

Edilson Vitorelli

PROCESSO CIVIL ESTRUTURAL

TEORIA E PRÁTICA

4^o | revista
edição | atualizada
ampliada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS: O QUE É UM PROCESSO ESTRUTURAL?

1. INTRODUÇÃO¹

Nos últimos tempos, diversos processualistas vêm direcionando seus esforços para o estudo e a elaboração de propostas para regular o chamado processo coletivo estrutural, ou, de modo sintético, processo estrutural.² O resultado mais palpável desse interesse talvez seja a apresentação do Projeto

1. A conceituação básica, constante deste capítulo, foi desenvolvida originalmente em: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. Essa obra foi agraciada com o Prêmio Mauro Cappelletti, atribuído pela International Association of Procedural Law, quadrienalmente, ao melhor livro de processo do mundo. Trata-se da única obra brasileira que recebeu esse prêmio até a presente data.
2. Os trabalhos pioneiros sobre o assunto, no Brasil, são: BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2012; JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Em período mais recente, diversos outros trabalhos vêm abordando o assunto. Ver, por exemplo, GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017; ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017; ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, 2015; ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, 2013; VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2013; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Raphael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturais. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017. Nos Estados Unidos, além dos trabalhos mencionados ao longo do texto, ver: FISS, Owen. The Supreme Court. 1978 Term. Foreword: Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, p. 1-58, 1979; CUMMINGS, Scott L.; EAGLY, Ingrid V. A Critical Reflection on Law and Organizing. *UCLA Law Review*, v. 48, p. 443-517, 2001; RUSHIN, Stephen. Competing Case Studies of Structural Reform Litigation in American Police Departments. *Ohio State Law Journal of Criminal Law*, v. 14, p. 113-141, 2016; BERTELLI, Anthony M.; FELDMAN, Sven E. Structural reform litigation: remedial bargaining and bureaucratic draft. *Journal of Theoretical Politics*, v. 18, n. 2, p. 159-183, 2006; GOLDSTEIN, Brandt. *Storming the court: how a band of Yale law students sued the president – and won*. Nova York: Scribner, 2005; RATNER, Michael. How We Closed the Guantanamo HIV Camp: The Intersection of Politics and Litigation. *Harvard Human Rights Journal*, v. 11, p. 187-220, 1998.

de Lei 8.058/2014,³ em tramitação na Câmara dos Deputados, o qual se destina a regular “o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário” e dispõe, já em seu art. 2º, parágrafo único, que o processo, nesse caso, terá características “estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes”.

Todavia, o que significa dizer que um processo é estrutural? Todo processo que pretende interferir em políticas públicas é um processo estrutural? E todo processo estrutural é um processo coletivo? Trata-se de conceitos superpostos? Por outro lado, alguns autores se referem a “processos de interesse público”. Essa expressão também seria equivalente às anteriores? Como esses conceitos se relacionam com os conceitos de litígios coletivos e de processos coletivos, tradicionalmente apresentados pela doutrina brasileira? E o que seriam “processos estratégicos”? O objetivo do presente capítulo é propor um marco teórico conceitual para solucionar essas dúvidas.

2. CONCEITO DE LITÍGIO COLETIVO

O primeiro conceito que demanda esclarecimento é o de litígio coletivo. Litígios são conflitos relativos a interesses juridicamente relevantes. Em inglês, são referidos como *disputes*. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, “lide e litígio são vocábulos sinônimos e correspondem a um evento anterior ao processo”.⁴ Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais. É isso que distingue o litígio coletivo dos litígios individuais. Dessa forma, o litígio coletivo ocorre quando um grupo de pessoas é lesado enquanto sociedade, sem que haja, por parte do adversário, atuação direcionada contra alguma dessas pessoas em particular, mas contra o todo.

Nesses termos, quando um alfaiate lesa dez de seus clientes, o que existe é uma dezena de litígios individuais, decorrentes de relações que se estabelecem e se desenvolvem isoladamente, com cada um deles. Mesmo que a lesão

3. Esse projeto de lei, como iniciativa concreta de modificação da realidade processual brasileira, será sucessivamente mencionado ao longo do texto. Ele foi elaborado pela escola de processo civil da Universidade de São Paulo (USP), sob a liderança da professora Ada Pellegrini Grinover e do professor Kazuo Watanabe, com a colaboração do professor Paulo Lucon. Em 2014, o projeto foi apresentado ao Legislativo pelo Deputado Paulo Teixeira. Desde então, até 2020, ele não teve nenhuma movimentação e não chegou a ser apreciado por nenhuma comissão, nem a receber parecer. Assim, não há perspectiva de curto prazo de que venha a ser aprovado. As ideias contidas no seu texto, todavia, são de importante valor doutrinário e merecem consideração.

4. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. §8º.

ocorrida nos dez eventos seja idêntica, não se tratará de um litígio coletivo, já que, como as relações se desenvolvem *intuitu personae*, essa identidade decorrerá de cadeias causais distintas, não de uma decisão geral, que incide sobre todos os contratos. Por outro lado, quando uma empresa produtora de alimentos em larga escala reduz o seu controle de contaminação e permite que insetos sejam misturados aos seus produtos,⁵ atingindo os respectivos compradores, o litígio é coletivo, uma vez que a cadeia de eventos do qual ele decorre não se relaciona com qualquer daqueles consumidores que adquiriam os produtos, mas com a coletividade de clientes da empresa. Essas pessoas se envolvem no litígio enquanto grupo, enquanto sociedade.⁶

2.1 O conceito de sociedade

Em obra anterior,⁷ demonstrou-se que o conceito de sociedade admite, para os estudiosos da Sociologia, múltiplas acepções. Na expressão de Bauman,⁸ ele é performativo, pois cria a entidade que nomeia. Cada sociólogo, ao longo dos mais de duzentos anos com os quais conta a disciplina, criou sua própria sociedade. Definir sociedade, portanto, não é uma tarefa fácil, nem para o sociólogo. Trata-se de uma “categoria zumbi”, na expressão de Ulrich Beck.⁹ Naquela ocasião, optou-se, entre as várias classificações possíveis, pela que foi realizada por Anthony Elliott e Bryan Turner: a possibilidade de se visualizar a sociedade como estrutura, como solidariedade e como criação.¹⁰

A sociedade como estrutura é o conjunto de concepções que veem a sociedade como um discurso de ordem social, normas e estrutura, com prioridade para o conjunto em detrimento do indivíduo. É uma linha que surge ainda

5. O Superior Tribunal de Justiça já lidou com casos desse tipo, em mais de uma ocasião. Ver, por exemplo, REsp 747.396-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 09/03/2010; REsp 1.239.060-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/05/2011; REsp 1.424.304-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/03/2014.

6. É claro que essa diferenciação poderá, em alguns casos, ser tênue. Afinal de contas, os indivíduos só existem em sociedade e a sociedade só existe em indivíduos. Pretender fazer uma diferenciação estática e incontornável entre questões individuais e questões coletivas é um exercício artificial, cujo valor se limita aos propósitos que estão abordados no texto.

7. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. Capítulo 2.

8. BAUMAN, Zygmunt. Between us, the generations. In: LAROSSA, Jorge (Org.). *On generations: on the coexistence between generations*. Barcelona: Fundació Viure i Conviure, 2007. p. 365-376.

9. “Zombie categories are ‘living dead’ categories which govern our thinking but are not really able to capture the contemporary milieu.” SLATER, Don; RITZER, George. Interview with Ulrich Beck. *Journal of Consumer Culture*, n. 1, p. 261, 2001.

10. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. *On Society*. Cambridge: Polity Press, 2012.

com a Sociologia clássica de Durkheim¹¹ e Marx. A sociedade como estrutura tem uma forte interseção com a teoria do Estado, que é a sua manifestação mais evidente. A sociedade, para Durkheim, é um todo orgânico, e não uma agregação de indivíduos, o que o identifica como fundador do funcionalismo estrutural. O Estado provê a orientação geral da sociedade.¹² Os direitos individuais somente podem florescer sob a proteção da autoridade do Estado, que, por isso, intrinsecamente representa os interesses dos governados.¹³

O segundo viés de análise é o da sociedade como solidariedade. Aqui se encontram os autores com preocupação com as ideias de comunidade e de solidariedade social, unidos por um discurso que busca a realização de um ideal de cuidado, sentimento, afeição e simpatia, capaz de criar uma comunidade de sentimento. Elliott e Turner agregam nesse grupo autores como Ferdinand Tönnies, Hegel e Habermas,¹⁴ sugerindo que essa linha de pensamento ganhou força no período posterior à Segunda Guerra Mundial, com as políticas keynesianas que introduziram, no continente europeu, a ideia de que o Estado deveria arcar com provisões que permitissem o bem-estar dos cidadãos. A sociedade como solidariedade é uma *sticky society*, uma sociedade em que se valoriza a lealdade do membro para com o grupo, na qual é difícil entrar – o que implica restrições à migração – e da qual é difícil sair – o abandono é caracterizado, frequentemente, como deslealdade ou até mesmo traição.¹⁵ As teorias da sociedade como solidariedade supõem que a afeição natural e o diálogo, existentes nas comunidades, são a base para a democracia. Os códigos morais são espontaneamente compartilhados entre os diversos grupos de indivíduos.

Finalmente, Elliott e Turner elaboram o elenco das teorias que tratam a sociedade como criação. A tentativa aqui é ir além da abstração da sociedade como estrutura, que ignora a singularidade do indivíduo, mas também da

-
11. Ibid., p. 35. Essa interpretação não é unânime entre os sociólogos. Pedro Bodê de Moraes, por exemplo, afirma que “diferentemente do que se afirma a respeito da inexistência ou desimportância do indivíduo na teoria durkheimiana, acreditamos que a noção de indivíduo é exatamente um dos principais pontos de inflexão e tensão do texto do sociólogo francês [...]”. MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Émile Durkheim: para uma Sociologia do mundo contemporâneo. In: CODATO, Adriano Nervo (Org.). *Tecendo o presente – oito autores para pensar o século XX*. Curitiba: Sesc/PR, 2006.
 12. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. *On Society*, op. cit., p. 50. Ver, de modo geral, DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
 13. “But Durkheim goes on to suppose that the state thereby inevitably represents the interests of those it rules, save in certain excepcional and ‘pathological’ circumstances.” GIDDENS, Anthony. *A contemporary critique of historical materialism: the Nation-State and violence*. University of California Press, 1985. p. 18.
 14. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. *On Society*, op. cit., p. 74.
 15. Ibid.

nostalgia e do sentimentalismo da sociedade como solidariedade. O ponto central, para essas teorias, é a criatividade social, a abertura à inovação. Há um substrato imaginativo no coração das relações sociais. A sociedade, tal como vista nessas concepções, é uma sociedade “elástica”. Explicam Elliott e Turner:¹⁶

A metáfora da elasticidade social nos provê uma ferramenta valiosa para a análise das sociedades modernas, que estão atualmente muito afastadas do mundo fixo e estruturado das sociedades tradicionais [...]. Enquanto as sociedades tradicionais eram tipicamente vinculadas ao território, as pessoas agora vivem em sistemas sociais que são apenas indiretamente conectados ao espaço físico. Enquanto as sociedades tradicionais eram ligadas pelo sangue e pelo solo, muitas relações sociais contemporâneas acontecem online. Nós nos propomos a pensar essas sociedades em termos de “elasticidades” porque as relações sociais são esticadas no tempo e no espaço.

