revista Eletrônica de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Volume Especial da Equidade: "Direito Material e Processo Coletivo". Vol. 1. Nº 1. (2022). Manaus: Universidade Federal de Minas Gerais, DINTER/Universidade do Estado do Amazonas, DINTER/Curso de Direito, 2022.

URUGUAI. Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_uruguay_3001.pdf. Acesso em: 14 de jun. 2023.

URUGUAI. Código General del Proceso n. 15982, 1989. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988. Acesso em: 14 de jun. 2023.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018.

VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo: quatro princípios pragmáticos de implementação. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás. p. 93 – 110. Disponível em: < https://www.mpgo.mp.br/revista/pdfs_43/5-Edilson%20Vitorelli.pdf>. Acesso em: 14 de jun. 2023.

ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção?. Civil Procedure Review. v.10, n.2: mai.-ago., p. 11- 40, 2019.

PROCESSO COLETIVO COMUM E ESTRUTURAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO URUGUAIO

Antônio Gomes de Vasconcelos

Stephanie Linhares Sales de Carvalho

RESUMO: O presente artigo realiza uma análise do Direito Coletivo no Uruguai, por meio de metodologia analítica-comparativa, verificados aspectos normativos e jurisprudenciais deste país em relação às ações coletivas comuns e ações coletivas estruturais. Assim, embora tenham sido verificados litígios coletivos e suas especificidades segundo o ordenamento jurídico uruguaio, observados, inclusive, aspectos políticos, sociais e históricos relevantes na formação da legislação atinente ao tema, restou apurado incipiente processo coletivo comum e embrionária fase atual em relação ao processo coletivo estrutural em âmbito uruguaio, especialmente em paralelo à *práxis* brasileira, mais desenvolvida para ambos os procedimentos.

Palavras-chave: Processo Civil uruguaio – Direito Processual - Tutela coletiva – Ação de Amparo

1. INTRODUÇÃO

O artigo apresenta um estudo comparativo entre o processo coletivo comum e o processo coletivo estrutural no Uruguai. Assim, serão identificados os elementos normativos que delimitam os direitos materiais tutelados, coletividade e legitimados envolvidos, observadas dispo-

sições constitucionais e legislação infraconstitucional, por fim, abordado o posicionamento jurisprudencial estabelecido pela Suprema Corte de Justiça do Uruguai.

O objetivo da pesquisa é fornecer parâmetros do tratamento jurídico uruguaio quanto à tutela coletiva, em perspectiva comum e estrutural, oportunamente realizando paralelo entre as normas do Direito uruguaio e a regulamentação do instituto no Direito brasileiro.

Assim, o problema refere-se à investigação da eventual existência de elementos do direito processual Uruguaio que contribuam para a formação de um procedimento adequado ao tratamento de demandas que envolvam a tutela de direitos coletivos de alta complexidade, que necessitem de soluções criativas e abrangentes. Para tanto, considera aspectos como a efetividade e a participação dos afetados na implementação apropriada das ações judiciais de tutela desses direitos.

A metodologia utilizada se baseia em revisão bibliográfica do tema, associada à verificação amostral da jurisprudência da Suprema Corte de Justiça uruguaia. Foi promovida, ainda, abordagem qualitativa, utilizado o método comparativo. Como resultado a pesquisa compilou informações que viabilizam a formação do entendimento sobre o processo coletivo no Uruguai, tendo como referência, de modo direto, o processo coletivo comum e estrutural estrutural que tem sido construído no Brasil.

O artigo inicia com a apresentação do processo coletivo comum e do processo coletivo estrutural, passando à formação jurídico-normativa procedimental no Direito do Uruguai, trazidas especificações constitucionais e processuais vigentes nesse país, detalhada a Ação de Amparo, meio procedimental de tutela coletiva. Na sequência, são abordadas insuficiências normativas para completa tutela coletiva no Uruguai e exemplificados posicionamentos judiciais apresentados pela corte constitucional uruguaia.

Ao longo do texto foram realizados paralelos entre o regramento uruguaio e o brasileiro, de modo a pontuar e a esclarecer as divergências e coincidências entre os procedimentos processuais dos dois países em relação à tutela das coletividades.

2. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO COMUM E DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

2.1. Processo Coletivo Comum

Pretendido um estudo das características do processo coletivo uruguaio, inicialmente são apresentadas definições básicas relacionadas ao tema, para melhor elucidação do objeto da pesquisa, utilizado como marco teórico o autor brasileiro Edilson Vitorelli.

Segundo esclarece a doutrina, por meio de definição que pode ser aplicada analogicamente no Uruguai, verificada similaridade entre os parâmetros utilizados no conceito, são considerados litígios coletivos aqueles conflitos judicializados que envolvem uma "multiplicidade de sujeitos, os quais compõe um grupo, uma sociedade" (VITORELLI, 2018, p.148).

Esse tipo de conflito pode ser categorizado conforme a conflituosidade, que varia de acordo com a amplitude da ofensa a um direito de um grupo determinado ou de certa coletividade indeterminada. Assim, podem ser verificados os litígios coletivos globais, que têm baixa conflituosidade e não possibilitam identificar os atingidos; ou os litígios coletivos locais, nos quais determinadas pessoas são atingidas "em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de sua vida" (VITORELLI, 2018, p.148). Há também o denominado litígio coletivo irradiado que, por sua vez, refere-se àquele que envolve lesões de maior relevância, atingindo "de modo diverso e variado, diferentes subgrupos". Assim, deste último decorre uma maior conflituosidade pela ausência de uniformidade do modo e da intensidade de lesões sofridas (VITORELLI, 2018 p.148).

Vitorelli apresenta também a complexidade como um elemento categorizador dos litígios coletivos. Sob este aspecto, conforme o autor, os litígios poderão ser simples, quando visam reparação de um dano de fácil definição, ou complexos, por envolverem solução que demanda ação conjunta e considerações "que dependem de *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento" (VITORELLI, 2018. p.149)

Nos interessa para o estudo, essencialmente, a conclusão do autor de que "os litígios coletivos são aqueles que existem no contexto de uma relação jurídica titularizada por uma sociedade" (VITORELLI, 2018, p.149).

Destarte, para o autor, o processo coletivo, consiste em "técnica processual colocada à disposição da sociedade, pelo ordenamento, para permitir a tutela jurisdicional dos direitos afetados pelos litígios coletivos" (VITORELLI, 2018, p.150). Logo, sua verificação na legislação internacional depende do esforço legislativo em cada país, visto ser possível regulamentar um procedimento próprio para tratamento dos litígios coletivos ou direcionar à aplicação de regras processuais já existentes. Passamos, agora ao entendimento das normas de processo coletivo uruguaias.

2.2. Apresentação do Processo Coletivo no Uruguai

A leitura das normas e jurisprudência uruguaias demonstram que os litígios coletivos existentes são tratados por meio da aplicação de disposições disciplinadas pela Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967 e pela Lei 15.982, de 18 de outubro de 1988, que instituiu o Código Geral de Processo. E ainda, observada a perspectiva instrumental processual utilizada em litígios coletivos no Uruguai, é aplicável a Lei 16.011, de 19 de dezembro de 1988, que dispõe sobre a '*Acción de Amparo*', ferramenta utilizada para a proteção de direitos e liberdades constitucionais ameaçados por ato, omissão ou fato das autoridades estatais, paraestatais e particulares. Logo, no Uruguai, o processo coletivo é apenas superficialmente regulamentado, não existindo codificação específica.

A título de comparação, no Brasil, aplicam-se aos litígios coletivos as regras previstas no Sistema Integrado de Tutela aos Direitos das Coletividades, composto em seu núcleo pelas seguintes normas: Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, Constituição de República de 1988, Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil de 2015, diplomas legais aqui apresentados em ordem cronológica. Porém, a regulamentação brasileira é abrangente, sendo as legislações citadas apenas aquelas que de-

senham de modo integrado e condensado as diretrizes constitucionais e procedimentais, do processo coletivo no Brasil. Orbitando a esse núcleo legislativo, encontram-se as demais normas relacionadas à tutela de coletividades específicas, tais como, Estatuto do Índio, a Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei 7.853/1989), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), Lei de Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), dentre outras. Importa lembrar que a aplicação desse arcabouço normativo precisa ser analisada conforme a teoria do diálogo das fontes (MARQUES, Cláudia Lima, 2019), de modo sistémico e complementar.

Ainda, se observa das disposições legais no Uruguai, unicamente, o uso da expressão "interesses difusos". Portanto, o legislador uruguaio não distingue entre 'interesses ou direitos 'difusos', de interesses ou direitos 'coletivos', não fazendo qualquer menção aos interesses ou direitos 'individuais homogêneos', diferentemente do que se verifica na legislação brasileira (parágrafo único do art. 81, inc. I ao III do CDC/90 - Lei 8.8078/1990). Isto posto, não há qualquer especificidade procedimental ou compatibilização entre ações e pretensões individuais ou coletividades, como aquelas decorrentes das diferentes classificações existentes no Brasil.

Em razão de tal fato, o artigo tratará dos interesses e direitos como sinônimos, o que é admitido pela doutrina brasileira (NEVES, 2012) e corresponde à realidade uruguaia (CAMPOS, 2007), sendo central no estudo a compreensão sobre os mecanismos judiciais de tutela da coletividade no Uruguai.

Elucida-se que a diferença entre as classificações existentes, isto é, entre 'difuso' e 'coletivo' refere-se à possibilidade de determinação do grupo atingindo, sendo que ambos remetem a direitos transindividuais, cujo objeto é de natureza indivisível. Entretanto, os direitos difusos têm titulares indeterminados, que estão ligados por circunstâncias de fato, enquanto direitos coletivos têm como titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (CDC/90).

Compreendida a parca regulamentação do processo coletivo comum uruguaio em relação ao direito brasileiro, serão apresentadas as especificidades do processo estrutural.

2.3. O processo Coletivo Estrutural e a jurisprudência embrionária uruguaia

O litígio estrutural é conceituado por Vitorelli como "litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura" (VITORELLI, 2018, p.152). Consequentemente, o processo estrutural "é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um conflito estrutural" (VITORELLI, 2018, p.151).

Partindo desse conceito, foi analisado o processo estrutural no Uruguai, instituto processual cuja menção somente foi encontrada na jurisprudência, em uma decisão proferida pela Suprema Corte de Justiça (SENTENCIA Nº 75/21, 2021), sendo inexistente, até o momento, qualquer regulamentação específica nesse sentido.

Compreendidos os preceitos basilares desenvolvidos na pesquisa, cumpre ainda destacar que a importância do estudo vai além do conhecimento dos artigos expressamente relacionados ao processo coletivo. Isso porque, como explica Gregório Assagra de Almeida, o Direito Material Coletivo é parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais (ALMEIDA, 2008). Deste modo, são relevantes os aspectos históricos que culminaram nas características verificadas no processo coletivo uruguaio, conforme breve digressão histórica a seguir.

3. CONDICIONANTES HISTÓRICAS E SOCIAIS RELEVANTES AO INSTITUTO DO PROCESSO COLETIVO DO URUGUAI

O contexto político, econômico e social interferirá no estabelecimento dos princípios e garantias que devem ser considerados por qualquer ordenamento jurídico. No Uruguai não é diferente, de modo que serão apresentados aspectos históricos determinantes para a conformação das normas de processo coletivo, constitucionais e infraconstitucionais.

Sob a perspectiva histórica, o Uruguai declarou sua independência em 1825, datando seu primeiro texto constitucional de 1830. Atualmente, vige a Constituição uruguaia promulgada em 1967, alterada por meio de reformas referendadas nos anos de 1989, 1994, 1996 e 2004 (ANDRADE, 2019).

O autor Artur Fernando Sampaio Andrade (2019) descreve, ao analisar o histórico político uruguaio, a existência de bipolaridade partidária, sendo o cenário compartilhado entre *blancos*, representantes da elite rural conservadora e *colorados*, majoritariamente comerciantes urbanos liberais. Em retrospecto, apurou-se que os *colorados* ocuparam o poder de forma predominante até 2005, sendo verificados efeitos da hegemonia liberal, a citar o sentimento anticlerical do Estado, "evidente na ausência de religião oficial, na educação laica, obrigatória e gratuita (1877) e no direito ao divórcio (1917)" (ANDRADE, 2019, p. 1).

A transição demográfica no Uruguai iniciou-se na década de 1920, tendo contribuído, juntamente com a estruturação política atípica (o Estado é unitário, não federalista) para a verificação de bons indicadores sociais ainda no final do século XIX (ANDRADE, 2019). A pequena dimensão territorial do Uruguai favorece essa estruturação política, sendo sua "população seja razoavelmente homogênea, sem grupos minoritários expressivos ou conflitos religiosos, étnicos e linguísticos" (ANDRADE, 2019, p.1).

A partir desse contexto, já é possível supor que a conflituosidade coletiva no Uruguai seja menor, não só pela preponderante uniformidade social, como pela especificidade de uma organização administrativa única que alcança todo o território nacional de forma direta. Inexistentes

as unidades federativas, o contato do Estado com a sociedade e o atendimento ao público desenvolvem-se de forma própria, pontual, situação diametralmente oposta à verificada no contexto sócio político do Brasil, considerando sua proporção territorial continental.

Para contextualização das disposições constitucionais uruguaias de 1967, deve ser considerado, assim como outras nações latino-americanas, que na década de 1940, o Uruguai saía de um período ditatorial, tendo se mantido neutro durante a Segunda Guerra Mundial e alcançado prosperidade econômica. Contudo, na década de 1950, a queda do preço de exportação das *commodities* impactou a economia, resultando em estagnação e piora das condições de vida dos uruguaios. A insatisfação generalizada da época originou um movimento ativista na sociedade, em especial de estudantes e trabalhadores, que tiveram como resposta uma reação progressiva das Forças Armadas. (ANDRADE, 2019).

Entretanto, apesar da instabilidade narrada, em 1967 foi promulgada a Constituição da República do Uruguai, cujo texto traz, de forma detalhada, temas sociais, políticos e econômicos. Analisados os 332 artigos dessa Constituição, é possível perceber uma clara preocupação com a defesa dos organismos estatais, sendo amplamente regulamentados os serviços públicos, os monopólios estatais e a política industrial (ANDRADE, 2019).

Ocorre que um agravamento do cenário político desestabilizou a democracia, resultando em abusos em face do texto constitucional, que culminaram na decretação de estado de emergência e suspensão das liberdades civis. Finalmente, em 1973, a Assembleia Geral foi dissolvida em um golpe de estado civil-militar, que interrompeu a vigência da Constituição de 1967 até o ano de 1985 (SCHELOTTO, 2015). Durante o período de 1968 a 1985 o país foi governado por meio das chamadas *Medidas Prontas de Seguridad*, equivalentes aos Atos Institucionais no Brasil.

Embora tenha sido realizada a tentativa de promulgação de uma Constituição Ditatorial em 1980, não houve *referendum* da população, indicativo de que esse regime se enfraquecia. Tanto que a ditadura uruguaia se finda em 1985, com a eleição do candidato *colorado* Julio María Sanguinetti, que ficou no poder até o ano de 1990, sendo reeleito em 1995 (AN-

DRADE, 2019). Foi no governo de Sanguinetti que a Constituição uruguaia de 1967 retomou sua vigência, consolidando-se a democracia no país.

O texto constitucional foi objeto de reforma nos anos seguintes, por meio de procedimento distinto do brasileiro, já que, no Uruguai, a reforma constitucional pode ser iniciada até mesmo por iniciativa popular (SCHNEIDER; CRISTÓVAM, 2016). Elucidamos que o procedimento de reforma constitucional uruguaio pode ser iniciado por meio da assinatura da maioria absoluta dos membros da Assembleia Geral ou de 10% dos eleitores uruguaios, que solicitam um plebiscito. Já a aprovação de uma emenda exige uma maioria de 2/3 da Assembleia (OLIVEIRA, 2006).

No Uruguai, a Assembleia Geral é composta por membros eleitos em votação proporcional, formada lista fechada. Utilizando a forma bicameral assimétrica, a Câmara de Representantes, cujos membros são provenientes de distritos, é mais poderosa que a Câmara dos Senadores, escolhidos por meio de eleição nacional. Trata-se de sistema que fortalece os partidos políticos e evita vetos recíprocos, mostrando-se adequado à dimensão e homogeneidade uruguaios (OLIVEIRA, 2006).

O Poder Executivo uruguaio, por outro lado, tem sua iniciativa legislativa restrita às questões econômicas e de gastos públicos, não dispondo de leis delegadas, decretos ou medidas provisórias. Ainda assim, o Executivo uruguaio tem a prerrogativa de requerer urgência na tramitação legislativa de determinadas matérias e de veta parcial ou totalmente leis aprovadas pela Assembleia Geral (OLIVEIRA, 2006).

Trazido o contexto de formação legislativa e funcionamento básico do Estado uruguaio, fatores que impactam diretamente a regulação procedimental e os direitos tutelados, passaremos ao detalhamento das normas aplicáveis ao processo coletivo no Uruguai.

4. AS NORMAS REGULAMENTADORAS DO PROCESSO COLETIVO URUGUAIO

No Uruguai os litígios coletivos são regulados pela Constituição da República Oriental do Uruguai, de 1967 e pela Lei 15.982, de 18 de outubro de 1988, a qual instituiu o Código Geral de Processo. Contudo,

não há um procedimento específico para tratamento dos litígios coletivos, sendo apenas definidos os direitos materiais pertencentes a coletividades que merecem ser tutelados; os legitimados ativos à promoção de demandas judiciais em nome de coletividades e os efeitos da coisa julgada em ações que envolvam tutela coletiva.

Para devida compreensão da prestação jurisdicional uruguaia atinente ao processo coletivo, é preciso analisar a Lei 16.011, de 19 de dezembro de 1988, que institui a *Acción de Amparo*, medida judicial que vem sendo utilizada para provocação do Poder Judiciário, em defesa de direitos coletivos.

Ensina Santiago Pereira Campos (2007) que, para além do ordenamento jurídico vigente, a doutrina processual uruguaia tem como fonte direta, para estudo de questões relacionadas aos interesses difusos e coletivos, o Código Processual Civil Modelo para a Iberoamérica, elaborado pelo *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, órgão também responsável pelo *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* (2008), igualmente utilizado como referência no Uruguai, e em outros países da família do *civil law* que participaram do movimento de construção deste documento, como é o caso do Brasil. Vejamos de forma pormenorizada as normas apontadas.

4.1. A Constituição uruguaia de 1967 e o processo coletivo

O conteúdo constitucional uruguaio apresenta seções que tratam da soberania nacional, cidadania, sufrágio, forma de governo e poderes, bem como de assuntos atinentes ao estudo do processo coletivo, como direitos fundamentais (URUGUAI, 1967). Uma análise normativa constitucional com vistas ao entendimento estrutural no Uruguai permite apurar haver uma atribuição clara de funções e poderes, tendo havido grande preocupação do poder constituinte com a determinação da relação entre os poderes, instituídos também organismos como o Conselho de Economia Nacional, o Tribunal de Contas e discernidos procedimentos contenciosos judiciais e administrativos (URUGUAI, 1967).

A objetividade na determinação do papel do Estado uruguaio e de órgãos consultivos, de assessoramento e fiscalização proporciona um entendimento da estrutura burocrática nacional, o que repercute na dinâmica e organização da ação estatal, repercutindo na prestação jurisdicional e tutela das coletividades.

No que tange à perspectiva judicial, a Constituição do Uruguai de 1967 demonstra preocupação com o tratamento adequado de conflitos e, em seu art. 255, prevê a necessidade de tentativa de conciliação pré-processual, sendo este um requisito para ajuizamento de demandas, salvo pontuais exceções.

Importante observar que a Constituição uruguaia de 1967 não prevê, de forma expressa, a tutela de direitos coletivos ou a regulação de um processo coletivo. Porém, a partir de uma ótica material do direito coletivo, no seu art. 7º, há a determinação da proteção de direitos como a "vida, honra, liberdade, segurança, trabalho e propriedade, estabelecendo que nenhum individuo seja privado desses direitos, senão por força de lei que seja estabelecida por razão de interesse geral" (URUGUAI, 1967). Também no art. 47 da Constituição uruguaia de 1967, há disposição de proteção ao meio ambiente, registrando que se trata de interesse geral (URUGUAI, 1967).

De modo a aumentar a amplitude de defesa de direitos, o art.72 estabelece que "a enumeração dos direitos, deveres e garantias feita pela Constituição não exclui outros que sejam inerentes à pessoa humana ou derivem da forma republicana de governo" (URUGUAI, 1967).

Já o art.332 indica que "os preceitos constitucionais que reconhecem direitos aos indivíduos, assim como atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas não podem deixar de ser aplicados por falta de regulamentação" (URUGUAI, 1967). Logo, a previsão do art. 332 da Constituição uruguaia de 1967 assemelha-se à contida no art.5º, XXXV, da Constituição brasileira de 1988, determinante do conhecido princípio da inafastabilidade da jurisdição (BRASIL, 1988).

Na perspectiva estrutural jurídica, a Constituição uruguaia de 1967 estabelece a conformação da *Suprema Corte de Justicia*, segundo disposição de seus artigos 233 e seguintes, fixando a composição de 5

(cinco) membros, advindos do Ministério Público ou Fiscal, designados pela Assembleia Geral, que ocupam o cargo por 10 (dez) anos.

Limitada a análise da previsão constitucional uruguaia de 1967 apenas quanto aos direitos difusos ou coletivos a serem tutelados, conforme artigos mencionados, vejamos como o Código Geral de Processo regulamenta procedimentalmente os processos coletivos.

4.2. O Código Geral de Processo e o processo coletivo uruguaio

O processo civil uruguaio é atualmente regulado pelo *Código General del Proceso* - CGP, instituído pela Lei 15.982, promulgada em 18/10/1988, que expressamente revogou o *Código de Procedimiento Civil*, em seu artigo 544, que vigorava desde 1878. Apesar da atualização promovida à época, o tema do procedimento adequado para trâmite das ações coletivas quase não foi abordado, havendo previsões pontuais no *Código General de Proceso* sobre procedimentos relacionados à defesa de interesses difusos.

Como abordado anteriormente, a tutela e reconhecimento dos direitos categorizados como coletivos no Uruguai decorre de posicionamento doutrinário e jurisprudencial, ausente previsão legal que diferencie interesses e direitos difusos e coletivos (CAMPOS, 2007), como ocorre no Brasil.

Os dispositivos contidos no CGP atinentes ao processo coletivo serão trazidos, então, adiante, conforme estruturação didática estabelecida, observados os legitimados e a multiplicidade de efeitos da coisa julgada em processos coletivos.

4.2.1. Especificidades do processo coletivo uruguaio

É pertinente ao presente estudo o entendimento quanto às especificidades do processo coletivo uruguaio, de modo que serão apresentados detalhes dos legitimados ativos, passivos, efeitos da coisa julgada e jurisprudência relacionada.

4.2.1.1. Legitimados ativos no processo coletivo uruguaio

O Ministério Público-MP e à sua atuação são abordados no livro das Disposições Gerais do Código Geral de Processo uruguaio (1988), em título próprio, prevendo o art. 28 a intervenção do MP como parte processual, em casos específicos, apresentado um rol taxativo que inclui a promoção de processos relativos aos interesses difusos, remetendo-se à disposição do art.42, CGP/1988.

O art.42, por sua vez, compõe o título Das Partes, capítulo da Postulação do CPG/1988, e estabelece a legitimidade ativa em casos de defesa de questões relacionadas ao meio ambiente, aos valores culturais e históricos e aos pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas. Assim, autoriza a promoção da ação pelo Ministério Público, em consonância com o art. 28, bem como por qualquer interessado e pelas instituições ou associações de interesse social que, segundo a lei ou a juízo do tribunal garantam uma adequada defesa do interesse difuso afetado.

O art. 42, CGP/1988 é um exemplo do fato de o *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* ser utilizado como fonte no Uruguai, visto que seu conteúdo é praticamente idêntico à previsão contida no art. 53 do *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, o que também ocorre com o art.220, CGP/1988, que será estudado adiante e resulta de reprodução do art. 194 do *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*.

A regularização da legitimação do Ministério Público pelo art. 42, CGP/1988 é ainda complementada por artigos previstos em duas outras legislações uruguaias específicas, relacionadas à defesa do meio-ambiente (art. 6º da *Ley 16.112/1990, creación y de asignación de competencias del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente*) e à tutela da criança e adolescente (art. 196 da *Ley 17.823/2004, creación de Código de la Niñez y la Adolescencia*). Também cita-se o *Decreto-Ley 15.365/1982,* que atribui ao Ministério Público a representação e defesa de causas públicas.

Contudo, apesar da regulamentação específica, na prática, Santiago Pereira Campos relata que há limitações à tutela dos interesses difusos no Uruguai. Conforme o autor, a solução demandaria uma modi-

ficação estrutural, com a criação de órgãos especializados, formação e agregação de capital humano e intenso processo educativo para criação de cultura entre agentes do Ministério Público (CAMPOS, 2007). Campos acrescenta que há estudiosos que defendem que a resposta adequada seria estabelecer a tutela coletiva a outro órgão, como a defensoria pública (CAMPOS, 2007).

Embora Campos realize um exame crítico, o próprio autor reconhece que uma análise da jurisprudência uruguaia permite verificar a atuação do Ministério Público em favor de interesses difusos, apurada a existência de ações ajuizadas contra órgãos estatais, referentes a temas relacionados ao meio-ambiente. Nesse contexto, houve demandas propostas pelo MP envolvendo a contaminação por chumbo em uma área de Montevideo, outra atinente à disposição final de resíduos hospitalares, ou ação relacionada à fabricação de gasolina com chumbo, dentre outras, por exemplo (CAMPOS, 2007).

Ainda quanto aos legitimados ativos à representação judicial de interesses difusos, o art. 42, CGP/1988 cita a atuação de instituições ou associações com interesse social. Campos pontua serem notadas duas interpretações distintas quanto ao tema na doutrina e decisões judiciais: uma que defende que o conceito de instituições ou associações com interesse social pressupõe a existência de uma personalidade jurídica e outra que aduz que a definição de instituições ou associações com interesse social refere-se a um grupo reunido por uma ideia em busca de um fim determinado, ainda que não dotado de personalidade jurídica (CAMPOS, 2007).

Majoritariamente a doutrina uruguaia defende a aplicabilidade da exigência da personalidade jurídica, e utiliza-se do regramento brasileiro como fonte, em especial a previsão contida na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), conjuntamente com a *Ley 17.250/2000*, que regula as ações de consumo uruguaias (CAMPOS, 2007). Porém, para fins de comparação, no direito brasileiro, têm legitimidade para propor ações coletivas as associações civis, com ou sem personalidade jurídica (art. 5º, inc. V, da Lei 7.347/1985 c/c art. 82, inc. IV, e § 1º da Lei 8.078/1990). Mencione-se ainda que, no Brasil, os sindicatos, espécies de associação laboral, possuem personalidade jurídica e podem defender por ação cole-

tiva os seus associados, o que assegura uma representação mais eficiente e robusta aos sindicalizados.

Quanto a atuação das associações, a *Ley 17.250/2000*, em seu art.42, determina o fomento da constituição de associações de consumidores, que devem ser levadas a registro e constituídas como associações civis (URUGUAI, 2000). Além disso, segundo o art. 119, CGP/1988, há a necessidade de que as associações demonstrarem sua legitimidade por meio da indicação de um representante ou titular do interesse difuso tutelado, do esclarecimento da natureza comum do interesse no grupo representado e de que possuem especialização no tema capaz de garantir a adequada defesa do interesse ofendido (URUGUAI, 1988). Porém, fato é que não há a exigência expressa no CGP/1988 quanto a constituição de pessoa jurídica pelas associações, de modo que tal ponto não deveria ser impeditivo à tutela do interesse difuso em juízo.

Nesse sentido, o posicionamento jurisprudencial uruguaio, contudo, é variável, tanto sendo possível localizar decisões como a *Sentencia* 76/03, que declarou a ilegitimidade da parte autora, uma associação de consumidores (*Consumidores y Asociados del Uruguay em representación de uno de sus adiliados em particular y de los interesses colectivos de las personas que hubieren subscrito el contrato referido al Superplan UTE*), como a *Sentencia* 66/04, que reformou a *Sentencia* 76/03, em segunda instância, reconhecendo a legitimidade processual. O caso tratava de abuso praticado em face de consumidores, tendo sido comercializados eletrodomésticos cujo pagamento se dava por meio da fatura de energia elétrica (UTE é a empresa pública de eletricidade), logo, o fornecimento de luz era associado ao pagamento dos produtos. Assim, a decisão do tribunal foi proferida em prol da coletividade, superada a questão da personalidade jurídica da associação autora.

Também exemplifica o tema em discussão, a *Sentencia* nº148/11 proferida pelo *Tribunal de Apelaciones Civil*, que se posicionou pela ilegitimidade da associação autora (*Fundación Justicia y Derecho*) para representação da população carcerária em face do Estado, ante a irregularidade da associação, que não tinha finalidade determinada e não tratava

de interesse difuso, por poder ser determinada a coletividade atingida, já resguardada por outros entes, públicos, inclusive (CAMPOS, 2007).

4.2.1.2. Legitimados passivos no processo coletivo uruguaio

Destarte, do detalhamento relacionado à legitimidade das partes em ações coletivas no Uruguai, registra-se ainda que, conforme leitura do art.42, CGP/1988, inexiste previsão das chamadas Ações Coletivas Passivas, assim como no direito brasileiro, em que também não há esse regramento específico. Contudo, tal fato que não impede que na prática se possa verificar situações concretas nas quais há coletividade representada em processos judiciais tanto no polo ativo, como no passivo. Tais ações são conhecidas no direito norte-americano como *Defendant class actions*, e permitem que coletividades sejam demandadas judicialmente.

4.2.1.3. Múltiplos efeitos da coisa julgada no processo coletivo uruguaio

O *Código General de Proceso* estabelece ainda os efeitos da coisa julgada em processos promovidos em representação de interesses difusos, nos termos do art. 220, CGP/1988, no livro das Disposições Gerais, título da atividade processual, seção da eficácia, prevista no capítulo das resoluções judiciais. Trata-se da regra que registra o efeito *erga omnes* da sentença proferida em processos promovidos em defesa de interesses difusos, exceto se fundamentada em ausência de provas, circunstância que autoriza rediscussão do assunto. Quanto a essa exceção, no direito brasileiro, verifica-se que guarda certa sintonia com a previsão do art. 103, inc. I do CDC/1990.

A relevância da formação probatória nas demandas coletivas ressalta outra omissão legislativa uruguaia, relacionada à ausência de disposição quanto a possibilidade de provas estatísticas ou amostrais, configurando também elemento essencial a ser compreendido e desenvolvido para otimização da atuação do Ministério Público (CAMPOS, 2007).

O conteúdo do art.220, CGP/1988 apresenta a preocupação do legislador quanto a preservação do direito dos atingidos e interessados, em caso de deficiência na instrução da ação, não impedindo a rediscussão da matéria, na hipótese de ser aperfeiçoado o elemento probatório. (URUGUAI, 1988).

A doutrina uruguaia consolida os efeitos da coisa julgada em ações coletivas resumindo-os conforme o provimento do pedido formulado. Por conseguinte, sendo acolhida ou desacolhida a pretensão, com exame de mérito, a decisão terá efeito *erga omnes*, enquanto caso não seja acolhido o pedido por insuficiência de provas, somente serão atingidos pela coisa julgada os diretamente envolvidos no processo, sendo permitido a outro interessado ajuizamento de nova ação (CAMPOS, 2007). Apesar de o art. 220, CGP/1988 não dispor sobre parcial acolhimento dos pedidos, doutrinariamente é defendido que a regra acima será aplicada, decorrendo os efeitos da decisão do contexto fundamentador da prestação jurisdicional (CAMPOS, 2007)

A repercussão dos efeitos da sentença também é objeto de estudo pela doutrina uruguaia, de modo que, em resumo, ações que buscam proteção de interesses difusos ou coletivos para prevenção de dano grave ou iminente, têm decisões que afetam à coletividade, independentemente de providências processuais relacionadas à execução. Basta a ordem judicial ser cumprida para percepção da repercussão. O mesmo ocorre quando almejada a reparação específica por danos coletivos ou difusos, em casos nos quais a decisão determina a adoção de providências de reestabelecimento do *status quo ante* (CAMPOS, 2007).

Por outro lado, em demandas coletivas que são resolvidas com a fixação de reparação pecuniária por dano causado à coletividade, será necessário que o juiz estipule a extensão e efeitos da coisa julgada para cumprimento pelo ofensor. Referida situação é problemática no contexto uruguaio, visto que não há previsão ou direcionamento normativo relacionado aos parâmetros de quantificação da indenização, ou mesmo do destino da indenização e da legitimidade dos sujeitos a serem indenizados (CAMPOS, 2007).

No que tange às ações que buscam a reparação de danos individuais, relacionadas à faculdade do exercício de reclamação individual ou coletiva por cumulação da pretensão indenizatória, com a ação promovida para proteção e ressarcimento de danos coletivos ou difusos, cumprirá à decisão a resolução de todas as questões envolvidas, observadas as legitimações decorrentes dos danos sofridos, refletidos em cada pedido formulado. Ou seja, haverá pontos que serão referentes aos direitos e interesses difusos, e outros atinentes aos autores atingidos individualmente (CAMPOS, 2007).

A unicidade da decisão que julga direitos individuais e coletivos decorrentes do mesmo fato impõe que, quando do ajuizamento de ações, individuais ou coletivas, seja observada a eventual existência de ação ou sentença anterior. Isso porque, quando pretendida reparação por dano individual, decorrente de ofensa que tenha repercussão coletiva ou difusa, sem que tenha sido proferida sentença, será possível a distribuição de forma individual, não incidente a previsão do art. 220, CGP/1988 (CAMPOS, 2007).

Contudo, ainda que trate a demanda de pretensão individual, na hipótese de ser proferida sentença com repercussão coletiva, esta poderá vincular os interesses difusos ou coletivos. Um exemplo desse caso foi a Sentencia 1/95, que julgou ação indenizatória ajuizada por pais de crianças contaminadas por chumbo, oriundo de atividades fabris em área vizinha, atingidos interesses difusos e coletivos atinentes à salvaguarda do meio-ambiente (CAMPOS, 2007).

Não há, porém, um consenso sobre os efeitos das decisões proferidas em contexto individual atingirem as coletividades, salvo se houver o exame direto das questões coletivas (CAMPOS, 2007), sendo possível, ainda, o aproveitamento das provas, conforme o art. 145, CGP/1988, se não analisada a perspectiva coletiva ou difusa do dano (URUGUAI, 1988).

Na hipótese de ação reparatória por dano individual em circunstância já apreciada judicialmente em processo coletivo, ainda que a primeira decisão afete a segunda demanda, o novo processo poderá tramitar de forma independente, cabendo a apuração do seu objeto específico, em

especial quanto à extensão do dano sofrido em relação aos efeitos da coisa julgada (CAMPOS, 2007).

Analisados, tanto a Constituição uruguaia de 1967, como o *Código General de Proceso* uruguaio, observamos que somente há disposição constitucional sobre o direito material coletivo, tratado legislativamente no Uruguai como interesses difusos, limitando-se o direito processual a abordar aspectos de legitimidade ativa e efeitos da coisa julgada, em ações que envolvam representação de coletividades.

Assim, não estabelecido, instrumentalmente, um procedimento específico para tutela dos direitos coletivos, a doutrina e a jurisprudência demonstram a utilização da *Accion de Amparo*, com tal finalidade (CAMPOS, 2007), esse um procedimento previsto na *Ley 16.011/1988*, motivo pelo qual serão estudadas suas especificidades.

4.3. A Ação de Amparo e seu uso extraordinário no processo coletivo

A Ação de Amparo no direito uruguaio foi regulamentada pela *Ley 16.011*, de 19 dezembro de 1988 e pode ser definida como uma garantia conferida aos titulares de direitos de primeira, segunda e terceira geração, reconhecidos expressa ou implicitamente pela Constituição uruguaia de 1967, em âmbito individual ou difuso, que seja ameaçado ou afetado diretamente. Essencialmente é um instituto de direito público, embora seja aplicável em conflitos existentes entre particulares, podendo ser reconhecida como uma garantia de concretização dos direitos humanos (FLORES DAPKEVICIUS, 2011).

No Uruguai, a Ação de Amparo não pode ser utilizada como um recurso, não tendo a lei regulamentado sua aplicação como meio de impugnação de decisões (FLORES DAPKEVICIUS, 2011). Em verdade, a função da Ação de Amparo relaciona-se diretamente à proteção de direitos constitucionalmente previstos, apesar da Constituição uruguaia de 1967 não prever referido instrumento. Assim, a doutrina defende que seu fundamento decorre de uma interpretação sistemática dos artigos 7, 72 e 332 dessa Constituição (FLORES DAPKEVICIUS, 2011), dispositivos que tratam dos direitos à vida, honra, liberdade, segurança, trabalho e

propriedade (art.7), expressamente determinam que a enumeração constitucional de direitos não exclui outros inerentes à pessoa humana e à forma republicana de governo (art.72), e, por fim, prevendo que, reconhecidos direitos, estes não deixarão de ser aplicados por falta de regulamentação própria (art.332) (URUGUAI, 1988).

A Ação de Amparo é um instituto com caráter residual, sendo utilizada em casos nos quais não se aplique *Habeas Corpus*, conforme dispõe o art. 1º da *Ley 16.011/1988* e quando não existam outros meios de obter o mesmo resultado, segundo o art. 2º da mesma lei. Logo, segundo disposição legal, a Ação de Amparo não pode ser utilizada na defesa de liberdade física, excluída sua aplicação também contra atos judiciais de qualquer natureza, tendo sido especificamente excluída a Corte Eleitoral no item B do art.1º da *Ley 16.011/1988*, impossibilitado ainda seu uso em face de leis e decretos departamentais com força de lei em sua jurisdição (FLORES DAPKEVICIUS, 2011).

Configuram elementos objetivos da Ação de Amparo o ato, fato ou omissão que prejudique ou ameace um direito ou interesse, assim como a lesão, alteração, restrição ou ameaça causadas pelo demandado, o próprio direito tutelado, reconhecido expressa ou implicitamente pela Constituição uruguaia de 1967 e a ilicitude manifesta na conduta do ofensor (FLORES DAPKEVICIUS, 2011). Os elementos subjetivos dessa ação, por sua vez, referem-se à competência, capacidade e legitimação das partes.

A competência será definida em razão do território e da matéria, podendo a Ação de Amparo tramitar perante juízes de 1ª instância de Montevideo ou do interior, conforme art.3º da *Ley 16.011/1988*, determinado o juízo conforme o objeto tratado, podendo este ser civil, penal, trabalhista etc (FLORES DAPKEVICIUS, 2011).

A capacidade e legitimação das partes está prevista na *Ley 16.011/1988* nos art.1º e 4º, indicando com legitimação ativa qualquer pessoa, física ou jurídica, privada ou pública, titular de um direito ou liberdade lesionado ou ameaçado. No polo passivo será admitida a inclusão de pessoas públicas ou provadas, físicas ou jurídicas a quem se impute a prática de ato, fato ou omissão que cause danos (FLORES DAPKEVICIUS, 2011).

A *Ley 16.011/1988* tratou do procedimento para trâmite da Ação de Amparo em seus artigos 5 a 13, sendo esta demanda uma das exceções à obrigatoriedade da conciliação prévia prevista na Constituição uruguaia de 1967 (FLORES DAPKEVICIUS, 2011).

No art. 5º foi estabelecida a observância às formalidades prescritas no *Código de Procedimiento Civil*, regramento que foi substituído integralmente pelo *Código General de Proceso,* de modo que são aplicáveis, atualmente, as previsões contidas nos artigos 117 e seguintes do CGP/1988, de modo subsidiário e supletivo, conforme art.13 da *Ley 16.011/1988* (FLORES DAPKEVICIUS, 2011).

Há uma indicação expressa no art. 5º da *Ley 16.011/1988* de que a prova documental deve, necessariamente, ser produzida quando do ajuizamento da demanda, que tem rito sumário e célere, semelhante ao Mandado de Segurança no Brasil, previsto na Lei 12.016 de 7 de agosto de 2009. O prazo prescricional para a propositura da Ação de Amparo está previsto no art.4º da *Ley 16.011/1988*, que estabelece que esta deverá ser distribuída dentro de 30 (trinta) dias contados da data em que se deu o resultado do ato, fato ou omissão indicados no art.1º da norma (URUGUAI, 1988).

No que se refere ao procedimento da Ação de Amparo, este inicia-se com uma análise judicial para identificação de eventual improcedência manifesta, podendo o feito ser extinto de imediato. Entretanto, o art.10º da *Ley 16.011/1988* determina que será possível a interposição de recurso em face de sentença que não seja fundamentada, sendo ainda eventual prejuízo causado pela decisão passível de reparação e responsabilização (FLORES DAPKEVICIUS, 2011). Além disso, dispõe o art.12 da *Ley 16.011/1988* que, nos juízos de amparo, não poderão ser deduzidas questões prévias, reconvenções ou incidentes, de modo que o juiz, a pedido da parte ou de ofício deverá atentar-se a fim de evitar vícios no procedimento, assegurando o contraditório e observando a natureza sumária da ação (URUGUAI, 1988).

Aceita a demanda, conforme disposto no art.6º da *Ley 16.011/1988*, será designada uma audiência pública, dentro do prazo de três dias da distribuição, ato em que será ouvido o demandado, recebidas as provas e produzidas as alegações (FLORES DAPKEVICIUS, 2011). O

dispositivo legal prevê que, caso necessário, excepcionalmente, a audiência poderá ser prorrogada por até três dias, devendo a sentença ser proferida em até 24 horas posteriores à audiência. O art. 6º estabelece também que o juiz do processo preside a audiência, podendo, a seu critério, indeferir provas que entender impertinentes ou desnecessárias, interrogar as testemunhas e as partes, autorizadas perguntas dos advogados, podendo ainda ordenar diligências, gozando de poderes mais amplos que os de polícia para condução do ato (URUGUAI, 1988).

Não obstante o rito da Ação de Amparo seja extremamente rápido e objetivo, o art. 7º da *Ley 16.011/1988* autoriza o pronunciamento judicial imediato, nas hipóteses em que seja percebida urgência da atuação judicial (URUGUAI, 1988). Nesse contexto, a decisão deverá limitar-se a medidas provisórias, que anteciparão a tutela pretendida, o que também tem cabimento nos casos em que não se conhecer o responsável pelo ato, fato ou omissão a serem coibidos pela Ação de Amparo, conforme art. 8º da *Ley* 16.011/1988. Logo o desconhecimento do legitimado passivo não impede o ajuizamento da ação e a atuação do Poder Judiciário a defesa do direito tutelado.

Os elementos essenciais da sentença proferida em Ação de Amparo estão enumerados no art.9º da *Ley 16.011/1988* e consistem na identificação concreta da autoridade ou particular contra quem seja ajuizada a ação, a determinação precisa do que deva ou não ser feito e do prazo para tanto e o momento de cumprimento da decisão, que não poderá exceder 24 horas a partir do recebimento da notificação da decisão. A sentença poderá ainda fixar sanções pecuniárias, se pertinente (URUGUAI, 1988).

Como já indicado, o art.10º da *Ley 16.011/1988* apresenta as circunstâncias recursais aplicáveis na Ação de Amparo, sendo recorríveis a sentença definitiva e aquela que extingue a ação por improcedência manifesta, quando de seu recebimento. O recurso de Apelação deverá ser interposto no prazo de três dias, devendo o tribunal pronunciar-se nos quatro dias seguintes à recepção da ação, não sendo aplicável efeito suspensivo, mantidas as medidas de amparo já deferidas em sentença, que deveram ter sua execução iniciada imediatamente (URUGUAI, 1988).

Os efeitos da coisa julgada em Ação Amparo estão previstos no art. 11 da *Ley* 16.011/1988, restando subsistente o direito de ajuizamento de ações que sejam pertinentes à qualquer das partes, apesar da Ação de Amparo (URUGUAI, 1988), em especial considerados os danos eventualmente sofridos.

Percebe-se, assim, que o único instrumento processual utilizado no Uruguai para defesa de direitos coletivos é extremamente específico, com instrução probatória reduzida, o que pode resultar em efetividade da prestação jurisdicional, por seu imediatismo, mas traz repercussões negativas. Nesse sentido, na perspectiva de, eventualmente, ser necessário o tratamento de demanda coletiva estrutural, decerto a Ação de Amparo não será o meio adequado de resguardo de direitos coletivos ou difusos ameaçados, quando envoltos em circunstâncias complexas, ante a mitigada possibilidade de participação dos atingidos e de promoção da defesa do direito por meio de devida instrução processual.

Considerando que essa análise visa uma compreensão mais ampla do assunto, descreve-se, a seguir, algumas das insuficiências verificadas no contexto jurídico-normativo uruguaio quanto à tutela dos direitos das coletividades.

5. INSUFICIÊNCIAS DA REGULAÇÃO PROCESSUAL URUGUAIA PARA EFETIVA TUTELA DO DIREITO COLETIVO E O PROJETO DE LEI PARA ALTERAÇÃO DO CÓDIGO GERAL DE PROCESSO

Considerados os dispositivos do *Código General de Processo* uruguaio analisados, é possível afirmar que não há propriamente um processo coletivo estabelecido no país, o que prejudica a verificação de previsão legal de um processo coletivo estrutural enquanto uma de suas espécies.

Em razão disso, apurou-se que legislações de tutela específica elaboradas após o *Código General de Processo* prestaram-se a complementar e esclarecer aspectos materiais e processuais de tutela coletiva, a citar a *Ley 16.466/1994* (*Evaluación del Impacto Ambiental*), e *Ley 17.283/2000* (*protección del medio ambiente*), ambas tendo incrementado a tutela e importância do direito ambiental, a *Ley 17.250/2000* (*regulación de las re-*

lacionaciones de consumo y previsiones sobre defensa al consumidor), que aperfeiçoou o tratamento das demandas de consumo e a *Ley 17.823/2004*, (*creación de Código de la Niñez y la Adolescencia)*, que direcionou a necessidade de tutela específica de crianças e adolescentes.

Constatada a inexistência de regulamentação de legitimação passiva coletiva, por omissão no art. 42, CGP/1988, tampouco foi esclarecida pelo art.220, CGP/1988 a possibilidade e efeitos de resolução parcial de processos coletivos ou a repercussão de sentença genérica para ações coletivas de reparação de danos sofridos individualmente (CAMPOS, 2007).

O *Código General de Proceso* foi também silente quanto à admissão e validade de provas estatísticas ou amostrais, não tratada eventual solução especial diferenciada sobre a carga probatória em matéria de interesse difuso ou coletivo (CAMPOS, 2007).

Igualmente é preciso apontar que não há na legislação uruguaia previsão relacionada a litispendência em ações coletivas ou quanto a definição do alcance de acordo ou desistência homologados em demandas de interesse coletivo ou difuso, nada sendo encontrado quanto às sanções aplicáveis por ausência em audiências designadas (CAMPOS, 2007).

