RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO PROCESSO CONTEMPORÂNEO

Volume II

Ensaios sobre o garantismo processual e o processo estrutural

Edição Especial com o Prof. Adolfo Alvarado Velloso

1 SOBRE OS AUTORES

2 APRESENTAÇÃO

3 ¿ QUE ES EL GARANTISMO PROCESAL?

4 SUMÁRIO DOS ARTIGOS

5 PARTE 1 GARANTISMO PROCESSUAL

6 PARTE 2 PROCESSO ESTRUTURAL

ORGANIZADORES

Fernando Gama de Miranda Netto
Marcelo Pereira de Almeida
Lilia Nunes Silva
Simone de Oliveira Souza

CLIQUE AQUI E CONHEÇA NOSSAS REDES SOCIAIS

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico, mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, incluindo ainda o uso da internet, sem permissão expressa da editora (Lei 9.610 de 19/02/1998).

Edição e Revisão

Simone de Oliveira Souza

Arte e Design

Simone de Oliveira Souza

Capa

Simone de Oliveira Souza
Arte desenvolvida com auxílio de Inteligência Artificial

2025

ISBN: 978-65-981656-3-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Resolução de conflitos no processo contemporâneo [livro eletrônico] : ensaios sobre o garantismo processual e o processo estrutural : volume II / organização Fernando Gama de Miranda Netto...[et al.]. -- Rio de Janeiro : IDPP, 2025.
PDF

Vários autores.
Outros organizadores: Marcelo Pereira de Almeida, Lilia Nunes Silva, Simone de Oliveira Souza.
Bibliografia.
ISBN 978-65-981656-3-5

1. Conflitos - Resolução (Direito) 2. Direito 3. Garantia (Direito) I. Netto, Fernando Gama de Miranda. II. Almeida, Marcelo Pereira de. III. Silva, Lilia Nunes. IV. Souza, Simone de Oliveira.

25-287274 CDU-347.918(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Resolução de conflitos : Direito 347.918(81)

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

SUMÁRIO
DOS ARTIGOS

ESPECIAL

Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO QUÉ ES EL GARANTISMO PROCESAL

Adolfo Alvarado Velloso

1. Proemio; 2. Qué es el proceso: su causa y su razón de ser; 3. Los principios que regulan el proceso; 4. Los sistemas judiciales; 4.1. El sistema acusatorio o dispositivo; 4.2. El sistema inquisitorio o inquisitivo; 4.3. El sistema mixto; 5. Qué es el debido proceso; 6. Qué es el garantismo procesal; 7. Qué es el activismo judicial desde la óptica garantista; Epílogo.

Retornar ao índice

SUMÁRIO
DOS ARTIGOS

PARTE 1

Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

NOTAS SOBRE O CONCEITO DE PROCESSO E DE PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE
Fernando Gama de Miranda Netto

Introdução; 2. Breve histórico do projeto de lei n. 3/2025 que disciplina o "processo estrutural"; 3. Faz sentido uma lei sobre o processo estrutural?; 4. Jurisdição e consensualidade no projeto de lei n. 3/2025; Considerações Finais; Referências.

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ APLICADOS AO PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE NO ÂMBITO DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: A PRIMAZIA DA AUTORIDADE SOBRE A GARANTIA
Patrícia Filomena Fonseca Amaral

Introdução; 2. A análise do Regime de Insolvência Transnacional à luz da Lei Modelo Uncitral; 3. A Insolvência Transnacional como um Processo Coletivo Estrutural e sua adequação ao Poder Jurisdicional Estruturante; 4. O discurso político de socialização processual no código de processo civil e sua influência no poder jurisdicional estruturante; 5. A prova de ofício e ônus da prova no código de processo civil aplicada ao poder jurisdicional estruturante no âmbito da insolvência transnacional: a primazia da autoridade sobre a garantia; Conclusão; Referências.

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A COMPETÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO
Marcos Antônio de Souza Lima

Introdução; 2. Definição e origem do princípio do juiz natural; 3. Fundamento legal no direito brasileiro; 4. Aplicação no direito brasileiro; 5. A importância do princípio do juiz natural no sistema judiciário; 6. Ações coletivas e a relevância do princípio do juiz natural; 7. Desafios na aplicação do princípio do juiz natural em ações coletivas; 8. Soluções para a aplicação do princípio do juiz natural em ações coletivas; 8.1. Sistema de Registro de Ações Coletivas; 8.2. Fortalecimento das Varas Especializadas; 8.3 Cooperação Jurisdicional; 9. Critérios para determinar a competência em ações coletivas; 10. Análise de decisões judiciais que abordam a competência em ações coletivas; 10.1.Exemplos de Conflitos de Competência e como foram resolvidos; Conclusão; Referências.