Assim, na visão dos autores, não se pode mais compreender a sociedade como se as relações sociais existissem apenas nas formas da Sociologia clássica do século XIX. Por exemplo, não se pode mais ignorar ou pretender descartar as relações sociais conduzidas no mundo virtual, com o simples argumento de que são fragmentadas e não duradouras, o que as tornaria irrelevantes.¹⁷ O mundo virtual, inexistente nas origens do pensamento sociológico, vem afirmando, especialmente nos últimos anos, seu potencial para alterar o “mundo real”.

Na sociedade como criatividade, as relações sociais estão em constante mutação, o que a torna radicalmente descentralizada, indeterminada e fluida.¹⁸ A melhor referência, entre os sociólogos clássicos, para esse tipo de concepção, seria Georg Simmel. Enquanto os outros pais da Sociologia concebem a sociedade como uma totalidade, Simmel a reputa um fenômeno secundário. O principal, para o autor, é o que ele denomina “sociação”, que são as interações, desde as mais efêmeras até as mais duradouras, que ao mesmo tempo aproximam e afastam as pessoas. Nas palavras de Elliott e Turner, “Simmel descreve a sociedade como uma teia de interações entre os indivíduos, composta de fios invisíveis de sociabilidade”.¹⁹ Simmel afirma que, em sentido amplo, “a sociedade existe onde quer que vários indivíduos entrem em interação”.²⁰ Assim, “unidade em sentido empírico, nada mais é do que interação de

16. Ibid., p. 109.

17. Ibid., p. 110.

18. Ibid., p. 113.

19. Ibid., p. 114.

20. SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Org. Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983. p. 59.

elementos. [...] Um Estado é uma unidade porque entre seus cidadãos existe a correspondente relação de ações mútuas”.²¹

Logo, se a sociedade não é nada além das relações entre indivíduos, é preciso abrir mão dos fundamentos metafísicos tradicionais que procuravam fundamentá-la, segundo Elliott e Turner. É impossível tratar a sociedade como um objeto estático. Ela é algo que acontece, que está acontecendo. Não há sociedade feita. Há o fazer sociedade, um processo que está sempre em andamento.²²

2.2 Os litígios coletivos de acordo com os conceitos de sociedade: indicadores

A partir dos conceitos de sociedade, brevemente expostos, e considerando que um litígio coletivo é um conflito que envolve uma sociedade, é possível desenvolver diferentes acepções de litígios coletivos.

Para tanto, é preciso indicar, em primeiro lugar, quais variáveis serão levadas em consideração. Quer dizer, quais características desses litígios coletivos são relevantes para distingui-los uns dos outros? A proposta é considerar como indicadores os conceitos de conflituosidade e complexidade.

2.2.1 Conflituosidade

Conflituosidade é o indicador que representa o grau de conflito interno ao grupo que está envolvido no litígio. Os grupos não são entidades monolíticas, cujos integrantes pensam de modo idêntico sobre a solução de um problema. Esse grau de concordância ou discordância, dentro do grupo, pode ser maior ou menor, dependendo das características do litígio. Se os indivíduos são afetados pelo litígio de modo mais grave, é natural que queiram opinar mais e, com isso, diverjam mais. Além disso, se essas pessoas não têm vínculos de solidariedade ou visões de mundo em comum, também é provável que não concordem com as possíveis soluções do problema.

De outro lado, se as pessoas compartilham uma perspectiva social, ou se o impacto individual do litígio coletivo é pequeno, é mais provável que elas possam chegar a um acordo quanto a uma solução ou, pelo menos, que não estejam suficientemente interessadas em fazer suas próprias opiniões prevalecerem. Em terceiro lugar, se os modos como as pessoas são atingidas pelo litígio são diferentes, é provável que elas tenham divergências acerca do modo

21. *Ibid.*, p. 60.

22. MACEDO, Evaristo de. Prefácio. *In: Ibid.*, p. 21.

como ele poderá ser resolvido. Como as pessoas tendem a preferir soluções que favoreçam suas próprias situações, a diversidade de impactos fará com que elas passem a divergir entre si, acerca de qual o resultado desejável do litígio.

Embora possa parecer simples, o conceito de conflituosidade rompe com uma importante ideia no âmbito dos litígios coletivos: a noção de que os grupos podem ser tratados como se fossem um indivíduo, ou como se fossem uma entidade amorfa, que tem um pensamento próprio. Grupos são formados por pessoas, as quais, eventualmente, vão discordar da forma como um problema deve ser resolvido.

Dessa mudança de perspectiva deriva o afastamento de uma premissa fundamental do pensamento da doutrina processual coletiva brasileira, que é a ideia de que os direitos transindividuais são indivisíveis. Se há diferentes interesses no seio do mesmo litígio coletivo, isso significa que uma decisão não vai dar a todas as pessoas a mesma tutela. Alguns ficarão satisfeitos, outros não. Não é correto afirmar que a decisão, seja qual for, atenda ou desatenda, na mesma medida, os interesses de todos os integrantes da coletividade.²³

Assim, quando se observa o direito transindividual pelo prisma do litígio, ele não é indivisível, eis que cada integrante do grupo experimenta seus impactos de forma diferente. A tutela do direito material, obtida ao final, também não será indivisível, eis que impactará de modos distintos nas vidas dos integrantes do grupo, de acordo com suas posições em relação à lesão.

2.2.2 Complexidade

Conforme tratado anteriormente, a conflituosidade é um indicador que analisa o grau de concordância entre os indivíduos que integram o grupo. Quanto maior a intensidade do impacto, a diferença de posições sociais e de modo como o litígio impacta sobre os indivíduos, maior será a conflituosidade.

A complexidade, por sua vez, não deriva da relação entre o litígio e o grupo, mas da relação entre o litígio e o Direito. Complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito. Um litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos,

23. Pedro Dinamarco afirma a concepção aqui criticada, nos seguintes termos: “nos interesses difusos, o objeto (ou o bem jurídico) é indivisível, na medida em que não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente aos demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação. Ou atinge todos, ou não atinge ninguém”. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 53.

mas são cogitáveis, juridicamente. Em outras palavras, a complexidade deriva da dúvida no modo como a decisão acerca do litígio deva ser tomada ou deva ser implementada. A tutela, entendida como resultado concreto da atividade jurisdicional sobre o direito material, não é de fácil apreensão, seja em termos de acerto do direito, seja em termos de sua implementação empírica.

Assim, por exemplo, um litígio coletivo sobre a despoluição de um rio é complexo, porque há inúmeras formas pelas quais o resultado prático desejado pode ser obtido, sem que se possa dizer, a priori, que uma delas seja a correta, a única exigível, juridicamente. Há, ainda, estratégias de mitigação e de compensação do dano ambiental, que são admitidas pelo ordenamento jurídico, com razoável dose de flexibilidade. Quanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio.²⁴ Quanto mais fácil for a visualização da solução jurídica e prática da controvérsia, menor será a sua complexidade. Assim, a complexidade é exógena ao grupo, enquanto a conflituosidade é endógena.

A doutrina costuma referir que cabe ao legitimado coletivo pleitear a tutela do direito ameaçado ou violado. Em vários casos, a definição dos contornos do pedido não é problemática. Há litígios coletivos em que a pretensão é unívoca e de fácil apreensão pelo legitimado coletivo, acarretando uma decisão fácil para o juiz. São litígios coletivos simples. Entretanto, há outros litígios coletivos, que serão aqui denominados complexos, em que nem a pretensão, nem a tutela jurisdicional a ser prestada podem ser definidas de modo unívoco pelos envolvidos.²⁵ Por exemplo, se um grupo de consumidores adquire um pacote de produto que deveria conter um quilograma, mas tem apenas novecentos

24. Também se vale do conceito de complexidade no contexto da tutela coletiva, embora com outro sentido, GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: RT, 2011. p. 44.

25. Essa distinção é inspirada no pensamento de HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 166. Hart demonstra, ao longo de sua obra, considerável preocupação com a diferenciação entre hipóteses jurídicas que permitem a aplicação imediata das regras e outras que exigem interpretação do juiz. Seu objetivo é demonstrar que ambas as situações convivem no ordenamento jurídico, de modo que não podem ser tratadas uniformemente. Afirma o autor: "À primeira vista, o espetáculo parece paradoxal: os tribunais estão aqui a exercer poderes criadores que estabelecem critérios os últimos, pelos quais a validade das próprias leis que lhes atribuem jurisdição como juízes deve ela própria ser testada. Como pode uma constituição atribuir autoridade para dizer o que é a constituição? Mas o paradoxo desaparece, se nos lembrarmos que embora cada regra possa ser de teor duvidoso em alguns pontos, é, na verdade, uma condição necessária de um sistema jurídico existente que nem toda a regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos. A possibilidade de os tribunais disporem de autoridade em certo tempo dado para decidir estas questões de limite respeitantes aos critérios últimos de validade, depende apenas do facto de que, nesse tempo, a aplicação de tais critérios a uma vasta zona do direito, incluindo as regras que atribuem autoridade, não suscita dúvida, embora o respectivo alcance e âmbito preciso suscitem. [...] Os tribunais têm jurisdição para os resolver [os casos nebulosos]

gramas, há um litígio coletivo simples. Nessa situação, não é preciso grande esforço para definir que a pretensão do grupo lesado será a compensação pelos cem gramas faltantes. Ela assumirá, de modo evidente, uma das três hipóteses de reparação alternativamente previstas no art. 18, §1º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Por via de consequência, a definição da tutela jurisdicional a ser prestada se reveste de considerável simplicidade, variando apenas de acordo com a comprovação ou não dos fatos que compõem a causa de pedir.