A necessidade de adequação e modernização normativa no Uruguai para viabilização da tutela de direitos coletivos e difusos é, então, perceptível, de modo que os efeitos e insegurança jurídica gerados pelas omissões legislativas narradas deram ensejo à formulação de projeto de lei para reforma do *Código General de Proceso*.

Neste contexto, é relevante mencionar que há em tramitação no Uruguai, o projeto de lei *Asunto* 149367 / *Repartido* nº 301 / *Carpeta* nº 973, apresentado em dezembro de 2020, que teve origem na Câmara dos Representantes, que recebeu o título de *Acciones por intereses difusos o acciones colectivas- Codigo General Proceso – Modificación* e merece análise. Por meio de tal providência legislativa busca-se alterar, essencialmente, o conteúdo existente nos artigos 28, 42 e 220 do CGP/1988.

Assim, caso aprovado o referido projeto de lei, no art. 28, CGP/1988, será incluído, expressamente, o termo *acciones colectivas*, substituindo "interesses difusos", regulamentando a atuação do Ministério Público.

Quanto ao art.42, CGP/1988, esse será substancialmente alterado para passar a dispor sobre os elementos essenciais da tutela coletiva, incluindo aspectos conceituais relacionados ao tema. O texto sugerido realiza distinções entre a defesa dos direitos e dos interesses dos sujeitos, preocupando-se em realizar definição dos termos coletivo e difuso utilizados, inovando ao apresentar legislativamente a existência dos interesses individuais homogêneos. Ademais, o dispositivo continuará estabelecendo a legitimidade processual, aperfeiçoada a clareza legislativa com a inclusão da exigência de personalidade jurídica das associações de proteção dos direitos e interesses ofendidos.

O projeto de lei visa ainda alterar o art. 220, CGP/1988 do mesmo modo realizado no art. 28, CGP/1988, apenas substituindo *efectos de la cosa juzgada em procesos promovidos em representación de intereses difusos* por *efectos de la cosa juzgada em los procesos promovidos mediante uma acción colectiva*. Além disso, o novo texto detalha tratar de efeitos gerais da sentença e não de eficácia geral, como atualmente se vê, mantida a possibilidade de rediscussão da matéria em casos de desprovimento por falta de provas e acrescida a mesma oportunidade de ajuizamento de nova ação se houver incorreta defesa dos interesses afetados, ressalvado expressamente o direito de promoção de ações individuais relacionadas.

Percebe-se que há, no projeto de lei, um esforço legislativo relacionado ao esclarecimento da execução da sentença proferida em ações coletivas, inserido o item 220.2, que prevê que todos os beneficiados poderão provocar o poder judiciário em fase executiva, cabendo-lhes somente demonstrar seu enquadramento e a extensão do dano individualmente sofrido, aplicada a previsão já vigente existente no art.378, CGP/1988.

O Projeto de lei de alteração do CGP ainda se encontrava em trâmite quando da elaboração desse artigo, sendo seu último andamento o aviso em comissão, ocorrido em 10 de março de 2021, perante a *Comisión de Constituición, Códigos, Legislación general y Administración*. Portanto, as insuficiências normativas indicadas persistem, sendo indispensável entendimento da jurisprudência uruguaia, que se presta, por vezes, a suprir tais ausências.

6. JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA URUGUAIA EM AÇÕES PARA TUTELA DE INTERESSE DIFUSO E COLETIVO

Santiago Pereira Campos indica que a sociedade uruguaia ainda utiliza pouco as ações coletivas, principalmente por desconhecimento da possibilidade, sendo usualmente ajuizadas demandas individuais, ainda que atinentes a interesses difusos, como aquelas em defesa de direito do consumidor e meio-ambiente (CAMPOS, 2007).

No entanto, uma pesquisa na jurisprudência dos Tribunais uruguaios permite identificar a existência de demandas coletivas, promovidas por meio de Ações de Amparo, nas quais os julgadores realizam verdadeiro exercício interpretativo para aplicar, em casos de demanda coletiva, as regras previstas para proteção de interesses difusos (CAMPOS, 2007). Ainda assim, é possível perceber que questões procedimentais são um importante impeditivo para a melhor construção dos pronunciamentos judiciais, muitas vezes restando a discussão limitada ao seu cabimento ou legitimidade das partes.

De acordo com a análise de algumas decisões trazidas nesse estudo e a título de exemplificação nos tópicos anteriores, são verificados pronunciamentos judiciais pontuais, especialmente em demandas envolvendo questões de consumo e meio ambiente.

A aplicação de um critério de legitimação para ajuizamento de ações de amparo, por exemplo, foi tratada na *Sentencia* 118/97, tendo sido reconhecido o fato de que detentores de interesses legítimos, incluídos os interesses difusos, deveriam ser legitimados para ajuizamento desse tipo de demanda, conforme disposição contida no art. 42, CGP/1988 (CAMPOS, 2007). A *Sentencia* 19/96 ilustra tal fato, visto que nela foi analisada demanda da *Asociación General de Autores del Uruguay* e outras instituições de representação da classe, contra empresas e pessoas que violaram direitos autorais.

Entretanto, verificou-se que nenhuma decisão proferida pelo Poder Judiciário uruguaio se reconheceu enquanto de índole estrutural ou relacionada a litígio estrutural. Apesar disso, duas decisões proferidas pelo *Tribunal de Apelaciones* mencionam, em sua fundamentação,

doutrina relacionada ao tema, citando o autor Nestor Osuna. São elas a *Sentencia 155/21* e a *Sentencia 41/22*, esta última tendo tratado de determinação de realização de obras pela Intendência de Montevideo para cessação de invasão acústica, obrigação que, segundo argumentado, invadiria a esfera de competência da Governo Departamental, tendo sido as sentenças estruturais citadas somente para esclarecimento de que não se trataria de tal conduta.

Por outro lado, analisado o conteúdo abordado em decisão da Suprema Corte de Justiça uruguaia, de abril de 2021, foi possível perceber julgamento relacionado à execução de política pública. A decisão foi proferida em razão do ajuizamento de Ação de Amparo, em face do *Ministerio de Salud Pública*, versando sobre a recusa de tratamento médico ao autor. Ao longo do processo foi questionada a exceção de inconstitucionalidade em face da *Ley 18.335/2008*, responsável por regular direitos e obrigações dos pacientes e usuários dos serviços de saúde e contra a *Ley 18.211/2007*, atinente à proteção da saúde, estabelecendo modalidades de acesso aos serviços integrais de saúde, por violação ao art. 44 da Constituição da República do Uruguai de 1967. O dispositivo constitucional citado determina que legislações de questões relacionadas à saúde devem aperfeiçoar física, moral e socialmente todos os cidadãos uruguaios, devendo proporcionar gratuitamente os meios de prevenção e assistência, em caso de hipossuficiência financeira (URUGUAI, 1988). O resultado dessa ação foi a declaração da inconstitucionalidade do inciso final do art.45 da *Ley 18.211/2007*, desacolhidos os pedidos relacionados aos art. 10 da *Ley 18.335/2008* e art. 51 da *Ley 18.211/2007*.

O que ficou aparente da análise feita quanto ao tema da tutela dos direitos coletivos no Uruguai é que os posicionamentos judiciais uruguaios refletem as lacunas normativas apontadas, sendo poucas as demandas coletivas propostas. Entretanto, referida constatação não significa que o poder judiciário não esteja atento. Decisões como a da Suprema Corte de Justiça Uruguaia exemplificam a importância da ação judicial visando a tutela das coletividades, ensejando um alinhamento entre a conduta estatal e as normas da Constituição do Uruguai.

Acreditamos que, como há projeto de lei de reforma parcial do *Código General de Proceso* em trâmite, exatamente visando a atualização e adequação dos tratamentos das demandas coletivas, caso esse seja aprovado, possivelmente a prestação jurisdicional em defesa das coletividades será aperfeiçoada nos próximos anos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a análise do cenário normativo uruguaio quanto ao processo coletivo e à tutela das coletividades apresentado, em especial quanto aos litígios coletivos estruturais, foi apurada a insuficiência do ordenamento jurídico, não realizadas distinções para melhor determinação do grupo atingindo, tampouco sendo verificadas disposições procedimentais específicas para tratamento de litígios coletivos, seja em âmbito constitucional ou infraconstitucional.

Proposta análise quanto ao processo coletivo estrutural, esse mostrou-se incipiente no Uruguai, não tratado legislativamente e superficialmente abordado na jurisprudência.

Ponto positivo encontrado na pesquisa, em relação ao avanço da tutela e processos coletivos no Uruguai, refere-se ao projeto de lei Asunto 149367 em curso, para alteração do Código de Processo Geral, medida com vistas a remediar algumas omissões normativas, conferindo maior clareza e abrangência aos procedimentos judiciais, conferindo maior efetividade aos direitos constitucionalmente estabelecidos em favor da sociedade uruguaia.

Por fim, estudas as sentenças judiciais da Corte constitucional uruguaia, foi confirmado o superficial tratamento dado às questões coletivas, sendo frequente o exercício interpretativo realizado para viabilização da prestação jurisdicional em demandas coletivas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

ANDRADE, Artur Fernando Sampaio. Constitucionalismo e evolução histórico-política do Uruguai. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5892, 19 ago. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/75521. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em:17 jun.2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em:17 jun. 2022

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em:17 jun. 2022

CAMPOS, Santiago Pereira. Nuevas tendencias em matéria de legitimación y cosa juzgada em los procesos colectivos. Relato nacional por Uruguay. International Association of Procedural Law. Congreso Mundial de Derecho Procesal. Salvador, Bahia, Brasil. 16-21 set.2007.

CARVALHO, Weliton. Direito Comparado. Método ou ciência? Revista de informação legislativa. Brasília, a. 45, n. 180, out./dez.2008, p.139-145. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/180/ril_v45_n180_p139.pdf. Acesso em:10 jul.2022.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. El amparo en la República Oriental del Uruguay. Rev. IUS, Puebla, v. 5, n. 27, p. 235-250, jun. 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100012&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 17 jun. 2022.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. Secretaria General. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Montevideo, 1988. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4226/CodigoProcesalCivilparaIberoamerica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 17 jun. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. Entrevista – Profa. Cláudia Lima Marques – O diálogo das fontes e temas atuais. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=c1EcPGp0ikM>Acesso em: jul. 2019.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012

OLIVEIRA, Luzia Helena Herrmann de. Presidencialismos em perspectiva comparada: Argentina, Brasil e Uruguai. Dados, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 301-343, 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/j/dados/a/sYt5DzPcVTCd6NwR3Z76MpR/?lang=pt. Acesso em: 17 jun. 2022.

SCHELOTTO, Magdalena. La dictadura cívico-militar uruguaya (1973-1985): militarización de los poderes del estado, transición política y contienda de competências. Diacronie, [s.l.], n. 24, documento 14, abr. 2015. Disponível em: https://journals.openedition.org/diacronie/3808?lang=en. Acesso em: 17 jun. 2022.

SCHNEIDER, Maxime dal Molin; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A possibilidade de apresentação de propostas de emendas constitucionais por iniciativa popular: a democracia, a cidadania e a soberania popular. Revista da Esmesc. Florianópolis, v. 23, n. 29, p. 105-126, 2016. Disponível em: https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/141. Acesso em: 17 jun. 2022.

SENTENCIA Nº 1/95, de 8 de fevereiro de 1995, del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Civil de 8º Turno.

SENTENCIA N° 19/96, de 20 de maio de 1996, del Juzgado Letrado de Primera Instancia de en lo Contencioso Civil 24° Turno.

SENTENCIA N° 118/97, de 13 de novembro de 1997, del Tribunal de Apelaciones Civil 5º Turno.

SENTENCIA Nº 76/03, de 8 de outubro de 2003, del Juzgado de Paz Departamental de Montevideo de 19º Turno, revocada en segunda instancia por la Sentencia 66/04 del Juiz Letrado Civil de 14º Turno.

SENTENCIA Nº 148/11, de 25 de maio de 2011, Tribunal Apelaciones Civil 3º Turno.

SENTENCIA nº 75/21, de 27 de abril de 2021, Suprema Corte de Justicia (Uruguay). Disponível em: https://uy.vlex.com/vid/866236319. Acesso em 17 de jun. 2022.

SENTENCIA Nº 155/21, de 29 de setembro de 2021, Tribunal Apelaciones Civil 1º Turno (contra la sentencia definitiva Nº 47/2021 del 15 de setiembre de 2021 del Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2º Turno.

SENTENCIA Nº 41/22, de 09 de março de 2022, Tribunal Apelaciones Civil 1º Turno (contra la sentencia definitiva Nº 22/2021, de 29 de abril de 2021, del. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4º Turno.

URUGUAY. Constitución Política de la República Oriental del Uruguay de 1967. Publicación 02 fev. 1967. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967. Acesso em: 17 jun. 2022.

URUGUAI. Decreto-Ley 15.365 de 30 de dezembro de 1982. Ley Organica del Ministerio Público y Fiscal. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15365-1982/8 Acesso em:17 jun. 2022

URUGUAI. Ley 15.982 de 18 de outubro de 1988. Código General de Proceso. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988. Acesso em 17 jun. 2022.

URUGUAI. Ley 16.011 de 07 de dezembro de 1988. Accion de Amparo. Disponível em: https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp8777502.htm. Acesso em 17 jun. 2022.

URUGUAI. Ley 16.112 de 30 de maio de 1990. Creacion del Ministerio de Vivienda Ordenamiento Territoria y Medio Ambiente. Ministerio de Vivienda y ordenamento teritorial. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16112-1990/3. Acesso em 17 jun. 2022.

URUGUAI. Ley 16.466 de 19 de janeiro de 1994. Ley de Evaluacion del Impacto Ambiental. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16466-1994. Acesso em 17 jun. 2022.

URUGUAI. Ley 17.250 de 11 de agosto de 2000. Ley de Relaciones de Consumo. Defensa del Consumidor. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000. Acesso em 17 jun. 2022.

URUGUAI. Ley 17.283 de 28 de novembro de 2000. Ley de Proteccion del Medio Ambiente. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17283-2000. Acesso em 17 jun. 2022.

URUGUAI. Ley 17.823 de 7 de setembro de 2004. Código de la Niñez y la Adolescencia. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004. Acesso em 17 jun. 2022.

URUGUAI. Ley 18.335 de 15 de agosto de 2008. Derechos yObligaciones de Pacientes y Usuarios de los servicios de Salud. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18335-2008. Acesso em 17 jun. 2022.

URUGUAI. Ley 18.211 de 5 de dezembro de 2007. Creacion del Sistema Nacional Integrado de Salud. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18211-2007. Acesso em 17 jun. 2022.

URUGUAI. Câmara dos Representantes. - Colman, Mario; Viviano, Álvaro. Projeto de Ley Asunto 149367.Repartido nº 301. Carpeta nº 973, de 18 dezembro de 2020, Acciones por interesses difusos o acciones coletivas. Codigo General Proceso. Modificación. Disponível em: https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/149367. Acesso em: 17 de jun. 2022.

VASCONCELOS, THIBAU et OLIVEIRA. O processo coletivo e o acesso à justiça sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP- Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UFRJ- Rio de Janeiro, vol. XII, 2014.

VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal | vol. 7/2018 | p. 147 - 177 | Jan - Jun / 2018 DTR\2018\16181

ACESSO À JUSTIÇA E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DA COLETIVIDADE NO BRASIL E NO MÉXICO

Iara Duque Soares

Adriana Goulart de Sena Orsini

RESUMO: Este trabalho pretende traçar uma análise comparativa entre o Brasil e o México considerando a necessária mobilização do direito por meio do processo coletivo, podendo essa se apresentar, em sua perspectiva crítica, como uma das formas de acesso coletivo à justiça, produzindo relevante transformação social. Busca, ainda, verificar como a adequada representação da coletividade no processo judicial pode influenciar o efetivo acesso à justiça, para além da jurisdição. Para tanto, faz-se uso de bibliografia, legislação e jurisprudência, tanto no que se refere ao conceito de acesso coletivo à justiça, como também ao tratamento dos conflitos mediante o processo coletivo, especialmente quanto aos aspectos da legitimidade ativa para representação processual dos interesses coletivos e do controle da adequação desta representação nos dois países. Embora o Brasil e o México deem tratamento jurídico diferente ao aspecto representativo dos direitos e interesses coletivos no âmbito judicial, percebe-se que os principais entraves à efetiva participação coletiva nos processos que tenham por objetivo promover transformações sociais de ordem estrutural estão ancorados, justamente, em obstáculos ao acesso à justiça em sua concepção ampliada, isto é, pela via dos direitos. Tais obstáculos acabam por atingir e impedir que se firme uma cultura jurídica que seja capaz de informar, encorajar e conclamar os grupos sociais mais vulnerabilizados a participarem da construção de decisões que viabilizem o acesso real a seus direitos e o uso do processo coletivo para a transformação social.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Processo Coletivo; Representação Adequada; Brasil; México.

1. INTRODUÇÃO

Brasil e México são países que têm em suas respectivas Constituições vigentes uma notória aposta de ampliação do rol de direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, e do compromisso democrático. Tanto a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são o resultado de articulação coletiva e de movimentos sociais. Aponta-se, neste contexto, que, no México, se deve dar especial atenção à doutrina anarcossindicalista e, no Brasil, à luta contra a ditadura na reivindicação de direitos coletivos, também identificados enquanto direitos sociais constitucionais.

No entanto, o anseio pela formalização escrita de determinados direitos coletivos, pensados como, de fato, interesses sociais, levou, por outro lado, a pouco investimento na reformulação da organização e do exercício do poder na dinâmica política em ambos os contextos jurídicos aqui analisados, em que pese a peculiar necessidade de se identificar e implementar políticas públicas garantam os direitos coletivos. Assim, nos dois países observa-se haver a manutenção da concentração de grande poder na esfera do Executivo.

Esta situação fez crescer nos últimos anos a necessidade da atuação do Poder Judiciário nas disputas políticas e sociais como um todo, fenômeno que frequentemente é denominado como judicialização da política e do Direito. No entanto, se o Sistema de Justiça, de alguma forma, resguarda sua autoridade e legitimidade para exercer algum controle sobre o âmbito Executivo e Legislativo, sob outra perspectiva, segue sem receber um controle externo que garanta o exercício de suas atribuições em conformidade com o Estado Democrático de Direito posto, cujo pressuposto deveria ser a participação popular, individual e coletiva na tomada de decisões referentes aos direitos que lhes afetam.

Por isso, faz-se necessária, e cada vez mais urgente, a construção de um debate mais crítico também em relação às posturas adotadas pelo

Sistema de Justiça e suas atribuições, em regra voltadas à transformação social. E é assim entendida, de acordo com Siri Gloppen (2006), como a modificação de desigualdades estruturais e de relações de poder na sociedade, através de formas que reduzam o peso de circunstâncias moralmente irrelevantes, como as classes sociais, raça, gênero, religião, sexualidade, etc. Ou seja, uma contribuição que também deveria ser própria da Justiça e dos seus atores.

Daí a necessidade de se explorar como a mobilização do direito, através do processo coletivo, enquanto uma das ferramentas de acesso coletivo à justiça, pode produzir transformação social, e também como a representação processual adequada influencia este processo, comparando-se as experiências do Brasil e do México.

A pesquisa se firma na linha crítico-metodológica, partindo de fontes bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, na perspectiva comparada, sendo orientada pelos raciocínios hipotético-dedutivo e dialético, na medida em que considera o conhecimento baseado na observação da realidade concreta e, a partir dela e do contexto social no qual está inserida, num diálogo entre teoria e prática (Gustin e Dias, 2006, p. 21-24).

2. O ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA NO BRASIL E NO MÉXICO

A concepção de acesso à justiça pode parecer comum a ambos os países, que se pautam e se identificam com a forte influência das pesquisas de Cappelletti e Garth (1988), que, através do "Projeto Florença", reuniram pesquisadores e dados comparativos de diversos países em torno da criação de condições jurídicas e institucionais para a inclusão social como escopo dos Sistemas de Justiça.

A partir dessa análise comparativa, Cappelletti e Garth (1988) identificaram como principais entraves à ampliação do acesso à Justiça: (i) as custas judiciais – os altos valores cobrados para movimentação do Sistema de Justiça, que impediriam que a população mais pobre conseguisse acessar o sistema; (ii) as (im)possibilidades de as partes identificarem os seus direitos e deveres – isto é, a dificuldade decorrente também de problemas econômicos, educacionais e culturais, especialmente por

parte significativa da população menos favorecida; e (iii) os problemas especiais dos interesses coletivos – o fato de se persistir em um modelo processual que esta tradicionalmente voltado à proteção de (certos) interesses individuais e não coletivos (Cappelletti, Garth, 1988).

Para lidar com esses entraves, eles propõem "soluções práticas" inspiradas, assumidamente, nas experiências ocidentais – que ficaram as quais denominaram como "ondas renovatórias" do acesso à justiça.

> [A] primeira 'onda' desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque kinclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (Cappelletti, Garth, 1988, p. 31).

Contudo, em que pese a importância histórica e prática do referido estudo, é preciso sinalizar quanto as suas limitações, em especial para que seja feita uma leitura dos problemas estruturais dos Sistemas de Justiça brasileiro e mexicano. Embora se possa observar que o México tenha participado do referido estudo, verifica-se não ter conseguido dar conta das múltiplas formas de marginalização criadas pela colonialidade que não se encerrou com a colonização do país, entre elas o racismo e o sexismo. Além disso, a linearidade destas "ondas" não encontra eco na realidade dos referidos países e tanto os entraves como as possíveis soluções para o acesso à justiça permanecem em constante debate nas duas sociedades.

2.1. O Acesso Coletivo à Justiça no Brasil em perspectiva crítica

O acesso à justiça, direito fundamental que leva à "apreciação" do Poder Judiciário, "lesão ou ameaça a direito" está garantido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, e assim ainda é tratado predominantemente no Brasil, como o direito de acesso ao Judiciário e não à

ordem jurídica justa como um todo. Esta concepção, contudo, não deve prevalecer, uma vez que o processo judicial não dá conta dos enormes entraves ao efetivo acesso à justiça, aos direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Neste sentido, José Geraldo de Sousa Júnior (2008, p.07) destaca que o conceito dominante (liberal e individualista) "de acesso mina possibilidades de participação popular na interpretação de direitos; esgota a porosidade entre ordenamentos jurídicos hegemônicos e contra-hegemônicos; constituídos e instituídos pela prática dos movimentos sociais" e convoca uma abordagem do acesso à justiça que procure "o direito no social" (2009, p.20), inserindo no nosso modelo de Justiça a ser acessada, a participação popular não estatizada e de natureza policêntrica.

A perspectiva de acesso à justiça que se reivindica, portanto, exige a recuperação da centralidade da experiência e da manifestação popular, para a construção do Direito e da Justiça, tomando o acesso como paradigma emergente de transformação social e de mobilização do direito como prática emancipatória.

Por isso, defende-se a concepção de acesso à justiça pela via dos direitos (Avritzer, Marona, Gomes, 2014), que pressupõe não apenas a igualdade formal ou o acesso ao Judiciário, mas também em outras duas dimensões: a da efetividade dos direitos, que, por sua vez, dependeria de conhecimento e informações acerca dos direitos garantidos, e de recursos dirigidos à uma instância instituída ou entidade capaz de reparar eventuais injustiças (ainda que não seja necessariamente o Poder Judiciário); e a dimensão da participação da população na conformação do próprio direito.

Com este paradigma, a tutela dos direitos coletivos apresenta-se como um eixo central (e estrutural) para a possibilitar a transformação social pelo acesso aos direitos. Como já destacou Eliane Botelho Junqueira (1996, p. 390), é, inclusive, essa a preocupação - a "necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso, tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro" - que impulsionou as primeiras pesquisas sobre o acesso à Justiça no Brasil no início dos anos 80.

> Na discussão sobre o acesso coletivo à justiça, por exemplo, o tema dos conflitos coletivos impõe-se em um primeiro momento em razão do crescente fenômeno das invasões urbanas e da incapacidade do Poder Judiciário de resolver os novos conflitos emergentes na sociedade brasileira. Discutiam-se então os vários entraves processuais, tais como o artigo 245 do Código de Processo Civil, que subtraía da apreciação do Poder judiciário qualquer pedido impossível segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o que, de fato, significava a impossibilidade de se lutar, na instância judicial, por novos direitos. Em um segundo momento, inicia-se a discussão sobre a garantia dos direitos difusos, que, então, ainda não contavam com a possibilidade criada em 1985 pela Lei nº 7.347, que disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico. (Junqueira, 1996, p. 398)[1]

O acesso coletivo à justiça explicita a natureza política dos debates relacionados ao acesso à justiça, como não poderia deixar de ser, contextualizando-o especialmente a partir da redemocratização do Brasil, de sua emergência advinda das falhas na implementação das políticas públicas de um enorme rol de direitos constitucionais fundamentais e das premissas democráticas, que não se concretizariam de imediato e que marcam uma reivindicação plural e coletiva por justiça, muito além do que o próprio Judiciário consegue efetivar.

A ampliação do acesso à justiça por grupos ou coletividades implica, portanto, não apenas na atualização do Poder Judiciário, como também no aperfeiçoamento democrático dos processos decisórios do Poder Executivo (Junqueira, 1996). Não se pode mais admitir que a concepção de justiça esteja vinculada à concepção individualista e liberal, pela qual apenas se reforça as (in)capacidades de ação dos órgãos judiciais e políticos, sem vinculação e oportunizacão da participação dos cidadãos afetados, os quais agregariam suas experiências e aprendizados com as lutas populares.

Acredita-se que o acesso coletivo à justiça pela via dos direitos poderia dar conta da enorme pluralidade de reivindicações que emanam

1 O texto utiliza referências do Código de Processo Civil de 1973.

da sociedade enquanto coletividade, reconhecendo as ausências que afastam o direito do dia-a-dia dos grupos mais vulnerabilizados, estabelecendo ligação entre as disputas individuais e os litígios coletivos estruturais. Tal ligação vem dividindo a sociedade e mobilizando fontes que dimensionam a memória jurídica das coletividades, especialmente as mais vulnerabilizadas, como a população negra, a de rua e a indígena, dentre as quais as histórias de vida, passadas por meio da oralidade e dos registros pessoais do grupo, podem desenhar suas necessidades e faltas.

Neste ponto, o acesso coletivo à justiça pela via dos direitos toma o "direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada", o que Santos (2011, p. 15) chama de "legalidade subalterna", isto é, justamente o deslocamento do senso comum jurídico da lógica individualista e liberal, para a prática das coletividades socialmente oprimidas ao recorrerem a "diferentes formas de direito como instrumento de oposição", inclusive através do litígio judicial.

2.2. O Acesso Coletivo à Justiça no México em perspectiva crítica

No México, o acesso à justiça é direito previsto no artigo 17 da Constituição, alterado sucessivas vezes desde 1917. Inicialmente, esse documento continha apenas um parágrafo que previa o direito de não ser preso por dívidas (de natureza estritamente civil) e, resumidamente, o direito de acesso aos tribunais e a proibição da autotutela e do exercício da violência para a reivindicação de direitos[2].

Em 1987 a Constituição Mexicana foi alterado pela primeira vez. Assim, foi estabelecido que as decisões dos tribunais deveriam ser emitidas "prontamente, completa e imparcial". Em 2008, foi alterado pela segunda vez para incorporar diversos parágrafos sobre diferentes temas: mecanismos consensuais de solução de controvérsias, modalidade de

2 "Art. 17.- Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales."

julgamentos em processos orais, independência dos juízes e execução de suas decisões, e defensoria pública, que estão preservadas até hoje.

E, apenas em 2010, inclui-se nesse documento o parágrafo 3º do artigo 17 para contemplar os procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos coletivos, exigindo regulamentação expressa por lei específica:

> *El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.* (México, 2023)

Dando efetividade à alteração, o Projeto de Lei que inseriu o Livro das Ações Coletivas no Código Federal de *Procedimientos Civiles* foi liderado por três pesquisadores e acadêmicos, são eles: Mestre Alberto Benítez Tiburcio, Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Antonio Gidi (esse último brasileiro e professor nos EUA), marcando principalmente a forte influência do processo coletivo brasileiro no arcabouço legislativo do México.

No entanto, é possível identificar antecedentes às ações coletivas "ordinárias" no México em questões trabalhistas, já que, desde 1931, *"se ejercían acciones por parte de los sindicatos, de la colación de la mayoría de los trabajadores y/o de los patronos para crear o modificar condiciones generales de trabajo"*; agrárias, desde 1962, amparadas pelo art. 107 da Constituição (reformada), para garantir aos núcleos de população comunitária *"reclamar el amparo en contra de actos de autoridad que les privaban de sus derechos colectivos"*; e de consumo, através das "Ações de Grupo"[3] criadas em 1976.

Esta referência histórica tem especial relação com a própria Carta mexicana de 1917 e as promessas de direitos sociais que a antecedem. E a alteração legislativa de regulamentação dos procedimentos de tutela coletiva no país apenas aconteceu em 2010, após alterações que já versavam

3 As ações de grupo buscam que um grupo de pessoas que sofreram danos em circunstâncias homogêneas em relação à mesma causa possa reivindicar a satisfação de seus interesses, mediante representação processual do Ministério Público federal do Consumidor (PROFECO) mediante mandato dos consumidores atingidos.

sobre o acesso à justiça dos grupos economicamente vulneráveis, a estruturação e adequação do Poder Judiciário e inclusão dos meios consensuais de solução de conflitos. Tais alterações marcam não só a inexistência de uma preocupação com o acesso coletivo à justiça, mas sim o pressuposto de sua capilaridade, sua essencialidade intrínseca à realidade mexicana.

Em perspectiva crítica, também se reivindica no México uma abordagem do acesso à justiça que vá além do estritamente jurisdicional, para conceber a garantia constitucional de acesso à justiça também como um instrumento de transformação. Nesse cenário, o acesso à justiça pela coletividade, no ordenamento jurídico mexicano não envolve apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas outros Poderes de Estado, como o Legislativo e o Executivo, e toca significativamente as políticas públicas e a legislação pela qual as necessidades e os direitos dos grupos são atendidos e assegurados (Álvarez, 2013).

Consequentemente, embora a legislação e Constituição mexicana de 1917 não abordem explicitamente os processos coletivos estruturais e/ou outras modalidades de litígio judicial com impacto social de transformação estrutural, é possível se encontrar subsídios para se afirmar sua existência tanto no campo da teoria jurídica, como na prática nesse contexto. E, consequentemente, também o uso do direito e do acesso coletivo à justiça como instrumento, não só capaz de chegar às coletividades promovendo a efetivação do direito e das políticas públicas de caráter social, como também trazer as coletividades para comporem o direito e construção das políticas públicas inerentes aos grupos vulneráveis.

3. LEGITIMIDADE PROCESSUAL E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NOS PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS NO BRASIL E NO MÉXICO

Por muito tempo, o Poder Judiciário não foi a principal instância de resolução de conflitos para a imensa maioria dos latino-americanos, pois era tido como ineficaz e extremamente dependente do Poder Executivo no que se refere à implementação das decisões estruturais e policêntricas, o que favorecia as maiorias sociais, em detrimento dos mais vulne-

ráveis. Por outro lado, o Poder Judiciário não deixou de ser uma instância legítima para a defesa dos direitos coletivos, especialmente aqueles que afetavam os direitos humanos (Falcão, 1989).

Nos últimos anos, e após alguns esforços de mobilização social em torno do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o Poder Judiciário começa a ganhar maior protagonismo e reconhecimento como instância não só de interpretação das leis postas, mas também de criação de direitos, embora a relação dos movimentos sociais com a Justiça institucionalizada – e este movimento de reconhecimento do Poder Judiciário como arena de luta política - não possa ser considerada homogênea ou linear (Cardoso, Fanti, 2013, p. 239).

> No entanto, mesmo em relação aos movimentos sociais com uma postura tradicionalmente mais reativa em relação ao direito, há uma tendência recente de também incorporar a linguagem do direito e, a partir das dificuldades de acesso ao espaço de disputa do Poder Judiciário, a agenda propositiva de direitos se transforma em uma agenda de reforma das instituições do direito, para que sejam mais permeáveis a essas demandas sociais. Isso porque a mera positivação de direitos não altera necessariamente o Judiciário que os aplica, tornando também o funcionamento deste Poder alvo da ação daqueles que trabalham com a linguagem de direitos. (Cardoso, Fanti, 2013, p. 240)

Assim, com diálogo e olhares nas experiências de outros países com maior trajetória de judicialização de demandas por parte da sociedade civil, especialmente nos EUA, o estudo sobre a mobilização do Direito pelos movimentos sociais ganha força também no Brasil, com o uso do litígio judicial para solucionar as demandas sociais, "não apenas como forma de se encontrar uma resolução judicial para elas, mas como meio de inscrever ou reinscrever determinado tema no debate público" (Cardoso, Fanti, 2013, p. 252).

Mas quem, então, pode ser considerado habilitado para promover tal debate ou reinserção? Se a legitimidade é a "qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz" (Dinamarco, 2002), aos processos que

versam sobre os direitos de coletividades impõem-se o desafio da correta designação de um representante do próprio grupo, quando não de toda a sociedade (Fornaciari, 2010, p. 70).

Tanto o Brasil quanto o México optaram por indicar *op legis* em suas respectivas legislações os entes com legitimidade para a representação ativa das coletividades nos processos coletivos. Porém, com grande influência da tradição norteamericana, "admite-se a possibilidade do controle judicial da representatividade adequada (*ope iudici*s), mesmo já diante da lei posta, pois o que se tem na lei é uma mera presunção de adequação, mas essa não é absoluta" (Fornaciari, 2010, p. 73).

3.1. A Representatividade Adequada nas Ações Coletivas no Direito Brasileiro

O rol dos legitimados coletivos ativos encontra-se, basicamente, nos artigos 5º da Lei de Ação Civil Pública e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, em relação ao processo coletivo comum, e no art. 103 da Constituição Federal de 1998 encontra-se a indicação desses em relação ao processo coletivo especial (ADI, ADC, ADCO, ADPF):

> art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I – o Ministério Público;
> II – a Defensoria Pública;
> III – a união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Brasil, 1985)
> art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
> I – o Ministério Público;
> II – a união, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

> III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;
> IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. (Brasil, 1990)
> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
> I - o Presidente da República;
> II - a Mesa do Senado Federal;
> III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
> IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
> V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
> VI - o Procurador-Geral da República;
> VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
> IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.(Brasil, 1988)

Em uma leitura rápida do rol de legitimados, é fácil perceber a priorização da representação processual coletiva através de entes públicos no Brasil. E, diante da ausência de previsão legal expressa acerca do controle de representatividade adequada, como a existente nos Estados Unidos da América, ou como no próprio México, como se vê na prática, esta adequação vem sendo objeto de controle judicial.

Entretanto, no direito brasileiro, este controle de adequação da representação coletiva só se realiza quanto ao controle de constitucionalidade, frente ao processo coletivo especial, voltado aos legitimados de direito privado e aqueles indicados na própria Constituição da República de 1998 (art. 103, I à IX), diante da exigência de pertinência temática, isto é, a existência de relação entre a natureza do referido ator social 'legitimado" para a propositura da ação e o objeto de discussão judicial na ação de controle de constitucionalidade.

No campo do processo coletivo comum, diferentemente, não existe regra expressa nesse sentido, ainda assim, espera-se que a indica-

ção de tais entes tenha se relacionado com critérios, "como seriedade, aptidão e atuação na defesa dos direitos coletivos" (Fornaciari, 2010, p. 59). Isso porque o Brasil adota um modelo de processo coletivo representativo, ou seja, um terceiro que não titulariza o direito material tutelado, ou, pelo menos, não a sua integralidade, é legitimado por lei, identificado como legitimado ativo extraordinário, à tutela processual daquele direito coletivamente processado.

E é justamente essa estrutura representativa que gera questionamentos sobre a compatibilidade do processo coletivo com a participação dos afetados ou titulares do direito material discutido, participação identificada como pressuposto do devido processo legal coletivo (Vitorelli, 2018). Dessa forma, no processo coletivo comum, tudo acontece – a citação, a oitiva, a defesa, a colheita de provas e etc, na pessoa de um representante da coletividade (Gidi, 2002), sem que, contudo, haja previsão de controle da adequação dessa representação.

Essa ausência de previsão legal, como se defende, não é impedimento ao efetivo controle, seja porque não se pode haver presunção absoluta da representação adequada (ainda que essa presunção absoluta pudesse ser deduzidas das atribuições constitucionais de algum dos entes legitimados, tais como do Ministério Público e a Defensoria Pública), apenas em razão da previsão legal desses legitimados, ou em razão do já citado devido processo legal coletivo. Destarte, importa outrossim se aferir frequentemente a pertinência temática no caso da atuação das Associações em defesa de seus associados, e em conformidade com o art. 5º, inc. XXI da CR/88. No campo dos legitimados privados, e para compreender o espaço da participação dos afetados pela tutela de seus direitos, por meio de um processo coletivo, o tema da representação dos titulares dos direitos coletivamente processados, é extremamente relevante. Por isso, busca-se demonstrar essa pertinência, "não como uma simples referência ao estatuto social de uma dada associação, mas como um verdadeiro vínculo entre a atividade de representação da entidade legitimada com o próprio objeto da ação que move" (Pontes, 2021, p. 67).

Pode-se verificar, portanto, que o modelo brasileiro, na prática, privilegia os legitimados públicos, enquanto os privados poderiam ser

compreendidos como mais próximos dos membros do grupo de associados, composto pelos titulares dos direitos envolvidos, mais capazes, possivelmente, de representar os interesses dos sujeitos ausentes (Gidi, 2002) no processo coletivo. Se faz necessário, pois, que o processo coletivo considere as relações entre o grupo titular substituído e o legitimado ativo que o representa por meio de um processo coletivo, e também internamente as relações entre os membros do grupo, ainda que, tecnicamente pelo regramento processual brasileiro, tais questões sejam elementares ao processo tradicional, em defesa de direito individual.

Chama atenção, por fim, o fato de o direito brasileiro não admitir representação direta de interesses, ou seja, não habilita os próprios titulares dos direitos ou interesses coletivos em jogo a atuarem diretamente em sua defesa, em regra. Este regramento acaba por dificultar o acesso coletivo à justiça pela via dos direitos, à medida que cria barreiras burocráticas não só à participação dos grupos no processo e na conformação do direito, como também à própria cultura jurídica de tutela coletiva de direitos. Torna-se necessário, nesse caso, que se promovam audiências públicas, consulta constante e incentivo à participação dos afetados durante a construção das decisões advindas de processos coletivos, sem, contudo, haver uma obrigação expressa no campo legal para tanto.

3.2 . A Representatividade Adequada nas Ações Coletivas no Direito Mexicano

O modelo mexicano de processo coletivo, de estruturação mais recente que o brasileiro, datada de 2010, não só confere maior destaque à representação dos grupos pelo direito privado como pelos próprios grupos, como ainda prevê expressamente o controle de adequação da representatividade, mantendo, porém, este controle aos entes privados, como se pode compreender do texto adicionado *Código Federal de Procedimientos Civiles*:

> *ARTICULO 585.- Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas:*

> *I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia;*
> *II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros;*
> *III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y*
> *IV. El Fiscal General de la República.*
> *ARTICULO 586.- La representación a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior, deberá ser adecuada. Se considera representación adecuada:*
> *I. Actuar con diligencia, pericia y buena fe en la defensa de los intereses de la colectividad en el juicio;*
> *II.No encontrarse en situaciones de conflicto de interés con sus representados respecto de las actividades que realiza;*
> *III.No promover o haber promovido de manera reiterada acciones difusas, colectivas o individuales homogéneas frívolas o temerarias;*
> *IV. No promover una acción difusa, colectiva en sentido estricto o individual homogénea con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos, y*
> *V. No haberse conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones colectivas previas, en los términos del Código Civil Federal.*
> *La representación de la colectividad en el juicio se considera de interés público. El juez deberá vigilar de oficio que dicha representación sea adecuada durante la substanciación del processo(...)* (México, 2011)

Diferentemente do modelo brasileiro, o do México autoriza a representação processual dos direitos coletivos por um representante de coletividade formada por pelo menos 30 (trinta) membros - número que, além de criticado, vem sendo também flexibilizado na prática mexicana – e também por associações civis sem fins lucrativos, constituídas a mais de um ano e cujo objeto social inclua a promoção ou defesa dos direitos e interesses tutelados. Há, portanto, aqui, não apenas a representação do grupo por um de seus integrantes, isto é, uma pessoa com direta relação com os

interesses envolvidos, mas também o controle de pertinência temática aos representantes de direito privado que não resguardam essa natureza.

Além disso, em seus incisos, o Código de Procedimentos Civis do México também inclui, no âmbito da aferição da adequada representação processual coletiva, elementos relacionados à aptidão e desempenho técnico na atuação na defesa dos direitos coletivos a serem aferidos no processo pelo juiz, justamente por considerar, expressamente que "a representação da coletividade em juízo é de interesse público".

Portanto, no México, vislumbra-se um ordenamento jurídico comprometido com a transformação social contínua contribuindo para tanto as demandas sociais coletivas, que, para além de dar conta de demandas individuais relacionadas a direitos sociais, também garantem o acesso efetivo à justiça a demandas que, caso não comportassem a tutela coletiva, dificilmente poderiam ser protegidas pelos tribunais, e assim também possivelmente não seriam efetivada no plano das políticas públicas do Estado (Soulé, 2022).

A peculiaridade da tutela coletiva no México, no entanto, está no fato de que, além das denominadas *acciones colectivas*, disciplinadas expressamente pelo regramento processual, há ainda um processo coletivo de valor histórico que, embora nem sempre destinado a esta finalidade passou, a partir de 2011, a expressamente ter aplicação aos direitos das coletividades e a cumprir, consequentemente, também este papel: é o denominado *juicio de amparo*.

Com previsão constitucional desde 1847, o *juicio de amparo* é o remédio processual mexicano cabível sempre que houver uma lesão a interesses e direitos garantidos. Dessa forma, esse instituto jurídico se consolidou como a mais importante ferramenta processual do direito mexicano, cuja finalidade principal é proteger violações de Direitos Humanos (Soulé, 2022). Originariamente, a finalidade do amparo seria apenas a de controle da constitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público, limitado aos direitos individuais. Contudo, é admitido pela jurisprudência mexicana da atualidade e para o controle da legalidade dos atos das autoridades em geral, inclusive das autoridades judiciárias.

Neste procedimento, pelo pressuposto da violação pessoal e direta, não é necessária a presença do advogado, sendo admitida a representação direta, em procedimento bastante simples, que se inicia virtualmente, norteada pelo princípio do estrito direito, de forma ampla – e não limitada a determinados direitos, como no caso das ações coletivas, que só poderiam se relacionar a questões de consumo de bens e serviços públicos e privados e meio ambiente.

No entanto, embora amplo e pretensamente acessível, em razão do princípio da relatividade das sentenças proferidas neste tipo de procedimento, isto é, a limitação de seus efeitos às partes atingidas (SCJN, 2014), verifica-se que o *juicio de amparo* pode não servir a determinados tipos de processos, no caso daqueles que envolvam estruturas estatais amplas, como os que passam pelo Executivo, Legislativo, ou pelas políticas públicas de maneira geral.

Com isso, embora o México possua, por um lado, um procedimento com representação direta de direitos coletivos em perspectiva ampla, o *juicio de amparo*, e, por outro, procedimento especial de tutela de direitos coletivos, as *acciones colectivas*, na prática, ambos os caminhos apresentam suas incompletudes. O primeiro por estar inserido em uma perspectiva que limita as decisões tomadas às partes do processo e o segundo por limitar as decisões ao conteúdo dos direitos materiais envolvidos – consumo de bens e serviços públicos ou privados e meio ambiente.

Some-se isso ao fato de não haver, ainda, no México, assim como no Brasil, uma cultura jurídica enraizada na população e nem mesmo de forma consolidada nos movimentos sociais, tendo-se que em ambos os países, apesar das diferenças existentes, esses compartilham muitos dos desafios ao verdadeiro acesso coletivo à justiça, especialmente quanto à necessidade de participação direta da população na construção das decisões referentes aos seus direitos e garantias fundamentais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A simples afirmação da igualdade formal de acesso ao Judiciário não é capaz de potencializar a participação da sociedade civil nas ins-

tâncias de reivindicação de direitos e de justiça, tampouco de promover mudanças estruturais no seio social. É preciso, portanto, pensar o acesso à justiça para além da concepção liberal e individual, reconhecer as ausências e emergências produzidas pelos movimentos sociais e pelas organizações da sociedade civil na conformação dos direitos e das próprias instituições do Sistema de Justiça, estabelecendo ligação entre as disputas individuais e os conflitos coletivos, que acaba por dividir a sociedade, em especial no que se refere aos litígios estruturais, que têm natureza policêntrica e complexa.

Conclui-se que, sob o enfoque positivo e se bem articulado, o processo coletivo estrutural pode se apresentar, como um possível instrumento de transformação social, a depender da forma como é organizado, recebido, processado e aplicado na prática da mobilização judicial do Direito. Embora indubitavelmente limitado, este método de abordagem de litígios complexos vem ganhando destaque e potencialidade nos últimos anos no Brasil e no México, mesmo sem previsão ou detalhamento expresso no ordenamento jurídico de cada um desses países, carecendo ainda diferenciá-los da concepção mais tradicional de processo coletivo comum.

Constatou-se haver necessidade de se enfrentar muitas barreiras ao desenvolvimento pleno de um processo coletivo estrutural em ambos os ordenamentos jurídicos analisados, até que esse instrumento esteja apto a promover as transformações sociais necessárias, resguardando-se o poder e a participação popular em seu bojo.

Nestes países, em que pese a reivindicação de uma concepção de acesso coletivo à justiça, que não se limite ao Poder Judiciário, vislumbra-se a ausência de práticas coletivas populares e subalternas que se aproximem da convocação dos poderes institucionalizados, à transformação das estruturas estatais. O que se verifica no instrumento do processo coletivo, especialmente no que toca aos aspectos da adequada representação dos afetados por decisões proferidas em juízo é que estas ainda estão muito ancorados em uma concepção liberal clássica e, por vezes, individualista do acesso à justiça.

Assim, embora ambos os países deem tratamento jurídico diferente ao aspecto representativo dos direitos e interesses individuais coletiva-

mente tutelados no âmbito judicial, e à própria legitimidade ativa para as ações coletivas, percebe-se que os principais entraves à efetiva participação da coletividade afetada pelo processo coletivo estrutural, o qual tem por objetivo as transformações sociais de ordem estrutural, está ancorado justamente em obstáculos ao acesso à justiça pela via dos direitos, em sua concepção ampliada. Enfim, essa forma diferenciada e ampliada de acesso à justiça, seria aquela capaz de construir e atingir a conformação de uma cultura jurídica voltada aos objetivos maiores de informar, encorajar e conclamar a sociedade à sua participar individual ou coletiva nos grupos sociais organizados e comprometidos com a Justiça Social.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 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 (vetado) e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1985.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Evorah; FANTI, Fabíola. Movimentos sociais e direito: o poder Judiciário em disputa. In: SILVA; RODRIGUEZ. Manual de Sociologia Jurídica. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237-254.