Retornar ao índice

SUMÁRIO
DOS ARTIGOS

PARTE 1

Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

LA ESTRATEGIA PROBATORIA PROPIA DE LA DEFENSA PENAL
Claudio Puccinelli

Introducción. 2. El deber del Estado de respeto y garantía de los derechos humanos. 3. Estándares en materia de garantías judiciales del inculpado. 4. El derecho del imputado a una defensa técnica efectiva. 5. La desformalización y el acceso a la información obtenida por el fiscal. 6. La estrategia probatoria y una investigación autónoma de la defensa. 7. El plazo de la investigación penal preparatoria. 8. El control de convencionalidad. 9. El control de convencionalidad y la estrategia probatoria propia de la defensa penal. 10. Conclusiones.

TEMA 1118 DO STF: A NOVA BATALHA DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO NA JUSTIÇA
Gabriela Jéssica da Silveira; Marcelo Pereira de Almeida

Introdução; 1. A terceirização na administração pública; 2. A aptidão da prova no processo do trabalho; 3. O tema 1118 e a responsabilidade da administração pública enquanto tomadora de serviços; Considerações Finais; Referências.

Retornar ao índice

SUMÁRIO
DOS ARTIGOS

PARTE 2

Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS RELACIONADAS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL EM PONDERAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Lilia Nunes Silva; Marcelo Pereira de Almeida

Introdução; 2. Propostas legislativas para uma nova Lei da Ação Civil Pública; 3. A Comissão do Senado para a elaboração do Anteprojeto de lei do Processo Estrutural e o PL n. 03/2025; 4. Os "processos estruturais" e o devido processo legal; Considerações finais; Referências.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ENCONTRO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COM SUAS BARREIRAS E A PROTEÇÃO DOS VULNERABILIZADOS

Francisco Alves da Cunha Horta Filho

Introdução; 2. A teoria do estado de coisas inconstitucional; 2.1. Breves considerações sobre o novo constitucionalismo latino-americano; 2.2. A origem da teoria: as decisões do Tribunal Constitucional da Colômbia; 2.3. Tentativa de conceituação do instituto e delimitação dos requisitos para a sua aplicação ao caso concreto; 3. A aplicação da teoria no direito brasileiro; 3.1. É possível falar em uma doutrina no estado de coisas inconstitucional no Brasil?; 3.2. O sistema carcerário brasileiro: como mecanismo de controle de indesejados, seus problemas estruturais históricos e a imposição constitucional de uma execução de pena humanizada; 4. A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 e o emprego do estado de coisas inconstitucional no Brasil; 4.1. Breve estudo da Ação de Descumprimento Fundamental nº 347/DF; 4.2. A importância da decisão do Supremo Tribunal Federal a partir das consequências práticas do lead case; Considerações Finais; Referências

PROCESSO ESTRUTURAL TRANSNACIONAL: PANORAMA SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

Larissa Clare Pochmann da Silva; Marcelo Pereira de Almeida

Introdução. 1. O processo estrutural e seu espectro transnacional. 2. Previsões normativas. 3. Casos. 4. Reconhecimento e execução da sentença: perspectivas e propostas. Conclusão. Referências.

Retornar ao índice

SUMÁRIO
DOS ARTIGOS

PARTE 2

Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

O MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CONFLITOS ESTRUTURAIS: REFLEXÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro

Introdução; 2. Breves considerações sobre conflitos coletivos estruturais. 2.1. Posicionamento clássico sobre a atuação do membro do Ministério Público em inquéritos civis e ações civis públicas. 2.2. O princípio da independência funcional (§ 1° do artigo 127 da Constituição Federal/1988). 2.3. Posicionamento alternativo em torno da necessidade de participação dos titulares dos direitos transindividuais violados ou ameaçados no âmbito de conflitos estruturais: uma leitura do princípio constitucional do devido processo legal. 2.3.1. A ideia de relação processual. 3. Um novo argumento para o debate. 3.1. A verdade como resultado de uma ação intersubjetiva. Uma visão habermasiana. 3.2. A participação e a teoria da ação comunicativa. Conclusão. Referências.

SINAIS DE ALIJAMENTO À PARTICIPAÇÃO SOCIAL EM LITÍGIOS COMPLEXOS E ESTRUTURAIS: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL COM ENFOQUE NO AMICUS CURIAE E NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Bruna Duarte Teixeira Martins Oliveira

Introdução; 1. Análise conceitual dos litígios coletivos, complexos e estruturais; 2. Da participação dos interessados: sinais de alijamento, obstáculos à efetividade; 3. Amicus curiae e audiências públicas como garantias do contraditório: uma análise comparativa entre a administração e o judicial; 3.1. Das audiências públicas; Conclusão; Referências.