Muito diferente é a situação com a qual se defrontam os legitimados coletivos em casos atinentes, por exemplo, a conflitos socioambientais. Se uma coletividade é lesada pela construção de usina hidrelétrica que desloca pessoas, alaga terras de comunidades tradicionais, altera o curso do rio, interfere nas relações interpessoais dos moradores, abala a dinâmica socioeconômica da região, diminui a ictiofauna, modifica o trajeto das estradas, extingue espécies animais endêmicas, impede a realização de determinadas atividades produtivas e piora as condições de saneamento, se está diante de uma miríade de pretensões coletivas que dificilmente serão unívocas ou de fácil apreensão pelo legitimado coletivo e pelo juiz.²⁶

Conforme se observa, quando se trata de litígios coletivos simples, não é problemático que o legitimado coletivo e o juiz definam a extensão e os contornos da pretensão e da tutela jurisdicional. Todavia, se a situação versar sobre um litígio coletivo complexo,²⁷ haverá possibilidade de que essa tutela se revista de múltiplas formas e não será claro, *ex ante*, qual, dentre as possibilidades, é a mais eficaz para a reparação ou prevenção da lesão ao bem jurídico. Também não restará claro qual a pretensão desejada pela coletividade lesada.

Assim, litígios coletivos complexos são aqueles que envolvem, mais do que uma simples aplicação do direito, análises relacionadas à eficiência, à

através da escolha entre as alternativas que a lei deixa em aberto, mesmo se preferirem disfarçar essa escolha apresentando-a como uma descoberta”.

26. Também percebeu essa característica, embora sem fazer a distinção aqui explicitada, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 80.
27. A terminologia dialoga com a utilizada nos Estados Unidos, embora tenha um sentido diferente. Naquele país, as *class actions* estão inseridas no gênero *complex litigation*. Curiosamente, contudo, o significado dessa expressão não é unívoco no seu país de origem, tendo, como dizem Tidmarsh e Trangsrud, um caráter de “*I-know-it-when-I-see-it*”. Em linhas gerais, sob a designação de *complex litigation* estão os litígios que demandam do Judiciário atuação para além do que dele se espera em um processo comum, independentemente da natureza do direito material subjacente. São exemplos dessa modalidade os casos de litígios antitruste de grandes dimensões, a fase de implementação de decisões de dessegregação racial ou as demandas relacionadas às lesões provocadas pela exposição ao amianto. Em outras palavras, complexos são os casos nos quais o sistema processual ordinário não funciona bem para solucionar a disputa. Ver TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Complex litigation: problems in advanced civil procedure*. Nova York: Foundation Press, 2002.

economicidade, à proporcionalidade e à desejabilidade, para a sociedade, de uma determinada solução. É bom lembrar que a ponderação de tais fatores é expressamente autorizada pelo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), acrescentado em 2018. Nos litígios simples, pelo contrário, a solução para a controvérsia é dada pela subsunção dos fatos à norma jurídica, de modo mais direto.

2.3 Os litígios coletivos de acordo com os conceitos de sociedade: tipologia

Apresentados os conceitos de sociedade que se adotam como marco teórico e construídos os indicadores que poderão ser utilizados para demonstrar, empiricamente, as variações existentes entre os tipos de litígios coletivos, é possível delinear uma tipologia dos litígios coletivos. Esses tipos variarão em complexidade e em conflituosidade, em razão das características do grupo que são afetados por eles. Assim, para a teoria dos litígios coletivos, a titularidade do direito é definida a partir das características do litígio, não a partir de uma análise abstrata dos direitos, em situação de integridade. O caso é constitutivo da titularidade.

Cada violação interage com o direito transindividual para fixar-lhe um conteúdo único e irrepetível, que constituirá o ponto de partida para sua análise²⁸. Por exemplo, cada vez que o meio ambiente é violado, produz-se um novo conceito de meio ambiente, cujos titulares serão definidos a partir das

28. Thaís Viana, analisando essa proposta em tese de doutorado, classifica-a como emergentista, fazendo dela uma interessante análise: “Como já se adiantou, a classificação conforme os tipos de litígios, proposta por Edilson Vitorelli, exitosamente transcende os limites impostos pelo empirismo à dicotomia clássica dos debates metodológico e ontológico, entre individualismo e coletivismo, para o fim de se concentrar na análise dos litígios coletivos conforme os tipos de interações que se estabeleçam entre os agentes da coletividade e, porventura, se existentes, entre suas partes. Ou seja, direciona o olhar, respectivamente, para a integração social e a integração de sistema. Ainda que cada uma das categorias de litígios por ele delimitadas – litígios transindividuais de difusão global, local e irradiada – constituam manifestações, respectivamente, das concepções de sociedade como estrutura, como solidariedade e como criação, todas atribuem papel central à forma como se estabelecem as interações, sob ponto de vista endógeno e exógeno.

Em alinhamento ao paradigma emergentista, a respectiva teorização de litígios coletivos admite como premissa que, a depender da forma como socialmente se agremiarem e se organizarem os agentes, deles poderão emergir propriedades diferentes daquelas que eles apresentariam isoladamente, ou caso estivessem organizados diferentemente. Por isso, à luz da proposta de Vitorelli, ‘a titularidade dos direitos transindividuais somente pode ser definida a partir da sua violação ou ameaça de violação, ou seja, do litígio coletivo’. Trata-se, essa titularidade, de propriedade que emerge a partir do tipo de interações que os agentes integrantes do grupo estabeleçam entre si e da forma como se organizem diante do litígio”. VIANA, Thaís Costa Teixeira. Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022, p. 145.

características da violação e com o objetivo de se tratar o litígio dela decorrente, oferecendo-lhe, se for o caso, tutela jurisdicional. Logo, cada litígio coletivo apresenta um direito transindividual único e específico, decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação, que pode ser enquadrado em categorias, de acordo com as diferentes situações de violação. Propõe-se, da mesma forma que Elliott e Turner dividiram os diferentes conceitos de sociedade em três categorias, fixar três categorias de litígios transindividuais, às quais correspondem distintas atribuições de titularidades, de acordo com a natureza da lesão.

2.3.1 Litígios coletivos de difusão global (litígios globais)

A primeira categoria de litígios transindividuais é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano,²⁹ não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado por todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. Nessa situação, em que a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura. Essa é a categoria que se aproxima das formulações atuais do processo coletivo, que veem a sociedade como um ente supracoletivo, despersonalizado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto.³⁰ Aqui não se trata de proteger o bem jurídico porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa, genericamente, a todos.

Essa categoria também inclui as situações em que a lesão aos membros do grupo é quantificável individualmente, mas pouco significativa para cada um deles. Nesse cenário, é improvável que eles se importem em participar da definição acerca do modo como o litígio será resolvido, bem como que estejam preocupados em receber a reparação, individualmente. É mais proveitoso para a sociedade que a reparação do dano seja dirigida ao grupo, indiscriminadamente, evitando que se gastem recursos no direcionamento dos valores para cada um dos indivíduos.

29. Em 01/02/2012, o Ministério Público Federal em São José dos Campos instaurou inquérito civil público para investigar um vazamento de quantidade equivalente a 160 barris de petróleo em um dos campos de perfuração do pré-sal. A referência ao caso pode ser encontrada em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2012/02/mpf-abre-inquerito-para-apurar-vazamento-de-oleo-no-pre-sal.html>. Acesso em: 01/05/2020.

30. Ver item 2.1 e ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. *On Society*, op. cit., p. 41. Agradeço a Hermes Zaneti Jr. pelos comentários que propiciaram o melhor esclarecimento deste tópico.

Em outras palavras, litígios coletivos globais são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõe. Apresentam baixa conflituosidade, tendo em vista o pouco interesse dos indivíduos em buscar soluções para o problema coletivo. Sua complexidade pode ser alta ou baixa, dependendo da dificuldade de se definir antecipadamente o modo de prestação da tutela jurisdicional, mas a tendência é que seja baixa, uma vez que a lesão costuma se espalhar uniformemente pela sociedade.

A tutela jurisdicional, nos litígios globais, deve buscar realizar o bem-estar coletivo, prendendo-se pouco à satisfação dos indivíduos que integram a sociedade. Como eles são pouco lesados, é mais interessante buscar soluções coletivamente valiosas do que empreender esforços para que pequenas reparações individuais sejam realizadas.

2.3.2 Litígios coletivos de difusão local (litígios locais)

Litígios coletivos locais são aqueles em que o litígio, embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de suas vidas. Essas pessoas, todavia, compartilham algum tipo de laço de solidariedade social (sociedade como solidariedade), que as faz pertencentes a uma comunidade, diferenciando-se dos demais segmentos sociais. É o caso de lesões graves, causadas a direitos de grupos indígenas, minorias étnicas, trabalhadores de determinada empresa etc.

No litígio local, a conflituosidade é moderada, uma vez que, ao mesmo tempo em que as pessoas querem opinar sobre a resolução do litígio, interessando-se pelas atividades que são desenvolvidas ao longo de um eventual processo e, provavelmente, discordando entre si acerca delas, a identidade de perspectivas sociais, dada pelo pertencimento à mesma comunidade, fornece um elemento de união, que impede que as divergências entre essas pessoas, embora existentes – nenhum grupo social é uniforme –, sejam elevadas o bastante para ofuscar o objetivo comum. A complexidade é variável, mas tende a ser mais alta que nos litígios globais, dada a necessidade de que a tutela jurisdicional seja capaz de prover reparação tanto do ponto de vista individual quanto coletivo.

A diferença em relação à primeira categoria é marcante. O dano ambiental ocorrido no interior do território tradicional de uma comunidade indígena causa a essa comunidade efeitos mais pronunciados que em todo o restante da sociedade mundial, dessa forma, a única solução compatível com a realidade é atribuir a essa comunidade a titularidade do direito violado. Não é admissível supor que o dano ambiental provocado pela extração mineral

ilícita, em território indígena, interesse aos índios da mesma forma que aos demais habitantes do Brasil ou do mundo. O vínculo cultural existente entre o índio e o território, que vai além de um simples vínculo de propriedade,³¹ acentua vertiginosamente a relação do grupo indígena com o dano, o que o torna insignificante, por comparação, para os indivíduos que lhe são exteriores.

Em síntese, os litígios locais são aqueles em que a lesão é tão importante do ponto de vista coletivo quanto do individual. A lesão afeta uma sociedade especificamente diferenciada por seus laços de solidariedade, motivo pelo qual pode ser denominada, tecnicamente, comunidade. Seus resultados impactam significativamente na vida dos indivíduos que a compõe, de modo que suas vidas podem ser alteradas de maneira considerável, dependendo da solução que for dada ao litígio.