CARDOSO, Evorah. Pretérito imperfeito da advocacia pela transformação social. Revista Direito e Práxis, v. 10, p. 543-570, 2019.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Democratização e serviços legais. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direito e justiça: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989, p. 145-158.

FORNACIARI. Flávia Hellmeister Clito. Representatividade Adequada nos Processos Coletivos. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, 2010.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo, São Paulo, v. 108, n. 61, pp. 61-70, Out-dez, 2002.

GLOPPEN, Siri. Courts and Social Transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; ROUX, Theunis; DOMINGO, Pilar (orgs.). Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor? Burlington: Ashgate, 2006, pp. 35-59.

GONZALES MORALES, Felipe, "La enseñanza clínica en Derechos Humanos e interés público en Sudamérica", en Memorias del Seminario Internacional "Educación en Derechos Humanos", México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006, 315-348.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. "Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo". Estudos Históricos. V. 18, 1996, pp. 389-402.

MÉXICO. [Constituição (1917)]. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 2023. Disponível em <http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CPM/DRII/normateca/nacional/CPEUM.pdf> Acesso em 14 out 2023.

MÉXICO. DECRETO por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. México, 2011. Disponível em <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lpdusf/LPDUSF_ref08_30ago11.pdf> Acesso em 14 out 2023.

PONTES, Vitória de Sousa. Os Critérios de Verificação da Representatividade Adequada e a Prática do Modelo Representativo Brasileiro. Revista ANNEP de Direito Processual Vol 2, No. 2, Art 92, 2021

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça – 3. ed. – São Paulo: Costez, 2011.

SOULÉ, Hugo Carrasco. Análises compparativo sobre los processos colectivos regulados en Mexico a nivel federal en CFPC y los que se encuentran contemplanos en el Codigo Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. In: Coletânea do VI Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis : Vol. 2 / organização Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal, Handel Martins Dias. – São Paulo : Editora Dialética, 2022

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. Por uma concepção alargada do acesso à justiça. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 1-14, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/223/212>. Acesso em: 01.09.2020

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de et al. Observatório do Judiciário. Série Pensando o Direito nº 15/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo, São Paulo, v. 284, pp. 333-369, Out. 2018.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

O PROCESSO ESTRUTURAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Edilson Vitorelli

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o debate acadêmico do processo coletivo brasileiro debruçou-se, com afinco, sobre o processo estrutural, suas virtudes, características e desafios no nosso sistema. Seja em razão da qualidade do pensamento jurídico que o Brasil vem produzindo, nos últimos anos, seja pela existência de muitos litígios estruturais não solucionados em outras esferas de poder, o país desenvolveu teoria e prática que superam mesmo os Estados Unidos, local onde a discussão se iniciou[1].

Embora fosse natural que os casos de processos estruturais demorassem a chegar ao Supremo Tribunal Federal, dada a lentidão inerente ao sistema recursal, esse percurso acabou sendo abreviado pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A plasticidade dessa ação, cujos pressupostos de admissibilidade autorizam ampla margem de argumentação por parte do tribunal, seja para conhecer, seja para não conhecer do pedido, fez com que haja ADPFs sobre quase tudo, desde a impugnação de atos bastante específicos e pontuais, como acordos homologados por outros juízos, até questões de amplo alcance social e político, tais como as mudanças climáticas e a situação dos presídios.

As ADPFs, com isso, fizeram com que o Supremo Tribunal Federal mergulhasse em grandes problemas jurídicos e sociais, bem como

1 Há dezenas de obras específicas sobre processo estrutural publicadas no país, as quais estão citadas em VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural; teoria e prática. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2024.

em discussões fáticas das mais complicadas. Os litígios que o tribunal passa a processar, nesse novo perfil de demandas, nem de longe lembram as ações de controle abstrato de constitucionalidade de vinte anos atrás.

Este artigo analisa uma parte dessa experiência que, como se verá, tem altos e baixos. O recorte feito aqui é o das ocasiões em que o tribunal optou por dar condução estrutural a ADPFs, buscando, com isso, a resolução prospectiva e gradual de um litígio coletivo de considerável alcance social, para cuja solução a reordenação de uma estrutural (instituição, política pública, empresa ou organização) é o instrumento que se mostra mais apropriado ou, no mínimo, alvissareiro, para assegurar resultados significativos e duradouros.

Antes mesmo que o processo estrutural fosse teorizado, no país, diversos juízes e membros do Ministério Público aplicaram, intuitivamente, as suas técnicas. A expansão do arcabouço teórico, no entanto, permitiu que a experiência se expandisse e avançasse com mais solidez. O Supremo Tribunal, ao acolher esse pensamento, inclusive com referências expressas à doutrina nacional, é, a um só tempo, tributário dessa evolução e condutor dela, na medida em que suas decisões passam a inspirar outros juízos.

2. O CASO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

O primeiro e talvez mais conhecido exemplo de ADPF estrutural é o da de número 347, proposta pelo PSOL. Os pedidos dessa ação incluem um pleito explicitamente estrutural, nos seguintes termos:

> Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional ("Plano Nacional") visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos.
>
> O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (ii) diminuição

> do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.
>
> O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.

O pedido, como facilmente se nota, tem caráter excessivamente abrangente e de difícil realização[2]. Porém, não há como negar o propósito estrutural da pretensão transcrita. Pretende-se a elaboração de um plano para, ao longo do tempo, intervir sobre vários aspectos delicados do sistema carcerário brasileiro.

A medida cautelar na ADPF foi concedida pelo plenário do STF, apenas para determinar a realização de audiências de custódia de presos (medida também estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, em

2 Esse excesso foi destacado, inclusive, pela então Vice-Procuradora-Geral da República, Ela Wiecko, que afirmou, em sustentação oral: "as medidas cautelares pleiteadas são muito abrangentes e generalizadas. Segundo a vice-procuradora, o Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária exige o cumprimento de regras no sistema prisional nacional que não são observadas pelos estados. 'Simplesmente descontingenciar, deixar uma liberdade total para os estados, significa abrir a porta para o descomprometimento com a obediência a essas normas e tornar esse estado de coisas ainda mais inconstitucional'". Assessoria de Imprensa do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600. Acesso em: 17/03/2020.

maior extensão que a definida pelo STF) e "para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos". A decisão, tomada em setembro de 2015, não definiu qualquer plano nacional ou sequer tocou nos pontos principais enfocados pela ADPF.

Do ponto de vista simbólico, como mecanismo para chamar a atenção para o problema, a ADPF funcionou muito bem, embora não exatamente para o objeto material do conflito, mas sim sobre a técnica de declaração de um "estado de coisas inconstitucional"[3]. Livros inteiros foram escritos sobre o assunto e os novos horizontes abertos pela decisão do STF.[4] Do ponto de vista estrutural, todavia, nada se fez.[5]

3 A primeira referência de que se tem notícia, relativamente ao estado de coisas inconstitucional, deriva da Sentencia de Unificación SU-559, adotada pela Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, relativamente à omissão de entes públicos locais, no que tange à filiação de professores a um fundo de prestações sociais. Posteriormente, a Corte também reconheceu o estado de coisas inconstitucional em casos que ficaram muito conhecidos: a Sentencia T-025/2004, o definiu no caso dos deslocamentos forçados de pessoas vitimadas pela guerrilha. Sobre o assunto, ver OSUNA, Néstor. Las Sentencias Estructurales: Tres Ejemplos de Colombia. *In*: BAZÁN, Victor (Org.). *Justicia Constitucional e Derechos Fundamentales*: La protección de los Derechos Sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá: Konrad-Adenauer, 2016. p. 91-116.

4 Por exemplo, CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016. A obra tem prefácio do próprio Ministro Relator, de quem o autor foi assessor. O autor já alertava para o risco de ineficácia da decisão, tratado a seguir, se o STF não adotasse uma postura de acompanhamento das providências para o cumprimento da decisão, o que, de fato, não ocorreu. O STF parece ter realizado a profecia de Campos (cit., p. 318), que afirma: "para transformar instituições em mau funcionamento, o STF precisa, primeiro, preparar-se para não se juntar a esse grupo de instituições". Ver também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: Transformações no Diagnóstico das Violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, ano 18, n. 18, p. 130-159, jan./dez. 2015.

5 À mesma conclusão chegou MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019. Afirma o autor: "A decisão do STF na ADPF 347 é inconsistente na caracterização dos pres-

Nos anos transcorridos desde a medida, apenas providências de menor importância foram determinadas nos autos. *Amici curiae*, tais como Defensorias Públicas, foram admitidos, mas não formularam qualquer manifestação. Alguns presos tentaram obter benefícios pessoais, peticionando diretamente nos autos da ADPF. Todos os pedidos foram indeferidos. Houve alguns debates acerca da liberação ou não de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para alguns estados, como foi o caso do Ceará. Todos eles, inconclusivos.

De modo geral, a execução orçamentária do FUNPEN parece ter sido influenciada pela decisão. Em 2016, logo após a decisão, o Fundo repassou para os estados, em transferências diretas (fundo a fundo), R$ 1,209 bilhão. No entanto, em 2017, o montante caiu para R$ 590 milhões e, em 2018, ficou no módico valor de R$ 61 milhões. Ainda que esse feito prático exista, a verdade é que a situação do sistema prisional brasileiro não parece ter melhorado nos últimos anos. Talvez o mais provável é que venha se deteriorando ainda mais. O próprio então presidente do STF, Dias Toffoli, afirmou, em um evento promovido pelo CNJ, que não há "respostas 'simplistas' a problemas complexos, como a situação do sistema prisional brasileiro. Não há caminho para a superação do 'estado de coisas inconstitucional' do sistema prisional senão pela compreensão do caráter estrutural da crise que enfrentamos. Só seremos capazes de promover mudanças efetivas quando as soluções forem capazes de atacar as raízes dos nossos problemas".[6]

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pela parcial procedência da ADPF, em setembro de 2019. O parecer trata longamente sobre a possibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas, bem como da não superposição dos pedidos da ADPF com o Plano Nacional de Segurança Pública, uma vez que este:

> supostos que justificariam a declaração de um ECI, as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático de coisas por meio do Direito é posta em dúvida".

6 Disponível em: https://tudorondonia.com/noticias/toffoli-defende-conhecimento--para-debater-crise-prisional,45036.shtml. Acesso em: 17/03/2020.

> [...] limita-se a enunciar, de forma genérica e sem detalhamento, promessas e metas relativas à segurança pública em geral, como redução de homicídios, feminicídios e violência contra a mulher, combate à criminalidade organizada e, finalmente, racionalização e modernização do sistema penitenciário. Não traz dados nem aponta medidas concretas e específicas, cronogramas de ação estatal, fontes de investimentos a serem implementados etc.

Como se percebe, embora a pretensão inicial da ADPF 347 tenha sido elaborada para permitir a condução do processo de maneira estrutural, o STF não se organizou para tanto e nenhuma medida com esse caráter veio a ser determinada.

Em outubro de 2023, o julgamento da ADPF foi finalmente concluído e o Tribunal, por unanimidade, confirmou a violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro. Como o ministro Marco Aurélio já estava aposentado, coube ao Ministro Barroso a elaboração de um voto que pretende dar caráter estrutural ao desenvolvimento desse caso. Ele determinou 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, no prazo de seis meses, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

Resta saber se o Supremo Tribunal Federal, a partir dessa decisão, conduzirá ou não o caso de maneira estrutural, ou seja, avaliará os planos apresentados, acompanhará o seu desenvolvimento e determinará medidas para o seu cumprimento, se necessário. A questão prisional é muito complexa e mesmo países ricos, como os Estados Unidos, têm tido dificuldades de chegar a soluções apropriadas.

A questão prisional ainda mereceu a atenção do STF no julgamento do HC 143.641, em que se admitiu a figura do *habeas corpus* coletivo, para beneficiar "todas as mulheres submetidas à prisão cautelar

no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças". Embora o voto do relator, Ministro Lewandowski, contenha 14 referências a "problemas estruturais" de acesso à justiça, de cultura do encarceramento em massa, de falta de instalações para atender a presas gestantes ou mães, o Supremo Tribunal Federal contentou-se em dar uma ordem genérica para que os juízes de execução criminal reavaliassem a situação das presas. Como o pedido da impetração foi feito de modo totalmente genérico, apontando como autoridades coatoras todos os juízes e tribunais com competência criminal no país, o STF acabou também emitindo uma decisão genérica, dependente da conduta dos mesmos juízes supostamente coatores.

Com isso, a decisão torna-se não mais que uma exortação ao cumprimento daquilo que já consta da Lei 13.257/2016. O Supremo Tribunal Federal não adotou medidas para resolver os problemas estruturais por ele mesmo identificados, nem para acompanhar o cumprimento da ordem que emitiu. Pelo contrário, o STF inadmitiu reclamações que pretendiam apontar o descumprimento da decisão,[7] determinando que elas deveriam seguir pelas vias recursais tradicionais. Diversos outros pedidos foram aviados nos próprios autos do HC 143.641, todos eles indeferidos pelo relator que, ao final, proferiu a seguinte decisão: "O direito é mais efetivo quando aplicado de forma gradual. Do contrário, ele pode despertar resistências que, ao fim e ao cabo, podem inviabilizar as conquistas alcançadas. Este *habeas corpus* coletivo cumpriu sua função,

7 "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA RECLAMAÇÃO. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. MÃE DE MENORES DE DOZE ANOS. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO QUE DECIDIDO NO HABEAS CORPUS N. 143.641: NÃO CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO." Rcl 37843 ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 15/04/2020, DJe-123 18/05/2020. Além desse acórdão, a pesquisa de jurisprudência do STF retorna 107 decisões monocráticas relacionadas ao caso. Nenhuma delas foi conhecida enquanto tal, embora, em algumas, o relator tenha concedido *habeas corpus* de ofício, para determinar a conversão da prisão. Não houve, em qualquer delas, esforço para a correção da situação estrutural identificada.

dentro dos limites e das inovações que a lei ampara. Assim, determino o arquivamento dos autos".[8] Os autos foram baixados ao arquivo, um mês depois. Assim, por mais que o voto do relator aponte o diagnóstico de problemas estruturais, o STF não atuou para que o litígio estrutural tivesse encaminhamento.

Por outro lado, em momento subsequente, a mesma 2ª Turma concedeu a ordem no *Habeas Corpus* Coletivo 165.704, em termos similares, para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de todos os presos do sexo masculino que ostentem a condição de pais e/ou responsáveis por crianças menores de 12 (doze) anos ou pessoas com deficiência. No entanto, nesse segundo caso, o Min. Gilmar Mendes decidiu fazer um acompanhamento estrutural da efetividade da decisão, já em execução. Ele determinou a realização de audiência pública e de audiências de seguimento. Em decisão de 13 de junho de 2022, o Min. Gilmar Mendes afirmou que "Conforme mencionado nas decisões anteriores, entendo que o presente habeas corpus coletivo possui inegável dimensão estrutural, uma vez que busca corrigir falhas estruturais e institucionais na implementação da regra da prisão domiciliar estabelecida pelo legislador para os pais ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência (art. 318, II e VI, do CPP). Nesses casos, entende-se que deve ser adotado um modelo judicial aberto e dialógico com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento dos graves problemas de política judiciária que violam os direitos das pessoas presas e de seus dependentes". O caráter estrutural do conflito foi, portanto, reiterada e expressamente reconhecido pelo Ministro.

Outro caso interessante, cujo desenrolar é razoavelmente similar ao do sistema penitenciário, é a ADPF 655, proposta pela Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital, no início de 2020, com o propósito de "declarar que a regressividade do sistema tributário brasileiro viola os preceitos fundamentais de redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, CF/88) e construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, CF/88)". Em consequência dessa declaração, a inicial requer que o tribunal determine ao Poder Executivo e ao Legislativo, "em seis meses, a elaboração

8 Decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski, em 13/04/2020.

de proposta de reforma tributária com vistas a corrigir a regressividade do sistema tributário brasileiro, cuja comprovação dependerá de relatório estimativo da Receita Federal indicando a progressividade da estrutura da carga tributária, por tributo e total, por 0,2 percentil de renda (padrões já usados em relatórios)". Além da apresentação da proposta, o autor pretende que o Senado Federal, "com fundamento no artigo 52, XV da CF/88, de todos os gastos tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seis meses, tendo como parâmetros impacto extrafiscal almejado e a regressividade do sistema tributário brasileiro, com a emissão de respectivo relatório indicando quais devem ser mantidas e quais devem ser extintas". Com a apresentação desse relatório e da proposta de reforma, o autor da ADPF requer que "seja mantida a jurisdição, por este E. Supremo Tribunal Federal, após o acórdão decisório e durante o prazo estabelecido para implementação das medidas constantes no pedido b) acima, para acompanhamento da implementação das medidas exigidas para sanar a lesividade a preceitos fundamentais".

A linguagem dessa passagem final deixa transparecer o caráter estrutural da pretensão, denotando que o STF deveria acompanhar o seu desenvolvimento, ao longo do tempo. A demanda é bastante ousada, uma vez que, se julgada procedente, estabeleceria uma rotina de reavaliação, pelo Poder Judiciário, de todo o sistema tributário nacional. A ação foi distribuída para a Ministra Cármen Lúcia e nenhuma medida específica foi tomada apesar do teor do pedido.

Esses exemplos permitem afirmar que, até meados de 2020, ainda que fossem formulados pedidos estruturais em ADPF, o Supremo Tribunal Federal não tinha se organizado para conduzir essas ações com o uso de técnicas estruturais. Isso só mudaria com a pandemia de COVID-19 e as ADPFs 709 e 742.

3. O CASO DA PANDEMIA DE COVID-19 ENTRE AS POPULAÇÕES TRADICIONAIS

A realidade antes descrita mudou a partir da atuação do Ministro Roberto Barroso, na ADPF 709. Os partidos políticos autores narraram

uma série de condutas comissivas e omissivas, praticadas pelo governo federal, no contexto da pandemia de COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas[9], em violação às garantias constitucionais da pessoa humana em geral e, especificamente, às dirigidas aos índios (art. 231, da Constituição). Dentre os pedidos formulados, além de algumas medidas com efeito imediato, constou um pleito de cunho estrutural, no sentido de que fosse determinada a elaboração de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros.

O Ministro Barroso, fazendo diversas referências à Convenção 169 da OIT, Convenção Internacional incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto 5.051/2004[10], deferiu o pedido de tutela provisória, ressaltando a necessidade de que as políticas públicas em benefícios dos povos indígenas sejam construídas a partir de um "diálogo institucional

9 Sobre o assunto, ver VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio. 4.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

10 Esse Decreto foi consolidado, posteriormente, no Decreto 10.088/2019, que consolidou os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Não houve, todavia, alteração de conteúdo normativo. A Convenção 169 estabelece diversos direitos para os povos indígenas, destacando-se como objetivos gerais aqueles que constam do art. 2º:

"1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida".

e intercultural". Por essa razão, determinou à União a formulação, em 30 dias, de:

> [...] um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do CNDH e de representantes das comunidades indígenas, bem como com apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, desde que, aceito o encargo, desempenhem a tarefa como consultores ad hoc. A execução do plano deverá ser monitorada por todos os referidos atores em conjunto. Caberá à União avaliar as demais autoridades e órgãos a serem envolvidos na tarefa. O plano deverá ser trazido à homologação deste juízo, quando eventuais pontos de divergência serão apreciados.

A decisão determina, portanto, uma medida de caráter estrutural, com o desenvolvimento de um plano, pelo próprio réu, que leve em conta a necessidade de diálogo com os membros do grupo e com as instituições que detêm o conhecimento técnico sobre o assunto. A partir dela, criou-se uma sala de situação para o monitoramento da COVID-19 entre os povos indígenas, sob a supervisão direta do Ministro. Diante disso, o STF reconheceu o caráter policêntrico do litígio, ampliou a participação, determinou a elaboração de um plano de reestruturação e vem fazendo o seu acompanhamento, para permitir uma transformação social significativa.

Cabe ressaltar que o empenho e a agilidade do ministro relator na tramitação da ADPF 709 foram fatores positivos para imprimir caráter estrutural ao processo. O ajuizamento ocorreu em 1.7.2020 e a liminar deferida parcialmente em 8.7.2020, *ad referendum* do plenário. Nessa decisão, elaborada em 7 dias, já consta a determinação para que a União "formule, no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do CNDH e de representantes das comunidades indígenas", bem como para que fosse criada a sala de situação, além de diversas outras medidas de cunho material, como a instalação de barreiras sanitárias.

A liminar foi incluída na pauta do plenário em 14.7.20. Ainda ao longo do mês de julho, o ministro Barroso proferiu outras quatro de-

cisões monocráticas. Em 3 de agosto o plenário iniciou o julgamento da liminar, concluído em 5 de agosto. Pouco mais de um mês, mês este em que o STF está em recesso.

Ao longo de 2020, ainda foram proferidas dez decisões monocráticas, uma decisão colegiada e um acórdão pelo STF, além de diversos despachos e petições juntadas. Do acórdão, constaram as seguintes providências:

> III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO: 1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 2. Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos: (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB; (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo; (iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo; (iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo. III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL 1. Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato. 2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. 3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral. 4. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19

> para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições: (i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo; (ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato; (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos.

Como se percebe, o STF não apenas determinou a elaboração de um plano, mas também estabeleceu medidas concretas, parâmetros mínimos e autoridades que deveriam participar da condução da crise. Pode-se afirmar, por esse motivo, que a ADPF 709 é o primeiro exemplo de processo verdadeiramente estrutural, conduzido pelo Supremo Tribunal Federal. A Ministra Rosa Weber expressamente o afirmou, na p. 6 de seu voto.

Por ocasião da apreciação do plano submetido pela União, o Ministro Barroso, colhendo elementos das manifestações das partes, recusou alguns de seus pontos, definindo, por exemplo, que o critério da maior vulnerabilidade deveria predominar para definição das prioridades de atendimento e reduzindo um prazo que havia sido requerido para dezembro de 2020 em dois meses. Ao final dessa decisão, o Ministro Barroso faz duas importantes considerações, que são em tudo aplicáveis aos processos estruturais, de maneira geral, não apenas a este caso. Não se deve buscar um plano perfeito, ao mesmo tempo que o seu desenvolvimento e implementação precisam ocorrer como um esforço coletivo:

> 14. Por fim, é importante assinalar que se busca, neste feito, implementar medidas de altíssimo nível de complexidade, que demandam, como visto acima, detalhamento, atuação de diversos níveis

> federativos e um universo amplíssimo de órgãos e agentes estatais. Há, ainda, ao que tudo indica, uma situação de considerável precariedade das estruturas voltadas à tutela dos direitos dos povos indígenas, o que dificulta tais providências. Entretanto, a pandemia está em curso e é preciso tomar medidas imediatas e concretas que salvem vidas. Isso significa que não há tempo para buscar um plano perfeito. É preciso trabalhar com o plano possível.
> 15. Está claro, ainda, que a União tem de gerenciar recursos escassos e limitados de pessoal, equipamentos e materiais, o que pode ensejar uma atuação que não seja aquela que se considera a ideal. Isso significa, portanto, que, guardados determinados limites, será preciso trabalhar com os elementos de que se dispõe e com o apoio das diversas comunidades indígenas envolvidas. Para atender à situação de urgência, e desde que observados os princípios da precaução e da prevenção, os planos deverão ser aperfeiçoados no curso de sua implantação. Trata-se de um esforço coletivo – inevitavelmente imperfeito – justificado pela situação de grande adversidade e de grave risco à saúde dos indígenas.

Apesar de todos os seus méritos, o caso passou a enfrentar algumas dificuldades. Em dezembro de 2020, por exemplo, o Ministro relator determinou "a intimação da União para no prazo de até 48 horas: (i) convocar reunião extraordinária da Sala de Situação (sem prejuízo das reuniões ordinárias), a se efetivar nas 48 horas subsequentes à convocação, na qual as partes deverão identificar, quanto às TIs do Alto do Rio Negro, Enawenê Nawê e Vale do Javari, para imediata implementação: a localização, os materiais, os recursos humanos e demais elementos que integrarão as barreiras a serem implementadas em tais áreas, trazendo ao Juízo os pontos de concordância e de divergência, para ciência e/ou pronta decisão e subsequente monitoramento. (ii) informar ao Juízo, todas as barreiras sanitárias integrantes das Prioridades 1 e 2 pendentes de implementação ou suspensas e respectivas Terras Indígenas; e (iii) esclarecer e comprovar as razões do descumprimento da cautelar". Mesmo com todo o acompanhamento da mais alta corte do país, as providências não vinham sendo integralmente cumpridas, demonstrando como a complexidade das demandas estruturais frustra a noção de que o poder de império basta para transformar a realidade.

No início de 2023, a ADPF 709 sofreu uma mudança de foco, para passar a apurar graves violações de direitos humanos, inclusive à saúde, nas Terras Indígenas Yanomami. Com a troca de comando do governo federal, surgiram diversos indícios de que a União teria ignorado a situação de crise vivenciada por esses povos, a qual deriva, entre outros fatores, do avanço do garimpo ilegal. Foram relatados estupros em massa, mortes de adultos e crianças decorrentes de fome e de doenças, contaminação ambiental por mercúrio, em um "quadro gravíssimo e preocupante", nas palavras do Ministro Barroso, que teria sido ignorado pelo governo federal.

Essa atuação da Presidência da República e do Supremo Tribunal Federal trouxe para a pauta pública um litígio estrutural que, há anos, já vinha sendo tratado localmente, pelo Ministério Público Federal. Em 2020, O Ministério Público Federal ajuizou ação para a completa retirada dos garimpeiros da Terra Indígena Yanomami[11] e a apresentação de um "plano emergencial de ações, e respectivo cronograma, para monitoramento territorial efetivo da Terra Indígena Yanomami, combate a ilícitos ambientais e extrusão de infratores ambientais (mormente garimpeiros)". Apesar de ter obtido decisões favoráveis, as medidas concretas não foram adotadas. Em 2021 e 2022, duas Recomendações de caráter estrutural foram expedidas, sendo que a Recomendação 23/2022 demandava ao Secretário Especial de Saúde Indígena do Ministério da Saúde "instalar sala de situação específica para a Terra Yanomami destinada a subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante da atual situação de descontrolado surto de malária, desnutrição e da crônica falta de medicamentos". Foi essa medida que, em 2023, o governo federal decidiu tomar, criando uma sala de situação de escopo mais amplo, para tratar a situação Yanomami como um todo[12].

11 ACP 1001973-17.2020.4.01.4200, em tramitação na Justiça Federal de Roraima.

12 Essa atuação do Ministério Público Federal, com a íntegra das recomendações, está disponível em https://www.mpf.mp.br/rr/sala-de-imprensa/noticias-rr/apos-recomendacoes-do-mpf-governo-federal-anuncia-emergencia-de-saude-yanomami/. Acesso em 6.2.23.

Nesse cenário crítico, pode ser que a atuação do STF sirva para implementar, finalmente, as medidas necessárias para dar a atenção constitucionalmente devida aos povos Yanomami. Todavia, é estranha a mutação de objeto da ADPF 709, que passa a tratar de um tema apenas perifericamente relacionado à causa de pedir que justificou a sua instauração.

O segundo caso é o da ADPF 742, ajuizada em 10 de setembro de 2020, pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ), em conjunto com partidos políticos, com o propósito de que fossem adotadas, em favor das comunidades quilombolas, providências similares às deferidas em favor dos índios na ADPF 709. Nesse caso, a ação foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio, que, em 23 de setembro, optou por submeter a liminar ao plenário, sem decisão. Com isso, foram admitidos diversos *amici curiae* e dada vista dos autos à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República. Em 3 de fevereiro de 2021, o relator, considerando que "a crise [da COVID-19] é aguda" decidiu incluir a deliberação sobre a liminar no plenário virtual. Seis meses já se passavam desde a inicial. Como se percebe a condução foi bastante distinta da realizada pelo Ministro Barroso.

Em 24 de fevereiro de 2021, o Tribunal converteu o julgamento da liminar em decisão de mérito e, por maioria, determinou providência em tudo similar à ADPF 709, também de caráter estrutural:

> determinar, à União, que: (i) formule, no prazo de 30 dias, plano nacional de enfrentamento da pandemia covid-19 no que concerne à população quilombola, versando providências e protocolos sanitários voltados a assegurar a eficácia da vacinação na fase prioritária, com a participação de representantes da Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas - Conaq; (ii) constitua, em até 72 horas, grupo de trabalho interdisciplinar e paritário, com a finalidade de debater, aprovar e monitorar a execução do Plano, dele participando integrantes, pelo menos, do Ministério da Saúde, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Fundação Cultural Palmares, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Direitos Humanos, Associação Brasileira de Saúde Coletiva e representantes das comunidades quilombolas

> a serem indicadas pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas.

A determinação que consta acima foi unânime, mas o Ministro Marco Aurélio ficou vencido quanto a uma questão menor do caso, o que fez com que o Ministro Fachin assumisse a relatoria. Ele optou, então, por cindir o caso tematicamente, determinando a instauração de quatro petições (PET), vinculadas à ADPF, para tratar separadamente dos seguintes temas: PET 9696 – plano de vacinação; PET 9697 – questões sanitárias; PET 9698 – proteção territorial; e PET 9700– segurança alimentar e fornecimento de água potável.

Ao dividir o cumprimento nessas quatro vertentes, o Ministro relator apoiou-se na doutrina especializada em processos estruturais, reconhecendo tal caráter no caso. Assim, tratando dos diversos relatos de descumprimento da decisão do plenário pela União, o Ministro entendeu que "a maioria dessas questões deve ser reagrupada e reautuada para que possam ser tratadas com a específica conformação para que a nova concentração traga dinamicidade, capilaridade e efetividade".

Essa subdivisão temática é uma metodologia interessante de trabalho, que permite que temas específicos sejam tratados em momentos diferentes, trazendo para os debates apenas os *stakeholders* qualificados. A estratégia da ADPF 709, com a criação de uma única sala de situação para todos os assuntos, corre o risco de criar reuniões grandes demais e, com isso, comprometer a qualidade do debate e a efetividade das providências que se pretende sejam dali emanadas.

A partir desses precedentes, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal, unanimemente, admite a possibilidade de condução estrutural de processos, inclusive sob sua própria autoridade. O que remanesce discutir é se a atuação do STF em litígios estruturais, no âmbito da sua competência originária, é positiva ou negativa.

4. A MATURIDADE DA EXPERIÊNCIA DO PROCESSO ESTRUTURAL NAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: A ADPF 991

A experiência do Supremo Tribunal Federal nas ADPFs da pandemia parece ter gerado um legado permanente na disposição do tribunal em lidar, de forma estrutural, com questões de maior complexidade. Em novembro de 2022, o Ministro Fachin apreciou, em decisão monocrática, a ADPF 991, proposta pela Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil – APIB, com o objetivo de que fossem adotadas providências em razão de um litígio estrutural relativo à garantia dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

De modo geral, a autora narra uma série de ações e omissões da União, que colocam os povos de recente contato em risco de genocídio. Tais questões são atinentes a atrasos nos procedimentos de demarcação, falta de repressão às invasões e mesmo fomento ao ingresso de missionários, garimpeiros, madeireiros e outros ocupantes ilegais que buscam explorar ilicitamente o território ou desrespeitar a autodeterminação dos povos.

Após ouvir a União, o Ministro Fachin concedeu a medida cautelar com uma série de determinações estruturais, destacando-se:

> 2. Determinar à União Federal que apresente, no prazo de 60 dias (sessenta), contados inclusive durante o recesso forense, nos termos do artigo 214, II, do CPC, um Plano de Ação para regularização e proteção das terras indígenas com presença de povos indígenas isolados e de recente contato, contendo as seguintes informações:
> a) Cronograma de ação para a realização de expedições voltadas a iniciar ou dar continuidade aos estudos dos Registros de Referência em Estudo e um cronograma de ação para qualificar os Registros de Informações;
> b) Dados que, em tese, deveriam ser públicos: i) o quantitativo de servidores lotados em cada FPE e em cada uma das BAPE, ii) o patrimônio de cada FPE e de cada BAPE (com respectivo registro no SPU), iii) as condições destes bens (se em condições de uso ou imprestáveis) e iv) os contratos atualmente vigentes nestas unidades (contratos de pessoal, serviços e aquisição de bens e insumos);

> c) Quais BAPEs estão em funcionamento efetivo e o orçamento dedicado a cada uma delas, bem como quais encontram-se desativadas e por quais razões;
> d) Cronograma de elaboração e publicação dos Relatórios Circunstanciados de Identificação e Delimitação das terras indígenas onde incidem Restrições de Uso com Referência Confirmada de Povo Indígena Isolado, a saber: Pirititi, Piripkura e Tanaru;
> e) Cronograma para conclusão da demarcação da terra indígena Kawahiva do Rio Pardo, localizado no estado do Mato Grosso, que tem presença de povo indígena isolado;
> f) Cronograma de ação para realização de atividades de vigilância, fiscalização e proteção, visando garantir a integridade das terras indígenas e conter as invasões.
> 3. Determinar à União Federal que demonstre junto à apresentação do Plano, a existência dos recursos necessários à execução das tarefas, primordialmente daquelas consideradas prioritárias e mais urgentes, nos termos do cronograma a ser exibido a este Juízo para homologação, promovendo aporte financeiro de novos recursos à Funai, se necessário, de forma que ela possa executar o Plano de Ação para regularização e proteção das terras indígenas com presença de povos indígenas isolados e de recente contato, incluindo rubricas específicas para a reestruturação física, abertura de novas unidades de proteção e contratação de pessoal para atuar nas Frentes de Proteção Etnoambientais (FPEs) e Bases de Proteção Etnoambientais (BAPEs), para fiel cumprimento da previsão normativa da Portaria Funai n. 666/17, que institui o Regimento Interno da Funai;
> 4. Determinar ao CNJ, no âmbito do Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, a instalação de um Grupo de Trabalho com prazo indeterminado, para acompanhamento contínuo de ações judiciais relacionadas à efetivação dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC), a fim de que haja cumprimento do direito fundamental à razoável duração do processo, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988".

Como se pode perceber, o caso dos povos indígenas é, lamentavelmente, fértil para a atuação do processo estrutural, dada a sua recor-

rente submissão a violações sistemáticas de direitos, cuja resolução não é efetiva se realizada de modo episódico. Nesse caso, além da exigência de apresentação do plano e da respectiva alocação orçamentária, a definição do Conselho Nacional de Justiça como encarregado do monitoramento de outras ações judiciais que tenham pertinência com a questão é uma medida interessante para contribuir para a priorização dos processos que estejam cuidando de comunidades específicas. Além disso, o caso reitera o apoio do Supremo Tribunal Federal às noções de processo estrutural, afirmando o Ministro Fachin que: "A violação generalizada é a consequência da omissão estrutural do cumprimento de deveres constitucionais por parte de todos os poderes (...) cuja solução demanda uma resposta complexa do Estado".

5. POTENCIAIS E RISCOS DAS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO PROCESSOS ESTRUTURAIS

Tratar um litígio estrutural em uma arguição de descumprimento de preceito fundamental que, por definição, tramita perante o Supremo Tribunal Federal, gera algum potencial de resultados positivos, mas também acarreta alguns riscos.

O potencial positivo é a autoridade do Supremo Tribunal Federal. Na condição de mais alta corte do país, o STF consegue mobilizar gestores institucionais de maior hierarquia e fazer com que sejam implementadas medidas com brevidade e efetividade. Do mesmo modo, a restrição das vias recursais disponíveis contra as decisões tomadas no processo, ainda que pelo relator, atribui um forte caráter de definitividade ao que é estabelecido no processo, o que contribui para a segurança e efetividade das providências estabelecidas.

Na ADPF 708, julgada em julho de 2022, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão da paralisação das atividades do Fundo Clima pelo governo federal. A decisão impôs a retomada das atividades do fundo e vedou o contingenciamento dos recursos a ele destinados, fazendo-os, por isso, de aplicação compulsória pela União. Embora

tenha havido pedido dos autores para a apresentação, pela União, de um plano de aplicação das verbas, esse pedido não foi deferido. A conclusão do julgamento foi a seguinte: "julgo procedente a ação para: (i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; e (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo. 37. Firmo a seguinte tese: O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, par. 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º, c/c o art. 9º, par. 2º, LRF)". Apesar da ausência de caráter estrutural dessa determinação, a disponibilidade de recursos financeiros é parte importante de qualquer transformação social significativa que dependa do poder público. Assim, a restrição das possibilidades de contingenciamento orçamentário, em áreas sensíveis como o meio ambiente, é um passo importante, ainda que não suficiente, para fomentar tais políticas.

Há um preço a pagar por esse ganho. Em primeiro lugar, o STF, como qualquer esfera de autoridade, é um mau ambiente para o diálogo. As vozes divergentes tendem a não se apresentar ou a se conformarem às opiniões majoritárias, sobretudo se estas forem compartilhadas por interlocutores importantes na discussão[13]. Esse viés de conformidade pode fazer com que soluções incompletas, apressadas ou mesmo inapropriadas ganhem força, no afã de demonstrar avanços. De modo similar, a publicidade que incide sobre os casos que tramitam perante o Supremo

13 Esse fenômeno, denominado viés de conformidade (*conformity bias*) já foi identificado empiricamente. Ver DE CREMER, David (org.). *Psychological Perspectives on Ethical Behavior and Decision Making*. Charlotte, NC: Information Age Publishing, 2009; FORSYTH, Donelson. *Group dynamics*. New York: Wadsworth Cengage Learning, 2009. A referência mais conhecida e mais polêmica sobre obediência a autoridade é MILGRAM, Stanley. *Obedience to Authority*: An Experimental View. New York: Harper & Row, 1974.

Tribunal Federal, ainda que contribua para a ampliação do controle social sobre o processo, pode aumentar o receio de assunção de obrigações pelas partes, bem como aumentar a pressão sobre o tribunal para mostrar algum resultado, fomentando decisões precipitadas. O desenvolvimento de soluções estruturais reclama ambientes dialogais mais horizontais e igualitários, o oposto, portanto, das condições que estão disponíveis em uma corte suprema.

Outra dificuldade se relaciona à produção de prova, não apenas perante o STF, mas nas ações de competência originária em geral. Os tribunais não são organizados para a produção de provas em tempo e de modo razoável, o que acarreta demora na tramitação e insuficiência de informação. Isso tende a reduzir o espectro de dados disponíveis para a tomada de decisão, fazendo com que aspectos do litígio sejam ignorados.

Essa afirmação pode ser exemplificada pelo julgamento da ADI 4983/CE, na qual o STF apreciou a constitucionalidade da realização de vaquejadas. O Ministro Marco Aurélio, em seu voto pela proibição do evento, afirmou: "O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada... Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas". Por outro lado, o Ministro Fachin, ao julgar improcedente a demanda, asseverava: "E, atento a essas questões atinentes à eventual crueldade, a petição inicial faz referência a um conjunto de estudos. Não obstante alguns publicados, há disposição desses trabalhos na internet, mas não há, junto com a inicial, nenhuma demonstração que, no nosso modo ver, restasse cabal para aproximar essa matéria do caso da farra do boi ou da rinha de galos. No nosso modo de ver, há uma distinção entre essas três hipóteses, e, no acórdão para o qual foi Relator o ilustre Ministro Marco Aurélio, que tratou da chamada festa da farra do boi, ficou assente, pela prova coletada e trazida ao exame, a existência de crueldade com os animais. E não me parece que, neste caso, tenha havido".

Como se percebe, a divergência entre os ministros não é de leitura constitucional, mas de apreciação dos fatos, o que deveria ter sido

dirimido mediante dilação probatória, por exemplo, pericial, o que não ocorreu. O STF tomou a decisão com seis ministros afirmando que a vaquejada seria inconstitucional porque implica crueldade com animais e cinco defendendo que o evento é constitucional porque não há demonstração suficiente de crueldade. A produção de mais provas teria sido essencial para orientar melhor a decisão.

De modo similar, em 2020, o partido Rede Sustentabilidade propôs a ADPF 743, com o propósito de questionar a conduta do governo federal, de governos estaduais, do Distrito Federal e municipais no tratamento da questão ambiental do país, sobretudo no Pantanal e na Amazônia. A pretensão era a declaração de um estado de coisas inconstitucional na gestão ambiental brasileira, em virtude de um quadro de "violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas" e de "omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção". Dentre os diversos pedidos, há algumas providências de cunho estrutural, requerendo que a União "apresente, no prazo de 10 dias, um plano de prevenção e combate aos incêndios no Pantanal e na Amazônia", destine recursos, equipamentos e pessoal aos municípios afetados, "crie uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais e para monitorar, de modo transparente e público, a atuação administrativa para o controle dos focos de incêndio no Pantanal e na Amazônia", nomeie uma comissão de especialistas para supervisionar e relatar à Corte as providências adotadas.

O Procurador-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento da ação, por considerar que, a despeito da indubitável relevância social da temática trazida a exame da Corte, a sua apreciação não se mostra compatível com o escopo da ADPF. Isso se deveria, entre outros aspectos, ao fato de que "ainda que impressione o quadro exposto pelo arguente, o veredito acerca de eventual acerto ou desacerto, suficiência ou insuficiência das medidas adotadas, além de demandar exame de aspectos técnicos da política nacional, dependeria de ampla dilação e discussão probatória, providências incompatíveis com o procedimento de fiscalização abstrata de constitucionalidade".

O último problema é a falta de disponibilidade pessoal dos ministros para a condução de processos dessa complexidade. Processos judiciais estruturais exigem a presença e a condução direta do magistrado, não raro, em dezenas de reuniões e audiências, para dar o direcionamento das deliberações e, de fato, afastar as cargas de inércia que vinham causando o litígio. Ainda que esse papel seja delegado a um juiz instrutor, a falta de contato pessoal do ministro com a causa dificultará que a questão se desenrole de maneira produtiva. No caso da ADPF 709, o Ministro Barroso deixou a convocação e condução das reuniões da sala de situação para o tratamento da COVID-19 entre os povos indígenas a cargo da União, o que implicou descontinuidade das reuniões e inefetividade daquelas que foram realizadas[14].

O Conselho Nacional de Justiça elaborou um relatório relativo à ADPF 709, no âmbito do Observatório Nacional de Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão, uma vez que a Conselheira Maria Tereza Uille Gomes atuou como observadora da Sala de Situação criada por força da decisão liminar. O relatório denota que o STF, confrontado com uma situação de altíssima complexidade, acabou realizando simplificações que comprometeram a eficácia das suas decisões. Por exemplo, no que tange à determinação de instalação de barreiras sanitárias, afirma o relatório: "Uma única Terra Indígena, por exemplo, a TI Uru-Eu-Wau-Wau está localizada em 12 Municípios. Não é suficiente instalar "uma barreira física em um município" para que sirva como cordão de isolamento e controle da porta de entrada, pois a dimensão territorial é proporcionalmente muito maior". Esse tipo de situação fez com que a instalação das barreiras demorasse muito, reduzindo significativamente a sua eficiência para o propósito a que se destina[15].

14 Conforme relatam, em detalhes, GODOY, Miguel; SANTANA, Carolina; OLIVEIRA, Lucas. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. *Direito e Práxis*, Vol. 12, N. 3, p. 2174-2205, 2021.

15 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Analítico nº 8/2021 - ADPF 709 - Povos Indígenas. Brasília: CNJ, 2021. No mesmo sentido, GODOY, Miguel; SANTANA, Carolina; OLIVEIRA, Lucas. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. *Direito e Práxis*, Vol. 12, N. 3, p. 2174-2205, 2021: "Apesar de a APIB ter elaborado mapas georreferenciados de locais onde as barreiras sanitárias são ur-

Esses fatores confluem para elevar os riscos de que tanto as decisões, quanto eventuais consensos, sejam produzidos de maneira imatura, com conhecimento parcial dos fatos e com dificuldades de revisão a posteriori, em virtude do posicionamento do STF na hierarquia jurisdicional.

De outro lado, no entanto, cabe recordar dois pontos: primeiro, o simples caráter estrutural de um processo não é garantia de sucesso, seja em qual instância for. A complexidade inerente a esses litígios contraindica que se esperem resultados positivos em todos os casos. Segundo, como dizem Cummings e Rhode, soluções processuais podem ser imperfeitas, mas, mesmo assim, melhores que a alternativa. É improvável que o governo federal brasileiro tivesse agido melhor em favor dos povos indígenas se a ADPF 709 não existisse. Também é improvável que um juiz de grau inferior tivesse resultados melhores. Tanto é assim que isso não ocorreu.

Logo, se o Supremo Tribunal Federal não alcançou o resultado que se esperava, é provável que esse resultado, no contexto específico e dadas as condições disponíveis, fosse inalcançável. Em outras palavras, as iniciativas existentes devem ser avaliadas contra o pano de fundo da sua inexistência, não em comparação com uma versão hipotética e melhorada de si mesmas, que não existe no mundo real.

6. INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL NO STF

Em 2022, o Supremo Tribunal Federal deu um importante passo para a institucionalização do tratamento estrutural dos conflitos que lhe são submetidos, com a edição da Resolução 790, que criou o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (Cesal).

---

gentes, listando em detalhes os principais parceiros governamentais que poderiam atuar em cada uma delas (batalhões do Exército, Marinha, Aeronáutica, Polícias Militares Ambientais, IBAMA, ICMBio) a União desconsiderou o documento, protocolado nos autos como e-docs 199 a 207. Um ano transcorrido de reuniões, não restou comprovada a existência permanente das barreiras sanitárias, nem mesmo a atuação orquestrada de Fundação Nacional do Índio (Funai) e Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) nas Barreiras Sanitárias. O que se sabe é que ocorreram operações esporádicas em alguns locais onde deveriam ter sido instaladas barreiras ou barreiras instaladas, a bastante custo, apenas pelos próprios indígenas".

O Cesal é dividido em três unidades, o Centro de Mediação e Conciliação (CMC), o Centro de Cooperação Judiciária (CCJ) e, no que interessa ao processo estrutural, o Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (Cadec). A função desse centro é a de auxiliar o STF na resolução de processos "voltados a reestruturar determinado estado de coisas em desconformidade com a Constituição Federal e que exijam, para a concretização de direitos, técnicas especiais de efetivação processual e intervenções jurisdicionais diferenciadas" (art. 3º, parágrafo único). O art. 5º da Resolução dispõe que, remetido o processo ao CADEC, "serão adotadas providências para pormenorizar o problema estrutural e delinear as medidas necessárias ao seu enfrentamento, com planificação de metas e prazos".

O Supremo Tribunal Federal, portanto, passa a reconhecer a importância e a, de forma pioneira, criar uma estrutura institucional incumbida de apoiar os relatores em casos de litígios estruturais. Esse mecanismo tem diversas vantagens, especialmente por permitir a consolidação de expertise das equipes que atuam nas causas, a manutenção de uma memória institucional, no caso de troca do ministro e a definição de estratégias que possam ser testadas e desenvolvidas com o passar do tempo.