Retornar ao índice

SUMÁRIO
DOS ARTIGOS

PARTE 2

Acesso rápido: clique sobre o tema para ser direcionado à página

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO ELEMENTO DE PROPULSÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS
Gleison Heringer Vieira Domingues

Introdução. 2. Direito à saúde. 3. Processos estruturais. 4. Processos estruturais e estado de coisas inconstitucional: análise de precedentes. Conclusão. Referências

DIREITO À SAÚDE NOS EUA: OS CASOS DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE OS PROGRAMAS MEDICARE E MEDICAID
Thauanne de Souza Gonçalves; Larissa Borsato da Silva

Introdução; 2. Direito e Saúde nos EUA; 3. O Sistema de Saúde dos EUA; 4. O Judiciário dos EUA e os casos sobre Medicare e Medicaid na Suprema Corte; 4.1. O Judiciário dos EUA; 4.2. Os casos sobre Medicare e Medicaid; 4.2.1. Medicaid; 4.2.2. Medicare; 5. Direito à Saúde comparado entre Brasil e EUA; Considerações Finais; Referências.

PROTEÇÃO DE DADOS COMO POLÍTICA PÚBLICA: MEDIDAS ESTRURANTES PARA UM CYBER ESPAÇO SEGURO
Pedro Henrique de Paula Morais

Introdução; 2. A evolução da Privacidade no contexto da big data; 3. Cenário de Vulnerabilidades e Consequências; 4. Medidas Estruturantes e a Proteção de Dados como Política Pública; Conclusão; Referências.

Retornar ao índice

AUTORES

Internacionais

Adolfo Alvarado Velloso
Convidado Especial

Professor de Direito Processual (Teoria Geral do Processo). Diretor do Mestrado em Direito Processual na Universidade Nacional de Rosário (UNR-Argentina). Diretor da Especialização em Direito Processual da Universidade de Salamanca (USAL-Espanha), Universidade Católica de Santiago del Estero (UCSE-Argentina), Universidade Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ-Argentina) e Universidade Católica de Santa Fé (UCSF-Argentina). Doutor honoris causa e professor honorário em várias universidades da América Latina. Membro titular (presidente honorário) do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP). Presidente da Fundação para o Desenvolvimento das Ciências Jurídicas (Fundeciju).E-mail: alvaradovelloso@gmail.com .

Claudio Puccinelli

Abogado; Magíster en Derecho Procesal (UNR); profesor de Derecho Procesal Penal en la Maestría en Derecho Procesal (UNR); profesor de posgrado en el programa “Bootcamp Trial Advocacy” de la Beasley School of Law, Temple University, Filadelfia, E.E.U.U.; profesor de posgrado en litigación oral, reglas de evidencia, derecho probatorio y defensa judicial en el Diplomado Internacional impartido conjuntamente entre la Academia de Litigación de Chile y la Beasley School of Law de la Universidad de Temple, Filadelfia, E.E.U.U.; profesor pro titular y adjunto de grado en Derecho Procesal Penal (UCA y UNR, respectivamente); profesor de grado en Litigación Oral (UCA); vicepresidente 1° de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal (2024-2026), presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal (2020-2022), miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; presidente del Instituto de Ciencias Penales del Colegio de Abogados de Rosario (2022-2023); expresidente del Capítulo Argentina del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; y en ejercicio de la profesión liberal.
E-mail: puccinet@hotmail.com.

Retornar ao índice

AUTORES

Nacionais

Bruna Duarte Teixeira Martins Oliveira

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, Negócios e Instituições da Universidade Federal Fluminense.
Email: brunadtm@gmail.com.
Lattes: https://lattes.cnpq.br/8048066329558291.

Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro

Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito de Lisboa. Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócio da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.
Email: barbosaribeiro@id.uff.br.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/7843480045065817.

Fernando Gama de Miranda Netto

Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (UFF), líder do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (UFF), e membro do Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em Sociologia e Direito (UFF) e em Direitos, Instituições e Negócios (UFF). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Diretor Regional do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP-Brasil).
E-mail: fernandojuris@yahoo.com.br
Lattes: http://lattes.cnpq.br/0832019587284612.

Francisco Alves da Cunha Horta Filho

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). Mestre em Direito pelo Programa de Pós- graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
E-mail: francisco_hortafilho@yahoo.com.br.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/6393575118083430.

Retornar ao índice

AUTORES

Nacionais

Gabriela Jéssica da Silveira

Doutoranda no PPGDIN da Universidade Federal Fluminense (2024). Mestre no programa de PPGD da UCP. Pós-Graduação em Direito do Trabalho - Centro Universitário Estácio Juiz de Fora (2018). Graduada em Direito - Faculdades Integradas Vianna Junior (2015). Advogada.
E-mail: gabrielajsilveira1@gmail.com.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/8509728033984518.