É possível estender a categoria dos litígios locais para criar um segundo círculo, englobando situações nas quais os integrantes do grupo compartilham um laço de solidariedade mais tênue, decorrente de se colocarem na mesma perspectiva social. O termo “perspectiva social” é utilizado aqui no sentido que lhe atribui Young.³² Perspectivas sociais são visões de mundo que derivam da posição que a pessoa ocupa na sociedade, independentemente de suas opiniões ou de seus interesses. A perspectiva social, ao contrário dos interesses e das opiniões, pode ser inconsciente e condiciona a compreensão que os indivíduos têm de determinados eventos sociais e suas consequências.

O segundo círculo engloba pelo menos quatro níveis distintos de solidariedade, que podem ser expressos na seguinte ordem, do maior para o menor grau: 1) litígios coletivos relativos ao direito do trabalho; 2) litígios coletivos atinentes a vítimas de um mesmo acidente; 3) litígios coletivos relativos aos tratamentos de saúde disponíveis para pessoas portadoras da mesma doença; 4) litígios coletivos que envolvem minorias sociais em geral, tal como as minorias raciais, de gênero, de orientação sexual etc.

Os trabalhadores não compõem uma comunidade, mas têm um inegável posicionamento social comum em cada uma das categorias profissionais, que lhes atribui perspectiva social relativamente uniforme, da qual decorre certa identidade de reivindicações, e um peculiar modo de ver a relação laboral.³³

31. Sobre essa questão, ver VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018; VITORELLI, Edilson. *Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

32. YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Nova York: Oxford University Press, 2000.

33. A posição do texto é coerente com MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 110, anotando o menor grau de conflituosidade existente nos direitos coletivos, em relação aos difusos.

As condições trabalhistas na indústria metalúrgica interessam exponencialmente mais aos empregados nessa atividade do que aos advogados, mesmo que estes possam se interessar em viver em uma sociedade na qual os metalúrgicos têm boas condições de trabalho. Por essa razão, é possível afirmar que, se houver litígios quanto aos direitos trabalhistas, eles pertencem à sociedade de trabalhadores atingidos por sua lesão ou ameaça de lesão.³⁴

As vítimas ou os parentes das vítimas de um mesmo acidente, bem como os portadores de uma mesma doença, também desenvolvem entre si, frequentemente, um grau de solidariedade em relação ao litígio. Mesmo que os integrantes do grupo tenham visões de mundo diferentes em relação a todos os demais aspectos da sua existência, especificamente em relação ao litígio elas são solidárias e perseguem objetivos, em considerável medida, comuns. As vítimas querem ser indenizadas, os doentes querem que sejam disponibilizados os tratamentos mais abrangentes possíveis. Não é por outra razão que essas pessoas frequentemente criam associações³⁵ para auxiliar na busca das reivindicações comuns. É claro que o vínculo entre essas pessoas é mais tênue se comparado com o dos índios ou dos trabalhadores, mas não é negligenciável.

Finalmente, a perspectiva social mais tênue, mas ainda pertencente aos litígios locais, se refere aos integrantes de uma minoria. Não parece difícil sustentar, por exemplo, que os direitos relativos à igualdade de gênero pertencem às mulheres. Ainda que homens se interessem em viver em uma sociedade em que não haja tal desigualdade, o interesse feminino nos conflitos transindividuais a elas relacionados é tão mais pronunciado que torna o masculino irrelevante. O mesmo se poderia dizer de outras minorias, como as raciais ou de orientação sexual, quando o direito litigioso se relaciona à perspectiva social que perpassa e identifica o próprio grupo, ainda que, entre seus membros, possa haver divergências sobre como lidar com a violação e qual o melhor resultado esperado.

34. Existe, entre os autores de direito coletivo do trabalho, a mesma indecisão acima registrada, relativamente a um paradigma individualista, coletivista ou intermediário da titularidade dos direitos transindividuais trabalhistas. Há uma considerável – e desnecessária – dosagem de sociedade como estrutura no pensamento trabalhista. Ver, nesse sentido, SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de direito do trabalho*. Trad. Mozart Russomano e Carlos Alberto Chiarelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 11, referindo-se a interesses “de uma pluralidade de pessoas [...]”. Mas não é a soma dos interesses individuais, mas a sua combinação”; SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 147, aludindo a “uma síntese dos interesses de sujeitos determinados ou determináveis que formam um grupo, uma coletividade ou uma categoria organizada e coesa”.

35. Por exemplo, Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria, Associação das Vítimas de Acidentes do Trabalho, Associação dos Familiares e Amigos das Vítimas do Voo TAM JJ3054, Associação Brasileira de Familiares de Vítimas do Voo Air France 447, Associação dos Anjos de Realengo, Associação de Vítimas de Erros Médicos, entre muitas outras.

Conquanto se reconheça que esse grupo é o que exhibe o vínculo mais tênue, quando se assume o ponto de vista do litígio, não se pode imaginar que os homens tenham tanto a dizer quanto as mulheres na definição dos rumos da tutela do direito à igualdade de gênero. Não cabe ao grupo majoritário impor ao grupo minoritário sua visão sobre o litígio ou sobre o melhor caminho para a obtenção da tutela do direito. Do contrário, o grupo minoritário seria vítima de autoritarismo ou paternalismo (que nada mais é que um “autoritarismo mascarado”), por parte da maioria. Dessa maneira, o interesse das mulheres em que a igualdade de gênero seja tutelada de acordo com suas visões é tão mais pronunciado que, por comparação, torna as posições masculinas irrelevantes. É por essa razão que as mulheres, assim como as demais minorias, podem ser consideradas titulares dos direitos relativos à condição que lhes faz minoritárias.

A tutela jurisdicional, nos litígios locais, deve focar a reparação aos indivíduos, ênfase que deve ser tanto maior quanto mais pronunciado for o impacto individual do litígio na vida das pessoas. A solução coletiva advirá como consequência da realização da tutela para os indivíduos. No segundo círculo dos litígios locais, em que o impacto da lesão nas vidas dos indivíduos começa a diminuir, a ênfase na reparação coletiva pode crescer.

2.3.3 Litígios coletivos de difusão irradiada (litígios irradiados)

A terceira e última categoria de litígios coletivos compreende os litígios de difusão irradiada. Nesses casos, a sociedade atingida é lesada de modos qualitativa e quantitativamente distintos entre os seus integrantes, dando origem a subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas.³⁶ Esses eventos dão ensejo a litígios mutáveis³⁷ e multipolares,³⁸ opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio.

36. Conforme notou MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 49.

37. A mutabilidade desses conflitos é ressaltada por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 110-114.

38. A multipolaridade é utilizada aqui para referir à existência, pelo menos potencial, de um grande número de opiniões concorrentes quanto ao conflito. Cabe observar que há uma importante vertente do estudo dos conflitos que nega a existência de conflitos multipolares, afirmando que eles sempre redundarão em bipolaridade. Cf. ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 86. O autor assevera que, embora existam conflitos com atores múltiplos, como a Segunda Guerra Mundial ou um conflito ambiental (ele exemplifica: um ator contaminante, um grupo de vizinhos desse ator, o grupo de empregados que trabalha

Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores, que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes imprevisíveis, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Trabalhadores que vieram se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas das que existiam originalmente.³⁹

Há diversos outros exemplos desse tipo de conflito, como a situação, exposta por Mancuso, da construção do sambódromo no Rio de Janeiro,⁴⁰ os conflitos fundiários de grandes proporções, a transposição das águas do rio São Francisco,⁴¹

na empresa poluidora, o município, que deve defender o meio ambiente, mas também quer arrecadar os impostos e que representa tanto os vizinhos quanto os trabalhadores), há que se insistir na bipolaridade do conflito. Em situações de conflitos com múltiplos atores, dentro de cada campo, seus integrantes estarão unidos contra o adversário por determinados objetivos. Os conflitos que possam existir entre eles são rápidos e previamente resolvidos ou postergados. É o que Entelman chama de magnetismo conflitual. Elie Eid demonstra que a multipolaridade e dinamicidade do conflito pode ocorrer também em litígios individuais. Ver EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. *Revista de Processo*, v. 297, p. 39-77, 2019.

39. Para um interessante estudo de caso sobre os impactos aqui delineados, ver LAMONTAGNE, Annie. *Impactos discursivos: conflitos socioambientais e o licenciamento da UHE Estreito*. Curitiba: CRV, 2012; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 106, expõe vários outros exemplos, como a proteção de recursos florestais que conflita com os interesses da indústria madeireira e de seus empregados, a interdição na construção de um aeroporto internacional, que atende aos interesses dos habitantes do local, mas conflita com os interesses turísticos etc. As circunstâncias litigiosas mencionadas no texto são empiricamente verificáveis na generalidade dos empreendimentos hidrelétricos, inclusive nos dois casos já mencionados, das Usinas Hidrelétricas de Aimorés, em Minas Gerais, e de Belo Monte, no Pará. Sobre esta, ver: <http://www1.folha.uol.com.br/especial/2013/belomonte/>. Acesso em: 19/05/2014.
40. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 9. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 107.
41. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. *Revista de Direito Ambiental*, v. 10, n. 37, p. 28-79.

a desocupação da favela do Jaraguá, instalada no local em que seria construído um Centro Pesqueiro para a cidade de Maceió,⁴² entre outros.

O litígio decorrente do desastre ambiental de Mariana,⁴³ ocorrido em 5 de novembro de 2015, é o exemplo prototípico de um litígio coletivo irradiado. Nesses casos, a conflituosidade é elevada, uma vez que as pessoas sofrem lesões significativas o bastante para desejarem ter 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. A complexidade também é sempre elevada, uma vez que a tutela jurisdicional precisa dar conta de diversos aspectos distintos da lesão, com inúmeras possibilidades de solução, todas com relações variáveis de custo-benefício. A análise, no caso dos litígios complexos, se afasta do binômio lícito-ilícito e se aproxima, inevitavelmente, de considerações que dependem de *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento. Os problemas são policêntricos⁴⁴ e sua solução não está preestabelecida na lei, o que acarreta grandes dificuldades para a atuação jurisdicional.⁴⁵

42. Há um resumo do caso disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/centropesqueiro/>. Acesso em: 05/02/2020.

43. Sobre os desastres naturais, ver CARVALHO, Délton Winter. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2020.

44. O caráter policêntrico de alguns problemas e sua solução foi primeiramente abordado por Lon Fuller, em conhecida passagem: "It is a matter of capital importance to note that it is not merely a question of the huge number of possibly affected parties, significant as that aspect of the thing may be. A more fundamental point is that each of the various forms that award might take (say, a three-cent increase per pound, a four-cent increase, a five-cent increase, etc.) would have a different set of repercussions and might require in each instance a redefinition of the 'parties affected'.