7. UM PONTO DE ATENÇÃO: O CASO DA ADPF 976

O caso da ADPF 976, relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes, é um exemplo de processo estrutural que merece atenção e que tem potencial para se mostrar problemático, no futuro. O objeto da discussão é vocacionado a ser abordado em processo estrutural: a falta de implementação da política nacional para a população em situação de rua, criada pelo Decreto 7.053/09. Trata-se, portanto, não de uma criação de política pública pelo Judiciário, mas de uma política que já existe há mais de uma década, por iniciativa do Poder executivo, e que não foi adequadamente efetivada. Isso não causa grande surpresa, dado que essa população é extremamente vulnerabilizada, não tem representação política e é, em geral, malvista pelo restante da sociedade. A utilização do processo estrutural, nesse cenário, é mais do que apropriada.

Além disso, a condução do processo foi feita de modo participativo. O ajuizamento aconteceu em maio de 2022 e, em novembro do mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal promoveu uma audiência pública sobre o tema, que durou dois dias. O número de inscritos foi elevado, o que gerou a necessidade de reduzido tempo de fala para cada um, mas demonstra que houve mobilização de um considerável espectro de interessados. Foram também habilitados 16 *amici curiae*, dos quais 11 instituições de direitos humanos, duas defensorias públicas, dois escritórios de universidades públicas e a frente nacional de prefeitos (esta, provavelmente, em favor dos réus). Isso demonstra que o Supremo Tribunal Federal promoveu a pluralização do debate e a colheita de diversas perspectivas sobre o tema. Manifestações da audiência pública foram referenciadas no acórdão que concedeu a tutela provisória, mostrando também que o evento não serviu apenas para assegurar participação simbólica dos interessados.

A tutela provisória foi concedida pelo ministro relator, em julho de 2023 e rapidamente confirmada, por unanimidade, pelo plenário, em agosto de 2023. O teor dessa decisão é claramente estrutural, na medida em que determina ao Poder Executivo a elaboração, no prazo de 120 dias, de plano para o tratamento da situação.

Há, no entanto, dois problemas: o primeiro é que a decisão não se restringe a determinar ao executivo federal, autor do Decreto 7.053/09, a elaboração do plano, mas também impõe a sua elaboração por todos os 27 estados/distrito federal e por todos os 5.568 municípios brasileiros, que sequer estão cadastrados como réus da ação. Esse problema, inclusive, constou em uma ressalva apresentada pelo Min. André Mendonça[16].

16 "Especificamente em relação ao ponto, comungando da fundamental importância e senso de urgência na resolução desse complicadíssimo problema — compreendo igualmente restar indene de dúvidas a necessidade de que sejam adotadas, de forma imediata, inclusive independente de qualquer determinação judicial cogente, algumas das medidas ali apontadas — não posso deixar de registrar ressalva em razão da compreensão que tenho quanto à real eficácia de soluções homogeneizantes, impostas a todos os entes da Federação – União, 27 Estados/Distrito Federal e 5.568 Municípios –, os quais possuem realidades (e capacidades de atendimento) assaz distintas. Na linha do que já anteriormente mencionado, em razão das particularidades conformadoras dos múltiplos contextos, uma mesma medida pode ser eficaz numa situação e absolutamente inadequada em outra conjuntura".

Tal determinação tem potencial para fazer a tramitação dessa ADPF ingovernável. Ela passa a ter 5.569 réus, que precisam ser citados e deverão se manifestar nos autos, apresentando planos que, certamente, serão muito díspares. Resta saber quem avaliará a adequação dos planos, sugerirá correções e acompanhará o seu desenvolvimento e efetivação. É improvável que o Supremo Tribunal Federal tenha estrutura para tanto. A ação pode ser soterrada pelo seu próprio peso e, com isso, ter poucos resultados. Cabe lembrar que esse problema é dos mais difíceis da realidade nacional, com elevada complexidade e conflituosidade social. Sua abordagem em um processo estrutural inspiraria cuidados, mesmo que fosse apenas em um município. Fazê-lo em todo o país, de uma só vez, é um propósito bastante ousado.

O segundo problema refere-se ao conteúdo mínimo de cada plano. A decisão do Supremo Tribunal Federal, nesse ponto, parece ter descido a minúcias excessivas. O plano requisitado da União deve conter, no mínimo, 15 itens, que vão desde questões habitacionais até a criação de um canal de denúncias e a prevenção de suicídio. Além disso, os municípios, além do plano, receberam 17 determinações concretas quanto ao modo de operar a política pública referente à população em situação de rua, dentre as quais a vedação da adoção de arquitetura hostil, a necessidade de aviso prévio para as ações de limpeza pública e a implementação de bagageiros para a guarda dos pertences pessoais. Apesar da minúcia dessas determinações, não há, na decisão, indicadores de cumprimento das metas (quantos bagageiros são necessários? Qual a antecedência e método do aviso de limpeza), nem previsão de como ou por quem serão fiscalizadas, nem a definição de sanções.

Ainda não se sabe de que forma o Supremo Tribunal pretende lidar com essas dificuldades porque, até o final de 2023, os municípios não haviam sido citados nem intimados da decisão. Uma possível solução seria a realização de uma delegação cooperativa, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal delegasse aos tribunais de justiça de cada estado a supervisão dos planos estadual e municipais respectivos, funcionando o STF apenas no âmbito federal e como articulador nacional da questão. Essa medida, amparada na Resolução 350/20, do CNJ, re-

duziria o peso da atuação do tribunal e permitiria dar mais atenção às peculiaridades de cada local.

Em síntese, definir o alcance da reforma estrutural significará, sempre, caminhar em gelo fino. É preciso ser ousado o bastante, mas não ousado em demasia. É preciso ter apoio institucional e resiliência para aguentar o tempo que for necessário e seguir superando os obstáculos, mesmo que isso signifique conviver por décadas com o processo. É preciso buscar técnicas processuais inovadoras e de cooperação, judiciária e interinstitucional, para compartilhar responsabilidades pela produção da mudança.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condução estrutural de ADPFs é um novo horizonte na atuação do Supremo Tribunal Federal. Como qualquer território novo a ser desbravado, o tribunal encontrará riscos e potencialidades. O Brasil, como mencionado, é um país com muitos conflitos estruturais, potencializados pela pobreza de parcela significativa da população, desigualdade social, pela pouca capacidade do Executivo e do Legislativo de proverem soluções para esses litígios e pela amplitude dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Se esses direitos não são apenas palavras vazias ou normas programáticas, como por muito tempo se disse, é preciso que haja algum mecanismo para que eles sejam implementados.

Por outro lado, ainda que o caminho estrutural de implementação de direitos seja desejável, utilizar a via de acesso originária à Suprema Corte para essa finalidade é discutível. Se o Supremo Tribunal Federal tem "a caneta mais pesada" e, com isso, é capaz de propelir a mobilização dos agentes essenciais às reformas de forma mais eficiente, o pouco espaço para diálogo, a estrutura hierarquizada, a baixa disponibilidade de tempo dos ministros para se envolverem pessoalmente com os casos e a excessiva concentração de poder em um único órgão jurisdicional são fatores que inspiram cuidados. Ter uma única corte cuidando, ao mesmo tempo, de prisões, mudança climática, população em situação de rua, povos indígenas e quilombolas pode implicar consequências negativas, tanto em termos de procedimento, quanto de resultados.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Analítico nº 8/2021 - ADPF 709 - Povos Indígenas. Brasília: CNJ, 2021.

DE CREMER, David (org.). *Psychological Perspectives on Ethical Behavior and Decision Making*. Charlotte, NC: Information Age Publishing, 2009.

FORSYTH, Donelson. *Group dynamics*. New York: Wadsworth Cengage Learning, 2009.

GODOY, Miguel; SANTANA, Carolina; OLIVEIRA, Lucas. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. *Direito e Práxis*, Vol. 12, N. 3, p. 2174-2205, 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019.

MILGRAM, Stanley. *Obedience to Authority*: An Experimental View. New York: Harper & Row, 1974.

OSUNA, Néstor. Las Sentencias Estructurales: Tres Ejemplos de Colombia. *In*: BAZÁN, Victor (Org.). *Justicia Constitucional e Derechos Fundamentales*: La protección de los Derechos Sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá: Konrad-Adenauer, 2016. p. 91-116.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade Sistêmica e Multidimensional: Transformações no Diagnóstico das Violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, ano 18, n. 18, p. 130-159, jan./dez. 2015.

VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio. 4.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural; teoria e prática. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2024.

ASCENSÃO E QUEDA DA LITIGÂNCIA COLETIVA NOS ESTADOS UNIDOS: ORIGENS HISTÓRICAS, PROCESSO ESTRUTURAL E *CLASS ACTIONS* DE MASSA

Tiago Reis Bittencourt

Maria Fernanda Salcedo Repolês

RESUMO: O presente artigo busca, a partir de um brevíssimo resgate histórico do desenvolvimento da litigância coletiva nos Estados Unidos (e, por extensão, na Inglaterra, cujo sistema jurídico deu origem ao estadunidense), trazer uma reflexão sobre as funções sociais da *class action* contemporânea. Parte-se do pressuposto que a principal função da adjudicação é a concretização de valores contidos na Constituição. A partir da descrição da evolução histórica da litigância coletiva por Yeazell (1977; 1988; 1997) e das reflexões de Owen Fiss (1982; 1993; 2007) sobre sua consolidação moderna na *class action* dos Estados Unidos no século XX, argumenta-se que limitações jurisprudenciais e políticas à efetividade da litigância coletiva têm relação com uma certa concepção liberal do processo, derivada por sua vez de uma concepção liberal do mundo social, a qual é, afinal, sociologicamente limitada. Se propõe, por fim, a reafirmação da importância da litigância coletiva para a concretização de direitos fundamentais, e consequentemente da importância da valorização das coletividades, concluindo-se afinal com a constatação da interdependência entre formas sociais e formas processuais de resolução de conflitos.

Palavras-chave: Litigância coletiva; *Class action*; História do processo.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca fazer um brevíssimo resgate histórico do desenvolvimento da litigância coletiva no sistema jurídico dos Estados Unidos (e, por extensão, na Inglaterra cujo sistema jurídico deu origem ao estadunidense), trazendo uma reflexão sobre as funções sociais da *class action* contemporânea e sua relação com uma certa ideia de adjudicação[1] na qual o objetivo dessa é dar expressão concreta aos valores contidos em um texto legal legítimo, como a Constituição (Fiss, 1984; 2007), especialmente à luz da chamada litigância estrutural.

Por litigância coletiva, entende-se o pleito de processos coletivos, os quais por sua vez são "processos únicos que abrangem pretensões ou defesas sustentadas por múltiplas partes ou pessoas representadas"[2] (A.L.I., 2010, p. 10), e que tem importância justamente por poder fazer valer, por meio de decisões judiciais ou acordos, direitos de grandes grupos cujos membros não se fariam representados diretamente em conjunto ou individualmente, seja pela impossibilidade prática de tal litisconsórcio ou pela ausência de acesso à justiça de cada um.

A partir da descrição da evolução histórica da litigância coletiva por Yeazell (1977; 1988; 1997) e das reflexões de Owen Fiss (1982; 1993; 2007) sobre sua consolidação moderna na *class action* dos Estados Uni-

1 Aqui optou-se por traduzir a palavra "*adjudication*" diretamente como "adjudicação" pela ausência de um termo em português que traga em si o mesmo significado, qual seja, uma decisão vinculante às partes determinada coercitivamente por um terceiro dotado de legitimidade, em oposição a um acordo assumido de forma autocompositiva. Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro a palavra tem significado mais restrito, especificamente a transferência, mediante ato judicial, da propriedade de certa coisa a certo requerente (no Direito Civil e Processual Civil) ou a atribuição, pela Administração, do objeto da licitação ao vencedor desta (no Direito Administrativo). Explicitada essa diferença, entretanto, entende-se válido manter essa tradução, especialmente pela importância do termo nas reflexões, centrais para o presente trabalho, de Owen Fiss (1982; 2007). A tradução foi feita da mesma forma, por exemplo, por Boaventura de Souza Santos (1988), autor português, em estudo sobre o direito brasileiro (ainda que sobre o direito não-oficial) realizado em sua tese de doutoramento na Universidade de Yale, nos Estados Unidos.

2 Esta e todas as subsequentes citações extraídas da bibliografia em inglês foram traduzidas livremente pelo autor, exceto quando expressamente ressalvado.

dos no século XX, argumenta-se que limitações jurisprudenciais e políticas à efetividade da litigância coletiva têm relação com uma certa concepção liberal do processo, derivada por sua vez de uma concepção liberal do mundo social. Mais detalhadamente, argumenta-se como essas limitações são resultado de uma ideia de processo como uma forma de resolução de disputas individuais entre indivíduos abstratos, ideia que também predominou na perda de importância das ações coletivas nos sistemas jurídicos inglês e estadunidense entre os séculos XVIII e XIX, como se verá.

A metodologia do trabalho se restringiu ao levantamento e análise de bibliografia. Foram feitas pontuais consultas diretas às decisões citadas como paradigmáticas na literatura de referência mas, na maior parte da pesquisa, a análise ficou restrita ao conteúdo das decisões conforme narradas pelos autores da bibliografia.

Não se pretende, portanto, um delineamento histórico exaustivo, que estabeleça uma narrativa coesa e direta através do tempo para explicar a evolução e consolidação das características atuais da litigância coletiva estadunidense, não apenas pela impossibilidade de fazê-lo em um artigo tão curto, mas, também, pela ausência de levantamento bibliográfico para tanto na pesquisa. O presente artigo traz, ao invés disso, um resgate de certos pontos da história que se reputam relevantes para sustentar as reflexões propostas.

Mais do que simplesmente formar uma sequência lógica de eventos que deságua na configuração da litigância coletiva estadunidense contemporânea, esses pontos destacados procuram servir de base para o argumento final.

Optou-se por fazer este estudo a partir da história do desenvolvimento das ações coletivas nos Estados Unidos, primeiramente, por se tratar do ordenamento onde se desenvolveu uma doutrina jurídica que têm importância singular para o argumento aqui desenvolvido: a litigância estrutural.Ademais, a escolha se deu pelo fato de que o sistema processual coletivo estadunidense é, hoje, talvez o principal modelo para as reflexões e elaborações doutrinárias sobre o sistema brasileiro[3].

3 Dois dos trabalhos citados como referência para o presente trabalho - Vitorelli (2015) e Reis (2018) -, aliás, trazem contribuições da doutrina estadunidense para

A partir desse resgate histórico e reflexivo de um ordenamento cuja sistemática processual coletiva é mais longeva e consolidada, espera-se contribuir para o debate sobre o processo coletivo brasileiro, o qual tem se tornado cada vez mais central nos debates jurídicos no país, especialmente diante da proliferação de ações coletivas complexas decorrentes de violações massivas de direitos fundamentais, seja em decorrência da ação de grandes empresas privadas ou do próprio Estado.

A demonstração dessa necessária relação que o Direito Processual tem com a efetividade dos direitos fundamentais - e, em última instância, com a política e a justiça -, ao mesmo tempo em que é pressuposto do argumento defendido, é um dos objetivos do trabalho. Com a reflexão sobre o sistema processual coletivo estadunidense ao redor da qual se desenvolve o texto, espera-se ressaltar a importância de se colocar essa relação no centro dos debates sobre o modelo brasileiro.

2. ORIGENS HISTÓRICAS DA LITIGÂNCIA COLETIVA NOS ESTADOS UNIDOS

2.1. Litigância coletiva na Inglaterra medieval

A origem da litigância coletiva no sistema estadunidense tem suas raízes na litigância de grupo da Inglaterra medieval[4], sociedade cujo sistema jurídico já reconhecia há muito o direito de um ou mais autores levarem a uma corte uma demanda em benefício de um grupo maior - ou de um ou mais réus responderem perante uma corte em nome de outros não diretamente representados.

repensar o sistema brasileiro, em torno do devido processo legal coletivo e do processo extrajudicial coletivo, respectivamente.

4 Não se ignora a importância, por exemplo, da *Actio Pro Populo* romana - mediante a qual os cidadãos romanos podiam provocar os órgãos pretorianos para a apuração e condenação daqueles que violassem "interesses públicos" - como antecedente da litigância coletiva moderna. Entretanto, toma-se como origem a litigância de grupo medieval inglesa pela maior abrangência dessa última que, como se verá, permitia a tutela do que no ordenamento brasileiro chamamos de direitos "individuais homogêneos", enquanto a *actio* romana tutelava apenas o que chamaríamos de direitos "difusos".

Em um texto seminal no qual busca nas origens históricas das *class actions* dos Estados Unidos uma reflexão sobre suas características contemporâneas - tal qual se procura fazer no presente texto -, o professor e historiador do Direito estadunidense Stephen Yeazell alerta que "como [em] todas as boas histórias", deve-se "simplificá-la" (1997), dividindo-a em partes para o melhor entendimento do argumento. É o que se pretende fazer aqui, nos termos do alerta dado na introdução.

No mesmo texto, o referido autor remonta ao ano 1199 o mais antigo registro disponível de uma ação que poderia ser nomeada como coletiva: uma demanda relativa a taxas paroquiais, trazida perante a corte do Arcebispo de Canterbury[5] por um pároco contra quatro paroquianos que, por si sós, representariam os interesses de todos os demais.

Tratava-se de uma ação de "classe de réus" ou, no termo de Didier e Zaneti Jr. (2020), de um processo coletivo passivo, e que, ainda conforme Yeazell, configuraria uma "litigância de grupo direcionada para baixo na escala social, contra um grupo de pessoas provavelmente menos poderoso que o autor"; no caso, a "litigância representativa fortalece o poder da autoridade estabelecida", contrariando concepções contemporâneas da *class action* como instrumento contramajoritário ou de justiça social (Yeazell, 1997, p. 668). Apesar disso, o mesmo autor alerta que:

> Um exemplo não faz uma era. A litigância de grupo medieval não era um instrumento sistemático de opressão. Não era um instrumento sistemático de nada. Pode-se encontrar números iguais de grupos de autores ou de réus, e alguns dos grupos de autores parecem usar a litigância como arma em lutas contra superiores sociais. [...] Talvez o alinhamento de partes mais comum seria neutro em relação à classe [social], para usar um termo anacrônico: autores e réus ocupando posições sociais aproximadamente equivalentes recorriam ao processo - duas vilas discutindo quem deveria reparar um dique, paroquianos processando um deles por somas não pagas [...] (Yeazell, 1997, p. 688-689).

5 Tratava-se de uma corte eclesiástica, que na Idade Média, anteriormente ao estabelecimento de estados nacionais, tinha competência para uma série de casos para além, propriamente, daqueles derivados do Direito Canônico. As autoridades nessas cortes eram clérigos, como o citado Arcebispo.

Para além dessa "neutralidade", ainda se destaca que a litigância coletiva na Inglaterra medieval era, de certa forma, um lugar comum na prática judiciária, inquestionada: os denominados "grupos" permeavam o tecido social - "o mundo medieval pode ser entendido como uma rede comunidades, ligadas umas às outras por jurisdições sobrepostas e no topo por uma fidelidade comum [a um reino]" (Yeazell, 1997, p. 689) -, e naturalmente buscavam ou eram chamados a defender seus direitos em juízo por meio de alguns de seus membros, como representantes do grupo.

Não se discutiam questões tão centrais no debate contemporâneo sobre o processo coletivo, como representação, conflitos internos ao grupo, eficácia da coisa julgada etc. Os direitos e as obrigações dos grupos e das comunidades em si estavam no centro da litigância, não a legitimidade desses para atuar em juízo: "perguntar aos advogados medievais sobre a legitimidade de comunidades seria tão sem sentido quanto perguntar a um advogado moderno se indivíduos podem litigar" (Yeazell, 1997, p. 689).

Um mandado[6] emitido pelo Rei Henrique III ao Arcebispo de Canterbury, que supostamente estaria negando a alguns paroquianos seu direito a litigar em grupo, demonstra isso, na citação do autor:

> O mandado ordenou que o arcebispo reconhecesse esse costume largamente difundido em suas próprias cortes: 'de acordo com nossa lei e os costumes do reino [...] vilas e comunidades de paroquianos e servos [...] devem poder processar suas pretensões e queixas em nossas cortes e nas dos outros através de três ou quatro entre os seus." (Yeazell, 1997, p. 690).

Esse entendimento perdurou por quase quinhentos anos, até o século XVII, período de enormes mudanças sociais, políticas e econômicas na Inglaterra: o fim do absolutismo e a evolução de uma economia majoritariamente agricultural para uma de expansão mercantil e pré-industrial, e a emergência de uma nova forma de instituição: a corporação (Yeazell, 1997, p. 690). Com base nessa nova forma de organização de coletividades de indivíduos em grupos incorporados, uma nova doutrina da litigância de grupo emergiu.

6 No original, "*writ*".

Em um caso do ano de 1612, o autor narra como foi incorporada à jurisprudência a "teoria da concessão da corporação", segundo a qual "a possibilidade de se formar uma corporação é um privilégio, dado pelo estado aos incorporadores. Entre os privilégios conferidos à corporação está o poder de processar ou ser processado por meio da corporação" (Yeazell, 1997, p. 690).

O poder dessa decisão, prossegue o autor, estava no seu efeito sobre o futuro da litigância coletiva: grupos informais, portanto, não tendo a referida concessão do Estado, não poderiam litigar de forma representativa. A partir daí o que se desenvolveu - e caracterizou as bases da litigância de grupo moderna no sistema inglês e estadunidense - foi a articulação, por advogados e juízes, de justificativas especiais que possibilitassem a litigância por parte desses grupos informais não incorporados.

Essas justificativas especiais seriam respostas à pergunta "de como alguns membros de um grupo poderiam ajuizar ações representativas que vinculariam a todos", diante da recém-chegada figura da corporação e da "recentemente enrijecida doutrina jurídica" que dela resultou (Yeazell, 1997, p. 691).

A jurisprudência inglesa - especialmente na Corte de Chancelaria, cujo papel e vinculação aos princípios de equidade serão mais detalhados no item seguinte - deu duas respostas principais a essa pergunta: a preocupação com a eficiência, consubstanciada na necessidade de certas ações de grupo para impedir "processos [...] infinitos e impossíveis de serem terminados", nos termos do julgamento de um caso de 1676 ("*Brown v. Vermuden*", *apud* Yeazell, 1997, p. 691); e a consideração da adequação da representação do grupo como fundamento de legitimidade (como no caso "*Chancey v. May*", de 1722).

Apesar de se tratarem de respostas que parecem bastar como justificativas para as ações coletivas modernas, a ausência da formação de precedentes pela Corte de Chancelaria, descrita como "caótica" por Yeazell (1997, p. 692), e o cada vez menor reconhecimento da legitimidade de grupos informais não incorporados acabaram restringindo o alcance da litigância coletiva.

Essas mudanças eventualmente fizeram com que a litigância de grupo, que até então configurava a norma, acabasse por se tornar a exceção no sistema jurídico inglês (Yeazell, 1988, p. 100), configurando um declínio da litigância de grupo na jurisprudência do qual ela nunca se recuperou[7] e, "apesar do fato de que a litigância de grupo permanece até hoje como um dos procedimentos teoricamente disponíveis aos litigantes ingleses, é um dispositivo raramente empregado" (Yeazell, 1988, p. 100).

2.2. Litigância coletiva nos Estados Unidos do Século XIX

Do outro lado do oceano atlântico, nas recém independentes treze antigas colônias da Inglaterra que viriam a constituir os Estados Unidos da América, o sistema jurídico derivado daquele descrito no item anterior acabaria por manter alguns resquícios e desenvolver, ao longo do século XIX, regras que possibilitariam uma litigância coletiva, por meio de representação.

Isso foi possível pois, assim como no sistema inglês, o estadunidense previa a convivência de dois sistemas jurídicos paralelos, materializados, inclusive, em dois tipos diferentes de cortes: as cortes de "direito" ("*law*") e de "equidade" ("*equity*").

As primeiras seriam as cortes de direito propriamente ditas, que operavam por meio da adjudicação por júris populares a partir dos precedentes do direito costumeiro (*common law*). As últimas remontam ao poder do Rei da Inglaterra a partir do século XII e, posteriormente, às chamadas Corte de Chancelaria a partir do século XIV. Esses órgãos poderiam conceder ordens baseadas na "graça" ou na "consciência", em oposição às ordens dadas nos tribunais de direito, que operavam por meio do

7 Mais recentemente, inovações legislativas no sistema jurídico britânico desde as *Civil Procedure Rules* de 1998 até o *Consumer Rights Act* de 2015 introduziram algumas formas coletivas de processamento de conflitos no judiciário nos modelos da litigância de grupo contemporânea. Sendo relativamente novas, posteriores à publicação da literatura consultada, e não relativas ao ordenamento jurídico de interesse (os Estados Unidos), não serão abordadas aqui.

common law, muito mais rígido e, às vezes, considerado não equitativo (Farnsworth, 2010).

Juntamente a essa flexibilidade material se desenvolveu nessas cortes uma flexibilidade procedimental, especialmente em relação aos tipos de ordens que poderiam ser dadas, mais voltadas à pessoa do réu - o que se chamaria no direito brasileiro de tutela específica, e no estadunidense de *injunction* (comando de obrigação de fazer ou não fazer) -, ao contrário daquelas voltadas ao patrimônio, características das cortes de *common law* (Farnsworth, 2010, p. 103).

Nos Estados Unidos, seguindo essa tradição, foram instaladas tanto cortes de direito propriamente ditas quanto cortes de *equity*, e estabelecido um sistema de regras processuais próprio para essas últimas, consolidados por exemplo nas Regras Federais de *Equity* de 1842, em oposição às regras procedimentais das cortes de direito, inicialmente desenvolvidas por meio da consolidação de precedentes.

Eventualmente, tanto na Inglaterra (com o *Supreme Court of Judicature Act* de 1875) quanto nos Estados Unidos (nos Estados a partir do final do século XIX, e na esfera federal com as Regras Federais de Processo Civil[8] de 1938) as cortes e os procedimentos de *common law* e *equity* foram fundidos, permanecendo a distinção apenas para fins conceituais, e em matéria de organização judiciária interna dos tribunais[9].

Se é possível dizer, portanto, que em suas origens históricas a ideia de *equidade* no *common law* era próxima àquela da *civil law* romano-germânica, de conteúdo mais substantivo, após a extinção das cortes de *equity* a partir do final do século XIX a palavra assumiu um conteúdo exclusivamente procedimental, consolidando-se afinal em um sistema de

8 Do inglês, "*Federal Rules of Civil Procedure*". "As regras de 1938 aboliram a distinção entre ações de direito e ações em *equity*, criando ao invés disso uma única forma de ação civil. O mecanismo da *class action* tinha estado, até então, exclusivamente no território da *equity*, o que pode ter influenciado seu desenvolvimento de formas sutis" (Harkins, 1997, p. 706).

9 Por exemplo, a *High Court of Justice* da Inglaterra e do País de Gales mantém, até a presente dada, uma "divisão de chancelaria" (*Chancery Division*) com competência para casos relativos à *equity*.

regras processuais relacionadas à competência para julgar (do juiz em oposição ao júri) e aos tipos de ordens judiciais possíveis (ordens mandamentais flexíveis em oposição à indenização em dinheiro)[10].

Diante da existência desse complexo de regras procedimentais mais flexíveis, inicialmente estatuídas em códigos e encarnadas em cortes específicas, o sistema jurídico estadunidense aventou a possibilidade de litígios coletivos por representação, a partir dos precedentes históricos das antigas cortes inglesas.

Segundo Yeazell (1988), isso se deveu principalmente ao esforço de um magistrado da Suprema Corte, Joseph Story, que além de ter escrito tratados sobre o sistema de *equity*, foi responsável pela redação da opinião da corte no caso *West v. Randall*, no qual consignou ser "uma regra geral da *equity* que todas as pessoas materialmente interessadas, sejam como autores ou réus, na matéria em julgamento devem ser dadas como partes no processo, não importando quão numerosas elas sejam"[11]. No corpo texto da opinião, o magistrado assentou ainda a necessidade de se evitar "uma multiplicidade de processos" e se garantir a segurança jurídica:

> [...] a corte possa ser permitida a dar uma decisão completa entre as partes, possa prevenir a litigância futura por meio da remoção da necessidade de uma multiplicidade de processos, e possa dar a certeza de que nenhuma injustiça seja feita, seja em relação às par-

10 Enquanto nos sistemas citados a palavra "equidade" se consolidou com esse significado bem restrito, relativo a um grupo de regras de aplicação específica no processo civil, em países da *civil law* como o Brasil o instituto mantém considerável conteúdo material, substantivo, dado às vezes como fonte do direito, como critério de aplicação da lei (nos termos do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, do parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil de 2015 ou de diversos dispostivos do Código Civil de 2002, por exemplo), ou ainda como mecanismo integrativo de lacunas na lei (Reis, 2013).

Por conta dessa possível confusão conceitual e da necessária distinção, no presente texto optou-se por manter a grafia da palavra em inglês: sempre que se referir a esse tipo de regras processuais dos quais as normas modernas estadunidenses de processo coletivo derivaram, se usará "*equity*".

11 West v. Randall et al. 29 F. Cas. 718 (R.I. 1820). Disponível em: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0029.f.cas/0029.f.cas.0718.pdf>.

> tes trazidas perante a corte, ou a outras interessadas em uma decisão que possa ser baseada apenas numa visão parcial do mérito.[12]

O primeiro corpo coerente de regras processuais na esfera federal, as *Federal Equity Rules* de 1842, continha ainda uma regra específica prevendo a possibilidade da litigância de grupo, a Regra 48:

> Quando as partes de qualquer lado forem muito numerosas, e não puderem, sem manifesta inconveniência e opressivos atrasos no processo, serem todas trazidas a ele, a corte pode, discricionariamente, dispensar fazer de todas elas partes, e poderá proceder no processo, tendo partes suficientes presentes para representar todos os diversos interesses dos autores e réus no processo devidamente. Entretanto, em tais casos a decisão deverá se dar sem prejuízo dos direitos e pretensões de todas as partes ausentes.

Apesar desse aparente esforço, a expressa ressalva do trecho final da regra, que impedia a extensão da eficácia da coisa julgada às partes ausentes, tornava a regra inócua, contrariando toda a construção jurisprudencial dos séculos anteriores (Yeazell, 1988, p. 221).

Em alguns anos, a Suprema Corte acabou por reinterpretar a regra - de fato, contrariando-a diretamente -, permitindo a extensão dos efeitos em certas circunstâncias, mas isso não foi o suficiente para incentivar o uso do instrumento (Yeazell, 1988, p. 222); a limitação da eficácia da coisa julgada só foi extirpada das regras processuais com a reforma das Regras Federais de *Equity* em 1912, consolidada com a fusão dos sistemas de *equity* e de direito em 1938.

Fato é que, no início do desenvolvimento do sistema jurídico dos Estados Unidos - após sua independência, já no final do século XVIII -, a litigância coletiva havia perdido sua importância no direito inglês, como visto no item anterior. Apesar da previsão de sua possibilidade nas regras de *equity* e em algumas decisões da Suprema Corte, ela não chegou a retomar em solo estadunidense a importância que tinha no medievo britânico, séculos antes. Segundo Yeazell, "[...] no começo do século [XIX],

12 Idem.

a litigância de grupo era um instrumento processual nem amplamente usado nem muito conhecido" (1997, p. 694).

O próprio Joseph Story, citado como uma referência do processo coletivo na Suprema Corte norte-americana, nomea "não podia conceber uma função moderna ou uma teoria coerente para a litigância representativa" (YEAZELL, 1988, p. 219). Isso se dá, argumenta-se, por um motivo histórico, cuja asserção é parte do argumento que irá ser desenvolvido nas seções seguintes.

O momento histórico em que as ações coletivas começaram a perder importância na tradição da *common law*, ao redor dos séculos XVII e XVIII, coincide justamente com as revoluções inglesa e americana, tidas como revoluções liberais que marcariam a passagem do ocidente do período medieval, agrário, feudal ou absolutista, para a modernidade, mercantil-capitalista, urbano-industrial.

É a transição entre, nos termos do sociólogo do final do século XIX Ferdinand Tönnies (1947), a preponderância de um modelo de comunidade, baseado em um "modo de união afetivo" em torno do campo, da economia doméstica e da vida costumeira, para um modelo de sociedade, baseado em um "modo de união objetivo-contratual", em torno da cidade, da relação mercantil e de comércio. Tönnies conclui ainda que "se na comunidade os homens permanecem unidos apesar de todas as separações, na sociedade permaneceriam separados não obstante todas as uniões" (1947, p. 65).

Esse modelo de sociedade, resultante do "enfraquecimento das relações mediadas pela consangüinidade, os costumes e a tradição por aquelas mediadas pela razão, o cálculo e o interesse", "na arguição de Tönnies e na esteira de Marx, se constituiu essencialmente sob a hegemonia dos capitalistas e para a sua plena realização enquanto classe" (Brancaleone, 2008).

Essa mudança de relações e normas baseadas em grupos e comunidades, consubstanciada ainda na descrição de Yeazell sobre a europa medieval como uma "rede de comunidades ligadas umas às outras por jurisdições sobrepostas" (1997, p. 689), para normas fundadas nos interesses individuais, é descrita por Hensler, em comentário à obra do autor

citado sobre a evolução histórica da litigância de grupo, como a "descrição sociológica padrão da transição das sociedades tradicionais para as modernas" (2013).

Benjamin Constant, escritor e político francês que viveu a revolução francesa, em conhecido discurso à Athénée Royal de Paris, de 1819, descreveu ainda o novo paradigma emergente nos termos da diferença entre a "liberdade dos antigos e a dos modernos": a primeira seria a liberdade política, de participação do cidadão na coisa pública, enquanto a segunda seria a liberdade individual, de respeito, pelo Estado, da autonomia privada do indivíduo (Constant, 1980).

O mesmo autor coloca o desenvolvimento do comércio como pressuposto para essa guinada, salientando como ele "emancipa o indivíduo", "inspira aos homens um forte amor pela independência individual" (Constant, 1980).

Dessa evolução histórica se segue, portanto, a afirmação do indivíduo, em detrimento dos grupos: o novo sistema exige (e ao mesmo tempo constrói) um indivíduo padrão para operá-lo, um proprietário, sujeito de direitos e, especialmente, da liberdade de contratar; a concepção moderna da relação entre sociedade e Estado é mediada pela figura do indivíduo, tão somente. No máximo, o Estado aparece como solucionador dos problemas coletivos por meio do sistema representativo.

O paradigma jurídico que se origina dessa transformação, consequentemente, erige ao centro de suas preocupações essa pessoa individual ou, no máximo, a "pessoa jurídica", coletivo tornado indivíduo por meio da ficção jurídica, cujo exemplo maior é a corporação - a qual, como visto na seção anterior, é tomada como a única legítima a responder judicialmente pelo interesse de grupos, unidos agora não por circunstâncias sociais diversas, mas pelo mero interesse econômico.

A litigância de grupo, portanto, desaparece porque a própria ideia de grupo perde importância perante a ideia de indivíduo, ou de corporação. A nova configuração social resultou em um novo paradigma de processo, que rejeitava a ideia de um grupo representando interesses comuns perante o judiciário. O modelo de adjudicação que daí surge,

conforme Owen Fiss, é o da "resolução de disputas" (1982, p. 122), associado a uma história assim descrita:

> [...] duas pessoas no estado de natureza[13] que reivindicam, cada uma, um pedaço de propriedade. Eles discutem o problema, chegam a um impasse, e então se viram a um terceiro, o estranho, para resolver sua disputa. Cortes são vistas como a institucionalização desse estranho e a adjudicação é vista como o processo pelo qual o poder judicial é exercido. Apesar de essa história ser usada [...] meramente como ilustração, ela reflete diversas premissas das quais tal modelo depende (Fiss, 1982, p. 122).

Nas palavras do autor, esse seria o modelo que se tornou, afinal, "padrão para julgar a legitimidade de todas as formas de adjudicação" a partir de então (Fiss, 1982, p. 122). Yeazell (1977) ressalta como a importância da análise histórica se dá pela possibilidade de novas perspectivas "sobre a relação entre formas sociais e processuais", quer dizer, como a organização social determina, inclusive, as formas jurídicas de resolução de conflitos, e esse artigo parte dessa premissa.

De fato, naquele período histórico a afirmação da liberdade individual frente à tirania dos diversos despotismos, políticos, morais, religiosos, era a ordem do dia; as revoluções liberais da época, cujos efeitos se puderam ver inclusive sobre as formas procedimentais, como visto, cumpriram o papel de colocar essa questão no centro da arena política.

Entretanto, como se foi confirmar com a crise do estado liberal no final do século XIX e no início do século XX, apenas a afirmação de liberdades individuais perante o Estado não foi suficiente para solucionar os problemas relacionados à emancipação humana contidos no projeto

13 Importante ressaltar aqui que esse "estado de natureza" nada tem a ver com a "guerra de todos contra todos" de alguns contratualistas clássicos, que entendem ser esse o estado no qual o Estado surge para garantir a segurança e a estabilidade. Ao contrário, o estado de natureza da história do modelo da "resolução de disputas" é de harmonia, a qual é perturbada por um conflito que o judiciário, essa figura do "estranho" chamado a adjudicar a disputa, imediatamente neutraliza, restaurando o *status quo*. Esse ponto será retomado no último item.

da modernidade. Boa parte do século XX foi marcado pela tentativa de responder a essa insuficiência, em diferentes formas.

Nos Estados Unidos, essa resposta veio também mediante mudanças na forma de litigância, com um salto vertiginoso na importância das ações coletivas a partir da metade do século XX, caracterizada por mudanças normativas e jurisprudenciais que consolidaram o papel da litigância coletiva no processo civil estadunidense contemporâneo - e, aliás, na vida social e política do país como um todo.

3. O PROCESSO ESTRUTURAL E A *CLASS ACTION* CONTEMPORÂNEA

Na narrativa histórica contida nos textos de Stephen Yeazell, que serviu de base para a seção anterior, são citados dois fatos paradigmáticos para a consolidação da litigância coletiva contemporânea no século XX nos Estados Unidos: o julgamento do caso *Trustees v. Greenough* pela Suprema Corte em 1881 e a revisão das Regras Federais de Processo Civil em 1966 (que estruturaram a atual Regra 23, que dispõe sobre class actions), ambas metaforicamente consideradas pelo autor, respectivamente, o motor e as rodas da *class action* moderna (Yeazell, 1997, p. 696).

Essa narrativa acaba por focar a evolução da litigância coletiva na figura da *class action* massiva, focada no endereçamento de eventos danosos de massa ("*mass torts*"), normalmente impulsionada por advogados e escritórios que, apesar de movidos por incentivos econômicos relacionados aos vultosos honorários decorrentes de condenações coletivas, ainda assim contribuem para a responsabilização de empresas privadas violadoras de direitos em massa - papel descrito pela doutrina americana como do "promotor privado"[14].

14 Do inglês, "*private attorney general*"; o *attorney general* da União ou dos Estados norte-americanos não se confunde com a figura dos promotores, membros dos Ministérios Públicos no Brasil, mas incorporam algumas de suas funções, como a autoridade de processar criminal e civilmente pessoas (físicas ou jurídicas) que contrariem os estatutos regulatórios causando danos a uma coletividade, por exemplo (Yeazell, 1997; Glannon, Perlman, Raven-Hansen, 2017). Como a expressão se refere especificamente a esse papel quando exercido por advogados privados, en-

Essa forma de litigância coletiva é de fato importante, não só porque dialoga com a reflexão que se busca trazer neste trabalho - a necessidade de se entender o processo coletivo enquanto uma ferramenta da concretização de direitos fundamentais, e como os ataques à efetividade do processo coletivo são um ataque à efetividade desses direitos -, mas também porque se tornou o tipo de ação coletiva mais presente nos Estados Unidos mais recentemente, como se verá.

Voltaremos a esse ponto em breve, mas considerando a reflexão citada é imprescindível resgatar um momento histórico que Yeazell (1988; 1997) cita como um mero detalhe, qual seja: a ascensão da litigância de *civil rights*[15] e, especialmente, dos litígios estruturais nos anos 1950, anteriormente à citada revisão das regras processuais de 1966, portanto.

3.1. A litigância de interesse público e o processo estrutural

Necessário lembrar que, nesse momento histórico, não havia mais distinção entre procedimentos de direito e de *equity*, os quais haviam sido fundidos em uma só forma de ação nas Regras Federais de Processo Civil de 1938. Essas, mesmo antes da citada revisão de 1966, já previam na Regra 23 a possibilidade de uma ação coletiva, nos seguintes termos: "uma [parte] ou mais, garantida a justa e adequada repre-

tende-se que a melhor forma de traduzir a expressão é usando a figura brasileira que incorpora esse papel, qual seja, o promotor.

15 "*Civil rights litigation*" é como a bibliografia consultada se refere ao conteúdo material da litigância que se consolidou nos processos estruturais no século XX nos Estados Unidos. A tradução literal "direitos civis" acaba por não encampar todo o significado da expressão. Optou-se por "direitos fundamentais", uma tradução mais substancial. Trivisonno (2020), com relação à tradução inglesa da expressão "direitos fundamentais", cita *civil rights* como parte da "tradição norte-americana" e sua relação com o "movimento dos direitos civis", base da chamada *civil rights litigation*: "[na tradição norte-americana,] a ideia de que os direitos mais essenciais das pessoas devem ser reconhecidos pelo Estado foi fortemente influenciada pelo movimento dos direitos civis, que lutou pelo reconhecimento dos direitos sobretudo dos Afro-Americanos. [...]. Nesse contexto, distingue-se ainda *Civil Rights* de *Civil Liberties*, termo que se refere, em geral, às liberdades negativas no sentido clássico" (p. 8).

sentação de todos [da classe], poderá, em nome de todos, processar ou ser processado [...]"[16].

O movimento de litígios voltados à efetivação dos direitos fundamentais inicia-se principalmente com a luta contra a segregação racial em instituições públicas estadunidenses (especialmente escolas), até então sustentada pela doutrina do "*separate but equal*", segundo a qual a segregação não violava a garantia de igual proteção perante a lei contida na Décima Quarta Emenda à Constituição, cristalizada na jurisprudência da Suprema Corte em *Plessy v. Ferguson*, decisão de 1892.

Posteriormente, o mesmo movimento se expande a outras áreas, como a reforma de prisões, hospitais psiquiátricos, a defesa do meio ambiente e outras formas de realização de direitos fundamentais (Vitorelli, 2015, p. 564). Tratava-se, portanto, do uso estratégico do Poder Judiciário como motor de transformações sociais, com o objetivo de fazer cessar ou prevenir violações de direitos, e afinal realizar o interesse público - diante disso, o movimento também é às vezes chamado de "litigância de interesse público", ou *public law litigation*[17].

Narrando em retrospectiva esse movimento - inclusive enquanto partícipe dele, já que foi advogado dos movimentos pelos direitos civis e, posteriormente, assessorou magistrados da Suprema Corte responsáveis por algumas decisões paradigmáticas - e refletindo sobre como o Poder Judiciário se tornou o lugar primordial para a busca dessas transformações, Owen Fiss (1993) descreve como esse tipo de litigância desloca o poder do Estado para o cidadão (ou grupo) que teve o direito violado e do Legislativo para o Judiciário, especialmente por meio da doutrina dos direitos das minorias.

Se os direitos violados são de cidadãos com pouco acesso ao sistema representativo ou a outras instâncias de poder mais tradicionais,

16 Extraído diretamente do texto da Regra 23 original, *apud* Harkins, 1997.

17 Apesar de para os fins do presente artigo não haver distinção entre os conceitos, a litigância em direitos fundamentais ou *civil rights* propriamente dita é "classicamente definida nos termos da defesa de minorias raciais" (Fiss, 1992), enquanto a litigância de interesse público é voltada para a concretização de direitos fundamentais de forma mais ampla.

responsáveis em tese pela mudança social, resta a eles o recurso ao Poder Judiciário, em nome próprio e representando o interesse dos grupos cujos direitos são violados concomitantemente.

O mesmo autor demonstra ainda como a forma principal de ordem judicial buscada pela litigância em direitos civis foi a denominada *injunction*, ou tutela específica, comando judicial derivado das regras de *equity* que abrange a determinação de obrigações de fazer ou não fazer, inclusive complexas e, principalmente, direcionadas à reorganização das instituições responsáveis pela violação de direitos - característica do chamado processo estrutural. Vitorelli assim descreve tal paradigma:

> Desde o início, o movimento foi confrontado com o fato de que, para se realizar o intento buscado no processo, havia necessidade de se romper com a estrutura tradicional direito-obrigação-violação-reparação. Indenizar aqueles que sofreram com o ilícito é ineficaz para se atingir o objetivo de realizar o interesse público, porque não se impede que as violações continuem ocorrendo. Há necessidade [de] tomar a violação como ponto de partida, mas não para indenizar o lesado, e sim encontrar formas para cessar o comportamento que a origina ou o contexto estrutural que a favorece. Em segundo lugar, notou-se a possibilidade de que fosse necessário, para alcançar esse objetivo, a reorganização de toda uma instituição pública (Vitorelli, 2015, p. 564).

Duas decisões paradigmáticas da Suprema Corte marcaram esse movimento: *Brown v. Board of Education of Topeka*, e a que se convencionou chamar *Brown II*, ambas respectivamente de 1954 e 1955.

A primeira foi decidida em grau de recurso em uma *class action* intentada por pais de alunos da cidade de Topeka contra o Departamento de Educação da Cidade, assistidos pela organização de direitos civis NAACP[18], que questionou as políticas de segregação racial nas escolas do município.

Revertendo a decisão de cortes inferiores, que mantiveram o então entendimento paradigmático contido no caso *Plessy v. Ferguson* de

18 Trata-se da "*National Association for the Advancement of Colored People*" ou Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor.

1892, a Suprema Corte, de forma unânime, entendeu pela inconstitucionalidade da segregação racial, entendendo que negava "a crianças negras a igual proteção perante a lei garantida pela Décima-quarta Emenda, ainda que a estrutura física e outros fatores 'tangíveis' de escolas brancas e negras sejam iguais"[19].

Ocorre que o alcance limitado da decisão, que se deu em caráter meramente declaratório[20], ainda que de inegável impacto, levou a diversos questionamentos por parte das escolas, departamentos públicos e grupos de pais, e até à resistência ativa de grupos políticos, principalmente em estados do sul.

Alguns questionamentos feitos pelas próprias escolas, alvos da decisão, foram respondidos pela Corte no caso que ficou conhecido como *Brown* II, no qual foi decidido que as Cortes Distritais (primeira instância do sistema judiciário federal[21]) deveriam "adotar tais procedimentos e inscrever tais ordens e decretos consistentes com esta opinião como medida necessária e apropriada para admitir as partes em escolas públicas numa base racialmente não discriminatória, com toda a velocidade deliberada"[22].