Gleison Heringer Vieira Domingues

Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios - PPGDIN-UFF; Mestre em Justiça Administrativa - PPGJA-UFF; Especialista em Direito Público e Privado – EMERJ; Especialista em Direito Processual – UFF; Especialista em Direito Constitucional – UCAM. Bacharel em Direito – UFF. Advogado.
E-mail: gleisonheringer@id.uff.br.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/5762513420564772.

Larissa Borsato da Silva

Doutoranda em Saúde Coletiva no Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis; Pós-graduada em Direito Processual Civil e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
E-mail: larissaborsato@gmail.com.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/9984833665335523.

Larissa Clare Pochmann da Silva

Pós-Doutora em Direito Processual pela UERJ. Pós-Doutora em Direito pelo Programa de Direito, Instituições e Negócios da UFF. Doutora e Mestre em Direito pela UNESA. Professora da UNESA. Advogada.
E-mail: larissacpsilva@gmail.com.
.Lates: http://lattes.cnpq.br/2580346811153197.

Retornar ao índice

AUTORES

Nacionais

Lilia Nunes Silva

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF) – bolsista CAPES. Mestra em Direito (Universidade Católica de Petrópolis), Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora/UFJF e Salamanca/USAL) e Direito Material e Processual do Trabalho (Faculdade Damásio de Jesus). Graduada em Direito (DOCTUM/JF). Professora de Direito Processual e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica no Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. Pesquisadora no grupo interinstitucional de pesquisa "Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas" (UFF, Unilasalle/RJ e UCP) – linha de pesquisa "Processos estruturais e devido processo legal". Advogada.
E-mail: lilianuness@hotmail.com
Lattes: http://lattes.cnpq.br/1765941139958947.

Marcelo Pereira de Almeida

Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ e Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF; Professor do PPGDIN-UFF (doutorado); Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Líder do grupo interinstitucional de pesquisa "Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas" (UFF, Unilasalle/RJ e UCP). Advogado.
E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/0245213114864531.

Marcos Antônio de Souza Lima

Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Atualmente é Vice- Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão e Diretor de Pós-Graduação presencial da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito do Trabalho da Universidade Estácio de Sá.
E-mail: marcos.lima@estacio.br.

Retornar ao índice

AUTORES

Nacionais

Patrícia Filomena Fonseca Amaral

Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP).
E-mail: pffamaral@id.uff.br.
Lattes: https://lattes.cnpq.br/1393294322603504.

Pedro Henrique de Paula Morais

Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.
E-mail pmorais@id.uff.br.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/1343248487307338.

Thauanne de Souza Gonçalves

Doutoranda em Saúde Coletiva no Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências pela Fundação Oswaldo Cruz. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Graduada em Enfermagem pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.
E-mail: thauannesg@gmail.com.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/1262995831221333.

Retornar ao índice

APRESENTAÇÃO

Com muita satisfação, apresentamos o segundo volume da obra "Resolução de Conflitos no Processo Contemporâneo: Ensaios sobre o Garantismo Processual e o Processo Estrutural", resultante das pesquisas desenvolvidas por alunos e professores dos Programas de Pós-graduação stricto sensu em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense, com ênfase em Direito Processual.

O livro emerge, inicialmente, dos seminários e debates no âmbito da disciplina “PRÁTICA DE PESQUISA II”, que promoveu a pesquisa sobre os fatores que impactam as transformações no sistema judicial brasileiro, especialmente em relação ao aumento da resolução coletiva de conflitos. O foco da disciplina foi o exame das mudanças nos modelos de procedimentos para lidar com demandas coletivas, processos estruturais e litígios repetitivos, analisando os métodos de padronização de decisões, de gestão de processos e o seu impacto no devido processo legal. Além disso, foram abordadas questões relacionadas à tutela coletiva em contextos transnacionais e às projeções normativas que regulam processos estruturais.

A novidade é que participam igualmente desta coletânea dois professores da Universidade Nacional de Rosário (UNR) - Argentina, consagrando a parceria firmada entre o Mestrado em Direito Processual da referida Universidade e o nosso programa de Doutorado.

Retornar ao índice

Em decorrência disso, a obra é iniciada com o Maestro Adolfo Alvarado Velloso, Diretor do Mestrado em Direito Processual da UNR, que cedeu uma de suas obras sobre o garantismo processual à coletânea. O texto explica no que consiste o garantismo processual, passando pela noção de processo, princípios que o regulam, sistemas processuais existentes e devido processo, a fim de demonstrar a lógica da corrente de pensamento de acordo com a Constituição. E ainda explica sobre o ativismo judicial desde a visão garantista.