We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a 'polycentric' situation because it is 'many centered' – each crossing of strands in a distinct center for distributing tensions.

Suppose, again, it were decided to assign players on a football team to their positions by a process of adjudication. I assume that we would agree that this is also an unwise application of adjudication. It is not merely a matter of eleven different men being possibly affected; each shift of any one player might have a different set of repercussions on the remaining players: putting Jones in as quarterback would have one set of carryover effects, putting him in as left end, another. Here, again, we are dealing with a situation of interacting points of influence and therefore with a polycentric problem beyond the proper limits of adjudication". FULLER, Lon. *The Forms and Limits of Adjudication*. *Harvard Law Review*, v. 92, p. 353-409, 1978. Citação p. 394-395.

45. FLETCHER, William. *The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy*. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982. Na página 649, o autor aponta que um dos defeitos da atuação do Judiciário em problemas policêntricos é que "courts have no institutional authority to assess normatively the ends of possible solutions to non-legal polycentric problems.

Embora o desastre de Mariana seja posterior ao desenvolvimento original do conceito de litígio irradiado, os estudos empíricos do caso demonstram a presença das características previstas pela teoria.⁴⁶ Os subgrupos sociais atingidos pela tragédia divergiram frontalmente acerca do modo como a tutela jurisdicional para o caso deveria ser buscada, rompendo com a ideia, tradicionalmente defendida, de que os direitos coletivos são indivisíveis e de que a satisfação de um significa, automaticamente, a satisfação de todos, como tradicionalmente pensava a doutrina brasileira do processo coletivo.⁴⁷

O conceito mais adequado de sociedade para identificar as pessoas que titularizam esses direitos é o da sociedade como criação. Nessa linha de pensamento, a sociedade é elástica, descentralizada e fluida. Utilizando a terminologia de Simmel, o que importa é a sociação, o fazer sociedade, e não a concepção estática da sociedade, como algo dado e acabado. A teia de interações sociais entre os indivíduos é a própria sociedade. Suas estruturas são apenas a cristalização dessas interações sociais.⁴⁸

The formulation of the remedial decree thus depends to an extraordinary extent on the moral and political intuitions of one person acting not only without effective external control over his or her actions, but also without even the internal control of legal norms". Ver, também, VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. Capítulo 6.

46. A aplicação do conceito de litígio irradiado ao caso de Mariana também foi feita por PEÇANHA, Catharina; LAMÉGO, Guilherme; ARGOLO, Isaac; SENTO-SÉ, Jairo; ROSSI, Thaís. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo*, v. 278, p. 263-297, 2018. Esse artigo foi premiado em uma competição acadêmica promovida pela Universidad Católica del Peru, que teve como jurados Michele Taruffo, Eduardo Oteiza e Loïc Cadet. Na introdução do trabalho, lê-se: "O presente trabalho tem como referencial teórico a tese de doutoramento de Edilson Vitorelli: 'O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos'. Suas ideias são o fundamento das reflexões aqui expostas. Suas propostas embasam as conclusões deste trabalho.

O objetivo deste ensaio é demonstrar a insuficiência da legislação atual do processo coletivo na América Latina, propondo que a base para uma adequada regulação do processo coletivo passe pela observância das características dos litígios em concreto. [...]

Diante disso, passamos a apresentar a proposta de Edilson Vitorelli, que repensa a teoria do processo coletivo a partir das características do litígio em concreto, adequando-a às exigências do devido processo legal".

O problema da conflituosidade gerada por barragens não é recente, nem exclusivo do caso de Mariana. Ver também, por exemplo, BRAGA, Ana Catarina Sento-Sé Martinelli. A cidade de Sento-Sé e a construção da barragem do Sobradinho: memória, resistência e territorialidade no nordeste brasileiro (1970-1990). In: CONGRESSO INTERNACIONAL EM SOCIAIS E HUMANIDADES, 2014. *Anais...* Salvador: UCSal, 2014. p. 301-320; LAMONTAGNE, Annie. *Impactos discursivos: conflitos socioambientais e o licenciamento da UHE Estreito*. Curitiba: CRV, 2012.

47. Por todos, afirmava Barbosa Moreira que a satisfação de um dos titulares "implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 174.

48. SIMMEL, Georg. *Sociologia*, op. cit., p. 83.

Os membros dessa sociedade fluida e elástica não titularizam o direito em idêntica medida, mas em proporção à gravidade da lesão que experimentam. Graficamente, a lesão é como uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro. Quanto mais afetado alguém é por aquela violação, mais próximo está desse ponto central e, por essa razão, integra, com maior intensidade, essa sociedade elástica das pessoas atingidas pelo prejuízo, titulares do direito violado.⁴⁹ Também é possível representar a imagem mental de um litígio irradiado por meio dos *overlapping circles*. Essa figura retrata um centro de maior densidade, onde os círculos se interceptam diversas vezes, representando o epicentro da lesão, e uma periferia progressivamente mais rarefeita, na qual os interesses são menos intensos e significativos.

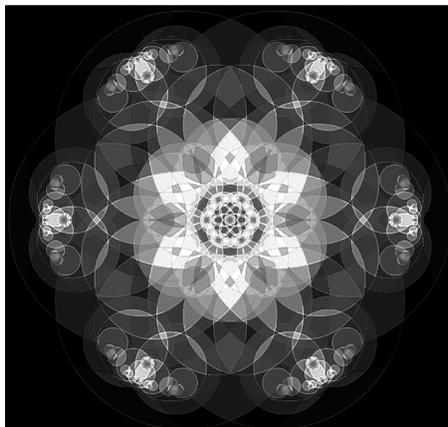


Figura 1: *Overlapping circles*. Fonte: Ilustração elaborada por BURNS, Anne M. *Recursion in Nature, Mathematics and Art*. Disponível em: <http://www.mi.sanu.ac.rs/vismath/bridges2005/burns/index.html>. Acesso em: 24/06/2019.

49. A imagem mental proposta também pode ser representada pela explosão de uma bomba, sempre lembrando a advertência de Ovidio Baptista da Silva, quanto ao caráter desaconselhável das “tentativas de representações gráficas de fenômenos jurídicos”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 90.

Ada Pellegrini Grinover se vale de uma imagem similar, embora não atribua a ela as consequências tratadas no texto: “Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, v. 97, p. 9 e ss., 2000.

As pessoas que sofrem os efeitos da lesão ao direito em menor intensidade se posicionam em pontos mais afastados desse centro, mas nem por isso deixam de integrar a sociedade. Fora dela estarão as pessoas que, mesmo tendo algum interesse abstrato ou ideológico na questão litigiosa, não são por ela afetadas. Suas vidas seguirão da mesma maneira, independentemente da ocorrência da violação ou da forma como ela for tutelada. Com essa proposição, não interessa de quem é “o” meio ambiente, ou “o” mercado consumidor, mas sim a quem atinge, e em que grau, a lesão àquele meio ambiente ou àquela relação de consumo, especificamente considerados a partir de seus efeitos concretos.

Esse círculo hipotético não termina em uma linha precisa, tal como as ondas causadas em um lago não acabam em um ponto perfeitamente determinado, mas em um *rallentando* de situações jurídicas. As pessoas da periferia do círculo são afetadas de modo progressivamente menor, até que não se possa mais definir uma lesão pessoalmente atribuível a alguém, o que marca o limite externo da sociedade. Ao contrário do que às vezes se costuma afirmar, de maneira um pouco romântica, uma lesão transindividual não interessa a todos. Ela é irrelevante para a vida da maior parte dos habitantes do planeta, por mais grave que seja para as pessoas que com ela convivem. Isso não significa que alguém distante não possa sentir empatia pelo sofrimento alheio, ou se mobilizar para a proteção do meio ambiente, mas tais atitudes não o colocam na mesma posição das pessoas que efetivamente experimentam os efeitos da conduta.

Assim, mesmo que exista algum grau de indeterminação nas fronteiras da sociedade que titulariza os direitos litigiosos nessa terceira categoria, é possível definir as posições de diferentes indivíduos nela, de acordo com a intensidade da lesão experimentada. Essa definição pode ser utilizada tanto em termos estáticos, considerando as pessoas que sofrem mais como ocupantes de uma posição central, as que sofrem menos, de uma posição periférica, e as que não são afetadas, de uma posição exterior, quanto com o auxílio de uma análise relacional, comparando-se os efeitos sofridos por duas pessoas, para identificar se a primeira ocupa posição mais ou menos central nessa sociedade, em relação à segunda.

Em conclusão, a terceira categoria, atinente aos litígios coletivos que atingem pessoas determinadas, mas o fazem de formas e intensidades distintas e variadas, sem que entre elas exista qualquer tipo de perspectiva uniforme em relação ao conflito, dá lugar a outro conceito de direitos litigiosos, que são aqueles pertencentes a uma sociedade elástica, composta pelas pessoas que efetivamente experimentaram os efeitos concretos da violação, as quais o titularizam na proporção em que foram atingidas.

A tutela jurisdicional, nos litígios irradiados, deverá buscar dar protagonismo aos subgrupos que sofreram mais, em detrimento, se necessário, dos mais periféricos. Isso nem sempre é fácil, uma vez que os grupos mais mobilizados acabam procurando e pressionando o legitimado coletivo a agir em seu favor, mesmo que eles nem sempre sejam os que sofrem mais. Além disso, a solução do problema dos subgrupos mais afetados pode ser mais difícil, o que direciona a atuação do legitimado, por inércia, para os problemas mais fáceis.

2.4 Síntese das categorias: como os litígios globais, locais e irradiados se relacionam com os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos?

Não há nenhuma relação entre os conceitos de litígios globais, locais e irradiados e os conceitos tradicionais, legislados, de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esses conceitos, previstos pelo CDC, são o resultado de um esforço importante, realizado em um momento em que ainda não havia nenhuma experiência na judicialização de conflitos coletivos. Por isso, a sua prioridade não foi estabelecer um conceito de fato operativo, mas sim de assegurar que esses direitos seriam passíveis de tutela jurisdicional, ainda que seus titulares não fossem perfeitamente determinados⁵⁰. Nesse sentido, o valor histórico dessa classificação é inegável.

No entanto, passada a discussão da justiciabilidade de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, foi possível notar que a operatividade desses conceitos é reduzida. Primeiro, eles partem da premissa de que é possível diferenciar direitos coletivos de individuais quando, na realidade, as lesões aos grupos atingem os indivíduos que os integram e, ao mesmo tempo, os indivíduos só existem em sociedade. É por isso que os aspectos individuais e coletivos dos conflitos estão, não raramente, entremeados.