---

19 Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/#tab-opinion-1940808>

20 Vitorelli traz o entendimento que, inclusive, a limitação da decisão foi uma opção consciente do então Presidente da Suprema Corte e redator da opinião no caso: "O *Chief Justice* Warren, responsável pela decisão, adotou a posição de que ela deveria expressar um consenso da Corte, pois a mudança de entendimento que se pretendia realizar seria enfraquecida pela existência de votos vencidos." (Vitorelli, 2015, p. 564)

21 O sistema judiciário federal estadunidense, previsto no artigo III, seção I da Constituição, é composto pelas Cortes Distritais ("*District Courts*"), em noventa e quatro distritos espalhados pelo território americano, na primeira instância, e pelas Cortes de Apelação ("*Courts of Appeals*") de cada um dos nove Circuitos ("*Circuits*"), na segunda instância. A instância revisora final, com competência restrita a alguns casos - discricionariamente escolhidos pelos magistrados - é a Suprema Corte (Glannon, Perlman, Raven-Hansen, 2017).

22 Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955), *apud* Reis, 2018. Traduzido pela autora citada.

Nessa decisão, boa parte do que futuramente viria a ser listado entre as características fundamentais do chamado "processo estrutural" já estavam presentes: o controle do mérito de atos administrativos pelo judiciário; a flexibilidade dos procedimentos e decisões; a consideração de questões práticas na decisão; a elaboração de planos para cumprimento da decisão, voltados ao futuro; a manutenção da competência dos tribunais sobre os casos enquanto não cumprida integralmente a decisão ou plano[23].

Brown I foi, portanto, um exemplo paradigmático da chamada litigância de interesse público, com inegável impacto, mas sem o caráter estrutural que só foi assumido em *Brown* II: um momento no qual as cortes locais assumiram, sob ordem da Suprema Corte, o papel ativo de fiscalização do cumprimento da decisão, gerando, a partir daí, outras controvérsias e conflitos que tiveram que ser, por sua vez, decididos novamente ou mediados pelas próprias cortes.

Processos como esses passaram a ter cada vez mais importância ao longo das décadas seguintes, abarcando, como já dito, casos mais amplos de reestruturação institucional, como hospitais psiquiátricos e prisões, e grandes conflitos ambientais.

23 Segue a transcrição de alguns desses pontos, expressamente determinados no comando da decisão: "[...] (B) Os tribunais terão de considerar se a ação das autoridades escolares constitui implementação de boa fé dos princípios constitucionais que as regem. (C) Devido à sua proximidade com as condições locais e à possível necessidade de novas audiências, os tribunais que tomaram inicialmente conhecimento desses casos podem realizar melhor essa avaliação judicial. (D) Na elaboração e execução das ordens, os tribunais serão guiados por princípios eqüitativos - caracterizados por uma flexibilidade prática na formação de remédios e uma facilidade para ajustar e conciliar as necessidades públicas e privadas. [...] (J) Os tribunais poderão considerar problemas relacionados à administração, decorrentes da condição física da planta escolar, do sistema de transporte escolar, pessoal, revisão dos distritos escolares e áreas de atendimento em unidades compactas para conseguir um sistema de determinação de admissão às escolas públicas em uma base não racial, e a revisão das leis e dos regulamentos locais que podem ser necessários para resolver os problemas precedentes. (K) Os tribunais também considerarão a adequação de quaisquer planos que os réus possam propor para resolver esses problemas e efetuar uma transição para um sistema escolar racialmente não-discriminatório. (L) Durante o período de transição, os tribunais manterão a jurisdição destes casos." (Brown… *apud* Reis, 2018 - traduzido pela autora citada)

Não obstante seja polêmica a importância dos processos estruturais entre os possíveis papéis do judiciário estadunidense moderno - havendo consideráveis debates sobre sua legitimidade, eficácia, eficiência, relativos ao alcance de suas decisões e às minúcias de suas características processuais -, o que não é objeto do presente trabalho, fato é que seu desenvolvimento nas décadas de 1950, 60 e 70 marcou definitivamente a história do processo civil moderno.

De fato, como coloca Owen Fiss, daí emergiu uma "nova forma de adjudicação constitucional" (1982, p. 121), voltada à concretização de valores constitucionais e à consciência de que esses valores são violados por grandes instituições:

> Essa nova forma de adjudicação é largamente definida por duas características. A primeira é a consciência de que a ameaça básica aos nossos valores constitucionais se dá não por indivíduos, mas pelas operações de organizações de larga escala, as burocracias do Estado moderno. Em seguida, essa nova forma de litigância reflete o entendimento de que, a menos que as organizações que ameaçam tais valores sejam reestruturadas, essas ameaças aos valores constitucionais não serão eliminadas. Para esse empenho reconstrutivo, o universo tradicional de possibilidades legais [...] é inadequado. (Fiss, 1982, p. 121)

É essa perspectiva coletiva, devido às violações de direitos serem tanto direcionadas a grupos específicos - como os raciais, conforme visto em *Brown* - quanto derivadas de instituições cuja estruturação interessa à coletividade de pessoas (e seus diversos interesses), que começa a retornar à litigância nos Estados Unidos, após séculos de silêncio pela preponderância dos interesses individuais.

Poucas décadas mais tarde, como se verá, essa perspectiva será alvo de novos ataques, não sem antes tomar uma outra forma. Para além das instituições burocráticas enquanto perpetradoras de violações de direitos fundamentais, poderia se acrescentar as grandes empresas, cada vez mais presentes em uma sociedade de consumo e produção massificados - e para tanto, a litigância coletiva também viria a dar respostas.

3.2. A nova Rule 23 e as class actions de massa

Ainda no ápice desse novo paradigma de ações coletivas estruturais perante o Poder Judiciário, as Regras Federais de Processo Civil, especialmente a Regra 23, que tratava das *class actions*, foram revisadas[24] em face do novo contexto, dando origem por sua vez a outras formas de utilização do procedimento.

De fato, conforme Edilson Vitorelli, "a preocupação principal dos redatores da revisão [da Regra 23] era criar ferramentas para viabilizar as demandas relativas a direitos civis, cujo veículo principal seria a previsão contida na Rule 23(b)(2)" (2015, p. 290). Essa previsão citada era uma de três tipos diferentes de *class action* previstos na nova redação da regra, cada um dos quais elaborado tendo em mente uma forma diferente de litigância.

O primeiro tipo, denominado (b)(1), tem como foco "evitar que a parte contrária tenha que adotar condutas contraditórias em relação aos membros da classe" ou "impedir que o cumprimento da decisão favorável a um indivíduo coloque em risco os direitos dos demais" (Vitorelli, 2015, p. 284). Trata-se da hipótese menos utilizada na prática, e, portanto, não recebeu muita atenção doutrinária (Yeazell, 1988, p. 246), havendo em Vitorelli (2015) o dado de que entre 1986 e 1990, por exemplo, apenas seis ações teriam sido certificadas sob essa regra específica.

O segundo tipo - (b)(2) -, conforme referido acima, foi pensado para viabilizar os processos estruturais relacionados à defesa de direitos fundamentais que vinham proliferando no judiciário, e não admite condenações pecuniárias, apenas eventuais provimentos mandamentais direcionados à parte contrária, como as *injunctions* estruturais utilizadas, por exemplo, nos casos que sucederam *Brown* II.

A terceira e última hipótese prevista, a (b)(3), é residual, e se aplica a todas as situações que não se encaixem nas regras anteriores, inclusive - e por isso ela adquiriu grande importância - as pretensões pecuniárias. Ela

24 A revisão dessas regras é, por força do *Rules Enabling Act* de 1934, de competência do próprio Poder Judiciário Federal, por meio da Suprema Corte. O congresso, pode, em certo prazo, vetar algumas modificações, mas a autoridade para elaborar as regras de processo no sistema federal norte-americano é primordialmente do judiciário.

tem requisitos adicionais, mais rigorosos do que aqueles previstos para as anteriores, e, portanto, também pode abarcar as pretensões que se encaixariam nas anteriores, cumuladas com as pecuniárias, por exemplo. Vitorelli descreve ressalta o seguinte sobre esse tipo de *class action*:

> A hipótese (b)(3) é a que satisfará, por exemplo, as demandas consumeristas e ambientais. É sobre ela que Geoffrey Hazard afirmou que as class actions propiciariam jurisdição em massa para uma sociedade de produção em massa. Também esse é o modelo que dá lugar ao que costuma ser referido como private attorney general, o particular que, ao atuar por interesse próprio, auxilia e complementa a atuação do Estado, no exercício de seu papel de regulação do mercado (Vitorelli, 2015, p. 286).

Após a revisão de 1966 e a consolidação das novas regras sobre *class actions*, iniciou-se uma tendência de diminuição do número de ações ajuizadas e certificadas sob a regra 23(b)(2), relacionadas à litigância estrutural e de interesse público, e o crescimento daquelas relativas à regra 23(b)(3), relacionadas por sua vez a litígios de massa consumeristas e ambientais. Novamente, segundo Edilson Vitorelli:

> [...] com o passar dos anos, os litígios tipicamente vinculados à sociedade de massa – lesões a grande número de consumidores, demandas relacionadas ao meio ambiente e à captação de poupança privada pelas empresas de capital aberto – fizeram com que a Rule 23(b)(3) atingisse patamar de importância equivalente ou superior aos processos ajuizados sob a previsão originariamente mais relevante (Vitorelli, 2015, p. 290).

Essa relativamente nova forma de litigância coletiva viria a ser caracterizada como "uma solução para as discrepâncias que resultaram da imposição de uma economia de produção em massa sobre um sistema de litigância individualizado" (Yeazell, 1977, p. 867), produzindo afinal "jurisdição em massa para uma sociedade de produção em massa", conforme a citação de Geoffrey Hazard em Vitorelli (2015), anteriormente citada.

4. A AFIRMAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS E O MODELO INDIVIDUALISTA DE LITIGÂNCIA

Tanto essa litigância de massa quanto o processo estrutural (ou ainda a litigância de interesse público por meio de *class actions*) configuraram, como se aventou ao final do item 3.1, formas de responder, de forma coletiva, a violações de direitos que o modelo de processo demasiadamente individualista seria incapaz de responder.

Esse modelo (ou "sistema de litigância individualizado", nas palavras de Yeazell, 1977), consolidado no final do século XVIII no sistema da *common law* concomitantemente à consolidação do capitalismo e das formas modernas de produção e sociabilidade, não dava conta das contradições que, afinal, o próprio modelo de sociedade no qual se baseava não resolvia.

As violações de direitos (e "ameaças a valores constitucionais", conforme Owen Fiss, 1982) cada vez mais tanto direcionadas a grupos e coletivos quanto perpetradas por instituições burocráticas e grandes empresas são apenas devidamente remediadas e prevenidas com a atuação coletiva - e, às vezes, estrutural - perante o judiciário. Uma atuação judicial decorrente, inclusive, de movimentos políticos coletivos que dele se utilizam como mais uma de suas estratégias de mudança social.

Após décadas de crescimento da litigância estrutural e de efeitos concretos dessa sobre as instituições estadunidenses, seguidas por décadas de crescimento da litigância coletiva que responsabilizaram grandes corporações por danos em massa ou comportamentos consumeristas e ambientais ilícitos, composições mais conservadoras da Suprema Corte e de todo o judiciário passaram a virar a jurisprudência no sentido contrário da efetividade dessas formas coletivas de litigância.

Casos como *Amchem Products, Inc. v. Windsor* (1997) restringiram a amplitude da classe passível de certificação, nas complicações relacionadas à possivelmente maior contaminação por um produto da história do país, o amianto. Em *Rahman v. Chertoff* (2008) e *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes* (2011) foram restritas a certificação de classes por meio da extensão de seus requisitos, em processos relacionados a políticas discri-

minatórias, respectivamente, do governo federal e da empresa privada com o maior número de empregados do país. Outros, como *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* (2011) e *Epic Systems v. Lewis* (2018) consignaram a validade de cláusulas contratuais restritivas de *class actions* ou mandatórias de arbitragem em casos trabalhistas e consumeristas.

Ainda algumas décadas antes, em *Martin v. Wilks* (1989), a Suprema já determinara a restrição dos efeitos da coisa julgada de uma sentença concedida em um processo estrutural, entendendo que indivíduos que não tomaram parte em um processo não poderiam ser atingidos pela decisão dele decorrente - lembrando, diretamente, a previsão contida na arqueológica Regra 48 das *Federal Equity Rules* de 1842, que virtualmente impediam a litigância coletiva, como exposto no item 2.1.

Diante de tantos ataques que vêm sendo empreendidos contra a eficácia do processo estrutural e da *class actions*[25], é importante reafirmar, na esteira de Owen Fiss (1992), a verdadeira função da adjudicação, ou da jurisdição em si: dar significado e expressão concretos aos valores corporificados na Constituição.

A litigância estrutural e coletiva é a forma mais concreta de assim fazê-lo em uma sociedade onde os litígios, de fato, são cada vez mais decorrentes de relações complexas e coletivas, e de massa.

A visão contrária remonta à mudança de paradigma identificada no fim do século XVIII, com a consolidação do capitalismo e das relações mercantis, e consequentemente da ideia do homem individual sujeito de direitos, que litiga em seu próprio nome - ou da corporação, grupo econômico, que eventualmente represente - e tem sua sociabilidade em um "modo de união objetivo-contratual" (Tönnies, 1947).

25 E, inclusive, da redução considerável na litigância coletiva ao longo das décadas citadas: "Em 1996, o Federal Judicial Center pesquisou todo o universo de ações coletivas em quatro distritos judiciais federais, concluídas entre julho de 1992 e junho de 1994 e verificou que 37% das ações ajuizadas como class actions foram certificadas. [...] O principal autor do estudo, trabalhando com dados mais recentes [a citação é de 2015], em uma amostra de 621 casos, verificou uma tendência decrescente nas certificações de class actions, com um índice de sucesso de 24%" (Vitorelli, 2015, p. 286).

Se isso poderia fazer sentido em um momento histórico de afirmação das liberdades individuais perante o despotismo, não mais faz diante dos desafios da sociedade contemporânea, especialmente diante das promessas não cumpridas da modernidade. Os ataques à litigância coletiva remontam, ainda, ao modelo de adjudicação descrito como de mera "resolução de disputas", baseado na ideia dos indivíduos que disputam certo impasse sobre um direito, e procuram um terceiro para adjudicá-lo - o juiz.

Owen Fiss elabora como tal modelo é limitado: baseia-se num universo sociologicamente empobrecido, que não considera grupos sociais - grupos "cuja identidade e realidade sociais são tão seguras em nossa sociedade como o indivíduo" (1982, p. 122) - e instituições burocráticas, composto tão somente de indivíduos; pressupõe uma sociedade na qual só há desejos individuais de indivíduos, e não valores e objetivos públicos; pressupõe um estado de harmonia natural, rompido pelo conflito, o qual deve ser neutralizado pela adjudicação; e, afinal, sugerem um isolamento do judiciário, uma visão deste não como parte integrante da sociedade cujos conflitos adjudica, mas como ente isolado.

Se na virada do século XIX a litigância de grupo era vista como arcaica, superada, diante da evolução de um modelo de organização em grupos, comunidades, para uma sociedade de indivíduos (Tönnies, 1947), a partir da década de 1950 ela reapareceu diante justamente dos problemas que essa sociedade liberal individualista - e seu modelo de litigância meramente baseado na "resolução de disputas" - não solucionou.

E é esse potencial da litigância coletiva que deve ser afirmado e reivindicado, especialmente diante dos ataques que tem sofrido, os quais parecem buscar no modelo de sociedade que emergiu no final do século XVII seu fundamento de legitimidade.

Afirmar os modelos coletivos de litigância envolve o reconhecimento de certa importância da dita "liberdade dos antigos" de Constant (1980), que se baseava na participação direta nas decisões coletivas. Não por uma ideia romantizada da antiga democracia grega, por exemplo[26],

26 Modelo de democracia grega que, aliás, conforme Constant ainda no século XIX, "dependia de uma massa de escravos para trabalhar e produzir enquanto "vinte mil atenienses [...] deliberavam cada dia na praça pública" (Constant, 1980).

mas pela necessidade decorrente das próprias injustiças que decorrem da doutrina liberal pura.

Diante das formas sociais baseadas nas doutrinas de que "não há sociedade, há apenas indivíduos"[27] e dos modelos processuais que dela decorrem, é necessário afirmar, a um só tempo, a importância da coletividade e das formas coletivas de litigância que, afinal, se ligam diretamente às formas sociais a ela subjacentes, sejam aquelas realmente existentes ou aquelas que almejamos - e esse é, afinal, um dos objetivos do direito: a construção de formas sociais entendidas como mais justas.

REFERÊNCIAS:

AMERICAN LAW INSTITUTE - A.L.I. Principles of the Law of Aggregate Litigation. The American Law Institute, 2010. Parcialmente disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=EmfPAgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false>.

BRANCALEONE, Cassio. Comunidade, Sociedade e Sociabilidade: revisitando Ferdinand Tönnies. *In* Revista de Ciências Sociais, v. 39 n. 2. 2008. p. 98-104.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In GAUCHET, Marcel (org.). Benjamin Constant: textos escolhidos. Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980. Tradução de Loura Silveira.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4 - Processo Coletivo. Editora JusPodivm, 2020.

FARNSWORTH, E. Allan. An Introduction to the Legal System of the United States. Oxford University Press: 2010.

EISENBERG, Theodore; LANVERS, Charlotte, "What is the Settlement Rate and Why Should We Care?" (2009). Cornell Law Faculty Publications. Paper 203. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/203>.

27 Afirmação de Margareth Tatcher, ícone político do neoliberalismo a partir dos anos 1980.

FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. Law Hum Behav 6, 121–128 (1982).

FISS, Owen M., Against Settlement. Faculty Scholarship Series. Paper 1215. 1984. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215>.

FISS, Owen M. The Allure of Individualism. 78 Iowa L. Rev. 965. 1993.

FISS, Owen M. Two models of adjudication. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2007.

GLANNON, Joseph W.; PERLMAN, Andrew M.; RAVEN-HANSEN, Peter. Civil Procedure - A Coursebook. 2017.

HARKINS Jr., John G. Federal Rule 23 - The early years. 39 Ariz. L. Rev. 705. 1997.

HENSLER, Deborah R. Of Groups, Class Actions, and Social Change: Reflections on "From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action". Discourse, 2013. Disponível em: <https://www.uclalawreview.org/of-groups-class-actions-and-social-change-reflections-on-from-medieval-group-litigation-to-the-modern-class-action/#return-note-4813-7>.

ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation, 74 La. L. Rev. (2014). Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol74/iss2/7>.

JUSTIA U.S. Law. <https://supreme.justia.com/cases/>.

REIS, Friede. A Equidade no ordenamento jurídico brasileiro. *In* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al (orgs.). Direitos Fundamentais em Processo: Estudos em Comemoração aos 20 Anos da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, 2020. pp. 661-670.

REIS, Ludmila Costa. Processo Coletivo Extrajudicial: A construção de consensos em conflitos coletivos como instrumento de controle de políticas públicas. Tese de Doutorado, UFMG. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: Georgetown Law Journal, vol. 79, n. 5, 1991.

TÖNNIES, Ferdinand. Comunidad y Sociedad. Buenos Aires: Losada. 1942 [1887].

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Direitos humanos e fundamentais: questões conceituais. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]. Joaçaba, v. 21, n. 1, p. 7-18, jan./jun. 2020.

VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese de Doutorado, UFPR, 2015.

YEAZELL, Stephen C. Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action. Columbia Law Review, 77(6), 866. 1977.

YEAZELL, Stephen C. From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action. Yale University Press: New Haven and London. 1988.

YEAZELL, Stephen C. The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation, 39 Ariz. L. Rev. 687. 1997.

A NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS ENVOLVIDOS NO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL BRASILEIRO: ANÁLISE COMPARATIVA COM O DIREITO FRANCÊS

Larissa Trópia Aladim

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Renata C. Vieira Maia

RESUMO: O estudo parte da compreensão sobre a necessidade e relevância da participação de terceiros interessados e qualificados no processo coletivo estrutural, buscando analisar como funciona esse instrumento no direito francês. O objetivo é identificar a sua forma de atuação, impactos e possíveis características e elementos que apresentam maior destaque na sistemática desse país. Em especial, aqueles que possam servir de inspiração e/ou objeto de comparação com o que se tem observado da doutrina e prática sobre o tema do processo coletivo estrutural no direito brasileiro. Para tanto, a pesquisa doutrinária foi desenvolvida mediante o método crítico-analítico, dentro de uma visão aberta do tema central.

Palavras-chave: Processo coletivo estrutural; Participação; Direito francês.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo visa analisar um dos aspectos da maior relevância no processo estrutural, entendido esse como espécie de processo coletivo, porém, com contornos próprios aos conflitos mais complexos e policêntricos,

e que repercutem tanto para sua análise e processamento, quanto para o gerenciamento das possíveis soluções. Um desses aspectos, que apresenta caráter policêntrico, refere-se aos sujeitos que compõem a relação jurídica que se forma nessa espécie diferenciada de conflito, quando judicializado.

O recorte sobre o qual se pretende aprofundar é aquele atinente à devida atuação e participação dos sujeitos envolvidos, sejam esses os terceiros interessados, os afetados ou seus representantes, identificados desde a formação do processo, ou durante o seu desenvolvimento, indo até o momento da construção dos provimentos jurisdicionais que solucionarão o conflito, mediante a determinação de medidas estruturantes em cascata.

Parte-se da compreensão quanto à importância dada à participação dos entes representativos e qualificados, relacionados ao objeto do litígio, o que se dá tanto na perspectiva da garantia de participação dos interessados - ou da sua ampla e devida representação - na construção das decisões que lhes afetarão futuramente, quanto na perspectiva da construção de uma decisão completa, eficaz e exequível, capaz de gerenciar o litígio no seu âmbito estrutural.

Diante disso, investiga-se a atuação dos elementos de participação dos envolvidos no processo coletivo estrutural, que têm sido instituídos e utilizados no Brasil, em comparação com aqueles verificados no processo coletivo processado pelo direito francês, considerando-se tratar de um dos países de forte tradição *Civil Law*. O objetivo é identificar os pontos de convergência e divergência entre ambos os sistemas neste tocante e os possíveis elementos de influência para espelhamento do direito brasileiro.

Em primeiro lugar, buscou-se compreender o instituto do processo coletivo no ordenamento jurídico da França, identificando a base legal sobre a qual se fundamenta, a legitimação ativa e passiva, as realidades e políticas públicas adotadas, e as peculiaridades do(s) procedimento(s) neste país. E, com base em tais constatações, averiguou-se se haveria um processo coletivo estrutural instituído no direito francês, e qual seria o seu conceito e forma de processamento. A partir daí, analisou-se como a participação dos sujeitos interessados – se houver – ocorre no processo coletivo francês e de que maneira influencia para

o desenvolvimento e o alcance dos efeitos esperados de uma tutela de direitos coletivos de caráter estrutural.

1. A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO E INFLUÊNCIA DOS INTERESSADOS REPRESENTATIVOS E QUALIFICADOS NO ÂMBITO DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

A partir da compreensão de que os grupos ou coletividades são compostos por indivíduos e, que, nem sempre, na verdade, dificilmente, terão uma unicidade de pensamentos, interesses, vontades, e principalmente de necessidades, passou-se a enxergar os conflitos coletivos de maneira diversa, rompendo-se com a ideia de absoluta indivisibilidade o objeto da tutela do direito material discutido e que, ao final, impacta os integrantes pertencentes à esse grupo em diversas questões e de maneiras distintas (Vitorelli, 2022, p. 35).

Levando-se igualmente em consideração a maior complexidade que alguns litígios coletivos apresentam, especialmente quando envolvem formas e possibilidades múltiplas de tutela, não sendo evidente qual delas é a mais eficaz para a reparação ou prevenção do dano (Vitorelli, 2022, p. 37), passa-se a enxergar a necessidade de adequação do tratamento processual dos conflitos que apresentam tais características. Os conflitos complexos que, notadamente, envolvem direitos sociais fundamentais e constitucionalmente tutelados, os quais implicam soluções que demandam a implementação de políticas públicas, atribuição a cargo do poder executivo, revelam a necessidade de uma atuação policêntrica. Assim sendo, para além do executivo, é importante a atuação do próprio poder judiciário, reclamando revisões, alterações e reestruturações organizacionais, alocação de recursos públicos e, por isso, trazendo maiores dificuldades e limites na execução e implementação das medidas estruturantes necessárias à solução do litígio complexo.

Entende-se pela necessidade de se pensar a tutela coletiva considerando as peculiaridades da legitimação do representante do grupo no processo, ou legitimado ativo extraordinário, ao demandar a proteção de direitos em nome de um grupo ou de toda a sociedade. E, em tal con-

texto, não se poderá seguir a mesma lógica bilateral individualista que se observa no procedimento de proteção aos interesses individuais, tão pouco se poderá utilizar dos mesmos instrumentos e técnicas, sem que se compreenda a verdadeira expressão dos interesses daquela coletividade.

A verdadeira compreensão das peculiaridades procedimentais, necessárias à tutela dos interesses multipartes por meio de um processo coletivo, impõe uma efetiva representação dos sujeitos envolvidos, e não de uma mera representação aparente (Arenhart, 2015, p. 214). E é isso, o que se verifica quando há o depósito do poder e dever de condução e participação, dedução dos pedidos, eventuais negociações e composições, unicamente nas mãos do legitimado extraordinário à propositura da ação coletiva e do julgador do litígio. Diante desse fato, o que se questiona é quanto ao conhecimento ou não, por parte desses sujeitos da relação jurídica processual, as reais necessidades do grupo, da sociedade e as particularidades técnicas do objeto do litígio estrutural.

Verifica-se a necessidade de adequação procedimental, que requer uma flexibilização do sistema processual, em razão das especificidades do litígio, do objeto, do direito tutelado, que, principalmente no caso de direitos difusos, consistem em interesses mutáveis e dinâmicos, para os quais a ideia tradicional de estabilização do objeto do processo – e a limitação do debate aos contornos da causa de pedir (Arenhart, 2015, p. 218) - não se mostram eficazes, tendo em vista que as necessidades do grupo tutelado podem se alterar no curso do processo, tornando-se a pretensão inicial inapta à eficaz proteção do direito coletivo tutelado (Costa, 2017b, p. 19).

Com ainda maior relevância, a natureza policêntrica do processo coletivo estrutural exige a ampliação da participação e da cognição da matéria discutida, com a expansão da participação nesse processo, para além dos sujeitos inicialmente atuantes, a fim de possibilitar a compreensão global do cerne do litígio, também sob as várias perspectivas existentes, as quais ultrapassam a ideia bilateral do processo individual.

Destarte, a construção de uma decisão judicial capaz de tutelar adequadamente os direitos sociais constitucionais, certamente deve ser feita por meio de representantes adequados e da atuação de especialis-

tas, haja vista a impossibilidade de garantir-se que toda a coletividade, de fato, participe diretamente no processo.

Nessa perspectiva, adota-se a promoção de audiências públicas, para a devida participação da comunidade envolvida, e a intervenção de *amicus curiae* como elementos fundamentais na construção de uma solução adequada para o litígio coletivo estrutural, alcançada mediante a devida representação de interesses e contribuição técnica necessária para o dimensionamento adequado do problema e a busca criativa de alternativas apropriadas à sua solução (Arenhart, 2015, p. 217). Não apenas no momento processual da construção do provimento jurisdicional, mas também na fase da sua execução, se tornará relevante a participação dos referidos sujeitos e instituições que integram e estão envolvidos no conflito, ou na solução deste de alguma maneira, sendo tal providência essencial para adequação da sua implementação de maneira apropriada para abranger, de fato, a questão abordada.

É importante garantir a devida participação dos interessados diretos no âmbito da tutela coletiva que ocorre, pois, tal como na lógica dos precedentes vinculantes, já que a decisão empregada naquela oportunidade afetará os sujeitos futuramente, diante da eficácia vinculativa que recai sobre o precedente formado ou sobre a decisão coletiva formada, diante dos integrantes daquele grupo.

Sendo assim, ao passo que se admite o contraditório e a ampla defesa como princípios constitucionais corolários do acesso à justiça, para que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira adequada ao modelo de processo justo e democrático, assegurando o direito fundamental do acesso à justiça, deve ser garantida a possibilidade de as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional coletivo, exercerem o direito de influência, ainda que mediante representação, e desde que seja essa adequada, objetivando contemplar os múltiplos interesses que um conflito multifacetário abarca.

Por outro lado, diante da complexidade já mencionada dos litígios coletivos, verifica-se a relevância da garantia de participação, também, pela perspectiva da necessidade de integração de *experts* e entes que detenham o conhecimento técnico específico acerca do objeto do litígio

e de todas as facetas que este envolve. Assim, apenas se observadas essas condições, se poderá alcançar uma decisão ou, até mesmo uma composição, que solucione de fato o problema discutido, e que seja de possível implementação e cumprimento, mesmo se que demande um tempo maior para tanto.

Acredita-se que as decisões implementadas diante da maior amplitude de debates, da maior compreensão dos verdadeiros interesses envolvidos, de acompanhamento e influência técnica e da aproximação da sociedade e/ou grupo afetado, têm maior possibilidade de exequibilidade e de satisfação do direito material coletivo tutelado, chegando-se de forma efetiva, à solução mais adequada do litígio.

No sistema jurídico brasileiro, a possibilidade da ampliação de participação de entes representativos dos sujeitos afetados está prevista expressamente no âmbito da Ação Civil Pública, por meio do art. 5º, V, §2º da Lei nº 7.347/85, que dispõe sobre a admissão das associações legitimadas pela lei, seja na qualidade de proponentes ou como litisconsortes. De igual maneira, verifica-se também na ação popular, conforme previsão constante nos artigos 1º e 6º, §5º da Lei nº 4.717/65, a possibilidade de qualquer cidadão se habilitar como litisconsorte ou assistente daquele cidadão que ocupou a posição de autor da ação popular.

Além disso, e com especial destaque, considerando-se a perspectiva da representatividade e contribuição no âmbito dos processos coletivos estruturais, ressalta-se a aplicação subsidiária da espécie de intervenção de terceiros prevista no artigo 138, do Código de Processos Civil de 2015[1], acerca da admissibilidade do *amicus curiae,* seja de ofício ou a requerimento, em qualquer oportunidade, ante a verificação da relevância da matéria, especificidade do tema e objeto da demanda.

1 "Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação" (Brasil, 2015).

A intervenção do *amicus curiae* em ações coletivas possui especial relevância, tendo em vista que nessas ações, em regra, se encontram presentes os elementos que a justificam, quais sejam a relevância da matéria, especificidade do tema e repercussão social da controvérsia, já que dizem respeito a lesão ou omissão em concretizar direitos sociais constitucionais.

Neste ponto, vale notar que, representatividade adequada, segundo o entendimento de Eduardo Talamini (2015, p. 442), não diz respeito tão somente à representatividade numérica subjetiva e sim, a representatividade adequada em termos de qualidade objetiva e capacidade de contribuição para a demanda. Entendimento que, de fato, importa quando se fala em processo coletivo estrutural, tendo em vista a importância de que os entes capazes de contribuir efetivamente, estejam presentes para atuarem conjuntamente visando o alcance da solução adequada. Bem como, no momento da sua implementação, mediante o devido planejamento e fiscalização constantes do cumprimento das medidas estruturantes previstas, e no acompanhamento da sua execução e apuração dos resultados.

Um exemplo notável da contribuição de diferentes entes representativos na resolução de conflitos coletivos estruturais foi citado por Susana Henriques da Costa (2017b), e está descrito no caso descrito pela autora quanto ao trabalho desenvolvido para analisar o litígio coletivo envolvendo o direito de ingresso às creches e pré-escolas no município de São Paulo, objeto da Apelação nº 0150735- 64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo.

Conforme apontado por esse estudo, era possível identificar um histórico de dificuldades jurídico-processuais, institucionais e culturais encontradas no ajuizamento de demandas coletivas para a tutela de direitos difusos relacionadas à educação básica, que buscavam a alteração da realidade social de fato e a resolução do conflito como um todo, o que muitas vezes acarretou a extinção das demandas coletivas ajuizadas com esse objeto. Tal situação levou o Ministério Público a alterar a estratégia para demandar em ações civis públicas visando a tutela de interesses individuais fracionados, ligados a um grupo de pessoas previamente identificadas, ou seja, de maneira mais individualizada. E, dessa forma, verificou-se não abranger o núcleo do problema de fato, tendo em vista que,

até então, não se obtinha sucesso efetivo na abordagem essencialmente coletiva da matéria, diante das dificuldades encontradas no tratamento do litígio social.

Por meio de ação proposta por um grupo de diversos entes de destaque[2] no cenário da questão educacional, que contou com a realização da primeira audiência pública da história do TJSP, foi que se obteve uma decisão de extrema relevância, a qual culminou na condenação do município de São Paulo a:

> entre os anos de 2014 e 2016, a: (i) criar, no mínimo, 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade; (ii) incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada, (iii) apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação. (COSTA, 2017b, p. 10)

Observa-se que, além da alteração significativa do padrão decisório, também houve a designação de um grupo para o monitoramento do cumprimento da decisão, para quem a prefeitura apresenta periodicamente os planos para cumprimento, por etapas predeterminadas, da decisão prolatada que, nesse caso, diz respeito a expansão de vagas em creches e pré-escolas no município. Referido caso mostra, de maneira evidente, a indispensável contribuição do envolvimento dos diversos entes públicos, para a gradual e escalonada solução do conflito. Essa experiência exitosa resultou em patente alteração do padrão decisório que

2 A ação foi proposta "pela Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação, pelo Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares, pela Casa dos Meninos, pelo Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo e pela Associação Internacional à Humanidade Jardim Emílio Carlos e Irene, todos integrantes do Movimento Creche para Todos, em face do Município de São Paulo". Contou ainda, no processamento do recurso, "com a participação próxima do GTIEI e, assim, dos órgãos do sistema de justiça responsáveis pela tutela do direito à educação infantil (Ministério Público e da Defensoria Pública estaduais)." (Costa, 2017b, p. 10)

vinha sendo adotado pelo Tribunal de Justiça do município, em especial, em demandas coletivas anteriores sobre o mesmo assunto.

Reconhece-se, a partir dos motivos analisados e exemplificados, o inquestionável potencial existente mediante a participação colaborativa e prospectiva dos entes envolvidos no processo coletivo estrutural, a qual pode ser vista como uma verdadeira necessidade em ações dessa espécie, em decorrência da natureza policêntrica desses conflitos.

Diante de tal reconhecimento, passa-se na sequência à análise de como a participação dos entes ocorre no processo coletivo francês, o que se faz a partir da compreensão inicial da disciplina do processo coletivo na França.

2. O PROCESSO COLETIVO NA FRANÇA – L'ACTION DE GROUPE

A 'ação de grupo', assim denominada na França, surgiu a partir da discussão acerca da necessidade de se conferir maior efetividade à tutela dos direitos dos consumidores que, apesar de possuírem o resguardo de uma legislação consumerista considerada modelo para toda a Europa, não possuía métodos satisfatórios para a reparação de danos. Verificou-se que tal circunstância foi deflagrada diante da disparidade de armas e das dificuldades existentes no ajuizamento de ação individual pelo consumidor, especialmente no que toca à produção de provas acerca da responsabilidade da empresa, ou em decorrência do alto custo de se demandar individualmente em face desta, em sopesamento com o possível ganho que seria obtido por esse único indivíduo (Sénat, 2010).

Diante dessa falta de simetria entre as partes litigantes, verificou-se a necessidade de se investigar sobre a possibilidade de implementação de um procedimento para promover a reparação coletiva, tal como a ação coletiva (*class action*) utilizada nos Estados Unidos da América. Uma das preocupações existentes, no entanto, era quanto ao impacto que tal ação poderia causar na economia e à competitividade entre as empresas (Sénat, 2010).

Para efetuar o debate acerca da possível implementação do instituto, foi criado pela comissão de leis do Senado, no ano de 2009, um grupo de trabalho a fim de examinar a conveniência de se criar uma ação coletiva adaptada ao direito francês, uma *class action* francesa. Neste âmbito, desenvolveram-se discussões extensas sobre o tema, audiências para debate, contando inclusive com a participação de consumidores e empresas, tendo sido, ao final, recomendada a criação de uma ação coletiva francesa, para oferecer aos sujeitos lesados uma via de reparação eficaz do seu direito (Sénat, 2010).

Nesse contexto, a 'ação de grupo' foi introduzida pela Lei Hamon (nº 2014-344), de 17 de março de 2014, a qual incluiu no Código de Consumo francês o capítulo terceiro "Chapitre III – Action de Groupe", que passou a dispor sobre a tutela coletiva de direitos do consumidor na França (Sénat, 2010).

A ação de grupo, segundo definição do Ministério de Justiça da França "é um procedimento que permite que pessoas, vítimas do mesmo dano, cometidos por um profissional, solicitem aos tribunais coletivamente a fim de obter indenização" (Ministère de la Justice, 2019).

Conforme previsão inserida no artigo L423-1[3] do Código do Consumo da França, passou a ser cabível, portanto, a propositura de ação perante o Tribunal Civil, por associações que tenham por objeto a defesa de consumidores, com representatividade nacional, devidamente certificadas nos termos do artigo 411-1 do mesmo diploma[4]. O seu objetivo é de obter a reparação por danos individuais pecuniários sofridos por um grupo de consumidores, em decorrência de uma causa semelhante ou idêntica advinda da violação de obrigações legais ou contratuais dos mesmos pro-

3 Atualmente, a previsão consta no artigo L623-1 do Código de Consumo francês. (França, 1998).

4 O qual determina as condições para uma associação de defesa de consumidores ser certificada, nos seguintes termos: "As condições em que as associações de defesa do consumidor podem ser aprovadas, após a obtenção do parecer do Ministério Público, levando em conta sua representatividade em nível nacional ou local e as condições para a retirada dessa aprovação serão estabelecidas por decreto" (França, 1998).

fissionais[5]. A disposição prevista nessa lei, contudo, admitia o ajuizamento da 'ação de grupo' apenas diante da ocorrência de violação por ocasião da venda de mercadorias, prestação de serviços, ou quando o dano fosse resultante de práticas anticoncorrenciais. Ou seja, inicialmente, a 'ação de grupo' criada pelo direito francês era destinada unicamente à defesa do consumidor e da concorrência, uma vez que não só estava inserida apenas no Código de Consumo, como também fazia expressa menção ao cabimento da ação nesse único contexto, além de ter como objeto específico a reparação material dos indivíduos integrantes do grupo.

A despeito de ter introduzido a 'ação de grupo' apenas no Código de Consumo, a própria Lei Hamon já considerou, em seu artigo 2º, IV[6], a possibilidade de serem avaliadas mudanças no seu escopo, a fim de estendê-la aos campos da saúde e do meio ambiente. Diante disso, no ano de 2016 foram incluídas pela Lei nº 2016-41 na 'ação de grupo', sobre a modernização do sistema de saúde, as matérias atinentes à reparação de prejuízos individuais causados por medicamentos e produtos cosméticos (Artigo 184).

Posteriormente, houve pela Lei nº 2016-1547 de modernização da justiça do século XXI, a inclusão da 'ação de grupo' nos códigos do trabalho, do meio ambiente e da saúde pública, para abranger nesse tipo

5 "Um representante da associação de defesa do consumidor em nível nacional e aprovado nos termos do artigo Nº 411-1 pode apresentar processo perante um tribunal civil a fim de obter indenização por danos individuais sofridos pelos consumidores em situação semelhante ou idêntica e tendo como causa comum uma violação por um ou os mesmos profissionais de suas obrigações legais ou contratuais: 1 ° Por ocasião da venda de mercadorias ou da prestação de serviços; 2 ° Ou quando tal dano resulta de práticas anticoncorrenciais dentro do significado do Título II do Livro IV do Código Comercial ou dos Artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia." Tradução livre do art. L432-1 do Código de Consumo (França, 1998).

6 "Não mais de trinta meses após a promulgação desta Lei, o Governo submeterá ao Parlamento um relatório avaliando as condições para a implementação do procedimento de ação coletiva e propondo as adaptações que julgar necessárias. Também considera possíveis mudanças no escopo da ação em grupo, examinando sua extensão aos campos da saúde e do meio ambiente." Tradução livre do artigo 2º, IV da lei Hamon n. 2014-344 (França, 2014)

de ação, as matérias atinentes à discriminação laboral, questões ambientais e proteção de dados. A Lei nº 2016-1547, além de fazer as aludidas inclusões nos diplomas das respectivas matérias abrangidas, passou a regular expressamente a ação de grupo francesa, por meio dos artigos 60 a 92, em matérias não consumeristas, tendo previsto expressamente no art. 61, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil francês no âmbito da ação de grupo[7], o qual possui hoje um capítulo específico com disposições gerais sobre o procedimento da 'ação de grupo' regulada pela Lei 2016-1547[8]. Sendo essa uma das principais bases legais das ações de grupo, passa-se a analisar as suas disposições a fim de melhor compreender o instituto frente as legislações desse país.

Em primeiro lugar, importante ressaltar que, independentemente da matéria de direito violado, a ação de grupo francesa possui cabimento quando diante da existência de um grupo de pessoas lesadas pelo mesmo agente, por consequência de uma violação comum de obrigações legais ou contratuais de mesma natureza (dentre as matérias que possuem previsão para tanto)[9]; e tem por objetivo a própria cessação da violação dos direitos dos membros do grupo lesado, ou a sua reparação[10].

7 "Salvo disposição contrária, a ação coletiva é ajuizada e regida de acordo com as regras previstas no Código de Processo Civil." Tradução livre do art. 61 da Lei n. 2016-1547 (França, 2016b).

8 O que deixa evidente que a Lei 2016-1547 é a principal base legal para ações de grupo que não versam sobre questões de consumo, caso em que as disposições a serem seguidas estão no Código de Consumo.

9 "Quando várias pessoas em situação semelhante sofrerem danos causados pela mesma pessoa, tendo como causa comum uma violação das suas obrigações legais ou contratuais da mesma natureza, pode ser intentada uma ação coletiva nos tribunais à luz dos casos individuais apresentados pelo requerente." Tradução livre do art. 62 da Lei n. 2016-1547 (França, 2016b).

10 "(...) A ação pode ser intentada com vista à cessação da falha referida no primeiro parágrafo, seja para a incorreção de responsabilidade pela pessoa que causou o dano a fim de obter indenização pelo dano sofrido, ou para esses dois fins." Tradução livre do art. 62 da Lei n. 2016-1547 (França, 2016b).

Ou seja, trata-se, em regra[11], da tutela de direitos coletivos estrito senso, conforme denominação do direito brasileiro, indivisíveis quanto ao objeto da discussão jurídica (visto que há vínculo entre os membros do grupo e com a parte contrária, o qual se dá em razão dessa relação jurídica de base), que é comum ao grupo representado. E, tal grupo é composto por sujeitos determináveis ou determinados, já que eles se relacionam enquanto grupo, categoria ou classe de pessoas.

A partir disso, afirma-se – com base na leitura feita quanto a definição legal prevista no artigo 81 do CDC/90[12] e no conceito utilizado pela doutrina francesa[13] - que, a 'ação de grupo' deste país tem como principal objetivo comum, a tutela exclusivamente de direitos coletivos em sentido estrito. Diferentemente do que está previsto para as ações coletivas brasileiras, que objetivam de maneira ampliativa, também a tutela de direitos difusos (inc. I, do p.u. do art. 81 do CDC/90, ainda que não se possa identificar os sujeitos afetados); e os individuais homogêneos (que, conforme o inc. III, do art. 81, não prevê vínculo de base jurídica entre os membros do grupo, como indicado na legislação francesa, exigindo-se unicamente o dano decorrente de situação fática, isto é, origem comum), além da tutela de categoria específica, denominada de coletivos em sentido estrito (inc. II, parágrafo único, do art. 81 do CDC/90).

11 Não exclusivamente.

12 "A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum." (Brasil, 1990)

13 "Como parte das características comuns de todas as ações de classe, deve-se ressaltar que em qualquer ação coletiva, a defesa dos direitos em jogo são direitos individuais homogêneos, subjetivos, direitos divisíveis, pertencentes às pessoas que irão compor o grupo" (Observatoire des actions de groupe et autres actions colletives, 2022. Tradução livre)

A despeito disso, pelo direito francês, as ações de grupo, segundo previsão legal[14], são cabíveis tanto perante judiciário, que julga questões entre particulares, quanto perante o juízo administrativo[15], que julga questões envolvendo a administração pública (Reis, 2014, p. 6), desde que diante de uma situação violação de um grupo de pessoas determinadas ou determináveis, decorrente de uma causa comum de violação de obrigações legais ou contratuais de mesma natureza.[16]

Nessa esteira, quando a violação de obrigações legais ou contratuais, que deu origem à causa comum dos danos sofridos por um grupo de indivíduos, é cometida por uma pessoa de direito privado no âmbito de relações entre particulares, a ação de grupo é ajuizada perante o juízo judiciário. Em contrapartida, quando a violação advém de pessoa ou agente público, ou por pessoa de direito privado no exercício de um serviço público, também é cabível a ação de grupo, devendo, contudo, ser ajuizada perante o Tribunal Administrativo.

Seja qual for o caso, ainda estará restrito às matérias já mencionadas, admitindo a tutela coletiva dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo, tanto para fazer cessar a violação cometida pelo demandado, quanto para reparar os danos sofridos (seja moral ou material),

14 Artigo 62 da Lei n. 2016-1547: "Quando várias pessoas em situação semelhante sofrerem danos causados pela mesma pessoa, tendo como causa comum uma violação das suas obrigações legais ou contratuais da mesma natureza, pode ser intentada uma ação coletiva nos tribunais à luz dos casos individuais apresentados pelo requerente." (França, 2016b.Tradução livre);

Artigo L-77-10-3 do Código de Justiça Administrativa: "Quando várias pessoas colocadas em situação semelhante sofrem danos causados por uma pessoa jurídica regida por direito público ou um órgão regido pelo direito privado encarregado da gestão de um serviço público, tendo como causa comum uma violação de suas obrigações legais ou contratuais da mesma natureza, uma ação coletiva pode ser ajuizada perante os tribunais à luz dos casos individuais apresentados pelo requerente. A ação pode ser ajuizada, tendo em vista a cessação da falha referida no primeiro parágrafo, seja à responsabilidade da pessoa que causou o dano, a fim de obter indenização pelo dano sofrido, ou a ambos." (França, 2000. Tradução livre.)

15 O artigo 85 da Lei 2016-1547 inclui no Código de Justiça Administrativa o capítulo que disciplina a ação de grupo no âmbito da justiça administrativa (França, 2016b).

16 Artigo L-77-10-3 do Código de Justiça Administrativa (França, 2000).

ou ambos conjuntamente[17], diferentemente do que ocorre no âmbito do Código de Consumo, o qual tem por único objeto possível a reparação dos danos materiais pecuniários.

No que diz respeito à legitimação para a propositura das ações de grupo no direito francês, tem-se a definição específica dos sujeitos legitimados, sendo, em todos os casos, legitimadas unicamente as associações, aprovadas e devidamente declaradas há pelo menos cinco anos, cujo objeto estatutário inclua a defesa dos interesses lesados[18].

Adentrando ao procedimento, verifica-se que houve a adoção de um sistema bifásico, que é composto por uma fase de declaração judicial, seguida de uma fase de execução extrajudicial de compensação individual (Azar-Baud, 2014, p. 80).