As lições do professor argentino oportunizam aos leitores a clara compreensão sobre as bases dessa forma de concepção do direito processual na atualidade, observando que Adolfo é um dos grandes mestres do direito processual da América Latina, com destaque e reconhecimento em vários países por sua vasta trajetória profissional, coerência de pensamento e atividade acadêmica notável.

No mais, manteve-se o padrão de divisão do livro em duas partes fundamentais que exploram as seguintes perspectivas: de um lado, o modelo processual denominado estrutural, que busca incansavelmente atingir um estado ideal de coisas no contexto procedimental, enfatizando a possibilidade de o poder jurisdicional realizar adaptações com o objetivo de alcançar resultados eficientes e permitir a incursão na organização das instituições, públicas ou privadas. De outro, o modelo processual garantista, que coloca o processo no centro de gravitação dos fundamentos do direito processual, apresentando-se como uma das principais matrizes de contenção do arbítrio do poder estatal, moldado a partir do devido processo legal.

Retornar ao índice

Na primeira parte, intitulada "Debates do Processo Contemporâneo sob o Eixo do Garantismo Processual," alunos e professores do programa de doutorado apresentaram suas pesquisas, debruçando-se sobre temas importantes e atuais, e também o professor Claudio Puccinelli, do programa de Mestrado em Direito Processual da UNR, traz perspectivas importantes provenientes do direito processual argentino. O ponto comum dos trabalhos é que os autores mergulham na discussão sobre as implicações, desafios e benefícios do modelo garantista processual na resolução de conflitos e analisam como esse modelo influencia a proteção dos direitos fundamentais processuais.

A segunda parte, intitulada "Reflexões em Torno da Resolução de Conflitos nos Processos Estruturais," aborda o modelo processual estrutural e como ele se aplica na resolução de conflitos. É importante destacar que, além dos alunos e professores do programa de doutorado que apresentaram suas pesquisas, um dos artigos foi escrito por duas alunas do doutorado em Saúde Coletiva no Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Thauanne de Souza Gonçalves e Larissa Borsato da Silva, pois a última participou como ouvinte da disciplina. Os ensaios desta seção exploram não somente a postura ativista dos juízes nos modelos processuais estruturais, a partir da lógica da eficiência e celeridade, e como esse comportamento afeta a organização processual e os respectivos procedimentos na resolução de conflitos complexos, como também são apresentadas pesquisas mais filosóficas e análises provenientes do direito comparado.

Retornar ao índice

O livro "Resolução de Conflitos no Processo Contemporâneo: Ensaios sobre o Garantismo Processual e o Processo Estrutural" – volume II é a continuação do trabalho de professores e alunos que oferecem uma perspectiva multifacetada e rica sobre os temas explorados, e a busca dos idealizadores da obra no enriquecimento do debate sobre o garantismo processual e o processo estrutural.

A obra, mais uma vez, não apenas reflete as pesquisas e discussões acadêmicas mais atuais, como procura contribuir significativamente para o entendimento das complexas dinâmicas que moldam o campo do direito processual, incitando os leitores a refletir sobre as questões críticas que envolvem a resolução de conflitos no contexto do direito contemporâneo.

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida

Prof. Dr. Fernando Gama de Miranda Netto

Prof.ª. Ms. Lilia Nunes Silva

Retornar ao índice

¿QUÉ ES EL GARANTISMO PROCESAL?

Prof. Adolfo Alvarado Velloso

Retornar ao índice

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO

QUÉ ES EL GARANTISMO PROCESAL

Adolfo Alvarado Velloso[1]

1. PROEMIO

A raíz de la existencia del arduo y recurrente debate doctrinal comenzado en la última década del siglo pasado y que sigue hoy vigente entre algunos procesalistas argentinos[2], me he propuesto explicar aquí qué es el movimiento filosófico-jurídico denominado *garantismo procesal*, hoy con ramificaciones en toda la América hispanoparlante y con notables extensiones en España[3] e Italia[4]. De tal modo, el lector podrá comparar su contenido con el de la filosofía que muestra en su discurso el *activismo judicial*[5], hoy en boga en nuestro país y, particularmente, en Mendoza, cuyo reciente Código Procesal Civil es un dechado de inexplicable e inconstitucional autoritarismo activista.

---

[1] Profesor de Teoría General del Proceso. Director de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario.

[2] Lamento destacar que ello ha tomado inusitados niveles de virulencia y de encono tanto en América como en Europa, entre quienes han sido buenos amigos durante toda una vida: algo absurdo y absolutamente inconcebible en el mundo académico, donde quienes piensan y trabajan en pro de mejorar el sistema de convivencia entre los hombres –parte del cual es, precisamente, el proceso– no pueden enemistarse entre ellos por pensar distinto. Que es lo que ha ocurrido.