Em segundo lugar, também não é fácil diferenciar direitos difusos de coletivos – o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-américa, idealizado pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual, sequer contempla essa diferenciação –, nem estes dois dos individuais homogêneos. Assim o demonstram os seguintes julgados, em que o Superior Tribunal de Justiça, mais de vinte anos depois da aprovação do CDC, tratou o mesmo litígio – o

50. Essa afirmação é feita pelos próprios autores do anteprojeto do CDC: “O legislador preferiu defini-los [os conceitos] para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores”. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 70.

Capítulo 4

ELABORAÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL EM PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS JUDICIAIS

1. INTRODUÇÃO

Conforme conceituado inicialmente, o processo coletivo estrutural é um mecanismo 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 a direitos pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. O principal desafio da teoria do processo estrutural é adequar a rígida estrutura do processo, que foi pensada para resolver conflitos pretéritos e estáticos, à resolução de um litígio que é fluido, mutável e vai se desenvolver no presente e no futuro. Isso exige considerável esforço de todos os envolvidos, isto é, as partes, o juiz, os terceiros, intervenientes ou não no processo, e a própria sociedade que será beneficiada pela reforma.

Este capítulo enfoca as principais adaptações necessárias e descreve, de modo pragmático, caminhos que podem potencializar o desenvolvimento do processo, a partir da elaboração de uma petição inicial adequada. É bom mencionar que o STJ já decidiu que, conquanto os litígios estruturais demandem uma releitura de diversos aspectos do direito processual, bem como o desenvolvimento de uma cultura distinta para os operadores do Direito, essas dificuldades não justificam a negativa de tutela jurisdicional:

Se é verdade que ainda não há, entre nós, a cultura e nem tampouco o arcabouço jurídico adequado para lidar corretamente com as ações que demandam providências estruturantes e concertadas, não é menos verdade que não pode e não deve o Poder Judiciário, em razão disso, negar a tutela jurisdicional minimamente adequada, resolvendo questões dessa magnitude social, política, jurídica e cultural, de modo liminar ou antecipado, sem instrução ou participação, ao simples fundamento de que o Estado não reuniria as condições necessárias para a implementação de políticas públicas e ações destinadas a resolução, ou ao menos à minimização, dos danos decorrentes do acolhimento

institucional de menores por período superior àquele estipulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.¹

Essa releitura dos institutos tradicionais do direito processual inclui a própria redação da petição inicial, que já foi considerada pelo STJ, no processo coletivo em geral, como passível de conter uma descrição mais genérica dos fatos, dado que “a substanciação acaba tornando-se mais tênue, recaindo apenas sobre aspectos mais genéricos da conduta impugnada na ação”². É claro que, do ponto de vista do autor, isso não deve ser um apoio para justificar petições incompletas, em contextos nos quais elas poderiam ser mais bem elaboradas, mas, do ponto de vista do juiz, é um alerta para evitarem-se exigências de minúcias exageradas de um conflito que, muitas vezes, só poderá ser suficientemente esclarecido ao longo do processo.

2. DO PRÉ-PROCESSUAL AO PROCESSUAL: ELEMENTOS DE ELABORAÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL

Se um processo estrutural está para ser iniciado, é provável que já tenha sido conduzido um inquérito civil e, com isso, já exista uma considerável quantidade de informação disponível sobre o litígio, o comportamento estrutural que o causa e as dificuldades que levaram a que não se celebrasse um acordo extrajudicial. Esse arcabouço informativo deve ser utilizado para tomar uma série de decisões importantes no momento de elaboração da petição inicial.

2.1 Definição do grupo afetado pelo litígio

Litígios estruturais, por terem características irradiadas, usualmente afetam diversos subgrupos sociais, de modos qualitativa e quantitativamente distintos. Assim, a primeira tarefa do legitimado é definir quem são as pessoas relevantes a serem ouvidas. Embora essa atividade deva ser realizada também antes da celebração de um acordo, é relevante tratar dela neste momento porque ela dialoga com a definição do pedido. Os grupos relevantes são aqueles que podem ser significativamente afetados pela reestruturação que a petição inicial pretende promover. Embora os detalhes ainda possam não estar totalmente claros, nesse momento, é possível ter, pelo menos, uma delimitação preliminar. Outros grupos podem ser ouvidos ao longo do processo e agregar as suas perspectivas.

Esse caráter multifacetado da sociedade que titulariza o direito litigioso precisa ser levado em conta no que tange à obtenção de informações necessárias

1. REsp 1.854.847, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 02/06/2020.

2. REsp n. 1.583.430/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 23/9/2022.

para a elaboração de uma pretensão adequada às suas necessidades. Um exemplo norte-americano, relativo à desinstitucionalização psiquiátrica, pode esclarecer essa importância.³ Esse é um litígio estrutural delicado, que se desenvolve tanto naquele país, desde a década de 1970, quanto no Brasil, mais recentemente.⁴

O caso se refere ao Pennhurst State School and Hospital, criado em 1908. No final dos anos 1970, foi ajuizada uma *class action* com o objetivo de questionar a falta de tratamento adequado, assim como diversas violações de direitos humanos que ocorriam no local.⁵ As condições do hospital são relatadas na petição inicial como “insalubres, inumanas e perigosas”. Além de reparação financeira, a pretensão da classe autora era de que o hospital fosse fechado e que fosse estabelecida uma comunidade para que seus internos pudessem residir na região.

De acordo com Peter Margulies, o advogado da classe consultou “de modo muito seletivo” os pais dos pacientes, sendo que o objetivo de fechar o hospital certamente não era compartilhado por todos.⁶ O autor afirma, ainda, que esses pais se sentiram traídos quando descobriram a existência de tal pedido, vivendo na incerteza quanto ao que viria a ocorrer com seus filhos, caso o fechamento fosse ordenado. No mesmo sentido, Carey e Gu⁷ afirmam que vários pais pretendiam melhorar as condições do hospital, mantendo-o como uma das alternativas de tratamento, e não pleitear o encerramento de suas atividades. Apesar disso, o juiz não determinou a formação de subclasse ou a representação por advogado distinto para essas pessoas.

O processo seguiu e a dilação probatória constatou que as condições eram perigosas, pois os pacientes eram vítimas de abusos físicos frequentes, e que, em termos sanitários, o local era “inabitável”. Por essas razões, o juízo federal determinou que a instalação fosse fechada e que o estado apresentasse um plano para remoção e realocação de todos os internos, bem como novas propostas para tratamento, adequadas à situação de cada indivíduo, com a participação de suas famílias.

3. MARGULIES, Peter. Who are you to tell me that: attorney-client deliberation regarding nonlegal issues and the interests of nonclients. *North Carolina Law Review*, v. 68, n. 2, p. 213-252, 1990.

4. Para um tratamento mais detalhado, ver VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. Capítulo 5.

5. *Halderman v. Pennhurst State School & Hospital*, 446 F.Supp. 1295 (E.D. Pa. 1977).

6. MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. *New York University Review of Law and Social Change*, v. 25, p. 507 e ss., 1999.

7. CAREY, Allison C.; GU, Lucy. Walking the line between the past and the future: parents' resistance and commitment do institutionalization. In: BEN-MOSHE, Liat; CHAPMAN, Chris; CAREY, Allison C. (Orgs.) *Disability Incarcerated: imprisonment and disability in the United States and Canada*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2014. p. 101-119.

A Corte de Apelações confirmou a decisão na maior parte, mas não em relação à obrigatoriedade de fechamento da instituição. Deveriam ser verificadas, individualmente, as situações dos pacientes, para se determinar aqueles que poderiam passar a ser tratados de forma desinstitucionalizada e os que seriam novamente internados, depois que o hospital fosse adequado aos padrões legais, o que foi ordenado. Contudo, houve recurso à Suprema Corte⁸ e a decisão acabou revertida, ao argumento de que a lei federal que embasava a conclusão da Corte inferior não havia criado direito subjetivo a um tratamento apropriado, no ambiente menos restritivo possível. Ela apenas instituiu um programa para repasse de verbas federais aos estados, para a criação de políticas públicas de tratamento de pacientes psiquiátricos. As condições estabelecidas para o recebimento dos repasses não poderiam ser interpretadas como criadoras de direitos individuais, em norma federal, que pudessem ser exercidos pelos pacientes contra os estados.

O processo foi devolvido ao primeiro grau e teve continuidade, sendo determinado, novamente, o fechamento do hospital, agora com base em legislação estadual. A Suprema Corte, todavia, invalidou mais uma vez a decisão, com fundamentos relacionados aos limites da jurisdição federal sobre o estado.⁹ Apesar disso, o processo não foi extinto, mas devolvido novamente ao juízo e, depois de uma década de controvérsia, acabou sendo firmado um acordo e o hospital foi fechado no final de 1987, com uma série de condições que incluíam o fornecimento de moradia e tratamentos não institucionais para os antigos pacientes. Nesse momento, havia apenas 435 internos no local, um número bem inferior aos 1.154 pacientes que compunham a classe quando o processo foi iniciado. Todos os internos originais foram abrangidos pelo acordo, no qual há visível preocupação com a delimitação de tratamentos especificamente tailhados para a situação individual de cada um dos membros da classe¹⁰ e com os

8. *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*, 451 U.S. 1 (1981).

9. *Pennhurst State School v. Halderman*, 465 U.S. 89 (1984).

10. O acordo está disponível em: http://www.leagle.com/decision/19851831610FSupp1221_11632. Acesso em: 25/10/2014. Antes de abordar o mérito, ele sumariza todo o longo histórico do processo. O teor da compensação principal é o seguinte:

"Under the terms of the proposed settlement, the Commonwealth and County defendants have agreed to provide community living arrangements to those members of the plaintiff class for whom such placement is deemed appropriate by the individual planning process, together with such community services as are necessary to provide each person with minimally adequate habilitation, until such time as the retarded individual no longer is in need of such living arrangements and/or community services. [...] All defendants shall assure that all persons provided with services under the terms of the agreement shall be afforded: (1) protection from harm; (2) safe conditions; (3) adequate shelter and clothing; (4) medical, health-related, and dental care; (5) protection from physical and psychological abuse, neglect, or mistreatment; (6) protection from unreasonable restraint and the use of seclusion; and (7) protection from the administration of excessive or unnecessary medication."

benefícios concretos que serão garantidos a eles após a desativação do hospital. Este, por sua vez, permaneceria em operação até que todos os pacientes fossem realocados nas residências que seriam providenciadas em virtude do acordo. Os investimentos seriam da ordem de aproximadamente US\$ 100 milhões, fora a manutenção dos serviços implantados para atender os beneficiários.