No direito brasileiro, essa matéria está regulada pelos artigos 97 ao 100 do CDC/90, permitindo-se a realização da execução da sentença coletiva tanto individualmente, pela vítima, quanto pelos legitimados extraordinários (art. 97 e 98 e seus parágrafos, do CDC/90).

No direito francês, após a propositura da ação por uma das associações legitimadas[19], quando esta tem por objetivo a reparação dos danos sofridos pelos membros do grupo representado, julga-se, em uma mesma decisão, a admissibilidade da ação e a responsabilidade do demandado para, só então, no caso de reconhecimento do dever de reparação, definir quem são os integrantes do grupo compreendido naquela ação e os critérios entendidos necessários para integrar referido grupo, além dos danos que poderão ser recompensados por cada categoria integrante deste[20].

17 Segundo artigos 62 da Lei 2016-1547 e L77-10-3 do Código de Justiça Administrativa transcritos supra (França, 2000).

18 Artigo 63 da Lei 2016-1547 (França, 2016b)

19 O que só pode ocorrer após o prazo de 4 meses da notificação da parte contra quem se pretende demandar, para que esta cesse ou faça cessar a violação ou repare os danos causados, sob pena de inadmissibilidade da ação, c.f. Artigo 64 da Lei 2016-1547 (França, 2016b).

20 Artigo 66 da Lei 2016-1547 (França, 2016b).

Diante disso, fixa-se um prazo para que aqueles que cumprem os critérios estabelecidos para integração do grupo, possam fazer a opção por obter a reparação com fundamento naquele julgamento proferido. Para que os possíveis integrantes tenham conhecimento da existência da ação e da decisão proferida, bem como dos critérios e do prazo estabelecidos pelo juiz para adesão, atribui-se tal compromisso à parte responsabilizada pelo dano. Também mediante sentença, à parte condenada atribui-se o dever de conferir a devida publicidade ao ato praticado quando este se torna definitivo.[21]

A liquidação da condenação pode ser feita tanto individualmente, quanto coletivamente, oportunidade em que será conduzida pelo próprio autor, conforme atribuição de mandato dos integrantes do grupo, que se manifestarem dentro do prazo pela adesão. Aqueles que não manifestarem a vontade de aderir ao definido grupo, seja na hipótese de liquidação dos danos individual ou coletiva, não possuem o direito de reivindicar a responsabilização do réu no âmbito coletivo, e não são representadas pela parte autora. No entanto, podem ainda demandar individualmente, tendo em vista que a ação de grupo não produz efeitos, nem positivos nem negativos, sobre esse indivíduo que não exerceu o direito de aderir ao grupo.

Destarte, resta evidente a adoção do sistema de *opt in* na ação de grupo francesa, contudo, com a peculiaridade de se postergar a opção de integrar o grupo representado pelo legitimado ativo, ou não, para o momento após a prolação da sentença[22]. Essa peculiaridade leva a crer,

21 Artigo 67 da Lei 2016-1547 (França, 2016b).

22 "Interestingly, the French group action model follows a peculiar 'late opt-in' system, since the group is only constituted after the court decision on liability has been handed down. This system has pros and cons. On the one hand, it is attractive for individual claimants since the likely success of their individual claims will be clarified beforehand by the court. In theory, this should incentivise individual claimants to join the group action. The association alone bears the litigation risks. On the other hand, the late opt-in system also creates some uncertainty. For example, the court has no clear view as to the actual size of the group (apart from the estimates and numbers brought forward by the association). Also, in some cases, defendants may not have clear views on the total loss and expected damages" (Azar-Baud, 2016, p. 52-56).

desde já, que a participação dos interessados é postergada, se não, rarefeita na ação de grupo francesa. Até mesmo porque, os integrantes do grupo representado pela associação autora da demanda, só possuem conhecimento que integram de fato tal grupo, após a prolação da sentença, pelo que só possuem interesse concreto constituído após o julgamento daquela ação.

Além disso, a própria análise do procedimento regulado pela Lei 2016-1547 e pelo Código de Processo Civil – que, após a definição do objeto da ação e dos legitimados para a sua propositura passa a dispor, logo em seguida, sobre a prolação de sentença que reconhece ou não a responsabilidade do réu - demonstra a ausência de previsão e disposição acerca da participação de terceiros interessados na formação do convencimento do juiz e na construção da decisão juntamente ao autor da ação, que conduz sozinho o procedimento em nome dos representados (os quais são definidos *a posteriori*).

Na 'ação de grupo' ajuizada com a finalidade única de reparação dos direitos lesados, verifica-se uma lógica exclusiva de tutela coletiva de direitos essencialmente individuais, tendo por objetivo apenas a reparação sofrida pelos indivíduos de maneira individualizada, principalmente quando a liquidação ocorre de maneira individual, não sendo verificado campo amplo para a atuação de um processo coletivo estrutural nesse âmbito, tampouco a previsão de mecanismos estruturais para a solução do conflito de interesses, diante do objetivo que se persegue.

Contudo, nas ações que têm por objetivo a cessação de uma violação a direitos de um grupo, é possível observar um campo coletivizado e menos individualista, além de indicadores de possíveis elementos estruturais a serem analisados. Isso porque, após a propositura da ação, o juiz verifica a ocorrência do descumprimento de obrigação legal ou contratual, e determina que o réu cesse ou faça cessar a violação, devendo adotar as medidas adequadas no prazo fixado em sentença, sob pena de multa, que é fixada em favor da Fazenda Pública[23].

23 Artigo 65 da Lei 2016-1547 (França, 2016b).

Não há a determinação de um grupo determinado a ser contemplado por essa interrupção da violação, há apenas a determinação da cessação da violação que atinge uma coletividade, e o objetivo não é a compensação individualizada destes sujeitos, sendo adotada uma medida comum de cessação da violação que atinge a coletividade.

Para interromper uma violação, fazendo-se cessar os danos causados aos terceiros, existem múltiplas possibilidades, nem sempre sendo possível verificar qual delas é a mais eficiente. Nessa hipótese é possível identificar a importância da participação dos terceiros interessados na construção do provimento judicial que determinará a medida voltada a pôr fim ao conflito, ou, ao menos, na construção das medidas que serão adotadas para a sua implementação, isto é, para a formação da solução que será adotada para que cessem, de fato, os danos causados a todo o grupo lesado.

A lei francesa não prevê especificamente a participação de terceiros no procedimento anterior à prolação da decisão que julga a responsabilidade do réu e determina a adoção das medidas para interromper os danos dentro do prazo fixado. Contudo, dispõe sobre a possibilidade de que o juiz, nesses casos, designe um terceiro para auxiliar na condução das providências para a cessação da violação[24]. A possibilidade de se designar um terceiro para auxiliar na implementação dos atos necessários para cessar a violação também encontra previsão no artigo 849-3 do Código de Processo Civil francês, o qual dispõe que:

> Ao nomear um terceiro com o propósito de implementar medidas para pôr fim à infração, o juiz decidirá por decisão especialmente fundamentada que estabelece os chefes da missão confiada e o período em que o terceiro lhe deverá se reportar. O terceiro é escolhido entre qualquer profissional que justifique uma competência no campo em questão. (França, 1976)

24 "Quando a ação coletiva tentar pôr fim à violação, o tribunal, se constatar que houve violação, ordenará ao réu cessar ou pôr fim à violação e tomar, dentro de um prazo a ser fixado pelo tribunal, todas as medidas cabíveis para esse fim, se necessário, com a ajuda de terceiros designados pelo tribunal" Tradução livre do artigo 65 da Lei n. 2016-1547 (França, 2016b).

Ao final, o terceiro designado fica incumbido de apresentar um relatório ao juiz, segundo determinação do artigo 849-6 do mesmo diploma, o que revela a preocupação acerca da verificação da concretização do provimento proferido.

Apesar de não se ter notícia nas discussões doutrinárias acerca da participação dos terceiros interessados neste contexto, os dispositivos acima podem ser vistos como um indicativo do uso ou da possibilidade de exploração de um mecanismo do processo coletivo estrutural na ação de grupo francesa, tendo em vista que a participação de um terceiro na implementação da tutela deferida é capaz de auxiliar na adequação e efetividade da medida que será adotada para cessar as violações observadas.

Para além disso, é importante dizer que também pode ser explorada a participação de indivíduos na formação do provimento jurisdicional – mesmo nas ações de grupo - por meio da atuação da figura do *amicus curiae*, presente no ordenamento francês, tendo em vista que o artigo 181 do Código de Processo Civil francês prevê: *"[o] juiz poderá, durante as operações de verificação, na audiência ou em qualquer outro local, ser assistido por um técnico, ouvir as próprias partes e qualquer pessoa cuja audiência pareça útil para a manifestação da verdade."*.

A figura do *amicus curiae* na França, está prevista dentre as normas que regem as chamadas 'verificações pessoais do juiz', exercendo um papel técnico de colaboração com a corte[25], o que se mostra compatível com uma das formas de participação que se deseja no âmbito do processo coletivo estrutural. Contudo, é de se reforçar que, apesar de existirem mecanismos que possam atuar para o aumento da participação de terceiros interessados no âmbito das ações de grupo, até então não parece haver esse debate entre os doutrinadores franceses, tampouco sob a perspectiva do processo coletivo estrutural.

Quanto a esse tema, não é possível deixar de se mencionar que as ações de grupo, principal instituto da tutela coletiva na França, foram

25 "A função desenvolvida pelo *amicus curiae* na França, parece identificar-se com a fisionomia original do instituto; isto é, a sua função assemelha-se mais à sua própria denominação e age mais como um "amigo da corte" do que um terceiro em defesa de interesses não representados em juízo".15 (Bueno, 2008, p. 34).

incluídas muito recentemente no ordenamento jurídico e ainda se encontram em fase de desenvolvimento. Para se ter conhecimento, em pesquisa realizada em junho de 2020[26], apenas 21 ações de grupo foram ajuizadas desde a sua introdução em 2014[27], e nenhuma delas havia resultado em uma decisão de responsabilização da parte demandada.

A primeira vitória na primeira fase da ação de grupo proposta, ocorreu apenas recentemente, no mês de janeiro de 2022, em ação de grupo movida no campo da saúde, pela Associação de Ajuda aos Pais de Crianças com Síndrome Anticonvulsivante (APESAC) - representando famílias contra cujos filhos sofrem de patologias vinculadas ao uso de um medicamento - em face da fabricante que, segundo se sustenta, não incluiu nas informações de uso, a contraindicação para grávidas (Observatoire des Actions Colletives, 2022b). Por meio da decisão proferida em 05/01/2022, foi reconhecida a responsabilidade da fabricante e determinada a indenização do grupo definido em sentença, qual seja, aquele compreendido por mães que tenham usado o medicamento entre 1984 e 2006, as crianças expostas ao medicamento no útero da mãe e outras vítimas indiretas.

Como essa foi a primeira ação de grupo que alcançou a segunda fase do procedimento previsto, ainda não se sabe qual será o resultado prático final dessa ação, seja quanto a liquidação dos danos ou a reparação dos indivíduos, bem como os efeitos que a referida ação repercutirá, o que ainda poderá demandar alguns anos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise do instituto do processo coletivo na França, foi possível observar que, até o presente momento não há grandes debates sobre o processo coletivo estrutural bem como casos práticos que reve-

26 Realizada pela Comissão da Assembleia Nacional, de Leis Constitucionais, da Legislação e da Administração Geral da da República (Bernard; Fourgoux; Djavadi, 2021).

27 Dentre as quais 13 era em matéria de consumo, 3 sobre matéria de produtos médicos e cosméticos (saúde), 2 sobre matéria de discriminação laboral e 2 sobre proteção de dados.

lem situações conflitivas complexas que indiquem a sua adoção e, tão pouco, alguma que lhe indique a rejeição.

As ações de grupo na França ainda são recentes e não alcançaram um campo amplo de atuação e resultados, haja vista o pequeno número de ações movidas até o presente momento e, principalmente, a ausência de alcance, nesses processos, de um resultado efetivo e positivo na primeira fase das ações até então ajuizadas. E, a inexistência de casos que tenham sido concluídos integralmente a sua segunda fase, com a devida reparação da coletividade de indivíduos que compõem o grupo, o qual teve os seus direitos afetados. Assim, parece que tal natureza de contendas ainda não faz parte da realidade e da experiência prática-jurídica desse país.

O que se observa, a partir da legislação existente na França, é que, por ora, a maior preocupação desse ordenamento jurídico se encontra na tutela dos direitos individuais homogêneos, onde o campo para a implementação do processo coletivo estrutural, mesmo no âmbito brasileiro, é reduzido visto que reflete situações de menor impacto social, e por vezes menor complexidade também para a sua solução, do que naqueles essencialmente coletivos, isto é, os de natureza transindividuais, principalmente quando versam sobre lesão a direitos sociais constitucionais, seja por ação ou por omissão do poder público.

De todo modo, é possível identificar mecanismos relevantes a serem observados, tais como a previsão expressa de que o juiz poderá designar um terceiro para auxiliar na implementação das medidas de cessação da violação condenada, o que é certamente capaz de contribuir para o processo coletivo estrutural, especialmente no que diz respeito à integração de terceiros interessados na construção da melhor solução do litígio coletivo e da sua efetiva implementação.

A despeito de ser uma medida já adotada no âmbito do processo coletivo estrutural brasileiro, não há previsão legal expressa sobre tal possibilidade. E, sabe-se que tal providência poderia auxiliar para a atuação mais ampla e frequente desse instrumento ou mecanismo de abordagem de conflitos complexos. O que deve ser considerado relevante para o alcance de soluções mais efetivas no âmbito da tutela coletiva, especialmente, para as situações que demandem a atuação conjunta de órgãos

e entidades, para além do próprio poder judiciário, com vistas ao cumprimento das medidas estruturantes necessárias à efetivação de direitos sociais tutelados.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In: Revista de processo civil comparado*, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez., 2015.

AZAR-BAUD, Maria José. C'est que l'action de groupe va changer. *Bringing Togheter the World's Lawyers*, v.2, p. 80-82, 2014.

AZAR BAUD, Maria José. (In)Action de groupe: Décomplexer l'action de groupe par l'aménagement du régime de l'aide juridictionnelle, des frais et dépens. *Gazette du Palais*, 136e année, n. 42, p. 52-56, 2016.

BERNARD, Jérémy; FOURGOUX, Jean-Louis; DJAVADI, Leyla. Class and group action laws regulation France 2022. *ICLG.com*, 2021. Disponível em https://iclg.com/practice-areas/class-and-group-actions-laws-and-regulations/france. Acesso em 13 de julho de 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm> Acesso: 09 de julho de 2022.

BRASIL. *Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em 12 de julho de 2022.

BRASIL. *Lei n. 7.347 de julho de 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. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em 12 de julho de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispçoe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 13 de julho de 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Susana Henriques da. *Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo,* 2017. Disponível em < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4181263/mod_resource/content/1/Acesso%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a%20-%20Creche%20-%20s.%20abstract.pdf>. Acesso em 12 de julho de 2022.

COSTA, Susana Henriques da. *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial*: relação direito e processo, 2017. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5655623/mod_folder/content/0/A%20IMEDIATA%20JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O%20DOS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20-%20SUSANA%20HENRIQUE%20DA%20COSTA.pdf>. Acesso em 12 de julho de 2022.

FRANÇA. *Décret 75-1123 du 27 janvier 1976*. Code de procedure civile. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070716/>. Acesso em 13 de julho de 2022.

FRANÇA. *Loi 93-949 du 27 juillet 1993*. Code de la consommation. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/>. Acesso em 13 de julho de 2022.

FRANÇA. *Code de la justice administrative du 31 decembre 2000*. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/>. Acesso em 13 de julho de 2022.

FRANÇA. *Loi 2014-344 du 17 mars 2014*. Relatif à la consommation. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000028738036/>. Acesso em 13 de julho de 2022.

FRANÇA. *Loi 2016-41 du 26 janvier 2016*. Modernisation de notre système de santé. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000031912641/. Acesso em 13 de julho de 2022.

FRANÇA. *Loi 2016-1547 du 18 novembre 2016*. Modernisation de la justice du XXIe siècle. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033418805/>. Acesso em 13 de julho de 2022.

FRANÇA, Ministère de la justice. *Action de groupe,* 2019. Disponível em <https://www.justice.fr/themes/action-groupe>. Acesso em 13 de julho de 2022.

L'ACTION DE GROUPE À LA FRANÇAISE: Parachever la protection de consommateurs. *Sénat:* Un site au servisse des citoyens, 2010. Disponível em https://www.senat.fr/rap/r09-499/r09-4991.html?msclkid=0424ca34d0c411eca28e48dfe675d8d5. Acesso em 13 de julho de 2022.

L'ACTION DE GROUPE CONSOMMATION. *Observatoire des actions de groupe et autres actions colletive,* 2022. Disponível em < https://observatoireactionsdegroupe.com/actions-de-groupe/l-action-de-groupe-consommation/ >. Acesso em 13 de julho de 2022.

1ER VICTOIRE JUDICIAIRE POUR LES ACTIONS DE GROUPE! *Observatoire des actions de groupe et autres actions colletive,* 2022. Disponível em < https://observatoireactionsdegroupe.com/2022/02/1re-victoire-judiciaire-pour-les-actions-de-groupe//>. Acesso em 13 de julho de 2022.

REIS, Gabriel Vernuci. *Processo coletivo na França*. Monografia apresentada ao Prof. Clayton Maranhão como requisito parcial à conclusão da Disciplina Tópica Processo Civil Comparado, do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo* Civil. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER Jr. Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.442.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*: *teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2022.

A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO DA ITÁLIA

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria

RESUMO: A tutela de direitos coletivos na Itália, em regra, pode ser realizada pela via da tutela inibitória ou pela via ressarcitória. O ordenamento jurídico italiano possui normas esparsas, limitando a identificação de uma via adequada para o tratamento de litígios dessa natureza, especialmente porque não há uma classificação legal, como no Brasil, entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Entretanto, ainda que de modo genérico, existe a tutela coletiva neste país e se pode dizer que, na Itália há uma denominação diferenciada para tal proteção, que é própria da maioria dos sistemas continentais europeus, isto é, 'ações de interesse coletivo', visto que pretende tutelar uma pluralidade de interesses individuais compartilhados por muitos sujeitos. Em razão dessa característica, o presente artigo trouxe um panorama geral sobre o tratamento das ações coletivas inibitórias e reparatórias do direito italiano, que antes regulamentadas apenas pelo artigo 140-bis do Código de Consumo, são atualmente também disciplinadas pelo Código de Processo Civil desse país, especialmente, após as modificações trazidas pela Lei nº 31/2019. Foram trazidas ainda, algumas noções sobre a tutela inibitória, em regra voltadas à tutela do meio ambiente e a dos trabalhadores. A ideia foi de, com base no método normativo-comparativo, apresentar um panorama geral legislativo sobre a temática, sem, contudo, esgotar a matéria.

Palavras-chave: Ações coletivas na Itália. Código de Consumo italiano. Código de Processo Civil italiano.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da legislação de tutela à coletividade na Itália não pode ser classificado como vanguardista. Ao contrário, do ponto de vista histórico, indica-se que apenas na década de 70 as discussões envolvendo direitos coletivos, *lato sensu*, iniciaram-se[1]. Tal fato está diretamente relacionado com a história do próprio país, em especial com o pós Segunda Guerra Mundial, em que a sociedade italiana se encontrava imensamente impactada e carente de investimentos em setores da economia, esperando que esses pudessem dar um impulso significativo para a reestruturação da Itália, especialmente naquela fase de sua reconstrução.

Em 1978, Cappelletti e Bryant Garth publicaram a famosa obra Acesso à Justiça, já demonstrando preocupação com a litigiosidade de massa, que explodia naquele momento, e com a necessária efetividade da tutela jurisdicional adequada (CAVALCANTI, 2014, p. 23-24).

Ecio Perin Junior explica que, diferentemente de outros países, o movimento consumerista na Itália sempre foi pouco significante, influenciado também pela revolução industrial e as ondas liberais econômicas, que enfraqueciam os movimentos coletivos e sindicais no país:

> Na Itália o movimento dos consumidores sempre foi historicamente muito fraco por uma série de razões. A legislação civil se ressentiu muito da influência do liberalismo econômico, concessão dominante na época da primeira codificação do Reino da Itália, que constituiu a base do atual Código Civil (LGL\2002\400) promulgado em 1942 e no qual também convergiu o velho Código Comercial italiano. O liberalismo econômico constituía o fundamento ideológico e científico do capitalismo, proclamava, de fato,

1 Em 1973, a discussão acerca da tutela jurisdicional coletiva foi impulsionada em virtude da decisão proferida pelo Conselho de Estado, que reconheceu a legitimação da Italia Nostra, associação ambientalista, para impugnar um ato da província de Trento, que havia autorizado a construção de uma autoestrada nos arredores do lago de Tovel. Essa decisão foi contrária à jurisprudência da época, a qual negava a possibilidade de defesa de interesses que não fossem individuais. Trata-se, portanto, de importante precedente, por ter conferido tratamento mais abrangente em relação aos direitos coletivos na Itália (CAVALCANTI, 2014, p. 23-24).

> a soberania do mercado, a intangibilidade das leis econômicas alheio a cada juízo ético e social, e, punha como objetivo prioritário de cada sistema econômico a formação e a reprodução do capital. Ao alcançar este objetivo, voltavam-se todos os esforços da classe dirigente da época à emergente burguesia industrial, cujas virtudes de parcimônia, de iniciativa e de amor ao risco foram exaltadas também pelo pai da economia política Adam Smith, enquanto proviam o bem estar para toda a sociedade. Era lógico, portanto, que a produção legislativa, civil e comercial da época tivessem o objetivo de facilitar, sobretudo, o desenvolvimento industrial, fonte de uma nova, inesperada e até então desconhecida riqueza, cuja divisão mais eqüitativa seria pensada em um segundo plano, deixando neste meio tempo à beneficência privada a tarefa de remediar os pecados mais graves do capitalismo. (PERIN JUNIOR, 2001, p. 5-6).

Essa sintética digressão histórica explica também que, atualmente, a Itália não pode ser vista como um país modelo na tutela de direitos coletivos, *lato sensu*. A legislação de direito material[2], ainda que preveja proteções a direitos dessa natureza, o faz de forma esparsa, e desacompanhada da regulamentação processual específica.

Após essa breve introdução, o segundo capítulo do artigo vai se dedicar a apresentar como a legislação italiana vem tratando os direitos coletivos, primeiramente na perspectiva do direito do consumidor, posteriormente, a partir das recentes modificações na legislação processual italiana, e, por fim, considerando outras normas que também têm como finalidade a tutela de direitos coletivos. E, ao que se pode observar dessa análise, menos na perspectiva reparatória, e mais com a finalidade inibitória.

2 Em matéria de tratamento de cláusulas abusivas em contratos, por exemplo, o tema foi introduzido no sistema italiano pela Lei n. 52/1996 (art. 1469 – bis e ss. Cod. Civ.) e na diretiva 98/27/CE de 19 de maio de 1998, e recebida no sistema jurídico do país por meio da Lei n. 281/1998, pelo decreto legislativo n. 224/2001. Tais registros encontram-se em artigo ("Le azioni di interesse collecttivo per la tutela dei consumatori", de autoria de Cristina Poncibò, Dipartamento di Scienze Giuridiche – Universitá di Torino - Diritto privato comparato, *In: Rivista Crítica Del Diritto Privato, anno XX – 4, dicembre, 2002, Ed: Jovene Editore Napoli, p. 659-669*), que foi traduzido e publicado no Brasil por Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, (THIBAU, 2012, p. 457).

A base que se teve como ponto de partida foi, sobretudo, as lições do professor Remo Caponi, especialmente para a elaboração do segundo capítulo, em seus itens primeiro e segundo, que tratam das ações coletivas reparatórias na Itália. O objetivo, enquanto um restrito artigo informativo, foi de apresentar um panorama geral, e não se teve o propósito de explorar profundamente a matéria, trazendo uma breve visão crítica sobre como o ordenamento jurídico italiano encara a tutela dos direitos coletivos e, ao que foi observado, sob o viés lato sensu.

2. AS AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO ITALIANO

2.1. Ações Coletivas Reparatórias e Inibitórias no Direito Italiano

As Ações Coletivas Reparatórias na Itália estão intimamente ligadas com a emergência de um código consumerista naquele país. O denominado "Código do Consumo" italiano foi editado pelo Decreto Legislativo nº 206 de 06 de setembro de 2005. Nicola Cavallaro, em artigo traduzido livremente por Sophia Martini Vial, indica que a legislação consumerista, embora não codificada em um diploma específico até aquele momento, já era positivada por legislação esparsa, como o art. 169 (anteriormente art. 153 do Tratado sobre a Comunidade Europeia) do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (firmado em Roma em 25.03.1957)[3]. O autor esclarece que o Código do Consumo recepciona ainda a Lei 281, de 30.07.1998, que tratava da disciplina do direito dos consumidores e dos usuários (CAVALLARO, 2015).

Nessa perspectiva, autores brasileiros já indicavam que o Código do Consumo italiano era, na verdade, um compilado de normas já existentes no ordenamento daquele país:

3 Artigo 169:

1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses" (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

> Em 06.09.2005, a Itália reuniu alguns textos de proteção dos consumidores – mas não todos – em um Codice del Consumo, que 'harmoniza e reordena' as normativas e Diretivas europeias 'concernentes à aquisição e consumo, de forma a assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores e dos usuários' (art. 1.º do Codice del Consumo). Trata-se, segundo um comentarista, de um método novo de microcodificação, de um texto único misto (fontes legais, administrativas e processuais) que reenvia a outras fontes nacionais e supranacionais (por exemplo, a Diretiva sobre comércio eletrônico permanece em texto especial), visando reorganizar organicamente setores especiais da legislação, sem prescindir do marco normativo geral. A estrutura do Codice del Consumo e de seus 146 artigos resulta desta visão de agregar (mais do que sistematizar) temas e foi muito criticada pelos autores italianos mais clássicos (MARQUES, 2013, p. 65).

O Código de Consumo, em sua redação original, não trazia dispositivos para tratar de espécies de ações visando a tutela coletiva de direitos dos consumidores. Apesar de muitas propostas legislativas recusadas no Parlamento em meados dos anos 2000, somente em 2007 foi aprovada a inclusão do artigo 140-bis ao Código de Consumo, introduzindo na legislação italiana o tratamento das ações coletivas reparatórias, específicas para as relações consumeristas.

Remo Caponi aponta que as inúmeras falhas regulatórias das ações coletivas reparatórias acabaram levando a uma tardia aplicação do referido artigo, cuja vigência inicial estaria prevista para se iniciar em 2008: "Grandes empresas, bancos e seguradoras estavam particularmente preocupados com as consequências que este procedimento poderia ter em seus negócios. Ao final, a primeira versão do art. 140-bis não entrou em vigor"[4].

O mesmo autor alerta que a vigência do artigo 140-bis apenas se iniciou em 01 de janeiro de 2010, após uma revisão substancial do referido dispositivo realizada pela Lei nº 99 de 2009. Até antes da edição do artigo 140-bis, as ações coletivas poderiam ser apenas inibitórias e

4 Big firms, banks and insurance companies were particularly worried about the consequences that this procedure could have on their business. In the end, the first version of the Art. 140-bis did not come into effect at all (CAPONI, 2011, p. 62).

não ressarcitórias, o que acabava reduzindo o seu âmbito de aplicação e a própria efetividade, considerando a falta de mecanismo processual para a reparação das lesões causadas pela atuação ilegal das corporações.

Com a finalidade de exemplificar circunstância de tutela inibitória no direito italiano cita-se a questão da utilização de ação específica proposta no país, e protagonizada pela Associação Altroconsumo X Fiat Auto S.P.A (em 2002), veiculando pedido de:

> "medidas cautelares de urgência como meio de prevenir e inibir tempestivamente situações de dano aos direitos coletivos [...] em ação proposta pela associação dos consumidores, com recurso ex. artigo 3, parágrafo 6, da l. n. 281/1998, pedia ao Tribunal de Turin para adotar, em via provisória e urgente, toda medida útil para evitar a continuação da grave lesão do direito à saúde causada por um certo número de automóveis aos respectivos proprietários, possuidores e utilizadores que, segundo os momentos, tais carros, individuados com base no número do chassi resultante do P.R.A., estavam sujeitos, durante a troca de marcha, a infiltração de gás de escape no seu habitáculo" (THIBAU, 2012, p. 453-454).

Diante da possibilidade de lesão à saúde de certa coletividade, a recorrente (Associação Altroconsumo) pedia ao juiz para a inibir a continuação dos comportamentos omissivos da recorrida (Fiat Auto S.P.A), requerendo intervenções de reparação seletivas e inadequadas sobre os automóveis, e a título de obrigação de fazer preventiva, que fossem os respectivos proprietários dos automóveis informados da existência do defeito e seu consequente perigo à saúde. Tal requerimento foi contestado pela recorrida, entretanto, o juiz entendeu e acolheu a argumentação da recorrente sobre a necessidade e a urgência de inibir o comportamento omissivo da recorrida e ordenou à Fiat Auto S.P.A. que tomasse as devidas providências em favor dos consumidores afetados (THIBAU, 2012, p. 454-456)

Parece ser preocupação do ordenamento jurídico italiano que as ações de interesse coletivo "com conteúdo inibitório ou restaurador, [...] mesmo que resultando de uma pluralidade de interesses individuais, não representa a mera somatória, e a posição do indivíduo é tutelada enquanto compartilhada por mais sujeitos" (THIBAU, 2012, p. 457). Nesse sen-

tido, da análise do caso citado, é possível se falar em proximidade com o direito coletivo brasileiro, tendo em vista a questão prática trazida, caso em que se consubstanciaria em defesa de direitos coletivos em sentido estrito, havendo um vínculo entre os indivíduos determináveis e, ligados entre si, por uma relação jurídica de base.

2.2. Análise do artigo 140-bis do Código de Consumo e as Ações Coletivas Reparatórias

Sob a ótica de Remo Caponi (CAPONI, 2011), é possível destacar algumas características da ação coletiva reparatória na Itália, partindo-se da simplificada redação do artigo 140-bis, até então vigente. A primeira delas, e mais evidente, é que a previsão legislativa limitava a possibilidade de uso desse tipo de tutela coletiva a qualquer evento danoso em massa. E, apenas às situações que se enquadrassem como relação de consumo poderiam se valer desse tipo de tutela jurisdicional.

Ainda na perspectiva restritiva, o artigo 140-bis trata da possibilidade de os direitos individuais homogêneos serem tutelados pela ação coletiva, o que, se comparado com a legislação brasileira, reduz significativamente as possibilidades de tutela coletiva. Assim sendo, a lesão a Direitos coletivos *lato sensu,* não poderiam, portanto, ser tutelados pela via reparatória, ainda que se referissem a relações de consumo. O próprio artigo de lei traz as hipóteses passíveis de ser tratadas pela ação coletiva reparatória:

> A ação protege: (a) os direitos contratuais de uma pluralidade de consumidores e usuários contra a mesma empresa em situação idêntica, incluindo os direitos incluindo direitos relativos a contratos celebrados sob dos artigos 1341 e 1342 do código civil; (b) Os direitos idênticos dos consumidores finais de um determinado produto em relação em face do fabricante, independentemente de uma relação contratual direta; c) direitos idênticos à recuperação do prejuízo decorrente de práticas comerciais desleais ou comportamento anticoncorrencial (tradução livre)[5].

5 Artigo 140: "(...) 2. L'azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralita' di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione iden-

Essa restrição do âmbito de incidência da norma consumerista em matéria coletiva reparatória resultou também em uma sistematização particular da legislação italiana, no que se refere tanto aos institutos do processo coletivo - como da legitimação processual e os efeitos da sentença - como na existência reduzida de ações coletivas que tenham gerado alguma repercussão ou notoriedade na comunidade internacional.

No que se refere à legitimidade para agir, o artigo 140-bis indica que as associações de consumidores poderiam propor essas ações coletivas em favor dos consumidores individualmente lesados. Segundo Remo Caponi, essas associações poderiam estar registradas no que esse autor denomina de Registry[6], e aquelas que ainda que não estejam registradas, necessário que demonstrem adequada representatividade (CAPONI, 2011, p. 66). Essa possibilidade se estende, inclusive, para as associações *ad hoc,* isto é, criadas exclusivamente para proporem ações judiciais.

É visível, então, que a legitimidade ativa é também bastante diversa do sistema adotado no Brasil, que possui, especialmente no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, um rol taxativo de legitimados ativos mais amplo do que o sistema adotado nos termos do artigo 140-bis. Apesar disso, nota-se que, no que se refere à legitimidade das associações, a norma coletiva brasileira é mais restritiva, já que condiciona tais entes a algumas imposições, entre elas, a constituição civil há pelo menos 01 ano e o engajamento específico dos seus associados à época da propositura da ação coletiva.

Remo Caponi entende que essa amplitude conferida pela legislação italiana à legitimidade das associações é adequada, porque, em sua interpretação, se um consumidor pode ir a juízo pleitear direito próprio decorrente de uma lesão massiva de direitos individuais homogêneos,

tica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali." (ITÁLIA, 2005)

6 Pelo artigo 137 do Código de Consumo, seriam as associações de âmbito nacional listadas no Ministério de Atividades Produtivas (ITÁLIA, 2005).

tem direito também de constituir uma associação para esse fim. Além disso, essa conduta promoveria uma competição saudável entre as associações registradas e as não registradas (CAPONI, 2011, p. 66).

Uma outra nota distintiva da regulação trazida pelo artigo 140-bis em comparação com a legislação coletiva brasileira é a previsão relacionada ao pagamento de custas e de honorários. Enquanto a norma italiana mantém tal disciplina a cargo das regras gerais processuais, exigindo que o legitimado ativo custeie o processo coletivo, a norma brasileira cuidou de afastar a incidência de tais encargos, justamente para viabilizar a máxima efetividade da tutela jurisdicional coletiva, além de estimular o uso desse tipo de via processual, como se percebe pelo artigo 18 da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública).

Observa-se que sintético artigo 140-bis trouxe uma etapa relevante para a ação coletiva italiana, próxima da decisão de certificação nas *class actions* norte-americanas. O item 6 do referido artigo indica que o tribunal ao qual é direcionada a ação poderá declarar manifestamente infundado o pedido em quatro hipóteses: (a) se o pedido é manifestamente infundado; (b) se há conflito de interesses entre o autor e a classe; (c) se as reivindicações são homogêneas ou não; (d) se o requerente está em condições de proteger adequadamente o interesse da classe (ITALIA, 2005).

Duas considerações são importantes a respeito de tal disciplina. A primeira refere-se ao fato de que o artigo 140-bis não indicou o que seria considerado manifestamente infundado pela norma, o que deixa uma margem de discricionariedade grande para o julgador. A legislação processual civil brasileira (CPC/15), por exemplo, traz em seu artigo 332, alguns casos que poderiam ser liminarmente julgados pelo juiz[7]. Assim, a busca pela

7 Art. 332, CPC/15. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

análise do mérito, que é uma das normas fundamentais do direito processual civil brasileiro[8], é também materializada pela exceção da norma, ao permitir que apenas casos excepcionais, que se enquadrem nessas hipóteses específicas e predefinidas, possam ser rejeitados de plano.

A segunda consideração é que, em alguma medida, o artigo 140-bis, especificamente o seu item 6, chancela a necessidade de se fazer um controle da representatividade adequada do legitimado ativo à ação coletiva. A possibilidade de se criarem associações com a única finalidade de ajuizar ações precisa estar alinhado com esse controle inicial a ser realizado pelo tribunal, antes mesmo da análise do mérito, como forma de mitigar o risco de se ter uma decisão judicial que não tutele adequadamente os interesses dos indivíduos que aderiram à ação coletiva. No Brasil, ao contrário, não há esse momento processual de controle da representatividade adequada. Muito em razão da ideia de que aqueles legitimados que se enquadrem no rol legal que seria taxativo, do já referenciado artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, e reproduzido no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, seriam considerados, de *lege lata*, os representantes adequados[9].

---

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. (BRASIL, 2015).

8 Princípio evidente, por exemplo, nos artigos 4º e 6º do CPC.

9 Há projetos de lei no Brasil que tentam introduzir essa etapa processual de certificação, especialmente para verificar a adequação da representatividade do legitimado ativo. Um exemplo é o Projeto de Lei nº 4441/2020, que traz em seu artigo 6º, §§ 1º ao 4º, critérios de aferição da representatividade adequada, dispondo o seguinte: "(...) § 1º A adequação da legitimidade ao caso concreto pressupõe que o autor não tenha conflito de interesses como grupo e que sua finalidade institucional tenha aderência à situação litigiosa e ao grupo lesado. § 2º A adequação da legitimidade das associações civis será aferida a partir da análise dos seguintes critérios, entre outros: I –o número de associados; II –a capacidade financeira para arcar com despesas processuais da ação; III –o histórico na defesa judicial e extrajudicial dos direitos coletivos; IV - o tempo de constituição e o grau de representatividade perante o grupo. § 3º Reconhecida a ausência de legitimidade adequada, o juiz promoverá a sucessão processual, dando ciência ao grupo e intimando o Ministério Público, a Defensoria Pública ou outros legitimados para assumirem a condução do processo. § 4o O controle jurisdicional da adequação da legitimidade deverá ser feito durante o decorrer do processo,

Não havendo nenhum dos óbices iniciais para a admissão da ação coletiva, a decisão de certificação também define algumas questões contrais do procedimento: (i) os direitos homogêneos a serem tutelados, (ii) as melhores formas de se conferir publicidade à ação, e (iii) as provas admitidas e como se dará eventual realização de prova pericial, já que essa matéria probatória não é regulamentada no Código do Consumo italiano. Esse fato deixa uma margem de discricionariedade maior ao julgador, quando comparado ao procedimento ordinário italiano, em que a fase probatória está regulamentada nos artigos 163 e seguintes do Código de Processo Civil (CAPONI, 2011, p. 69).

A publicidade é um item relevante para as ações coletivas reparatórias, em especial pelo sistema de adesão denominado *opt in* ao qual a legislação italiana aderiu. Após a decisão de certificação, os indivíduos lesados pela prática danosa podem exercer o direito de aderir à ação coletiva e, com isso, beneficiarem-se dela. Remo Caponi esclarece que, a não ser que a ação seja extinta sem julgamento de mérito ou haja acordo entre as partes, os indivíduos que exerceram o *opt in* não podem ajuizar ações posteriormente a essa faculdade, sendo a sentença, qualquer que seja seu conteúdo, oponível aos aderentes (CAPONI, 2011, p. 66).

Em que pese essa escolha legislativa da Itália, Remo aponta, em um primeiro ensaio sobre as ações coletivas reparatórias (CAPONI, 2009), que o sistema *opt out* seria mais adequado para atingir os objetivos das ações coletivas reparatórias, e não colidiria com o devido processo legal, especialmente no campo das pequenas causas, em que o custo do processo é um desestímulo para as ações individuais. Para esse autor, a aplicação da lei deveria sofrer uma evolução admitindo-se um sistema duplo, em que o *opt in* ou *opt out* seriam aplicáveis a depender do valor envolvido na causa, a ser definido caso a caso pelo juiz – como acontece na Dinamarca - ou baseado em critérios legislativos de quantificação. Até porque, no sistema italiano, o autor da ação arca com os seus custos, e não há norma que permita rateá-los com aqueles que exerceram, por exemplo, o *opt in*.

levando-se em consideração a qualidade da atuação do autor e a sua aderência aos interesses do grupo e de seus membros. (...)" (BRASIL, 2020).

A sentença proferida na ação reparatória coletiva deve determinar um critério de quantificação da indenização para cada membro que manifestou adesão, sendo que a liquidação pode ocorrer de forma coletiva ou individual, por cada um dos interessados. Há um incentivo no Código de Consumo ao cumprimento voluntário da condenação, já que, a sentença apenas se torna exequível dentro de 180 dias, contados de sua publicação. Nesse período, os valores a serem pagos não são objeto de correções ou incidência de juros, como forma de estimular o devedor a quitar o passivo reconhecido em juízo.

Remo aponta que a legislação consumerista italiana é um avanço, por: (i) superar o problema dos custos do processo em relação a pequenas causas; (ii) viabilizar a compensação de prejuízos massivos; (iii) representar um desestímulo às condutas ilegais; (iv) apontar para a efetividade e redução da litigância individualizada[10].

2.3. As alterações legislativas promovidas pela Lei n° 31/2019

Muito recentemente, a legislação processual coletiva foi alterada na Itália, tendo sido publicada a Lei n° 31/2019, que introduziu o Título VIII-bis "*Dei procedimenti collettivi*" e os artigos 840-bis a 840-sexiesdecies ao Código de Processo Civil Italiano. A entrada em vigor das alterações promovidas apenas ocorreu em 2021[11].

10 "Capturado por uma perspectiva abrangente, o panorama é o de um processo civil que – assistido da idoneidade adequada do direito substancial – assume (ou melhor: deve assumir) um perfil distinto do controle concreto das condutas sociais e econômicas coletivas. Outros protagonistas desse panorama são também os setores da sociedade civil que, caso queiram, em uma perspectiva de subsidiariedade, lhe são confiadas tarefas relacionadas à promoção da atividade de regulação e de controle, tradicionalmente confiadas, na Europa, a órgãos administrativos." (CAPONI, 2011, p. 70).

11 Luiza Trani explica a sucessão de atos normativos que postergaram a entrada em vigor da nova regulação: "Originalmente, a lei possuía *vacatio legis* de um ano, isto é, até abril de 2020, mas foi prorrogada por mais seis meses e, em novembro de 2020, por mais seis meses, pelo Decreto lei n° 149/2020. Ressalte-se, de outra banda, que não obstante tratar-se de lei processual, a ação de classe prevista no CPC italiano só poderá ser aplicada às condutas ilícitas praticadas posteriormente à sua entrada em

A novidade legislativa não pode deixar de ser vista como um avanço na tutela dos direitos coletivos da Itália. Ainda assim, é preciso destacar que, diferentemente do Brasil, em que o Código de Defesa do Consumidor traz uma classificação objetiva sobre as espécies ou naturezas de direitos coletivos *lato sensu* tuteláveis, já a legislação Italiana permanece sem uma classificação quanto a essa natureza. Assim, da leitura do Código de Processo Civil italiano, especificamente do título dedicado aos procedimentos coletivos, verifica-se que a legislação italiana permanece tutelando juridicamente, especialmente, os direitos individuais homogêneos, na perspectiva ressarcitória[12].

Algumas alterações relevantes introduzidas pela lei em referência podem ser destacadas. A primeira delas é quanto a ação reparatória coletiva que passa a ser aplicável de forma ampla, e não apenas no âmbito das relações consumeristas. Um segundo ponto refere-se à previsão de um procedimento de mediação a ser realizado anteriormente à etapa de cognição e instrução, para algumas matérias, como os litígios envolvendo condomínio, direitos reais, locação, comodato, ressarcimento por danos derivados de responsabilidade médica, entre outros[13]. Para os casos cujo valor envolvido seja inferior a 50 mil euros, a norma previu a negociação assistida obrigatória, que seria uma forma extrajudicial de resolução de conflitos, entre as partes e seus advogados (TRANI, 2022, p. 5).

---

vigor, consoante previsto no artigo 7° da Lei n° 31/2019, opção bastante questionada em doutrina" (TRANI, 2022).

12 Art. 840-bis (Ambito di applicazione). - I diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo (ITÁLIA, 2019)

13 Nesse sentido: "Outra questão curiosa do direito italiano é a obrigatoriedade de se tentar a medição antes de se intentar ações judiciais sobre diversos temas. Assim, aqueles que desejarem litigar sobre direito de condomínio, direitos reais, divisão, sucessões hereditárias, acordos de família, contratos de locação, comodato, arrendamento de empresas, seguro, contratos bancários e financeiros, ressarcimento por danos a veículos, responsabilidade médica ou difamação, devem antes demonstrar que houve uma tentativa prévia de mediação que restou frustrada, sob pena de serem carecedores do direito de ação" (GARANI; DENARDI, 2021, p. 911).

No que tange à legitimidade para propor as ações coletivas, houve uma alteração substancial, visto que, os membros da classe passaram a ter legitimação ativa para a propositura da ação coletiva, assim como as associações que estejam registradas no Ministério da Justiça e tenham como objeto social a tutela de direitos individuais homogêneos.

A admissibilidade da ação coletiva permanece condicionada aos mesmos requisitos antes indicados no artigo 140-bis do Código de Consumo italiano. O ponto de atenção é que a inadmissibilidade prevista na alínea '*a*' do art. 840 - desse código, não impede que a ação coletiva possa ser reproposta, caso as circunstâncias fáticas sejam alteradas ou haja novas razões de fato ou de direito para tanto.

O sistema de adesão continua submetido à sistemática do *opt in*, o que, em termos de abrangência da tutela de direitos coletivos, como já se apontou, pode não ser o melhor sistema sob a ótica do 'princípio da máxima efetividade da tutela dos direitos coletivos' lato sensu. O código de processo civil italiano passa a prever duas oportunidades para que o indivíduo adira à ação coletiva. Dentro do prazo peremptório, entre 60 e 180 dias contados da decisão de admissibilidade da ação coletiva, ou ainda após a sentença. Esse regramento pode ser extraído dos artigos 840-sexies e 840-septies do código de processo civil italiano.

Uma questão interessante na legislação processual coletiva italiana é aquela relativa à produção de provas. O artigo 840-quinquies do código de processo civil italiano deixa a cargo do juiz a indicação e deferimento das provas que entende convenientes para o caso concreto, e incumbirá ao réu o dever de antecipar as despesas relativas à produção de prova pericial. Como a legislação italiana permanece sem uma regulamentação especial, no que se refere ao financiamento de litígios coletivos, atribuindo ao autor um ônus financeiro grande, o referenciado dispositivo que direciona ao réu a responsabilidade financeira pela prova pericial, também pode ser visto como um avanço, ainda que módico, no que se refere ao incentivo para que se privilegiem as ações coletivas em detrimento da litigiosidade de massa.

No que se refere à sentença coletiva, esta pode ser classificada como complexa, porque deve encaminhar, de forma detalhada, a etapa

de satisfação do direito material coletivo. O seu conteúdo contém, pelo menos, a seguinte informação:

- procede aos pedidos de indemnização ou restituição propostos pelo recorrente, quando a ação tenha sido proposta por sujeito diverso de organismo ou associação constante da lista ministerial;
- **constata que o réu, com a conduta que lhe é imputada pelo recorrente, violou direitos individuais homogêneo**;
- define as **características dos direitos individuais homogêneos**, especificando os elementos necessários para a inclusão na classe dos sujeitos com direitos individuais homogêneos;
- estabelece a documentação que eventualmente deverá ser produzida para comprovar a titularidade de direitos individuais homogêneos;
- declara aberto o **processo de adesão** e fixa prazo peremptório (de 60 a 150 dias) para adesão à ação coletiva por sujeitos com direitos individuais homogêneos;
- **nomeia o juiz delegado** para o processo de adesão;
- **designa o representante comum dos sócios** (sujeito que deve reunir os requisitos para a nomeação como tutor da crise da sociedade); o representante comum dos membros é expressamente qualificado como funcionário público (VIRDIS, 2021).