[3] A partir de la extraordinaria obra de difusión que ha hecho allí y en parte de América el Prof. JUAN MONTERO AROCA. Para la comprensión de todo el problema es importante la lectura de la polémica obra *Proce- so civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, ed. Tirant lo Blanch, España, 2006. La misma obra se publicó en el Perú con ed. Egacal, Lima, 2009 y en Chile, con ed. Librotecnia, Santiago, 2009. Recomiendo vivamente su atenta y provechosa lectura y, en particular, la de inusualmente duro *Prefacio*. El libro se presentó en un Encuentro Internacional realizado en Valencia, España, en el invierno de 2006. En esa ocasión se publicó la conocida *Moción de Valencia*, cuyo texto puede ser visto en internet, al igual que el de la *Declaración de Azul*, emitida a consecuencia de aquélla y el de la *Carta de Jundiaí*, suscrita en esa ciudad de Brasl en el año de 2015.

[4] A raíz de la obra vasta, importante, polémica y sorprendente en sus descubrimientos del Prof. FRANCO CIPRIANI, fallecido en Bari, Italia, 2010. Para la comprensión del origen, naturaleza, ideología y filiación política del activismo judicial, ver sus obras a partir de *Historias de procesalistas y de oligarcas*, ed. Giuffrè, Milano, 1991 y *El Código Procesal Civil italiano entre jerarcas y procesalistas*, ed. Edizioni Scientifiche Ita- liane, Nápoles, 1992, cuyo capítulo 1° ha sido traducido al castellano por la Prof. EUGENIA ARIANO DEHO, del Perú.

[5] Su filosofía y postulados se explican en el texto.

Retornar ao índice

Y ello porque el garantismo postula y pretende la irrestricta y plena vigencia del sistema acusatorio o dispositivo de enjuiciamiento, tanto penal como civil, mientras que el activismo acepta y mantiene el sistema inquisitorio o inquisitivo para todo tipo de juzgamiento. Y, como luego se verá, ambos son claramente antagónicos e incompatibles, lógica, jurídica y moralmente[6].

Que esta explicación sirva de respetuosa excusa por la reiteración de las ideas que comienzo a presentar seguidamente.

2. QUÉ ES EL PROCESO: SU CAUSA Y SU RAZÓN DE SER[7]

No obstante que antigua y muy prestigiosa doctrina ha sostenido que "todos saben dónde está el proceso pero nadie puede decir qué es", y que ha sido calificado como un *drama* y, más aún, como un *enigma* y un *misterio*, desde el más remoto pasado se ha dado toda suerte de explicaciones acerca de *qué es el proceso*, particularmente cuando se trata de establecer su naturaleza jurídica[8].

---

[6] La incompatibilidad lógica del sistema judicial se advierte claramente con sólo constatar la coexistencia de un sistema acusatorio para el enjuiciamiento penal y otro fuertemente inquisitivo para todo lo que no es penal (civil, laboral, menores, familia, contencioso administrativo, etc.). Que es lo que ocurre actualmente en Mendoza, con el activismo potenciado *ad infinitum* en su nuevo Código Procesal Civil.

[7] La explicación que doy aquí es la que siempre utilizo para que todo jurista pueda realizar una visión *sistémica* del proceso, donde todo armonice con todo y nada quede sujeto a la caprichosa variación interpretativa judicial, merced a la cual se relativizan algunas veces las instituciones del Derecho hasta hacerlas desaparecer en más de una ocasión so capa de hacer prevalecer el criterio moral del juez sobre el del texto de la propia ley, tal como quedará demostrado en este trabajo.

[8] En la tarea de explicar la *esencia* misma de todas las figuras y fenómenos del Derecho, los juristas se preocupan desde siempre por estudiar y analizar si un determinado instituto encuadra en una *categoría mayor general* con el objeto de que, si así es, resulten aplicables las normas reguladoras de ésta en caso de carencia legislativa (laguna de la ley). De tal modo, por ejemplo, si se afirma que *el proceso es esencialmente un contrato* –cosa que no es exacta, como luego se verá– se tiene en miras el aplicar supletoriamente al fenómeno *proceso* las disposiciones legales propias del género *contrato*. En el campo del derecho procesal no ha sido posible escapar a esa regla constante de la doctrina, que ha elaborado las más variadas teorías para intentar definir cuál es la *esencia del proceso*.