Apesar da qualidade do acordo, em 1994 foi constatado o seu descumprimento parcial, sendo emitida uma determinação aos interessados para regularização, sob pena de multa diária de US\$ 5 mil. Pelo que foi relatado pelo *special master* indicado para acompanhar os procedimentos, havia boa vontade dos réus, que obtiveram grande avanço, apesar das dificuldades, de modo que não foi imposta a multa. Em 1998, foi apresentado um plano para a melhoria da qualidade de habitação, saúde e emprego dos membros da classe. No mesmo ano, o juízo proferiu uma decisão mostrando-se muito satisfeito com o progresso do acordo até então e estabelecendo data para o encerramento dos trabalhos do *special master*, com a produção de 110 relatórios individuais da situação de membros da classe escolhidos aleatoriamente.¹¹

No final de 1998, o juiz entendeu que os planos estavam progredindo adequadamente e que a supervisão judicial não era mais necessária.¹² Ao longo desse período, em *Bartley v. Kremens*,¹³ o Poder Judiciário na Pensilvânia julgou os critérios estaduais de admissão de menores em instituições psiquiátricas inconstitucionais, o que fez com que eles fossem alterados pelo legislador, tornando-se mais restritivos. Esses novos critérios foram considerados válidos pela Suprema Corte em *Secretary of Public Welfare of Pennsylvania v. Institutionalized Juveniles*.¹⁴ Mesmo assim, outras instituições psiquiátricas continuaram funcionando na Pensilvânia, porque seria “irrealista a desinstitucionalização em toda a Pensilvânia, dada escassez de serviços comunitários”.¹⁵

Há muito o que pode ser aprendido com esse caso. Primeiro, mesmo em um país com um sistema processual mais rápido que o brasileiro, o processo, desde a propositura até a implementação final da decisão, levou mais de vinte anos. Segundo, havia um claro conflito intraclasse, que não foi adequadamente tratado pelo representante ou pelo juízo, ambos movidos pelo ideal, perfeitamente razoável, de colocar fim aos abusos praticados contra crianças

11. A decisão está disponível em: <https://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/98D0144P.pdf>. Acesso em: 25/10/2014.

12. *Halderman v. Pennhurst State Sch. & Hosp.*, 9 F.Supp.2d 544 (E.D. Pa. 1998).

13. 402 F.Supp. 1039 (E.D. Pa. 1975).

14. 442 U.S. 640 (1979).

15. CAREY, Allison C.; GU, Lucy. Walking the line between the past and the future: parents' resistance and commitment do institutionalization, op. cit., p. 113.

portadoras de deficiência. Apesar de o resultado final ser bom, do ponto de vista substancial, a legitimidade procedimental do acordo é questionável.

Em um caso como esse, caberia ao legitimado coletivo definir quais são os interesses afetados pelo litígio e traçar um diagrama que reflita o seu perfil. No centro estarão os subgrupos mais afetados, com os demais posicionados a partir daí. Isso significa, inclusive, a necessidade de representar pessoas que discordam da providência pleiteada, mas que serão afetadas por ela. Hipoteticamente, o diagrama do litígio irradiado relacionado ao caso *Pennhurst* seria o seguinte:



Figura 5: Diagrama simplificado do litígio irradiado do caso *Pennhurst*.

Observe-se que os internos são o grupo cujos interesses devem ser prestigiados pelo processo. No entanto, uma reforma estrutural afeta também seus familiares. Se o hospital for extinto, por exemplo, pode ser que os internos sejam enviados de volta a suas famílias, que podem não ter condições de conduzir os seus tratamentos. Da mesma forma, os funcionários do hospital, além de deterem informações importantes sobre o litígio, serão afetados pela alteração de seu funcionamento ou pela sua extinção. Finalmente, os investimentos necessários para a reforma estrutural, a serem aportados pelo Estado, também afetam a alocação de recursos para outras políticas públicas. Embora em uma posição mais periférica, isso deve ser levado em consideração.

É bom mencionar que esse diagrama leva em conta não apenas o contexto do litígio, mas também que o pedido, antevido pelo legitimado coletivo, tem potencial para impactar todos esses subgrupos. Se o pedido, ao longo do

tempo, for delineado de outro modo – por exemplo, o aumento de pessoal para propiciar a melhoria do tratamento hospitalar, não afetando as famílias dos internos –, não haverá necessidade de que esse grupo continue a ser ouvido.

Referência prática: A ação relativa à reestruturação das atividades de fiscalização de barragens da ANM, já mencionada, foi proposta tendo como pano de fundo dois litígios não estruturais, extremamente complexos, que foram os desastres de Mariana e Brumadinho. No entanto, a medida estrutural pleiteada não incide sobre os grupos vitimados pelos desastres, de modo que não havia necessidade de que eles fossem ouvidos. O litígio diretamente subjacente a essa ação é o desmantelamento das condições de fiscalização da agência federal, que é um dos fatores da ocorrência dos desastres. Quem precisa ser ouvido, nesse caso, são os atuais servidores da agência, os representantes de associações setoriais de empresas fiscalizadas, os representantes da União e especialistas em fiscalização desse tipo de empreendimento. Estes últimos poderão fornecer informações úteis sobre quais devem ser os objetivos e a metodologia de uma política de fiscalização.

Referência prática: ainda que a participação do grupo possa não ser essencial para o desenho das pretensões em uma demanda estrutural, isso não quer dizer que os deveres de transparência ambiental possam ser minorados para o gestor, ao argumento da pouca possibilidade de contribuição do público na matéria. A participação processual, conforme exposto, é instrumental. A participação do cidadão na gestão ambiental é direito fundamental que começa com a transparência das informações, nos termos do art. 225, §1º, IV, da Constituição. O Superior Tribunal de Justiça firmou precedente vinculante em Incidente de Assunção de Competência, no qual definiu: “O direito de acesso à informação ambiental encontra-se reconhecido no direito internacional, em diversas normas que visam dar cumprimento ao Princípio 10 da Declaração do Rio. No âmbito da América Latina e Caribe, o Acordo de Escazú dispõe sobre a matéria. Embora não internalizado, pendente de ratificação, o direito nacional reflete princípios semelhantes por todo o ordenamento, desde o nível constitucional, que se espalham em variadas leis federais. (...) O direito de acesso à informação configura-se em dupla vertente: direito do particular de ter acesso a informações públicas requeridas (transparência passiva) e dever estatal de dar publicidade às informações públicas que detém (transparência ativa). Atua, ademais, em função do direito de participação social na coisa pública, inerente às democracias, embora constitua-se simultaneamente como direito autônomo. (...) *14. Fixam-se as seguintes teses vinculantes neste IA-C:**Tese A) O direito de acesso à informação no Direito Ambiental brasileiro compreende: i) o dever de publicação, na internet, dos documentos ambientais detidos pela Administração não sujeitos a sigilo (transparência ativa); ii) o direito de qualquer pessoa e entidade de requerer acesso a informações ambientais específicas não publicadas (transparência passiva); e iii) direito a requerer a produção de informação ambiental não disponível para a Administração (transparência reativa);**Tese B) Presume-se a obrigação do Estado em

Capítulo 5

TÉCNICAS PARA A CONDUÇÃO DE UM PROCESSO JUDICIAL ESTRUTURAL

1. INTRODUÇÃO

O capítulo anterior foi quase integralmente destinado ao autor de uma petição inicial que se pretenda estrutural. É ele que precisa, da melhor maneira possível, formular os pedidos de modo a permitir que a atuação jurisdicional seja facilitada.

Proposta a ação, o juiz se agrega ao contexto estrutural. Se tivesse sido possível um acordo completamente extrajudicial, o legitimado poderia ter negociado mais livremente com o causador do dano. Com a seara extrajudicial inviabilizada, o acordo, mesmo que possível, deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário, o que adiciona mais um ator para um cenário já complexo. De um lado, a presença do juiz acrescenta dificuldades, porque ele também precisará ser convencido da adequação das medidas estruturais que forem definidas ao longo do processo. De outro, o juiz tem à sua disposição diversos instrumentos que, bem utilizados, podem potencializar as chances de uma solução estrutural bem-sucedida. Tudo dependerá do modo como esses dois aspectos da intervenção judicial serão equalizados.

Este capítulo pretende apresentar alguns instrumentos de condução do processo judicial, previstos, especialmente, no CPC, que podem auxiliar o encaminhamento estrutural de um processo. Não se trata, aqui, de se refazer todo o percurso do processo, mas apenas de pontuar aqueles institutos que têm potencial para contribuir com as necessidades específicas de um litígio estrutural.

2. ADVERTÊNCIA PRELIMINAR: O JUIZ E A ESCOLHA DO CAMINHO ESTRUTURAL

Desde o início, deixou-se claro que a existência de um litígio estrutural não implica, necessariamente, um processo estrutural. Há diversos litígios estruturais na sociedade brasileira que, recorrentemente, são tratados em processos

individuais, sem maior preocupação com a resolução das verdadeiras causas das lesões que levaram aquelas pessoas a juízo. Também há diversos processos coletivos que formulam pedidos não estruturais para tentar solucionar litígios estruturais. Pede-se, por exemplo, a criação de milhares de vagas em creches ou de centenas de leitos hospitalares. Busca-se fazer com que a imperatividade das ordens judiciais seja suficiente para mudar a realidade.

Referência prática: Em 22 de março de 2019, a Justiça Federal do Rio de Janeiro concedeu uma liminar em ação civil pública proposta pela Defensoria Pública da União para que o Ministério da Saúde e as secretarias estadual e municipal de saúde detalhassem, em 72 horas, os planos para o combate ao novo coronavírus. Segundo a decisão, eles deveriam esclarecer as seguintes questões: 1) qual a previsão de leitos dedicados e cronograma de instalação e de disponibilização de hospitais municipais, estaduais e federais no estado do Rio de Janeiro dedicados?; 2) qual a previsão de necessidade e contratação de pessoal temporário?; 3) qual a previsão de compras de insumos necessários para o Hospital Federal de Bonsucesso?; 4) qual a previsão de compra de EPI pra os profissionais de saúde?; 5) quais as providências necessárias para atualização das informações nos sítios oficiais das secretarias e órgãos de saúde dos três entes? Naquela altura, a pandemia acabara de chegar ao Brasil e era, seguramente, impossível responder a qualquer dessas perguntas. Salvo do ponto de vista estratégico (mobilizar as autoridades para que se atentassem para o problema), esse tipo de ordem tem poucas chances de gerar resultados sociais significativos, porque impõe metas irrealizáveis, que não levam em conta o contexto em que pretendem intervir.¹

A elaboração de uma petição inicial estrutural é capaz de direcionar o juiz à análise de providências estruturais. Em vez de se tentar resolver os problemas como se o Poder Judiciário detivesse uma “varinha de condão”, reconhece-se a complexidade do problema e a necessidade de que suas causas sejam conhecidas e remediadas, ao longo do tempo. O pedido estrutural faz com que o magistrado analise a possibilidade de conduzir o processo no rumo da elaboração, dialogada e prospectiva, de um plano para endereçar o litígio, em vez de, simplesmente, impor que alguém encontre a solução instantaneamente. No entanto, o pedido estrutural não é garantia de uma condução estrutural do processo. Esta depende, fundamentalmente, do juiz.