A Lei nº 31/2019 revoga o artigo 140-bis do Código de Consumo italiano, nas partes que não se conformam com a nova normativa, conforme disciplina seu item 05[14] desse código. Assim, as ações de classe italianas, de caráter reparatório, passam a ser reguladas, eminentemente, pelo Código de Processo Civil italiano.

2.4. A tutela de direitos coletivos na perspectiva não reparatória

A par da tutela ressarcitória, é preciso dizer que a Itália também possui normas que têm como objetivo a tutela de direitos coletivos, mas

14 Art. 5. Abrogazioni 1. Gli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono abrogati. (ITÁLIA, 2019).

não na perspectiva ressarcitória dos direitos individuais homogêneos que são tratados no Código de Consumo e no Código de Processo Civil italiano.

Por exemplo, o Código Civil italiano, que é do ano de 1942, admite a tutela inibitória contra concorrência desleal, nos termos dos arts. 2.599 e 2.600[15]. Apesar disso, Marcos de Araújo Cavalcanti cita a crítica de Michele Taruffo no sentido de que seria uma regra isolada de pouquíssima aplicação prática e que não deveria ser considerada para o estudo da tutela jurisdicional coletiva (CAVALCANTI, 2014, p. 25). Essa crítica parece prosperar, já que, a partir do estudo do Código de Consumo e do Código de Processo Civil, objeto dos tópicos precedentes, os atos de concorrência desleal são tuteláveis pela via da ação reparatória na perspectiva dos direitos individuais homogêneos.

No âmbito do direito do trabalho, Cavalcanti também indica que o art. 28 da Lei 300/1970, que instituiu o Estatuto do Trabalhador na Itália, pode ser indicado como o primeiro texto normativo sobre a tutela de direitos coletivos do direito positivo italiano (CAVALCANTI, 2014, p. 25), ainda que em uma perspectiva restrita aos direitos sindicas e dos

15 Art. 2598 Atos de concorrência desleal

Sem prejuízo do disposto sobre a protecção dos sinais distintivos (2563 e seguintes) e dos direitos de patente (2584 e seguintes), quem praticar actos de concorrência desleal:

1) usa nomes ou sinais distintivos capazes de causar confusão com os nomes ou sinais distintivos legitimamente usados por outros, ou imita servilmente os produtos de um concorrente, ou pratica por qualquer outro meio atos capazes de criar confusão com os produtos e com a atividade de um competidor;

2) divulgue notícias e aprecie produtos e atividades de concorrentes, capazes de causar descrédito ou se aproprie dos méritos de produtos ou empresas concorrentes;

3) faça uso direto ou indireto de quaisquer outros meios que não obedeçam aos princípios da correção profissional e sejam capazes de prejudicar a empresa de terceiros.

Art. 2599 Sanções

A sentença que apura atos de concorrência desleal inibe sua continuação e dá as providências cabíveis para que seus efeitos sejam eliminados (2600).

Art. 2600 Indenização por danos

Se os actos de concorrência desleal forem cometidos com dolo ou negligência, o autor é obrigado a pagar uma indemnização por danos (2056). Neste caso, a publicação do acórdão pode ser ordenada. Apurados os atos de concorrência, a culpa presume-se. (Tradução da autora). (ITÁLIA, 1942).

trabalhadores. Esse artigo trata do direito de as organizações sindicais nacionais poderem acionar o Poder Judiciário para buscando impedir condutas do empregador tendentes a impedir ou limitar o exercício da liberdade e da atividade sindical (ITALIA, 1970).

A tutela do meio ambiente sempre foi também, em alguma medida, indicada no ordenamento jurídico italiano de forma esparsa. Como na grande maioria dos países europeus, a tutela ambiental na Itália sempre sofreu influências de incorporações vindas da Comunidade Europeia. A primeira consideração relevante é a de que essa matéria, quando se relacione com a tutela do meio ambiente em si mesmo considerado, e não como via de ressarcimento em face do dano ambiental, será de competência da jurisdição administrativa:

> A par da competência exclusiva, os interesses difusos, dentre eles aqueles que abordam as questões ambientais, inserem-se no conceito de interesse legítimo e, portanto, permitem a provocação da justiça administrativa. O conceito de interesses difusos, compreende, também aquele que envolve os direitos do consumidor e cívicos. Para a ação perante o juiz administrativo, esses interesses são tutelados pelas respectivas associações (LUNELLI; MARIN, 2019, p. 27).

Sobre a organização jurisdicional italiana, vale a nota de que a jurisdição administrativa seria competente para julgar os litígios que se originaram por ação ou omissão da Administração Pública[16]. Essa é a razão de as ações relacionadas a direitos difusos e coletivos em sentido estrito serem, em alguns casos, tratados perante a jurisdição administrativa italiana. Mas, não se pode afirmar que há uma divisão estanque e clara, já que há casos em que, mesmo diante de litígios coletivos (na perspectiva do ordenamento brasileiro), pode-se alcançar a conclusão de que a com-

16 Nesse sentido: "A Jurisdição Administrativa é competente para o julgamento das lides que surgiram em razão da ação ou omissão da Administração Pública no uso do regime de direito público, isto é, das prerrogativas de Poder Público. Diversamente, se a Administração Pública italiana age como um ente de direito privado, sem fazer uso das prerrogativas do regime de direito público, a competência para o julgamento de eventuais lides será da Justiça Ordinária." (GRIMALDI, 2012, p. 30-31)

petência seria da jurisdição ordinária, por não envolver diretamente uma ação ou omissão da Administração Pública[17].

Essa nota é relevante porque tal divisão pode ser uma das razões pelas quais no ordenamento jurídico da Itália não detém tantos julgados representativos e paradigmáticos na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, considerando a ausência de concentração de casos em uma jurisdição específica.

Pietro Putti e Giovanna Capilli indicam que o Código Penal italiano (LGL\1940\2), que é de 1930, dispõe sobre a tutela do meio ambiente em pelo menos quatro dispositivos: no art. 674, que trata da conduta de atirar coisas perigosas; no art. 635, que se refere à conduta de danificar coisa móvel ou imóvel; no art. 659, sobre perturbar a ocupação ou o repouso; e no art. 734, que trata da destruição e deturpação das belezas naturais (art. 734) - foram as únicas barreiras contra a poluição hídrica e sonora, destruição urbana, degradação do solo (PUTTI; CAPILLI, 2003, p. 02-03). Veja-se, portanto, que tais disposições, por si sós, não viabilizam a tutela coletiva do meio ambiente, mas sim, a punição daquele agente causador dos ilícitos penais indicados em cada um dos artigos. As autoras indicam que apenas a partir de 1985 foi que a produção normativa italiana, em matéria de direito ambiental, começou a aumentar vertiginosamente (PUTTI; CAPILLI, 2003, p. 02-03).

É importante lembrar que o grande marco legal italiano, na tutela do meio ambiente ocorreu em 1986, quando foi publicada a Lei 349/1986, a qual institui o Ministério do Meio Ambiente, e trouxe normas específicas em matéria de tutela ambiental. A Suprema Corte italiana, ao aplicar o artigo 18 da referida Lei, firmou o seguinte entendimento em 1998:

17 Sobre o tema: "A Justiça Administrativa, assim, firma-se como uma possibilidade de jurisdição para situações que envolvam a Administração Pública. Significa dizer que, em se tratando de lide em que há o interesse dessa administração, poderá ocorrer o exame por uma ou outra jurisdição, dependendo dos limites e da natureza da discussão que se apresenta (...) Enfim, duas jurisdições distintas, cuja atuação é determinada pela causa de pedir, determinante da natureza do litígio que se apresenta. Não é possível cogitar-se, todavia, numa repartição da jurisdição, de matéria de que se trata, já que uma mesma matéria pode determinar a atuação de uma ou de outra jurisdição, sendo necessário aferir se o caso envolve interesse legítimo ou direito subjetivo, institutos diversos, bem-delimitados pela doutrina e jurisprudência italianas" (LUNELLI, 2017, p. 12-13).

> (...) pelo ressarcimento do dano ambiental, pelos fatos regulados somente no art. 2.043, CC italiano, ou por aqueles disciplinados no art. 18, da Lei 349/86, não sendo suficiente a modificação, alteração ou destruição do ambiente natural, considerados de um mero ponto de vista objetivo, ocorrendo o elemento subjetivo intencional, ou seja, a conduta dolosa ou culposa e, pela lei especial, a violação das disposições de lei ou provimentos adotados com base na lei[18].

Esse artigo 18 também foi relevante na jurisdição italiana, por indicar que o direito ao ressarcimento pelo dano provocado ao meio ambiente seria assegurado ao Estado. Essa mesma Lei traz em seu artigo 14 a possibilidade de as associações de defesa ao meio ambiente intervirem em processos que envolvessem questões relacionadas à indenização por danos ambientais, substituindo, portanto, a titularidade do Estado (LUNELLI; MARIN, 2019, p. 30-31).

Atualmente, os tribunais italianos extraem do artigo 32 da Constituição italiana o direito ao meio ambiente sustentável[19]: "*A jurisprudência de mérito atende as rationes dos pronunciamentos de ilegitimidade, conferindo ao art. 2.043 a tutela à saúde, concedendo a ação inibitória das emissões, sobre base independente do art. 844, fazendo-a originar diretamente do art. 32, da Constituição*" (PUTTI; CAPILLI, 2003, p. 05). E, mais do que isso, após o advento da Lei nº 349/1986, Putti e Capilli indicam que a responsabilidade por dano ambiental passa a ter, não só um caráter reparatório, mas também punitivo (PUTTI; CAPILLI, 2003, p. 05-06).

Então, sinteticamente, é possível afirmar que a tutela ao meio ambiente poderia acontecer na Itália por diversas formas. As associações - desde que cumpridas condições estabelecidas em julgados dos tribunais

18 Sentença de 03.02.1998, de n. 1.087; Pres. Grossi, Est. Perconte Licatese, P. M. Cafiero (concl. conf.), Puglia. Confirmada em Apelação de Bari, de 17.05.1995. (PUTTI; CAPILLI, 2003, p. 04)

19 Art. 32: La Repubblica tutela la salute come fondamental diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. (ITALIA, 1947).

italianos, com especial enfoque para a demonstração da representatividade adequada que elas devem exercer – possuem legitimidade para propor as ações reparatórias decorrentes de condutas lesivas ao meio ambiente. O Estado também possui tal legitimidade, na medida em que é titular do direito de reparação, estatuído pelo artigo 18 da Lei nº 349/1986. Há também a possibilidade de que o próprio cidadão possa reclamar perante a Justiça Administrativa, acerca de atos da administração pública, lesivos ao ambiente, mas desde que demonstre que o referido ato repercute diretamente em sua espera individual de direitos (LUNELLI; MARIN, 2019, p. 35).

Por fim, importa citar que, partir do Decreto 152/2006, que regulamentou o Código do Meio Ambiente italiano e dos sucessivos decretos que o sucederam, é possível perceber uma produção legislativa infraconstitucional mais intensa no contexto italiano, o que também se coaduna, em certa medida, com a onda global de preocupação com a urgente e adequada tutela do meio ambiente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão proposta neste artigo parte das lições do doutrinador Remo Caponi no que se refere, especificamente, às ações coletivas inibitórias e reparatórias previstas pelo direito italiano. A intenção foi de apresentar um breve panorama histórico sobre a tutela dos direitos coletivos lato sensu, como também abordar quanto a evolução legislativa, no que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos e aos direitos coletivos em geral.

Após tecer algumas notas sobre o artigo 140-bis do Código de Consumo italiano, tido como um marco na tutela reparatória da Itália, por mitigar o problema da litigiosidade de massa e dos custos processuais de litígios individuais intentados em face de danos massivos, foram apresentadas as recentes modificações no que tange às mesmas ações coletivas ressarcitórias, introduzidas mais recentemente pela Lei nº 31/2019. Observou-se que a introdução dos artigos 840-bis a 840-sexiesdecies ao Código de Processo Civil Italiano trouxe não apenas uma ampliação da

incidência da ação coletiva ressarcitória, como também o aperfeiçoamento do próprio procedimento.

Por fim, apresentou-se um panorama sobre como a legislação da Itália vem tutelando outros direitos coletivos, tais como o direito dos trabalhadores e ao meio ambiente sustentável, entretanto, não na perspectiva ressarcitória aplicada por esse ordenamento jurídico à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Dos estudos realizados, é possível concluir que a Itália não pode ser vista como um país vanguardista na tutela de direitos coletivos *lato sensu*, e, além disso, acredita-se que mesmo com as normas ainda esparsas nesse ordenamento jurídico, não foi possível se perceber a existência de julgados de grande expressão sobre a temática na jurisprudência do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Projeto de Lei nº 4.441/2020. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927512. Acesso em 13 de novembro de 2022.

CAPONI, Remo. Collective Redress in Europe: Current Developments of 'Class Action' Suits in Italy", *In: Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt), 16 (2009)*. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1529662. Acesso em 14 de novembro de 2022.

CAPONI, Remo. Collective Redress in Europe: Current Developments of 'Class Action' Suits in Italy", *In: Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)*, 16 (2011), p. 61-77.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro. *In: Revista dos Tribunais*, vol. 940/2014.

CAVALLARO, Nicola. Reflexões acerca do diálogo entre o Código Civil e o Código de Consumo na Itália e o Código de Defesa do Consumidor no Brasil. *In: Revista de Direito do Consumidor*, 2015. Disponível em https://

revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/189/155. Acesso em 13 de novembro de 2022.

GARANI, João Peixoto; DENARDI, Eveline. Técnicas de negociação e de transação como forma de ampliar a efetividade dos meios extrajudiciais de solução de conflitos – um estudo sobre experiências internacionais. *In: RJLB*, Ano 7 (2021), nº 4, p. 891-918. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0891_0918.pdf. Acesso em 15 de novembro de 2022

GRIMALDI, Karina. Justiça administrativa na Itália: uma comparação entre o sistema jurídico italiano e o sistema jurídico brasileiro. 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, 2012, p. 27.37

ITÁLIA, Il testo aggiornato della legge 300/1970. Disponível em https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/statuto-dei-lavoratori. Acesso em 19 de novembro de 2022.

ITÁLIA, Legge 12 de aprile 2019, n.31. Disponível em https://images.go.wolterskluwer.com/Web/WoltersKluwer/%7Bc2192910-70d7-4a21-8058-f22283462c5d%7D_legge-31-2019.pdf?_ga=2.226839581.104466302.1668549716-1906522014.1664331849&_gl=1%2Ab42pnt%2A_ga%2AMTkwNjUyMjAxNC4xNjY0MzMxODQ5%2A_ga_B95LYZ7CD4%2AMTY2ODU0OTcxNS42LjEuMTY2ODU0OTgyMi4wLjAuMA. Acesso em 15 de novembro de 2022

ITÁLIA, R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Disponível em http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso em 18 de novembro de 2022

JUNIOR, Ecio Perin. Aspectos relevantes da tutela coletiva do consumidor no direito italiano em face do direito comunitário europeu. Class actions norte-americanas e a experiência brasileira. *In: Revista de Direito do Consumidor*, vol. 38/2001, p. 25-73

LUNELLI, Carlos Alberto. Jurisdição Italiana, ideologia e tutela ambiental. Caxias do Sul: Educs, 2017

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. Jurisdição Ambiental: a influência da jurisdição italiana e do sistema inglês no processo ambiental brasileiro. Rio Grande do Sul: Ed. da FURG, 2019. Disponível em https://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/9590/JURISDI%c3%87%c3%83OTODO%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 19 de novembro de 2022.

MARQUES, Claudia Lima. Manual de direito do consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. de Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Thomson Reuters/Ed. RT, 2013

PUTTI, Pietro Maria; CAPILLI, Giovanna. A responsabilidade por dano ambiental na Itália. *In: Revista de Direito Privado*, vol. 14/2003, p. 60-86.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. As ações coletivas para a tutela dos consumidores. *In:* Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte: Nova Fase – 1962, n. 60, jan./jun. ano 2012, p. 453-469. (Trad. de artigo -"*Le azioni di interesse collecttivo per la tutela dei consumatori*",- publicado em Napoli/Itália por: Cristina Poncibò, Dipartamento di Scienze Giuridiche – Universitá di Torino - Diritto privato comparato, *In: Rivista Crítica Del Diritto Privato, anno XX – 4, dicembre, 2002, Ed: Jovene Editore Napoli, p. 659-669*).

TRANI, Luiza. A ação de classe all'italiana: as novas perspectivas introduzidas pela lei n° 31/2019 ao código de processo civil italiano e o contraste com a ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos. Disponível em https://www.academia.edu/44629539/A_a%C3%A7%C3%A3o_de_classe_allitaliana_as_novas_perspectivas_introduzidas_pela_Lei_n_31_2019_ao_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_Italiano_e_o_contraste_com_a_a%C3%A7%C3%A3o_civil_coletiva_de_responsabilidade_pelos_danos_individualmente_sofridos. Acesso em 15 de novembro de 2022

UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em 13 de novembro de 2022

VIRDIS, Nicola. Class action: al via la riforma, 2021. Disponível em https://www.altalex.com/documents/leggi/2019/04/03/azione-di-classe. Acesso em 15 de novembro de 2022.

PROCESSO E LITÍGIOS COLETIVOS ESTRUTURAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL: DESAFIOS NA FRONTEIRA ENTRE NORMATIVIDADE E PRÁTICA

Henrique Rabelo Quirino

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Adriana Goulart de Sena Orsini

RESUMO: No Brasil, os processos coletivos são parte inequivocamente importante do sistema jurídico-processual de defesa dos direitos sociais constitucionais. O presente trabalho buscou, a partir do exame das legislações de regência desse tema, identificar a amplitude do processo coletivo no Brasil, em análise comparativa com o sistema jurídico português, identificando pontos convergentes e divergentes a respeito da regulação da matéria nos dois sistemas. A partir dessa análise, que envolveu legislação e doutrina brasileira e portuguesa, foi possível verificar que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra muito à frente em termos de regulamentação do processo coletivo e dos mecanismos de defesa dos direitos transindividuais (difusos e coletivos). Como é comum nos países europeus, o sistema de tutela de direitos coletivos em Portugal ainda se encontra muito circunscrito a áreas específicas, entre as quais a proteção ao consumidor. Paralelamente, a consulta a bancos de dados de jurisprudência portuguesa sugere que o país europeu, assim como o Brasil, também enfrenta dificuldades na operacionalização e popularização dos processos coletivos, apesar da existência de iniciativas interessantes. Ao mesmo tempo, os ordenamentos de ambos os países ainda carecem de regulamentação relativa a litígios e processos estruturais, aqui identifi-

cados enquanto espécie diferenciada de processo coletivo, visto que de natureza policêntrica. Esse policentrismo se manifesta tanto em relação à natureza dos conflitos envolvidos, eminentemente multidimensionais e de complexa solução, quanto em relação aos sujeitos processuais, tendo em vista a grande quantidade de atores que participam do processo coletivo estrutural. A natureza policêntrica do processo coletivo estrutural permite – mas também desafia – a participação das pessoas afetadas na construção e desenho das medidas estruturantes, bem como a participação dos entes públicos, que precisam acordar sobre tais medidas.

Palavras-chave: Processos Coletivos; Litígios Coletivos; Direito processual Comparado; Direitos coletivos em Portugal.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, os processos coletivos são parte inequivocamente importante do sistema jurídico-processual em defesa dos direitos sociais constitucionais, reconhecidos por ter, ao longo dos anos, formado um Sistema Integrado de Tutela às Coletividades. Assim, esse reconhecimento não se revela apenas pela farta legislação infraconstitucional, mas pela importância que a Constituição da República de 1988 (CR/88) representou nesse contexto. São vários os artigos que expressamente admitem como fundamentais os procedimentos em defesa dos 'direitos sociais constitucionais', identificados como equivalentes aos transindividuais pela legislação (parágrafo único, inc. I e II do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor- CDC/90).

No núcleo do supramencionado Sistema Integrado se encontram as principais peças legislativas que abordam um procedimento diferenciado para atender às necessidades de uma tutela coletiva especial. Compõem esse núcleo os diplomas legais aqui cronologicamente indicados: Lei da Ação Popular (1965); Leia da Ação Civil Pública (1985); Constituição da República (1988); e o Código de Defesa do Consumidor (1990); e, com aplicação subsidiária, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Esse núcleo, que vem sendo ampliado desde a promulgação da CR/88, é

orbitado por muitas outras leis que estruturam normas tanto de caráter privado como público, isto é, de direito material e processual coletivo.

Para muito além de promover a segurança jurídica e possibilitar a unificação de ações judiciais, os processos coletivos são vetor fundamental do acesso à justiça, valor que compreende "a existência de um sistema organizado e efetivo destinado à garantia de direitos, prevenção de conflitos e resolução pacífica das controvérsias" (Enunciado nº. 74, da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal, 2021, [on-line]).

Nesse sentido, os processos coletivos oferecem resposta a entraves de acesso à justiça há muito identificados pelos estudiosos do tema. Nesse diapasão, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 26-28), no âmbito do antigo Projeto de Florença, já constatavam que a defesa de interesses supraindividuais representava um desafio para os sistemas jurídicos, tendo em vista a ineficácia de ações individuais para lidar com problemas comunitários e aqueles que afetam coletividades vulnerabilizadas. Nas palavras dos autores, "conquanto como regra, a proteção privada de interesses difusos exija ação de grupo, é difícil assegurar que tal ação coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha [...] em sua ação a favor do grupo" (Cappelletti; Garth, 1988, p. 26). Os citados autores, já nessa época, intuíam quanto à importância de uma atuação melhor articulada, e, inclusive, de natureza conjunta, com a participação dos poderes públicos, caso se pretendesse promover, para além de decisões judiciais estáticas, as necessárias medidas estruturantes em favor da efetiva implementação dos direitos das coletividades.

Contudo, a emergência de conflitos multidimensionais, repetitivos ou de grande complexidade, aliada às omissões das instâncias governamentais e das estruturas de mercado, deu origem ao que se convencionou chamar de "litígio estrutural", que pode ser definido como o "litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura" (Vitorelli, 2021, [on-line]).

Em outras palavras, determinadas estruturas organizacionais ou de poder, relacionadas ao *status quo*, caracterizam-se como fontes produtoras de conflitos, por se mostrarem fundamentalmente injustas em sua origem. Enquanto processos individuais ou coletivos comuns se dirigem à correção ou atenuação das consequências geradas por esse *status quo*, o processo coletivo estrutural, mais complexo e abrangente, visa à modificação do *status quo* em si.

Trazendo à baila, por analogia, a terminologia utilizada por Nancy Fraser (1995), se poderia afirmar que, enquanto os processos individuais e coletivos comuns atuam como *remédios afirmativos* – promovendo correções na realidade sem atacar as causas subjacentes dos problemas –, os processos coletivos estruturais se aproximariam mais dos *remédios transformativos* – direcionados à reformulação das macroestruturas de injustiça que dão origem às iniquidades percebidas.

No entanto, ainda é escassa, no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentação a respeito dessas espécies de procedimentos, sendo que a maior parte dos parâmetros utilizados pelas autoridades judiciárias é importada dos processos coletivos comuns, adaptada do processo civil, ou fundamentada em ensinamentos doutrinários, ainda em fase de construção. Paralelamente, do outro lado do Oceano Atlântico, Portugal também parece enfrentar desafios no que tange à regulamentação de processos coletivos, parecendo haver, inclusive, interesse da comunidade jurídica lusitana na edição de um Código de Processo Coletivo, nos moldes de projetos brasileiros. É o que narra o jurista português Mário Frota (2010, p. 49), ao analisar uma das propostas de codificação em trâmite no Congresso Nacional.

Este artigo pretende, a partir do exame das legislações de regência, compreender a amplitude do processo coletivo comum e estrutural na República Federativa do Brasil e na República Portuguesa. A partir disso, espera-se poder identificar os pontos convergentes e divergentes a respeito da regulação da matéria nos dois sistemas jurídicos.

2. BREVE REMINISCÊNCIA DO ARCABOUÇO NORMATIVO DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

Como se sabe, a demanda por direitos – e processos – coletivos possui relação estreita com as características e história de formação das diferentes sociedades. Com uma população de mais de 213.566.000 de habitantes (IBGE, 2022, [on-line]), distribuídos no 5º maior território do planeta, é natural de se esperar, no Brasil, a convivência entre culturas e tradições muito distintas, o que é terreno fértil para litígios coletivos. Soma-se a isso o fato de se tratar de uma das nações mais desiguais do mundo, com um coeficiente de Gini - índice de desigualdade social que tem por base a renda *per capita* - de 48,9 em 2020. A título comparativo, o Gini de Portugal era de 31,2 em 2020 (World Bank, 2022, [on-line]).

Portanto, pode-se dizer que não é à toa que a estrutura normativa do processo coletivo no Brasil é uma das mais avançadas do mundo, embora sua efetiva utilização ainda encontre importantes entraves práticos. Nesse sentido, embora Vitorelli (2021, [on-line]) classifique o sistema processual coletivo brasileiro como "bastante amplo", ele reconhece a existência de resistências no campo da eficácia das normas:

> Observe-se que, mesmo que exista, no ordenamento jurídico, a possibilidade de ajuizamento de ações coletivas, elas podem não ser propostas, e o litígio, embora coletivo, pode acabar sendo tratado em processos individuais. Isso ocorre no Brasil nas diversas situações que se convencionou chamar de litigância de massa ou litigância repetitiva. Um exemplo emblemático é a do litígio decorrente dos limites das prestações devidas pelo Sistema Único de Saúde. Embora esse litígio seja claramente coletivo, uma vez que a saúde pública é um serviço oferecido a todos, em igualdade de condições, a interpretação que se produziu do princípio da inafastabilidade da jurisdição permitiu que fossem ajuizados milhões de ações requerendo, individualmente, medicamentos ou tratamentos médicos (Vitorelli, 2021).

No mesmo sentido, em artigo destinado à análise específica dos processos estruturais, Matheus Souza Galdino observa que se verifica,

em muitos casos, a "não utilização dos processos estruturais, seja por ausência de sua compreensão, de sua área de atuação ou desconhecimento de sua função o que tem implicado na ausência de tutela dos direitos" (2019, p. 360).

Para além dos diplomas legais já mencionados, que compõem o núcleo do Sistema Integrado de Tutela Coletiva brasileiro, é possível arrolar, ainda, as seguintes peças legislativas:

(1) Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente;

(2) Lei nº. 10.741/2009 – Estatuto do Idoso;

(3) Lei nº. 12.016/2009 – Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo;

(4) Lei nº. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, com as modificações introduzidas pela Lei nº. 14.230/2021;

(5) Lei nº. 7.853/89 – Lei de Apoio às Pessoas com Deficiência, que prevê a possibilidade de ação civil pública, devendo ser interpretada em conjunto com a Lei nº. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), mais recente.

Com esse desenho básico do sistema de tutela coletiva brasileiro em mente, e considerando alguns dos entraves impostos à efetivação dos direitos coletivos no âmbito do processo coletivo, passa-se à análise dos principais mecanismos oferecidos pela legislação portuguesa para tratamento do tema.

3. PROCESSO COLETIVO EM PORTUGAL: ESTRUTURAS NORMATIVAS E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

3.1. Acção popular constitucional

A primeira – e possivelmente mais importante – previsão de tutela coletiva no ordenamento jurídico português se encontra no art. 52º, (3), da Constituição da República Portuguesa (sem grifos no original), a seguir transcrito:

> 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:
> a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural;
> b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais (REPÚBLICA PORTUGUESA, 1976).

Trata-se da "acção popular", importante remédio colocado à disposição dos cidadãos pela Carta Política lusitana, para defesa de interesses da coletividade. Desde logo, é essencial que não se confunda a acção popular portuguesa com a ação popular brasileira (art. 4º, inciso LXIII, da CR/88). A despeito de possuírem idêntica denominação, e possuírem estatura constitucional, as duas ações exibem hipóteses de cabimento bem distintas, sendo a acção popular portuguesa bastante mais ampla – quase como um "*híbrido*" entre a ação popular e a ação civil pública brasileiras.

Como se vê, o art. 52º, (3), da Constituição portuguesa deixou para que a lei infraconstitucional previsse, mais assertivamente, as regras e hipóteses de cabimento da acção popular. O dispositivo foi regulamentado pela Lei nº. 83, de 31 de agosto de 1995, que não ampliou o cabimento da ação popular, limitando-se a fazer referência ao dispositivo constitucional.

Note-se que a promulgação da lei regulamentadora, lamentavelmente, só veio a ser realizado no fim de 1995 – isto é, 19 anos após a promulgação da Constituição –, o que deu origem a um vácuo de eficácia que apenas teve fim com a superação dessa "angustiante inconstitucionalidade por omissão" (Mazzei, 2006).

Não obstante, o dispositivo constitucional em questão – atualmente com eficácia plena – estabelece que a acção popular poderá ser mobilizada para defesa dos seguintes bens jurídicos: (i) saúde pública; (ii) direitos dos consumidores; (iii) *qualidade de vida*; (iv) preservação do ambiente; (v) patrimônio cultural; (vi) patrimônio do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais.

De plano, é possível perceber o grande alcance da ação constitucional em questão, de forma que basicamente *qualquer* interesse comunitário ou com feição supraindividual poderá ensejar seu ajuizamento. Chama especial atenção a utilização, pelo dispositivo, do termo "qualidade de vida", que dá ao instituto um caráter generalista e, ao mesmo tempo, protetivo aos interesses dos cidadãos.

Ademais, a divisão das hipóteses de cabimento entre as alíneas "(a)" e "(b)" do dispositivo constitucional nos permite visualizar, com ainda maior clareza, de que forma a acção popular portuguesa se compara com institutos similares no direito brasileiro: enquanto as previsões da alínea "(a)" dialogam sobremaneira com as hipóteses de cabimento da ação civil pública (art. 1º da Lei nº. 7.47/85), aquelas da alínea "(b)" se aproximam mais das previsões relativas à ação popular brasileira (art. 1º da Lei nº. 4.717/65).

Ressalta-se que, em 1997, ou seja, dois anos após a edição da lei regulamentadora, o Supremo Tribunal de Justiça português firmou tese no seguinte sentido:

> O artigo 1º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, abrange não só os 'interesses difusos' (interesses de toda a comunidade) como ainda os 'interesses individuais homogéneos' (os que se polarizam em aglomerados identificados de titulares paralelamente justapostos). (REPÚBLICA PORTUGUESA. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 97B503. Relator: Juiz Miranda Gusmão. Data do Acórdão: 23/09/1997)

A legitimidade para a acção popular é conferida a quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como às associações e fundações defensoras dos interesses protegidos por essa modalidade processual, *independentemente de terem ou não interesse direto na demanda*. Além disso, possuem legitimidade as autarquias locais[1],

1 Em Portugal, o termo "autarquia local" se refere às "pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos e que visam a prossecução de interesses próprios das populações respetivas" (art. 235º da Constituição Portuguesa). No continente, "as autarquias locais são as freguesias, os municípios e as regiões administrativas"

em relação aos interesses titularizados por pessoas residentes na respectiva circunscrição.

Para que se verifique a legitimação dos cidadãos, a lei exige o exercício pleno dos direitos civis e políticos; por sua vez, em relação às associações e fundações, a lei exige os seguintes requisitos cumulativos (art. 3º da Lei nº. 83/95): (i) personalidade jurídica; (b) pertinência temática, por meio da expressa menção, nos atos constitutivos, de atribuições ou objetivos relacionados aos interesses defendidos na demanda; e (iii) caráter estritamente filantrópico, não podendo exercer qualquer atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais.

Ainda sobre a ação popular, é interessante a disposição expressa do art. 14º da lei regulamentadora (sem grifos no original), a seguir transcrito:

> Artigo 14º
> (Regime especial de representação processual)
> Nos processos de acção popular, o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as conseqüências constantes da presente Lei.

Ora, a redação do dispositivo em questão deixa claro que o autor popular, ainda que não conte com mandato ou autorização, *age em nome de toda a coletividade afetada*, muito embora seja titular de apenas parte dos direitos ou interesses discutidos – ou mesmo de nenhuma parte, já que a lei não exige interesse direto na causa.

Nos termos da Lei nº. 83/95, os efeitos da coisa julgada popular afetarão todos os titulares dos interesses e direitos discutidos (eficácia *erga omnes*), exceto aqueles que tenham exercido seu direito de autoexclusão ("*opt-out*") no prazo concedido pelo juízo processante. Como é comum nos sistemas que adotam a dinâmica de autoexclusão, as acções populares são acompanhadas de ostensiva publicidade, inclusive por meio de editais dirigidos à comunidade interessada no objeto do proces-

(art. 236º, (1), da Constituição Portuguesa); no entanto, nunca foram instituídas de fato regiões administrativas.

so. Os interessados em realizar o *opt-out* podem fazê-lo mediante simples informação ao juízo, independentemente de representação por advogado.

No que tange ao controle da legitimidade, pode-se dizer que o sistema português adotou solução *mista*: embora exista certo nível de controle prévio, realizado *ope legis* –por meio, por exemplo, da exigência de personalidade jurídica e pertinência temática para as associações e fundações –, a autoridade judicial e o Ministério Público também fiscalizam a "boa representação" da coletividade pelo autor popular.

Em caso de desídia ou desistência do autor, bem como nos casos em que este venha a transigir ou atuar de forma lesiva aos interesses em causa, o Ministério Público poderá assumir a causa, nos termos do art. 16º, (3), da Lei nº. 83/95: "No âmbito da fiscalização da legalidade, o Ministério Público poderá, querendo, substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transacção ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa.".

Por sua vez, o controle judicial da legitimidade do autor popular – que é realizado durante todo o processo – pode, inclusive, resultar em importantes modificações na eficácia da coisa julgada coletiva. Se, no curso da acção popular, o juízo processante entender que o autor agiu de forma ineficiente ou desidiosa, ou não exerceu o múnus de representação com a melhor efetividade, poderá, fundamentadamente, na sentença, restringir os efeitos da coisa julgada às partes, *ainda que o pedido tenha sido julgado procedente*.

Se, por um lado, essa curiosa disposição traz certa insegurança jurídica à acção popular, ela também permite que o juízo garanta aos interessados o *melhor* provimento jurisdicional, resultante de uma atuação digna e diligente do autor.

Sobre a coisa julgada na ação popular, são precisas e irretocáveis as palavras de Rodrigo Mazzei (2006, [on-line]):

> As sentenças proferidas em ações populares transitadas em julgado produzem eficácia erga omnes e sobre elas operam-se todos os efeitos da coisa julgada, situação excepcionada em duas hipóteses:

> a) Quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas, não se produzem efeitos em face daqueles interessados que tiverem exercido seu direito de exclusão; e
> b) quando o julgador deixar de atribuir tal efeito fundado em motivações próprias do caso concreto.

Contudo, apesar de ser o instrumento mais amplo para defesa de interesses supraindividuais no ordenamento jurídico português, a acção popular não é o único remédio previsto para tanto. Nas próximas linhas, trataremos das acções consumeristas previstas na Lei nº. 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor – LDC portuguesa).

3.2. Acções consumeristas da lei nº. 24/96

Na Lei de Defesa do Consumidor portuguesa, promulgada em 31 de julho de 1996, pode-se encontrar um microssistema de processo coletivo voltado, exclusivamente, à defesa dos interesses de consumidores. Embora, nos termos do art. 52º da Constituição Portuguesa, a acção popular possa ser mobilizada para prevenção, cessação ou perseguição judicial das infrações contra os direitos dos consumidores, a doutrina observa que esta "não é o molde mais adoptado em ordem à consecução da tutela de interesses e direitos do consumidor, antes prevalecendo em domínios outros, como os da preservação do ambiente ou da salvaguarda do património cultural" (FROTA, 2010, p. 157).

Embora a LDC preveja diversas "classes" de processos coletivos voltados à tutela do ambiente de consumo, é possível segregá-los em apenas dois grupos: (i) a acção inibitória, prevista no art. 10º do mencionado diploma legal; e (ii) as acções de reparação de danos, de substituição da coisa, de redução do preço ou de resolução do contrato, previstas no art. 12º do mencionado diploma legal.

A acção inibitória, como se pode presumir, busca evitar a concretização de um dano ao mercado de consumo, por meio de um comando de abstenção dirigido ao fornecedor. Pode ser utilizada, por exemplo,

para evitar a introdução de um produto perigoso no mercado, ou para prevenir cobranças ilegais por prestadores de serviços.

Por sua vez, as demais ações consumeristas são direcionadas ao reequilíbrio de uma situação jurídica *a posteriori*, ou seja, após a violação de algum direito do consumidor ou da comunidade de consumidores.

No entanto, necessário observar que esse microssistema não é de todo independente, tendo em vista que se relaciona proximamente com aquele instituído pela Lei de Acção Popular. Nesse sentido, veja-se do art. 13º da Lei nº. 24/96 (sem grifos no original), que trata da legitimidade ativa para as ações coletivas de consumo:

> Artigo 13º
> (Legitimidade activa).
> Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores:
> a) consumidores directamente lesados;
> b) consumidores e as associações de consumidores ainda que não diretamente lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto;
> c) o Ministério Público e o Instituto do Consumidor, quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos.

A interpretação do art. 13º da LDC nos permite vislumbrar três distintas possibilidades de promoção das ações de consumo (inibitória, de reparação de danos, de substituição da coisa, de redução do preço ou de resolução do contrato):

> (1) pelos próprios consumidores lesados, em ações que discutem interesses individuais ou individuais homogêneos, sejam elas individuais ou plúrimas (alínea "a");
> (2) pelos consumidores ou associações, ainda que não diretamente lesados, observados os requisitos de legitimação da acção popular, em ações coletivas que discutem interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos (alínea "b");
> (3) pelo Ministério Público ou pelo Instituto do Consumidor, em ações coletivas que discutem interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos (alínea "c").

Nas ações coletivas previstas na Lei nº. 24/96, a coisa julgada coletiva segue as mesmas regras aplicáveis à acção popular.

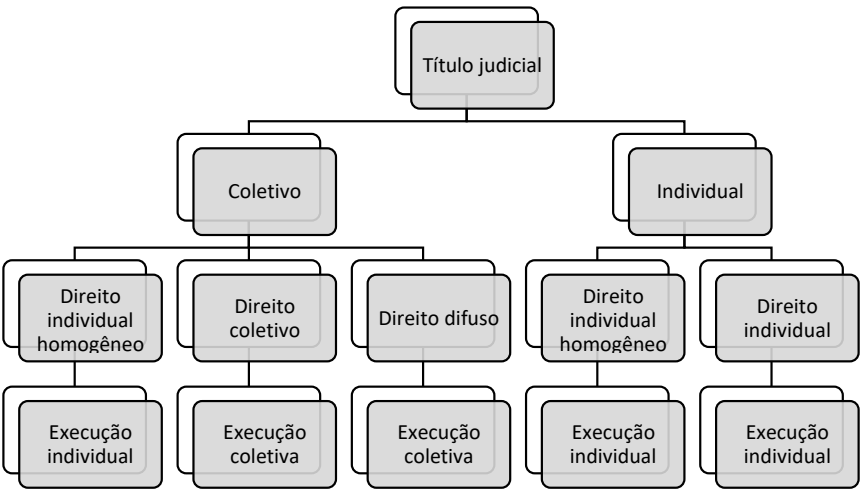
Como se pôde perceber, o ordenamento jurídico português dá atenção especial à tutela coletiva dos consumidores, oferecendo uma série de mecanismos processuais adicionais para garantia de direitos transindividuais, na linha do que determinam, inclusive, as normas comunitárias da União Europeia, às quais está sujeito. Nesse sentido, é possível mencionar, por exemplo: a Diretiva nº. 98/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, bem como a Diretiva nº. 2009/22/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu.

3.3. Execução (cumprimento de sentença)

No que tange à execução (cumprimento) dos títulos judiciais (sentenças ou acórdãos) coletivos, o ordenamento jurídico português não destoa muito do brasileiro, fazendo-se presente a convivência entre sentenças coletivas de execução individual (fase executiva destinada à mera apuração do *quantum debeatur* de cada um dos interessados) e sentenças coletivas de execução coletiva (pagamento de indenização a fundos coletivos ou obrigações de fazer/não fazer/entregar coisa).

Nesse sentido, o esquema a seguir demonstra as relações entre a natureza do direito discutido no processo, o tipo de título judicial formado e a forma da execução a ser realizada:

Figura 01 – Dos Autores



Sendo assim, recapitulados os mecanismos de processo coletivo – e de processo estrutural – existentes na legislação brasileira, bem como compreendidas as previsões do processo coletivo português, passam-se às considerações finais do presente trabalho.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise da legislação e da doutrina portuguesa, é possível verificar que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra muito à frente em termos de regulamentação do processo coletivo e dos mecanismos de defesa de direitos transindividuais. Como é comum nos países europeus, o sistema de tutela coletiva de direitos em Portugal ainda se encontra muito circunscrito a áreas específicas, como a de proteção ao consumidor.

Ao analisar os ordenamentos de Itália e Espanha, também foi nesse sentido a conclusão de Vitorelli (2021, [on-line]):

> Diversos países europeus não contam com sistemas processuais coletivos ou, quando os têm, eles se limitam a algumas áreas do Direito. Assim, por exemplo, tanto na Itália quanto na Espanha,

> a regulamentação do processo coletivo se limita, basicamente, a um dispositivo legal, vinculado apenas ao direito do consumidor.

Ao que parece, a mesma conclusão pode ser estendida ao ordenamento jurídico português. Paralelamente, a consulta a bancos de dados de jurisprudência portuguesa sugere que o país europeu, assim como o Brasil, enfrenta dificuldades na operacionalização e popularização dos processos coletivos, que ocupam pouco espaço nas gavetas dos tribunais. No entanto, algumas iniciativas se revelam interessantes, como o banco de dados público que reúne listagem das cláusulas abusivas assim declaradas, com eficácia *erga omnes*, pelos tribunais[2] – grande parte delas originada do microssistema de tutela coletiva de direitos dos consumidores.

Ao mesmo tempo, os ordenamentos de ambos os países ainda carecem de regulamentação relativa a litígios e processos estruturais; no entanto, a questão aparenta ser mais efervescente no Brasil, ante à grande demanda por reformas estruturais em um país extremamente desigual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Editor: Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1988.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'Post-Socialist' age. New Left review, 1995, vol. 212, n. 212, pp. 68-93.

FROTA, M. Por um Código de Processo Coletivo em Portugal. Revista da EMERJ, v. 13, nº 49, 2010.

GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro: ano 13, vol. 20, n. 3, set./dez. 2019.

2 A listagem pode ser acessada no endereço eletrônico: http://www.dgsi.pt/jdgpj.nsf?OpenDatabase.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD Contínua. 2022. Disponível em: https://painel.ibge.gov.br/pnadc/. Acesso em: 16 jul. 2022.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Tutela coletiva em portugal: uma breve resenha. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 7 jul./dez. 2006.

MEDEIROS; Rosângela Viana Zuza; IORRA, Alice Krämer. Análise comparativa entre a ação executiva portuguesa e brasileira: do requerimento executivo à penhora. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=996740de914ced09. Acesso em: 16 jul. 2022.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº. 97B503. Relator: Juiz Miranda Gusmão. Data do Acórdão: 23/09/1997.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Assembleia da República, 2021.

THE WORLD BANK – DATA. Gini index – Brazil. Disponível em: https://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI?locations=BR. Acesso em: 16 jul. 2022.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Direito Hoje (Tribunal Regional Federal da 4ª Região), publ. 18 out. 2021. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2225#:~:text=Lit%C3%ADgios%20estruturais%20s%C3%A3o%20lit%C3%ADgios%20coletivos,d%C3%A1%20origem%20ao%20lit%C3%ADgio%20coletivo. Acesso em: 15 jul. 2022.

TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS: O CASO *LLOYD V. GOOGLE* NO DIREITO INGLÊS[1]

Vinícius Antônio Toscano Simões Nabak

RESUMO: Não é novidade que seja possível pleitear em nome de uma coletividade em um processo judicial, como ocorre com as *class actions* nos Estados Unidos da América e, no Brasil, especialmente com as ações civis públicas; e que eventualmente possam ter um caráter estrutural, com pedidos que modifiquem a esfera pública. Com isso, questiona-se como os processos coletivos conseguem lidar com os novos direitos advindos da digitalização da vida, especificamente com o direito à proteção de dados pessoais. Para tanto, aborda-se o litígio *Lloyd v. Google*, consequente de uma ação coletiva inglesa contra uma empresa de tecnologia, a fim de indenizar uma coletividade de pessoas no Reino Unido. Assim, foi feito um estudo do processo coletivo inglês, seguido de uma descrição do caso e, enfim, uma comparação com o processo coletivo brasileiro. O resultado é o direito à proteção de dados encontra entraves operacionais para o processamento em vias de legitimação extraordinária, de maneira que mecanismos agregadores de demandas, como a *group litigation order* ou o incidente de resolução de demandas repetitivas, tendem a melhor resolver esses litígios diante da extensão do grupo e seus desafios probatórios para as pretensões coletivas por indenizações individuais.

1 Desde já, agradeço ao Professor Gláucio Maciel Ferreira Gonçalves, à Luciana Cristina de Jesus Silva e a Valber Elias Silva pelas sugestões e apontamentos ao texto. Quaisquer eventuais imprecisões ou equívocos se devem exclusivamente ao autor.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional coletiva; Brasil; Reino Unido; Proteção de dados; Direitos digitais.

1. INTRODUÇÃO: AS RAZÕES DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E O DIREITO COLETIVO À PROTEÇÃO DE DADOS

A possibilidade de processamento de uma demanda cuja repercussão seja além do interesse individual das partes remete à *actio popularis* do Direito romano e se estende até culminar nas modernas *class actions* norte-americanas (CLEMENTONI, 2016, p. 121). Na atualidade, litígios para além das esferas individuais se ampliaram em formas e modelos nas diferentes tradições jurídicas, representando a evolução da premissa de que, unindo-se sujeitos interessados, é mais eficiente o processamento judicial de determinadas demandas (MOREIRA, 1980, p. 20).

Sendo assim, nota-se haver matérias que comumente estão sob a tutela jurisdicional coletiva[2], à medida que um ordenamento jurídico deve proporcionar técnicas adequadas para a prestação dos direitos materiais (CANOTILHO, 2008, p. 76), isto é, se efetivamente consegue resolver a crise de direito material entre as partes. No Direito brasileiro, por força da Constituição de 1988 e de diplomas infraconstitucionais[3], encontra-se a proteção coletiva do direito do consumidor, do direito ambiental, do direito administrativo[4], do direito econômico, do direito

2 Por tutela jurisdicional coletiva, entende-se "a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva (direitos coletivos lato sensu de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletiva)". Cf. DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil* – vol. 4: Processo Coletivo. 16ª ed. São Paulo: Editora JusPodvm, 2022, p. 51.