No es tarea sencilla el hacer una clasificación de todas ellas, habida cuenta de que responden a patrones disímiles y, en algunos casos, insólitos. Un primer criterio clasificatorio de algunos autores tiene su origen en la búsqueda de la categoría general en el derecho civil (privatistas), en tanto que algunos más lo hacen fuera de éste (publicistas); otro criterio clasifica entre doctrinas empíricas, teorizantes y atípicas, etcétera. No creo necesario efectuar un inventario detallado de todas las corrientes interpretativas que han generado las doctrinas recién mencionadas. A sólo título informativo –ya que el tema no merece hoy la atención que se le brindó en el pasado– diré aquí que al explicar la naturaleza jurídica del proceso se ha sostenido que es: un *contrato de litiscontestatio*; un *cuasicontrato de litiscontestatio*; una *relación jurídica pública y continua*; una

Retornar ao índice

Por mi parte, sostengo desde antaño –y lo adelanto brevemente ahora– que sólo es un *método pacífico de debate dialogal y argumentativo*[9].

Y para explicar ello creo que el punto de partida debe estar en la inicial determinación de su *causa*: la existencia de un *conflicto intersubjetivo de intereses* en el plano de la realidad de la vida, que hay que solucionar lo antes posible para mantener la cohesión del grupo social en un lugar y tiempo dados.

Históricamente, tan grave problema de convivencia se solucionó sólo con la *autodefensa*, mediante la aplicación de la *razón de la fuerza* por los propios antagonistas entre sí, hasta que se entendió que debía darse preeminencia al *diálogo* y, por ende, a la *fuerza de la razón*, gracias a lo cual se posibilitó la *autocomposición*[10], que se mantiene hasta hoy[11]. Y con ello, la sociedad ganó muchísimo en tranquilidad y en paz.

Cuando por las razones que fueran esa autocomposición no era posible, la civilidad no dejaba al individuo –y hasta hoy– otra alternativa que la de la heterocomposición pública, que opera bajo la forma de *proceso judicial*[12].

---

situación jurídica; una *pluralidad de relaciones jurídicas*; un *estado de ligamen*; un *estado de pendencia*; un *servicio público*; una *reproducción jurídica de una interferencia real*; una *entidad jurídica compleja*; una *institución*; un *medio para obtener satisfacción jurídica*; una *empresa*; etc., etc. Y para mayor complicación –y desesperación– del estudioso, dentro de cada una de algunas de las corrientes apuntadas se han establecido nuevas diferencias que, por supuesto, llevan a los autores a polemizar circularmente y sin resultado final y positivo. Pero toda esta búsqueda ha perdido interés académico pues, a partir de que se ha concebido a la acción procesal como *una instancia necesariamente bilateral*, el proceso (objeto de aquélla) adquirió una *categoría propia* que no puede ser subsumida en otra categoría general. De tal modo, *el proceso es proceso*. Y punto.

[9] Y no un *método de investigación*, tal cual lo concibe el sistema inquisitorio, como luego se verá. Y, por supuesto, el activismo judicial, que se enrola orgullosamente en lo más rancio de la filosofía inquisitivista de los siglos XV y XVI. ...Y pensar que quienes explican habitualmente este tema en las aulas universitarias lo presentan como propio de la modernidad..!

[10] Que puede ser *directa* (opera por la sola actuación de los propios interesados y sin la ayuda de nadie. Se presenta fuera y dentro del proceso como *desistimiento*, *allanamiento* y *transacción*) o *indirecta* (con la ayuda de un tercero, que puede actuar como *amigable componedor* o como *mediador* o, finalmente, y resolviendo el conflicto, *como árbitro* o *arbitrador).*

[11] Y prohijada permanentemente por el Estado, proclive a la conciliación de los intereses encontrados por la vía de la mediación, hoy tan en boga.

[12] Se dice corrientemente que los medios de autocomposición referidos en el texto son alternativas válidas del proceso. Yo creo que es exactamente al revés: el proceso es la alternativa final que la civilidad otorga al ciudadano para que no haga uso de la fuerza privada buscando venganza o justicia por mano propia. Y es que nadie ingresa alegre e inicialmente al difícil y peligroso *safari* en el que –activismo mediante– se ha convertido el proceso actual, con resultados auténticamente impredecibles para la abogacía seria que se asombra diariamente con las cosas que se resuelven en los tribunales. Antes bien, se procura el avenimiento por todos los medios y vías imaginables. Recién cuando ellos fracasan, comienza la vía crucis procesal.

Retornar ao índice

A base de ello, y completando lo recién señalado en cuanto a que es *método de discusión*, lo presento ahora como un *medio*[13] de debate dialogal y argumentativo que se realiza entre dos sujetos naturalmente desiguales[14] situados en posiciones antagónicas respecto de un mismo bien de la vida y que se igualan jurídicamente[15] a los fines de la discusión merced a la actuación del director del debate, que como tal luce y debe lucir siempre tres calidades esenciales: *imparcialidad*, *impartialidad e independencia*[16], todo lo cual asegura la permanente bilateralidad[17] de la audiencia.