1. O caso foi noticiado em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/22/justica-da-72-horas-para-governos-federal-estadual-e-municipal-detalharem-plano-de-combate-ao-coronavirus-no-rio.shtml>. Acesso em: 23/04/2020. Sobre o potencial do processo estrutural para solucionar problemas relacionados à pandemia, ver LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. A pandemia da Covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 21, p. 377-426, 2020.

Ocorre que, se o magistrado não considerar conveniente conduzir o processo estruturalmente, não há como forçá-lo. Ainda que o pedido seja estrutural, ele pode simplesmente determinar que as partes produzam provas quanto à necessidade das mudanças na situação litigiosa e, convencendo-se, condenar o réu a apresentar implementá-las. Oferecido o documento com as providências, o juiz ouve o autor e usa a sua posição para arbitrar as divergências. Definido o plano de ação, ele determina sua implementação e, ao final, de posse dos relatórios, dá por cumprida a condenação. Em uma situação limite, um magistrado poderia conduzir um processo estrutural do início ao fim, sem nenhuma audiência. Poderia determinar uma providência de reestruturação sem conduzir um acompanhamento efetivo.

Tudo isso, evidentemente, é o contrário do que um juiz deveria fazer, diante de um processo estrutural. Conforme se demonstrará aqui, a condução dialogada e cooperativa é mais produtiva para a obtenção de boas soluções. A teoria do processo estrutural não pretende concentrar poderes no juiz, mas sim transformá-lo em um catalisador para que as transformações necessárias à solução do conflito sejam viáveis, mediante atuação dos *stakeholders* relevantes. No entanto, o efetivo desenvolvimento dessa ideia dependerá, após a judicialização, em considerável medida, de uma tomada de posição do juiz. Ainda que as partes possam manter diálogos extrajudiciais durante o curso do processo, os avanços efetivos na solução do problema também passarão pela postura do magistrado.

Essa advertência inicial é importante para que se perceba que o juiz é mais que um tomador de decisões (*adjudicator*, como se diz nos Estados Unidos) em um processo estrutural. Isso pela simples razão de que, sem um caminho previamente definido, não há muito o que se julgar. Nenhum processo estrutural pretende que o juiz assuma sozinho a responsabilidade pela tomada de decisões em contextos altamente complexos. É por isso que um processo estrutural seguramente representará um mau casamento com quaisquer metas quantitativas de decisões, de tempo de conclusão ou de baixa do feito, como as recorrentemente propostas pelo Conselho Nacional de Justiça.² O indicador de qualidade de um processo estrutural é a medida da melhoria do problema institucional apresentado, não a simples prolação de sentença e baixa dos autos ao arquivo. O bom processo é o que proporciona resultados sociais significativos.

Se o juiz estiver disposto a ser um agente dessa mudança, será necessário desfazer a analogia que existe entre o processo coletivo e o processo individual,

2. No mesmo sentido, MARÇAL, Felipe. Processos estruturantes: Gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. *Revista de Processo*, v. 289, p. 423-448, 2019.

pelo menos da forma como este é tradicionalmente visto, como método de se encontrar uma decisão baseada em um recorte estático da realidade. Será preciso olhar para os dispositivos do CPC de 2015, que, mesmo no âmbito do processo individual, convidam à cooperação, à flexibilidade,³ à resolutividade e à efetividade da tutela jurisdicional. Há, conforme se demonstrará, diversos desses bons dispositivos, mas, como dizem os antigos, semente boa não brota em terra ruim. Se o processo coletivo continuar sendo visto à imagem e semelhança de um instrumento para resolver problemas patrimoniais entre particulares, ele será pouco útil.

Referência prática: embora o processo civil, tal como delineado pelo CPC, dependa de algumas reinterpretações para ser aplicado ao processo estrutural, o Superior Tribunal de Justiça, em dois julgados, já afirmou que as limitações processuais não justificam o não enfrentamento dos litígios estruturais. No julgamento do REsp 1854842/CE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 04/06/2020, o Tribunal deparou-se com uma decisão da justiça do Ceará, que julgou liminarmente improcedentes os pedidos de uma ação civil pública que tratava de excesso de prazo de permanência do acolhimento institucional de crianças e adolescentes. O fundamento foi que a correção do problema demandaria “esforço e atuação conjuntos de todos os componentes da cadeia referente à Política de Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente (...) [sendo que] a obrigação de acolhimento institucional de crianças e adolescentes representa somente um vértice do problema”. Em outras palavras, seria necessário um processo estrutural. Como o município de Fortaleza, único réu, não seria o responsável singular pela conduta ilícita, os pedidos foram julgados liminarmente improcedentes.

O STJ, reformando o acórdão, afirmou que não seria o caso de improcedência liminar, mas sim que “... se trata de questões litigiosas de natureza estrutural.

Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual.

Para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos amici curiae e pela Defensoria Pública na função de custos vulnerabilis, permitindo-se que processos judiciais dessa

3. Sobre a flexibilização do procedimento a partir do CPC, que “representa também um olhar mais democrático e menos autoritário, voltado para o jurisdicionado”, ver DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 80.

natureza, que revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo.

Na hipótese, conquanto não haja, no Brasil, a cultura e o arcabouço jurídico adequado para lidar corretamente com as ações que demandam providências estruturantes e concertadas, não se pode negar a tutela jurisdicional minimamente adequada ao litígio de natureza estrutural, sendo inviável, em regra, que conflitos dessa magnitude social, política, jurídica e cultural, sejam resolvidos de modo liminar ou antecipado, sem exauriente instrução e sem participação coletiva, ao simples fundamento de que o Estado não reuniria as condições necessárias para a implementação de políticas públicas e ações destinadas a resolução, ou ao menos à minimização, dos danos decorrentes do acolhimento institucional de menores por período superior àquele estipulado pelo ECA.

Provido o recurso especial para anular o processo desde a citação e determinar que seja regularmente instruída e rejuogada a causa, está prejudicado o exame da alegada violação aos demais dispositivos legais do ECA indicados nas razões recursais”.

De modo similar, nos autos do REsp 1733412/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 20/09/2019, o STJ tratou de uma ação civil pública cuja pretensão era a realização de reforma e melhorias em hospital público. A petição inicial mencionava trinta itens a serem sanados. O acórdão recorrido do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve sentença de improcedência, fundada na impossibilidade de intervenção sobre providências que caberiam, de modo específico, ao administrador. O STJ reformou o acórdão, afirmando que “O controle judicial de políticas públicas é possível, em tese, ainda que em circunstâncias excepcionais. Embora deva ser observada a primazia do administrador na sua consecução, a discricionariedade cede às opções antecipadas pelo legislador, que vinculam o executor e autorizam a apreciação judicial de sua implementação.

A existência de pedidos diversos e complexos não significa automática pretensão de substituição do administrador. Ao contrário, pressupõe cuidado do autor diante de uma atuação estruturante, que impõe também ao Judiciário a condução diferenciada do feito.

Nos processos estruturais, a pretensão deve ser considerada como de alteração do estado de coisas ensejador da violação dos direitos, em vez de se buscar solucionar pontualmente as infringências legais, cuja judicialização reiterada pode resultar em intervenção até mais grave na discricionariedade administrativa que se pretenderia evitar ao prestigiar as ações individuais.

No caso concreto, a consideração genérica de impossibilidade de intervenção judicial nas falhas de prestação do serviço de saúde configura efetiva omissão da instância ordinária quanto às disposições legais invocadas que, acaso mantida, pode inviabilizar o acesso das partes às instâncias superiores”.⁴

4. Ambos os acórdãos contêm extensas citações de VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, 2018.

Antes de apresentar o modo como o CPC pode contribuir para a solução desse problema, é interessante traçar um modelo teórico de condução do processo estrutural, que oriente o julgador e as partes acerca do modo como este deve ser concebido.

3. UM MODELO TEÓRICO PARA O PROCESSO ESTRUTURAL

O processo relativo a um litígio irradiado, de modo geral, e a um processo estrutural, em particular, não deve ser encarado apenas como uma adaptação do processo civil tradicional. A mutabilidade dos fatos e a diversidade de perspectivas envolvidas exige instrumentos completamente novos e dissociados da noção de processo como um exercício para a resolução de problemas pretéritos pela subsunção dos fatos ao ordenamento jurídico. O processo nos litígios irradiados deve ser um *town meeting*, cuja estruturação favoreça a manifestação dos diferentes subgrupos sociais atingidos, sopesando os interesses de cada um deles. A adequada representação de todos os interesses demandará, em alguns casos, a atuação de mais de um legitimado coletivo. Não existe, nos litígios irradiados, “um ponto de vista da sociedade”,⁵ de que alguém possa, sozinho, se dizer portador. É relevante a advertência de Robert Ackerman:⁶

Nós deveríamos ser cuidadosos, entretanto, quando falamos de “interesses da comunidade” em relação a disputas e comportamento litigante. Autoritarismo repressivo potencialmente se oculta por trás dessa expressão, se empregada como uma abstração sem substância ou sem questionamento em relação aos valores que estão sendo promovidos.

Além disso, a concepção do *town meeting* leva a um patamar totalmente novo a ideia de despolarização da demanda, apresentada por Antonio do Passo Cabral para analisar o art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965.⁷ O processo coletivo nos litígios irradiados é altamente despolarizado porque cada interesse impactado pela lide tem pontos de convergência e de divergência com os demais, sendo

5. COIMBRA, Rodrigo. Direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Ambiental*, v. 71, p. 117 e ss., 2013. O autor segue a linha de que os direitos difusos teriam caráter objetivo, e não subjetivo, tendo como paradigma o direito ao meio ambiente. A ideia de que os direitos transindividuais podem ser tratados como objetivos já foi negada no Capítulo 2, mas é preciso ressaltar que ela é ainda menos aplicável quando se trata de litígios irradiados.

6. ACKERMAN, Robert M. Disputing together: conflict resolution and the search for community. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 18, p. 28-91, 2002. Especialmente, p. 44.

7. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, op. cit., p. 3-41.