3 Enquanto sistematização legislativa da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, vale mencionar o Código de Defesa do Consumidor. A nível de vias processuais para a tutela coletiva, destaca-se principalmente Lei de Ação Civil Pública, tambem valendo mencionar a Lei de Ação Popular e as modalidades coletivas de mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e *habeas corpus.*

4 Ressalvando, desde já, que a ação de improbidade administrativa possui caráter repressivo e não compõe a tutela jurisdicional coletiva, segundo o art. 17-D da Lei n.

societário[5] e, inclusive, uma ampliação da ação popular[6], que inicialmente tinha escopo apenas para a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Ocorre que, com o avanço das tecnologias da informação e sua difusão no cotidiano, surgiram os novos direitos diante da ressignificação que o espaço digital tem gerado a vários aspectos da vida em sociedade (MORAES, 2012, p. 14-15). Entre tais direitos, tem-se o direito à proteção de dados, consentâneo de uma nova compreensão do direito à intimidade em garantia à autodeterminação, ao consentimento e à proteção para as informações que caracterizam a personalidade de uma pessoa em meio às interações digitais (RUARO, RODRIGUES, FINGER, p. 56, 2011).

Este direito à proteção de dados rompe com a lógica setecentista de intimidade, ainda retida a um caráter patrimonial e consistente no direito de ficar sozinho no espaço privado (RODOTÀ, 2008, p. 27). Por esta origem, tende-se a interpretar o direito à proteção de dados como um direito individualista, mas é equivocado analisá-lo exclusivamente deste modo. Com a constatação de como a tecnologia pode invadir a intimidade, entender a proteção de dados como meramente individual esvazia a proteção à personalidade humana diante dos riscos coletivos por decor-

---

8.429/1993 alterada pela Lei n. 14.230/2021. Conforme Fredie Didier Jr., a reforma da Lei de Improbidade Administrativa em 2021 encerra toda a controvérsia sobre seu pertencimento ou não à tutela jurisdicional coletiva. Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Nota Explicativa Inicial em Coautoria. In: *Curso de Direito Processual Civil* – Vol. 4: Processo Coletivo. 16ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

5 É a possibilidade de ação civil pública para responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, conforme a Lei n. 7.913/1993.

6 "Seja como fôr, oportuna foi a regulamentação do dispositivo da Lei Maior [o art. 141, §38, da Constituição de 1946]. [...]. Não se dirá que a Lei n. 4.717 - tentativa bem sucedida, após outras que se frustraram - haja descoberto, para tôdas as dificuldades, a melhor saida. Terá suas imperfeições e omissões, entre estas avultando, sem dúvida, a de preceito expresso que disponha sóbre a suspensão, in limine litis, do ato impugnado ou de seus efeitos - único modo, em certos casos, de evitar danos irremediáveis ao patrimônio público. Mas representa apreciável contribuição para que mais eficazmente se possa exercer, por via judicial, o contrôle popular da atividade administrativa". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas da Ação Popular. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo*, n. 85, pp. 395-404, 1966, p. 396.

rência de tratamento ou uso lesivo dos dados pessoais (DONEDA, 2019, p. 35). Trata-se de conceber esta nova proteção da personalidade para uma sociedade em rede[7]: o tratamento de dados não lida com as pessoas que vivem isoladamente, mas com sujeitos dotados de vulnerabilidades em comum e, neste ponto, com interesses e riscos potencialmente compartilhados (FLORIDI, 2014, p. 1).

Diante do estabelecimento de um complexo de direitos necessários para suportar e fazer frentes aos desafios de uma sociedade que faz um uso massificado de meios, bens e serviços digitais, os litígios envolvendo o direito à proteção de dados se apresentam como potenciais riscos de intensificar a sobrecarga dos sistemas judiciários pela litigância repetitiva e, ainda, de gerar um mercado advocatício de demandas frívolas[8] (KNESTCH, 2022, p. 151). Além disso, a judicialização da proteção de dados tende a renovar eventuais controvérsias de invasão judicial no mérito de agências reguladoras, bem como catalisa as dificuldades judiciárias em lidar com agentes transnacionais, tais como provedores de internet, redes sociais, plataformas estrangeiras de compras. (POLLICINO, 2021, p. 286).

7 Em alusão a Manuel Castells e sua identificação da sociedade em rede, a qual, sobre estas vulnerabilidades compartilhadas, pode-se remeter ao seguinte: "Os primeiros passos históricos das sociedades informacionais parecem caracterizá-las pela preeminência da identidade como seu princípio organizacional. Por identidade, entendo o processo pelo qual um ator constrói significado principalmente com base em determinado atributo cultural ou conjunto de atributos, a ponto de excluir uma referência ampla a outras estruturas sociais. Afirmação de identidade não significa necessariamente incapacidade de relacionar-se com outras identidades [...] ou abarcar toda a sociedade sob essa identidade [...]. Mas as relações sociais são definidas *vis-à-vis* as outras, com base nos atributos culturais que especificam a identidade". Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede* – volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 57-58.

8 "There is a clear tendency in some jurisdictions to develop privacy litigation as a business model, not only for law firms specialised in data protection law, but also for 'legal tech' and litigation funders". KNESTCH, Jonas. The Compensation of Non-Pecuniary Loss in GDPR Infringement Cases. *Journal of European Tort Law*, v. 13, n. 2, p. 132-153, 2022, p. 151.

Por isso, questiona-se a capacidade do processo coletivo, inclusive o estrutural[9], em dirimir matérias relativas à proteção de dados e quais os desafios probatórios do dano coletivo em matéria de proteção de dados. Este questionamento busca esmiuçar respostas a um problema contemporâneo, isto é, a aplicação dos novos direitos mediante o processo coletivo. Além da preocupação com a novidade do tema, preocupa-se também com a prova enquanto desafio intrínseco do processo de conhecimento, posto que o rendimento de mecanismos probatórios e a segurança dos elementos de prova impactam a margem de erro na qual a decisão judicial está sujeita (MOREIRA, 1989, p. 144-145).

Neste debate, há uma *representative action* julgada pela Suprema Corte do Reino Unido envolvendo o direito coletivo à proteção de dados. É o caso *Lloyd vs. Google* julgado definitivamente em 10 de novembro de 2021 pela Suprema Corte britânica, no curso do qual se desenvolveu a discussão sobre a capacidade de ações coletivas em tratarem de danos à proteção de dados.

Para tanto, a fim de obter resultados úteis para o ordenamento jurídico brasileiro, o exame deste artigo será desenvolvido a partir de método comparativo[10]. A comparação se mostra possível à medida que a análise sobre Brasil e Reino Unido se dá em objeto delimitado, a tutela coletiva do direito à proteção de dados, e em igual circunstância temporal, sem prejuízo das características de cada ordenamento jurídico.

O estudo, então, parte do processo coletivo no ordenamento jurídico inglês[11], verificando se nele suas possibilidades e o desenho proce-

9 Entende-se como processo estrutural aquele que busca, através do conteúdo do pedido, um provimento judicial contrário a um estado irregular de coisas. Cf. DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio, JOBIM, Marco Felix; OSNA, Gustavo. *Processos estruturais*. São Paulo: JusPodivm, p. 459-492, 2022.

10 Cf. UNIVALI. Nota técnica 02/2018/PPCJ. 2018.

11 Em razão das peculiaridades da formação histórica do Estado britânico, ressalta-se que a presente análise se resume ao direito processual civil inglês, pois "não há propriamente `direito processual britânico`, até porque, em razão das vicissitudes históricas, existem peculiaridades que conotam cada uma das mencionadas estru-

dimental conferido pela legislação. Em seguida, é analisado o caso *Lloyd v. Google*, a fim de se destrinchar como se deu a aplicação do processo coletivo naquele país e como é a tutela jurisdicional coletiva de proteção de dados no Brasil.

2. O PROCESSO COLETIVO NO REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE

Para a resolução de demandas ordinárias para além das individuais, a processualidade pode ser enquadrada em dois modelos: as *class actions* quando houver direitos de mesma origem, geralmente exemplificada pelo regime de ações coletivas dos Estados Unidos da América[12]; e as técnicas de *group litigation* para a litigância seriada, como aquelas utilizadas pela Alemanha para conduzir os procedimentos de processo-modelo (ROSSONI, 2010, p. 4). A diferença primordial – mas não é a única, ressalta-se - entre esses modelos é que todos os sujeitos afetados pela eventual decisão de uma determinada questão podem participar na *group litigation*[13], ao passo que os membros da coletividade são uma não-parte representada em juízo pelo autor nas *class actions* (ANDREWS, 2001, p. 249).

Ainda assim, o tratamento processual conferido à tutela coletiva não é necessariamente estanque, de maneira que pode um dado ordenamento jurídico adotar os dois modelos. É o que se verifica no Reino

turas [judiciárias, que regem a Inglaterra e o País de Gales; a Irlanda do Norte; e a Escócia]". TUCCI, José Rogério Cruz e. Direito processual civil inglês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, pp. 215-244, 2010, p. 215.

12 Importante notar que as *class actions* tem raízes no processo coletivo inglês, especificamente com os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) da Inglaterra e seu *bill of peace*. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22-23.

13 No Direito brasileiro, "[...] permite-se às partes de processos sobrestados participarem dos procedimentos do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 983 e 1.038, I, CPC)". ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 207.

Unido, em que as duas modalidades estão previstas no principal diploma processual civil do país, o *Civil Procedure Rules*, destacando-se as ações de classe tratadas por *representative action* e os litígios agregados como *group litigation order* (ARENHART, OSNA, 2021, p. 424). Há também a previsão da *multi-party litigation*, consistente na reunião de todos os interessados individualmente no mesmo polo, o que se aproxima muito do litisconsórcio simples no Direito brasileiro (SCHINEMANN, FREIRE, MOTTA, 2022, p. 408) e, por isso, não será abordada no presente estudo.

Conforme a regra 19.6 da *Civil Procedure Rules*, as *representative actions* exigem a comunhão de igual interesse entre todos os titulares do direito discutido naquela ação. Segundo à previsão legal, não há um número mínimo de autores para que a *representative action* seja ajuizada, bastando que haja mais de um interessado[14] para que seja possível um autor representar estes interesses (SCHINEMANN, FREIRE, MOTTA, 2022, p. 408). Destaca-se que a lei permite a *representative action* também na modalidade passiva, de maneira que esta ação pode ser ajuizada contra uma coletividade de sujeitos se houve um interesse cabível para tanto (ANDREWS, 2001, p. 250).

Além de exigir um ou mais interesses em comum, há mais elementos que caracterizam a ação coletiva inglesa, tendo em vista que se trata de uma coletividade *não-parte*[15]. Segundo Andrews (2001, p. 250), uma *representative action* não tem a exigência de aval pelo juiz ao representante da classe, diferentemente da certificação coletiva que ocorre nos EUA; e não precisa de notificação das pessoas pertencentes àquele grupo representado. A intervenção judicial sobre a representatividade é

14 19.6(1) da *Civil Procedure Rules.*

15 Conforme Taruffo, é a ideia de um *personal self-interest* que encontra coincidência com os interesses de outros sujeitos de uma mesma coletividade. Em sua avalição sobre a diferença entre as ações de grupo e as ações de classe: "since it emerges when individuals are active in starting and prosecuting cases, but with the exclusive aim of pursuing their personal self-interest. Super-inidvidual and collective interests are beyond the scope of litigation managed by egoistic individual who are not inclined to pursue or achieve anything but their own personal advantage‖". TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, p. 405-421, 2001, 418.

excepcional e somente ocorre quando há interesses de pessoas menores de idade legal ou com doenças mentais incapacitantes para a vida civil; bem como na hipótese de *representative action* passiva, condição na qual o juiz possibilita aos representados no polo demandado a oportunidade de diferenciação da responsabilidade entre os membros daquela coletividade (ANDREWS, 2001, p. 251).

Essas *representatives actions* não são recentes no Direito inglês. Desde o período medieval, a Inglaterra já contava com uma construção jurídica, por via consuetudinária, da possibilidade de um sujeito representar seu grupo frente ao juízo local, a *suit representative* (YEAZELL, 1984, p. 23). O que houve em 1998, com a *Civil Procedure Rules*, foi uma regularização desta modalidade processual na forma do direito positivo (CAVALCANTI, 2014, p. 9).

Contudo, apesar de sua história na Inglaterra, as *representative actions* não são a via majoritariamente empregada para resolver interesses coletivos naquele ordenamento jurídico, posto que o gérmen medieval das ações coletivas inglesas se originou em "características altamente locais e circunstanciais" (LIMA, 2017, p. 221). Mesmo sendo um país de *Common Law*[16], o Reino Unido se alinha à resistência do Direito europeu continental às ações de classe, sendo refratária a aceitação de um sujeito processual representar uma gama de outros sujeitos que não lhe outorgaram poderes para tanto, bem como há dificuldade em compreender os efeitos subjetivos da coisa julgada (CONSOLO, RIZZARDO, 2006, p. 895-896). Por isso, pode-se afirmar que:

> O direito inglês não se impressionou com o instrumento norte-americano das ações de classe, preferindo solução distinta. Isso

16 Também conforme Taruffo, os sistemas de *Common Law* lidam com uma concepção de individualismo abnegado para as demandas transindividuais, diferentemente de sistemas de *Civil Law*, como exposto na nota de rodapé anterior. Sobre a tradição anglo-saxã, o autor italiano assevera "*by looking at social and legal contexts in whitch single are active not only for their own personal advantage, but also to protect or enforce the rights or interests of others similarly situated because they are involved in the same situation*". TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, p. 405-421, 2001, p. 418.

> ocorreu, de um lado, em razão da percepção de que a *class action* acaba por excluir do tratamento coletivo situações individuais que, embora não sejam idênticas, tem certa semelhança. Diante da inflexibilidade do modelo estadunidense, o sistema inglês preferiu adotar abordagem mais criativa e aberta. (ARENHART, OSNA, 2021, p. 424)

Assim sendo, a *group litigation order* (*GLO*, na sigla original) foi estabelecida em 2000, instaurando uma seção própria na *Civil Procedure Rules*. Logo na regra 19.10[17] já se encontra a diferenciação às ações de classe: a GLO se destina aos casos de demandas originada por questões de direito ou de fatos que sejam iguais ou relacionadas umas com as outras. Ademais, a regra 19.11[18] possibilita que o juiz, ao constatar várias ações com questões em comuns, instaure de ofício uma *group litigation order* (GONÇALVES, DUTRA, 2015, p. 197), consistindo em uma técnica processual ao invés de uma ação coletiva em si[19] (CAVALCANTI, 2014, p. 9).

Com a configuração da *GLO*, a lei exige o registro de especificações sobre o caso para que se especifiquem as questões comuns e seja determinado o grupo, as chamadas "*GLO issues*". Desta maneira, é possível que o juiz consiga gerir o caso, o chamado *management court*, em prol de otimizar a tramitação da demanda (CONSOLO, RIZZARD, 2006,

17 19.10. *A Group Litigation Order ("GLO") means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the "GLO issues")*

18 19.11. *(1) The court may make a GLO where there are or are likely to be a number of claims giving rise to the GLO issues.*

19 Comentando sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, Antônio do Passo Cabral observa: "No direito estrangeiro, ficaram célebres duas espécies de procedimento para solução de casos repetitivos. O primeiro é aquele dos *processos-teste* ou *causas-piloto*, como a *Group Litigation Order*, previstas nas *Civil Procedure Rules* inglesas, e no *Pilotverfahren* austríaco. Esse tipo de procedimento caracteriza-se pela *unidade de processo e julgamento* (pelo qual o órgão decisor conhece e julga não apenas a questão comum, mas também de todas as demais questões, resolvendo o caso por completo) e posterior *replicação* da *ratio decidendi* aos casos similares". CABRAL, Antônio do Passo. Art. 975. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, pp. 1434-1438, 2017, p. 1436.

p. 900). É facultado ao juiz, por exemplo, modificar as questões de uma *GLO* para melhor compreender o grupo de interessados, conforme a regra 19.13A[20] das *Civil Procedure Rules*; mas também o juiz pode extinguir a *order* quando este tratamento processual não for o mais eficaz para dirimir a questão comum agregadora de demandas.

Outro ponto da *GLO* enquanto gestão de controvérsias é a possibilidade de divisão de papéis mediante o gerenciamento do caso pelo Poder Judiciário. No modelo inglês de litígios agregados, resolver a questão de direito ou de fato da *GLO* é atribuição indispensável do juiz principal, o *managing judge*. Esse juiz principal tem a possibilidade de delegar atos ou funções processuais para outros juízes e, assim, dividir tarefas para gerenciar o cumprimento do procedimento até a decisão final (ROSSONI, 2010, p. 19).

A aspiração pragmática com a *GLO* é de tal tamanho que, uma vez instaurada, o juiz demarca um prazo para a adesão de novas partes, de modo que a discussão sobre novos interessados não obste a tramitação posteriormente. Esse prazo não impede a instauração de uma nova *GLO*, ainda que sobre as mesmas questões, posto que os efeitos subjetivos da coisa julgada na *GLO* exigem a adesão formal do interessado ao caso sob juízo, sendo esta forma de litígio agregado, então, um mecanismo *opt-in*[21] para resolução judicial de controvérsias (CONSOLO, RIZZARDO, 2006, p. 906).

Esta ausência de prejuízo àqueles que não ingressaram em uma *GLO* já instaurada se torna ainda mais compreensível quando visto que, além da possibilidade de instaurar uma nova *GLO*, a eficácia vinculante da decisão se limita aos aspectos comuns tratados na ação de grupo e

20 19.13 *Directions given by the management court may include directions:*
(a)varying the GLO issues;

21 Sobre os mecanismos *opt-in* e *opt-out*, vale sintetizar que "há ordenamentos que preferem a técnica do *opt-in* ou do *opt-out*, em que o membro do grupo, categoria ou classe tem que manifestar sua intenção de integrar a demanda coletiva ou dela ser excluído, para efeito de ser atingido ou não pela coisa julgada. Em geral, nas ações de classe do sistema anglo-saxão prefere-se o *opt-out* e nas do sistema eriopeu o *opt-in*". GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: 2016, p. 48.

constantes no registro das questões comuns que a justifica (ANDREWS, 2001, p. 260). Portanto, o resultado do processo da *GLO* não necessariamente implica igual resultado ao processo individual, porque, após o julgamento da questão comum, é iniciado o próprio processo por cada um dos membros do grupo que aderiram formalmente ao caso (ROSSONI, 2010, p. 17).

Uma vez que todos os interessados devem aderir formalmente ao grupo, o processo da *GLO* não configura legitimação extraordinária tal como as *representative actions*, com a eventual delegação de poderes para fins estritamente operacionais. Afinal, é impraticável o exercício do contraditório por todos os membros da *GLO*, o que exige a eleição de um responsável, o *lead solicitor*, atribuído de promover o julgamento das questões comuns que configuram o caso (ROSSONI, 2010, p. 19). Sendo o grupo inerte ou incapaz de indicar alguém para promover o caso, o juiz tem poder para, nos termos da regra 19.13C[22], designar o *lead solicitor* dentre um ou mais integrantes do grupo. De todo modo, as *Civil Procedure Rules* impossibilitam os integrantes do grupo de questionarem judicialmente os efeitos do julgamento por uma má condução do caso pelo *lead solicitor* (ROSSONI, 2010, p. 20).

Por fim, além de *representative actions* e *group litigation order*, o ordenamento jurídico inglês tem previsões exclusivamente para demandas coletivas atreladas a determinadas matérias, as chamadas *collective proceedings regime* para o direito concorrencial e para o direito do consumidor[23] (SANGER, WICKHAM, LAWRENCE, 2022).

3. O CASO *LLOYD V. GOOGLE*

Richard Lloyd, um cidadão britânico residente em Londres, ajuizou uma *representative action* na Alta Corte da Inglaterra e do País de

22 19.13. *Directions given by the management court may include directions:*

[...]

(*c*)*appointing the solicitor of one or more parties to be the lead solicitor for the claimants or defendants;*

23 Respectivamente, o *Competition Act*, de 1998; e o *Consumer Rights Act*, de 2015.

Gales[24] contra a empresa Google LLC. Com base na regra 4(4) do *Data Protection Act*, o autor demandou uma indenização do Google por causa de um episódio ocorrido entre os anos de 2011 e 2012, no qual a empresa se utilizou de um *cookie* [25] para apreender dados dos usuários do navegador *Safari* sem consentimento. Lloyd estimou 5,4 milhões de cidadãos britânicos perderam o controle de seus dados pessoais à Google, que, por sua vez, deveria pagar £750 para cada um dos ofendidos, o que totalizaria um valor total entre £1 ou 3 bilhões sob título de compensação pela falha no dever de cuidado e diligência da empresa.

Como prova, o autor se utilizou do compromisso de responsabilidade que a Google pactuou com a Comissão Federal de Comércio dos EUA[26] em 2012, quando empresa pagou uma multa de US$ 22,5 milhões à autoridade estadunidense pela violação de privacidade dos usuários do navegador Safari. Em razão disso, anteriormente à *representative action* de Lloyd, a britânica Judith Vidal-Hall e outras duas pessoas ingressaram em juízo, em demandas individuais, no Reino Unido, para a compensação pela perda os seus dados pessoais por culpa da empresa Google LLC. Assim sendo, o pleito de Lloyd se utilizou das alegações do caso *Vidal-Hall v. Google*, mas, desta vez, em benefício de toda a classe de usuários britânicos do navegador de internet *Safari*.

24 O caso se iniciou em uma *High Court* ao invés de uma *County Court* em razão do valor da causa. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. Direito processual civil inglês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, pp. 215-244, 2010, p. 229.

25 Os *cookies* consistem em um arquivo reduzido que o navegador de internet instala no computador do usuário, sendo um grande facilitador da operacionalidade da rede, mas com o risco de a coleta e a manutenção de informações pessoais do usuário ser aplicada para fins sem seu consentimento. OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; SILVA, Lorena Abbas da. "É de comer?" Cookies de navegador e os desafios ao direito à privacidade. Curitiba, *Revista Tecnologia e Sociedade*, v. 15, n. 37, p. 297-310, jul./set. 2019, p. 302

26 ESTADO UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *Google Will Pay $22.5 Million to Settle FTC Charges it Misrepresented Privacy Assurances to Users of Apple's Safari Internet Browser*. Washington, 9 ago 2012.

Para a Alta Corte da Inglaterra e País de Gales, foi rejeitada a tramitação da *representative action* proposta por Lloyd[27]. Para a Corte, a ação pretendia representar uma classe muito extensa, não sendo demonstrado que, em tamanha pluralidade de sujeitos, havia uma comunhão por iguais interesses, como exige a *Civil Procedure Rules* para a procedibilidade. Junto ao problema da extensão da classe sob representação, a Corte também considerou que a classe não estava suficientemente definida, o que é prejudicial para a tramitação da ação, bem como pela inexistência de dano, nos termos da legislação de proteção de dados.

Lloyd recorreu da decisão e assim o caso seguiu para a Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales[28]. A decisão foi reformada por entender ser possível a ocorrência de dano e que o precedente *Vidal-Hall v. Google* indicava a existência do interesse em comum alegado pelo autor entre os usuários do navegador de internet *Safari*. Além disso, a decisão também foi reformada quanto às questões processuais, pois a Corte entendeu que havia elementos para caracterizar a demanda de Lloyd como representativa da classe descrita em seu pedido.

O trâmite do caso continuou pelo recurso da empresa, o remetendo à última instância do Poder Judiciário britânico, a Suprema Corte do Reino Unido[29]. Sobre a tutela jurisdicional da direito à proteção de dados pessoais, a Suprema Corte reconheceu a possibilidade de uma *representative action* envolvendo a matéria, mas desde que existam elementos do efetivo dano, sendo insuficiente haver apenas a prova de que houve a falha no dever de cuidado. Quanto às questões processuais, a Suprema Corte confirmou o entendimento da Corte de Apelação sobre o controle do representante da classe, posto que a *Civil Procedure Rules* excepciona tal intervenção. Contudo, houve uma complementação: a necessidade de iguais interesses entre os membros da *representative action* deve exprimir uma igual e efetiva lesão daqueles membros da classe representada por Lloyd, algo não demonstrado pelo autor no exercício de seu *evidencial*

27 REINO UNIDO. England and Wales High Court. [2018] EWHC 2599 (QB).

28 REINO UNIDO. England and Wales Court of Appeal. [2019] EWCA Civ 1599.

29 REINO UNIDO. United Kingdom Supreme Court. [2021] UKSC 50.

burden of proof – uma espécie de ônus probatório do autor em demonstrar, *prima facie*, a corroboração fática de sua causa (SCHINEMANN, FREIRE, MOTTA, 2022, p. 357), análoga ao art. 434 do CPC brasileiro dentro das devidas proporções[30].

Com a derrota definitiva da *representative action* de Lloyd, juristas britânicos e europeus se preocupam com o futuro das ações coletivas inglesas. Isto se deve ao fato de que este entendimento restritivo sobre a indenização por via das *representative actions* já existir há muito tempo na jurisprudência[31] e, desta vez, ter sido aplicado especificamente para uma ação coletiva para o direito à proteção de dados. Como exposto por Frantziou (2021), a interpretação feita pela Suprema Corte britânica desestimula novas *representative actions* em razão do elevado *evidential burden* que foi exigido de Lloyd, o que tende a diminuir o uso desta via processual pelos titulares de dados que se sentirem ofendidos em seus di-

30 "As postulações no processo inglês (*fact-pleading*) aproximam-se, de certo modo, mais do modelo alemão da *Substantiierung* do que do *Notice-Pleading* norte-americano. Embora coloque maior ênfase na descrição dos fatos relevantes para o julgamento, deixando em segundo plano questões de direito ou referências a provas, seu escopo, ao contrário de apenas dar uma vaga *notice* ao adversário, é de delinear, com precisão, a *cause of action* e as *issues* relevantes para o julgamento da *claim*. Mas o juiz inglês, como o americano, não se vincula ao que foi pedido, devendo dar ao *claiment* aquilo que ele faz jus, independentemente do pedido, desde que nos limites da *cause of action*, isto é, da situação fática com fundamento na qual o demandante pediu a tutela jurisdicional". BENEDUZI, Renato Resende. Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading – A relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 245, jul. 2015.

31 "Um dos grandes problemas históricos relacionados às *representative actions*, que as tornaram utilizadas na Inglaterra, diz respeito ao fato de o termo `interesses comuns` ter sido interpretado restritivamente, frustrando a utilidade da regra para resolver os litígios coletivos. Na Inglaterra, acredita-se que o processo representativo não pode ser utilizado para o fim de obter uma proteção do tipo ressarcitória, pois a disciplina legal exige que todos os interessados tenham `interesses comuns`, o que não existiria nessas ocasiões visto que, na pretensão indenizatória, cada vítima tem interesse distinto na obtenção do montante individual a que lhe cabe". CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, vol. 940, fev. 2014.

reitos. O caso também revigora a necessidade de uma reforma legislativa para o processo coletivo inglês, tendo em vista que a vagueza das *Civil Procedure Rules* já vem gerando problemas no manejo das *representative actions* e coloca em risco torná-las completamente desinteressantes para utilização (CHIODO, 2023, p. 28-29).

A decisão da Suprema Corte também reflete que o Direito inglês e o Direito europeu continental tendem a se desenvolver de modo divergente sobre tutela jurisdicional coletiva em proteção de dados. Neste sentido, observa-se como os fundamentos da decisão britânica vão de encontro à Diretiva n. 2020/1828 da União Europeia, que estipula a instituição de ações coletivas para o direito do consumidor, incluindo o direito à proteção de dados pessoais, ao ordenamento jurídico dos Estados-membros do bloco[32] . A divergência é ainda mais evidente quando visto que a Diretiva dispõe expressamente, em sua regra 68[33], sobre a car-

32 Entre os considerandos expostos no documento, tem-se a premissa da União Europeia sobre as ações coletivas: "Uma ação coletiva deverá constituir um modo eficaz e eficiente de proteger os interesses coletivos dos consumidores. Deverá permitir que as entidades qualificadas atuem com o propósito de garantir que os profissionais cumprem as disposições aplicáveis do direito da União e ajudem a superar os obstáculos que os consumidores enfrentam no âmbito de ações individuais, nomeadamente os que se prendem com a incerteza sobre os seus direitos e sobre quais os meios processuais disponíveis, a relutância psicológica em avançar com um processo e o saldo negativo entre os custos esperados relativamente aos benefícios das ações individuais". UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020 relativa a ações coletivas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE. Jornal Oficial da União Europeia, Bruxelas, 25 nov. 2020.

33 "Os elementos de prova são fundamentais para determinar se uma ação coletiva para medidas inibitórias ou de reparação está bem fundamentada. No entanto, as relações entre as empresas e os consumidores são frequentemente caracterizadas pela assimetria da informação, podendo os elementos de prova necessários estar exclusivamente na posse do profissional, o que os torna inacessíveis à entidade qualificada. Por conseguinte, as entidades qualificadas deverão ter o direito de requerer ao tribunal ou à autoridade administrativa competente que ordene ao profissional a apresentação dos elementos de prova pertinentes para a ação. Por outro lado, tendo em conta o princípio da igualdade das partes, o profissional deverá dispor de um direito semelhante de requerer elementos de prova que estejam sob o controlo da entidade qualificada. A necessidade, o âmbito e a proporcionalidade de ordenar a

ga dinâmica do ônus da prova em razão da assimetria entre titulares de dados e operadores.

Esta tendência do Direito europeu ao processo coletivo para a proteção de dados pode ser observada em caso recente da Corte de Justiça da União Europeia. Em 2022, a Corte europeia decidiu favoravelmente à legitimidade ativa de uma associação de consumidores alemã contra a Meta, empresa do grupo Facebook, por uma falha de proteção de dados[34]. Tal caso é representativo por ser originário da Alemanha, de maneira que o país fundador de um modelo de *group litigation*[35] se encontra compelido a aceitar uma via processual próxima às *class actions* para a tutela de proteção de dados pessoais – tal como a *representative action* inglesa e a ação civil pública do Brasil. De todo modo, a decisão da Corte de Justiça da União Europeia e a Diretiva ainda são muito recentes

apresentação dos elementos de prova deverão ser cuidadosamente avaliados pelo tribunal ou pela autoridade administrativa que conhece da ação coletiva, nos termos do direito processual nacional, tendo em conta a proteção dos legítimos interesses de terceiros e sujeito às normas nacionais e da União em vigor em matéria de confidencialidade". UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020 relativa a ações coletivas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, 25 nov. 2020, grifos meus.

34 É o Processo C-319/20, julgado em 28 de abril de 2021, em caso envolvendo ação coletiva proposta por uma associação de consumidores alemães contra uma empresa subsidiária da empresa Facebook Ireland Limited em razão de tratamento de dados pessoais na Meta Plataforms Ireland Limited, uma plataforma de metaverso. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da União Europeia. Acórdão C-319/20. Bruxelas, 28 abr. 2021.

35 Trata-se do *Musterverfahren* introduzido em 2005 e decorrente de uma situação específica na Alemanha envolvendo os direitos de investidores minoritários de capital, sendo que já existia um procedimento agregador de demandas para o contencioso-judicial administrativo, o *Musterprozess*. O *Musterverfahren* e a *group litigation order* foram inspirações do legislador brasileiro para incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) previsto no atual Código de Processo Civil brasileiro, em que pese a notável diferença da litigância e do número de processos do Brasil em comparação à Alemanha e à Inglaterra. Cf. GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil. Brasília, *Revista de Informação Legislativa*, a. 52, n. 208, p. 105-202, out./dez. 2015.

para avaliar as soluções legislativas dos Estados-membros para a tutela jurisdicional do escopo coletivo no direito à proteção de dados pessoais.

4. PARALELO AO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

No Brasil, o direito à proteção de dados se iniciou com a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e a previsão do inciso VIII de seu artigo 7º, que estabeleceu o dever de informação aos usuários brasileiros de internet sobre o tratamento conferido aos seus dados. Posteriormente, houve a disciplina legal específica a esta proteção da intimidade por meio da Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGDP), o que expandiu a proteção de dados para além da *internet* e incluiu toda e qualquer utilização de dados pessoais.

De todo modo, nota-se ser possível a proteção de dados por via da tutela jurisdicional coletiva desde a publicação do Marco Civil da Internet, conforme a previsão expressa de seu artigo 30. Já sob a LGDP, a tutela jurisdicional coletiva é uma alternativa para a defesa dos titulares de dados, conforme o artigo 22; e é reiterada pelo artigo 42 ao prever, de maneira expressa, a possibilidade de indenização por dano moral coletivo. Portanto, os dois diplomas legais comunicam com o sistema de tutela coletiva para a defesa em juízo destes novos direitos.

Esta constatação é apresentada por Zanatta e Souza (2019, p. 412) sobre a tutela de proteção de dados no Brasil, à medida que "a LGPD absorveu parte da tradição de tutela coletiva no Brasil, abrindo espaço para que a proteção dos direitos assegurados na legislação seja feita de forma coletiva, ao lado das múltiplas formas de proteção individual dos direitos". Neste ponto, vale distinguir Brasil e Inglaterra: no primeiro, a legislação de proteção de dados é posterior à sistematização da tutela coletiva; enquanto no segundo a disciplina de proteção de dados já se esmiuçava, de forma setorial, desde a década de 1970, antecedendo a legislação sobre processo coletivo.

Contudo, o fato de o Brasil dispor há mais tempo de um sistema de tutela coletiva não significa que esta via necessariamente esteja sendo aceita sem controvérsias para a proteção de dados. Uma vez que a matéria

envolve conhecimentos técnicos e sendo recente a previsão legal de proteção de dados no país, a atuação dos entes legitimados tende a ser refratária perante eventuais desafios do Poder Judiciário em compreender a proteção de dados para além do nível individual (SHECAIRA, 2020, p. 341).

Os questionamentos sobre a legitimidade ativa são outra diferença entre o Direito brasileiro e o Direito inglês. No caso *Lloyd v. Google*, o autor foi sujeito de questionamentos sobre suas condições de representar a classe de ofendidos, enquanto que a via processual equiparável às *representative actions*[36] no Brasil, as ações civis públicas, a capacidade de representar a coletividade em juízo é legalmente presumida no rol do artigo 5º da Lei 7.347/85.

Por fim, outro ponto de diferenciação entre o Direito brasileiro e o Direito inglês encontra-se em uma questão processual bastante reiterada ao longo do julgamento do caso *Lloyd v. Google*: o ônus da prova em uma discussão legal eminentemente técnica e de difícil condição probatória, considerando elementos como o armazenamento e a apreensão de dados. No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 42, § 2º, da LGPD também permite a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz para determinadas hipóteses[37] que poderiam ser aplicadas se os fatos do caso inglês ocorressem no Brasil, permissivo legal também encontrado no Código de Defesa do Consumidor. Consoante a sistematicidade do Direito brasileiro, entende-se que tais hipóteses permitem ao juiz a inversão do ônus da prova, desde que assim determine antes da fase decisória (ROSSINI, 2021, p. 394- 396), ao passo que tal possibilidade é excepcio-

36 "A primeira aproximação possível entre o sistema inglês e brasileiro diz respeito aos 'processos por representação' ingleses e a ação civil pública brasileira. Tratam-se, fundamentalmente, de dois modelos de processo coletivo em que determinada 'classe' é representada em juízo por um único autor. Ademais, ambos os sistemas adotam a lógica *opt-out*". SCHINEMANN, Caio César Bueno; FREIRE, Leonardo Dib; MOTTA, Otávio. Direito processual civil inglês. In: SICA, Heitor Vitor de Mendonça Fralino; *et al* (org.). *Processo Civil Comparado* – vol. III: Europa. Londrina: Editora Thoth, p. 341-421, 2022, p. 412.

37 Verossimilhança da alegação, hipossuficiência para produção da prova ou produção probatória excessivamente onerosa para o titular de dados.

nal no processo civil inglês[38], que não inclui a proteção de dados ou o direito do consumidor.

Em que pese a novidade da matéria no Brasil, já é possível encontrar tal compreensão de prova nas ações civis públicas sobre proteção de dados, como o caso relativo à coleta de dados biométricos no metrô de São Paulo[39]. Ainda assim, são necessários estudos empíricos sobre a prova e seu ônus nas ações civis públicas em matéria de proteção de dados, para que sejam delimitados os desafios probatórios do Brasil para a proteção coletiva desse novo direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde já, é observado que o Reino Unido, mesmo sendo um país de *Common Law*, não pode ter seu processo coletivo entendido a partir das habituais referências às *class actions* dos Estados Unidos da América, frequentemente citadas na doutrina brasileira de processo coletivo[40]. No Direito britânico, constata-se que o papel atribuído ao Poder Judiciário é bastante diferente em relação ao cenário brasileiro e também ao conhe-

38 Inclusive, ressalta-se que a inversão do ônus da prova é uma concepção tipicamente do *Civil law*, sendo expecional o *reversal of burden of proof* no Direito britânico. Cf. VANDENBUSSCHE, Wannes. Dealing with Evidentiary Deficienty in Tort Law. *Social Science Research Network*, 2019.

39 Processo n. 1090663-42.2018.8.26.0100, sob tramitação no Tribunal de Justiça de São Paulo, decorrente de ação civil pública ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor contra a ViaQuatro, concessionária da Linha 4 do metrô paulistano. O processo também contou com o Instituto Alana enquanto *amicus curiae,* tendo em vista a potencial apreensão de dados de crianças e adolescentes pela tecnologia de videomonitoramento instalada pela concessionária nas estações de metrô em São Paulo.

40 De todo modo, salienta-se que os EUA incluíram as possibilidades de mecanismos agregadores de demandas ao invés das *class actions* ao constar problemas com as vias representativas mediante legitimação extraordinária, estabelecendo, por exemplo, a *multidistrict litigation*,. Cf. DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Autonomia individual e acesso à justiça: do coletivismo artificial ao incidente de resolução de demandas repetitivas. In: FUX, Luiz; MARTINS, Humberto; SHUENQUENER, Valter (coords.). *O Judiciário do Futuro*: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, pp. 277-300, 2022.

cido cenário estadunidense. Esta capacidade institucional desempenhada pelo Poder Judiciário imprime a disciplina legal do processo coletivo inglês e, de fato, exige uma outra compreensão conceitual para que se entenda os limites e possibilidade da tutela jurisdicional coletiva naquele ordenamento jurídico quando comparado ao Brasil.

Além disso, ao abordar o Direito inglês, a ressalva deve ser feita: seu tratamento a demandas coletivas ocorre, principalmente, por meio da agregação de demandas, a *group litigation orde*r; e o modelo de ações de classe, como a *representative action*, vem se deteriorando em razão dos entendimentos restritivos aplicados pela jurisprudência. Isso implica questionar devidamente, em outro estudo específico, a hipótese de que a tradição jurídica de um país não implicar uma correlação necessária com a adoção de um determinado modelo processual, posto que a Inglaterra e o País de Gales utilizam mais de mecanismos agregadores de demandas ao invés da tutela jurisdicional coletiva, aproximando-se do *Civil Law* europeu neste ponto.

Este entrave à *representative action* é perceptível nas decisões proferidas no caso *Lloyd v. Google*. Não obstante a discussão de direito material – relativa à controversa configuração de dano efetivo aos dados pessoais – a exigência de iguais interesses representados na demanda coletiva ensejou uma repercussão prática ao processo, como a falha de Lloyd em cumprir seu *evidential burden of proof* por não demonstrar um dano de milhões de pessoas nem um nexo de causalidade. Isso tensiona novamente a via processual para a tutela da proteção de dados, uma vez que as atribuições do *lead solicitator* já preveniria esta discussão na *GLO*[41], bem como seu objeto poderia se resumir a uma única questão de direito – como exemplo, a própria definição de dano indenizável nos termos da legislação britânica de proteção de dados.

De todo modo, vale notar os fundamentos da Suprema Corte aplicar seu entendimento restrito às *representative actions* a um litígio coletivo de proteção de dados. Diante da variedade de membros da classe que Lloyd alegou representar, a Suprema Corte do Reino Unido consi-

41 Neste sentido, vale conferir a decisão da Suprema Corte do Reino Unido no caso *Lancaster and others v. Peacock* QC [2020] EWHC 1231 (Ch).

derou que não ser crível a igualdade de interesse entre os membros da classe pelo valor indenizatório definido por Lloyd e falhando o *evidencial burden* do autor para demonstrar que havia um dado hábil à indenização. Tendo em vista a dimensão coletiva da proteção de dados brasileira e a experiência ocorrida na Inglaterra, deve ser avaliado que litígios de privacidade dificilmente lograrão êxito no Brasil em um procedimento tal como a ação civil pública se exclusivamente para fins indenizações individuais – sem prejuízo de considerar as especificidades da liquidação de sentença coletiva no processo civil brasileiro.

Em síntese, pode-se afirmar que há questões no Direito inglês que são tratadas de modo substancialmente diferente no Direito brasileiro. Apesar da escolha inglesa pelo *evidential burden of proof* e seu equânime no artigo 434 no Código de Processo Civil brasileiro, o problema atribuído à causa de Lloyd teria outros contornos no Brasil em razão da inversão do ônus da prova, prevista tanto nas legislações especiais aplicáveis à proteção de dados quanto no CPC. Além disso, os litígios coletivos são disciplinados de outra maneira no Brasil, com possibilidade de incluir amplos pedidos cominatórios, bem como a legitimidade ativa para a ação civil pública ocorre por *ope legis*, com a própria lei presumindo a aptidão para representar a coletividade em juízo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos*: a vinculação das decisões no processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2017.

ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England: representative and group action. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

BENEDUZI, Renato Resende. Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading – A relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 245, jul. 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. Art. 975. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, pp. 1434-1438, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição e défice procedimental. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede* – volume I. Tradução: Roneide Venâncio Majer. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 940, p. 89, fev. 2014.

CHIODO, Suzanne E. Lloyd and the Legislative Void: Representative Actions in Transatlantic Context. *Osgoode Hall Law School Pappers*, 2023.

CLEMENTONI, Myriam Benarrós. *Actio Popularis no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

CONSOLO, Cláudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azione colletive alla prova: Inghilterra e Germania. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 895- 896, 2006.

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. Autonomia individual e acesso à justiça: do coletivismo artificial ao incidente de resolução de demandas repetitivas. In: FUX, Luiz; MARTINS, Humberto; SHUENQUENER, Valter (coords.). *O Judiciário do Futur*o: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, pp. 277-300, 2022.

DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil* – vol. 4: Processo Coletivo. 16ª ed. São Paulo: Editora JusPodvm, 2022.

DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio, JOBIM, Marco Felix; OSNA, Gustavo. *Processos estruturais*. São Paulo: JusPodivm, pp. 459-492, 2022.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados*: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thmson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. Google Will Pay $22.5 Million to Settle FTC Charges it Misrepresented Privacy Assurances to Users of Apple's Safari Internet Browser. Washington, 9 ago 2012. Disponível em: < https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2012/08/google-will-pay-225- million-settle-ftc-charges-it-misrepresented-privacy-assurances-users-apples>.

FLORIDI, Luciano. Open Data, Data Protection and Group Privacy. *Philosophy & Technology,* v. 27, 2014.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, ano 52, n. 208, p. 189-202, out./dez. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade:* Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: 2016.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo.* 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *A execução coletiva pecuniária*: análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Devido processo legal coletivo*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

KNESTCH, Jonas. The Compensation of Non-Pecuniary Loss in GDPR Infringement Cases. Estrasburgo, *Journal of European Tort Law*, v. 13, n. 2, pp. 132-153, 2022

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos de personalidade. *Academia.edu*, jan. 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidad e>.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 24, ano 14, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, p. 145-162, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas da Ação Popular. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo*, 85, p. 395-404, 1966.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; SILVA, Lorena Abbas da. "É de comer?" Cookies de navegador e os desafios ao direito à privacidade. *Revista Tecnologia e Sociedade*, Curitiba, v. 15, n. 37, pp. 297-310, jul./set. 2019.

POLLICINO, Oreste. The Transatlantic Dimension of the Judicial Protection of Fundamental Rights Online. *The Italian Review of Internation and Comparative Law*, v. 1, n. 2, pp. 277-310, 2021.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância*. Tradução: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSSONI, Igor Bimkowski. Breves notas sobre o ônus da prova na Lei do Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos (coord.). *Direito, Processo e Tecnologia*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, pp. 387-397, 2021.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *O "incidente de resolução de demanda repetitivas" e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?*. Monografia (Disciplina de Pós-Graduação "Temas Centrais de Processo Civil") – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñero; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e à privacidade. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 53, pp. 45-66, 2011.

SANGER, Camilla; WICKHAM, Peter; LAWRENCE, James. The Class Action Law Review: United Kingdom – England & Wales. *The Law Reviews*, Londres, 2022.

TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, pp. 405-421, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Direito processual civil inglês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, pp. 215-244, 2010.

SCHINEMANN, Caio César Bueno; FREIRE, Leonardo Dib; MOTTA, Otávio. Direito processual civil inglês. In: SICA, Heitor Vitor de Mendonça Fralino; *et al* (org.). *Processo Civil Comparado* – vol. III: Europa. Londrina: Editora Thoth, pp. 341-421, 2022.

SCHECAIRA, Fernando Muniz. A quem interessa a tutela coletiva na proteção de dados pessoais?. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MARTINS, Amanda Cunha e Mello Smith; CAMARGO, Solano de. (org.). *Lei Geral de Proteção de Dados*: Ensaios e controvérsias da Lei 13.709/18. 1aed. São Paulo: Quartier Latin, pp. 339-346, 2020.

VANDENBUSSCHE, Wannes. Dealing with Evidentiary Deficienty in Tort Law. *Social Science Research Network*, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2020 relativa a ações coletivas para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores e que revoga a Diretiva 2009/22/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, 25 nov. 2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal- content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020L1828&from=EN>.

UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí. *Nota Técnica 02/2018/PPCJ*. Itajaí, 2018. Disponível em: <https://www.univali.br/pos/mestrado/mestrado-em-ciencia-juridica/modelos/Documents/Direito%20e%20Metodo%20comparado%20-%20Nota%20T%C3%A9cnica%2002.2018.pdf>.

YEAZELL, Stephen C. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. Yale University Press, 1987.

ZANATTA, Rafael A. F.; SOUZA, Michel R. O. A tutela coletiva em proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (coord.). *Direito & Internet IV* – Sistema de proteção de dados individuais. São Paulo: Quartier Latin, pp. 381-416, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Jurisprudência estrangeira

REINO UNIDO. England and Wales Court of Appeal. *[2019] EWCA Civ 1599*. Londres, 2 out. 2019. Disponível em <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2019/1599.html>.

REINO UNIDO. England and Wales High Court. *[2018] EWHC 2599 (QB)*. Londres, 10 ago. 2018. Disponível em < https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2018/2599.html>.

REINO UNIDO. United Kingdom Supreme Court. *[2021] UKSC 50*. Londres, 10 nov. 2021. Disponível em < https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2021/50.html>.

UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da União Europeia. Acórdão C-319/20. Bruxelas,28 abr. 2021. Disponível em < https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=39638FDD5669EBADE DCA3C4E5C90942C?text=&docid=258485&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&d ir=&occ=first&part=1&cid=860925>.

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)