Así concebido y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, creo que en tales términos puede afirmarse que la *razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima*[18] *dentro de una sociedad dada para mantener*

---

[13] Atención a la idea: el proceso es *método* y, como tal, *medio* y no *meta a lograr* (la meta del proceso como medio de discusión es la *obtención de una sentencia*). En cambio, en el proceso visto como *método de investigación*, la meta es la búsqueda de la verdad, a veces a cualquier trance y precio. Adelanto desde ya que en caso de existir tensión entre *medio* y *meta* (método y sentencia), el pensamiento garantista *privilegia siempre el método* pues, de no ser así, habrá que dar razón postrera a MAQUIAVELO: el fin justicia los medios….

[14] Es indudable que todos somos desiguales en la realidad de la vida.

[15] Única igualdad posible de lograr, ya que la igualdad *real* por la cual postulan algunos ideólogos del proceso social y el Código General del Proceso de Colombia, por ejemplo, es absolutamente imposible de lograr, con lo cual la norma se convierte, de hecho, en simple petición de principio. Ver la nota 22.

[16] Se verá luego en el texto el significado de cada uno de estos vocablos.

[17] La *bilateralidad* significa *audiencia recíproca*. De tal modo, y gracias a ella, todo lo que dice o hace una de las partes debe ser comunicado a la otra para que diga y haga lo que quiera al respecto. Y viceversa.

[18] La idea de *fuerza* no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los cuales el Derecho, su sustituto racional, llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica. Tal circunstancia hace posible que, en algunos casos, la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima en el fondo, se halla *legitimada* por el propio derecho. Por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, puede éste oponer –para rechazar el despojo– una fuerza igual o proporcional a la que utiliza el agresor. Al mismo tiempo, y esto es importante de comprender, el Estado (entendido en esta explicación como el todo de la congregación social ya jurídicamente organizada) también se halla habilitado –por consenso de sus coasociados– para ejercer actos de fuerza, pues sin ella no podría cumplir su finalidad de mantener la paz. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de *ejecutar compulsivamente una sentencia:* ¿qué otra cosa sino *uso de la fuerza* es el acto material del desahucio, del desapoderamiento de la cosa, de la detención de la persona, etcétera? Realmente, esto se presenta como una rara paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto, se la sustituye por un debate dialogal que termina en una decisión final que –a su turno– originará un acto de fuerza al tiempo de ser impuesta al perdedor en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente. En suma: todo el Derecho, *ideado por el hombre para sustituir la autoridad de la fuerza*, al momento de actuar imperativamente para restablecer el orden jurídico alterado se convierte o se subsume en un acto de fuerza: *la ejecución forzada de una sentencia.* Estas circunstancias hacen que deba ponerse en claro que el acto de fuerza puede ser visto desde un triple enfoque: a) es *ilegítima* cuando la realiza un particular; b) es *legitimada* cuando

Retornar ao índice

un estado perpetuo de paz y de respeto a normas adecuadas de convivencia que todos deben acatar[19].

No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley en tanto que otras amplíen notablemente este criterio; en todo caso es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mantener la paz social, *evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia*. Y para eso, la discusión pacífica regulada por la ley[20].

Terminada ella, y siempre que los propios interesados no hayan logrado autocomponer el conflicto, su heterocomposición la realiza el juez en su sentencia que, así vista, se erige en el *objeto* del proceso[21].

3. LOS PRINCIPIOS QUE REGULAN EL PROCESO

De la mayor importancia resulta ahora establecer cuáles son los *principios* procesales, entendidos como las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado. De tal modo, un *principio* es simplemente un *punto de partida*. Pero así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin).*

---

excepcionalmente el Derecho acuerda al particular la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertas exigencias o requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión; c) es *legítima*, por fin, cuando la realiza el Estado conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso.

[19] Quede en claro desde ya que, para el garantismo, el proceso poco tiene que ver con la *búsqueda de la verdad*, como habitualmente se dice de su objeto o de su razón de ser. Ya volveré recurrentemente sobre el tema.

[20] No otra cosa es el proceso.

[21] Utilizo la palabra *objeto* en su cuarta acepción española: *término* o *fin de los actos*. De donde resulta obvio que la sentencia no puede integrar el método y, por ende, que no debe ser considerada como un *acto procesal*. Por haberse hecho así durante más de un siglo, se han generado gravísimos problemas interpretativos que hay que erradicar a toda costa.

Retornar ao índice

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad[22] ante un tercero[23] que heterocompondrá el litigio[24], formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema. Si se lee con atención cualquiera obra de la asignatura, se verá que siempre existe un capítulo destinado a la puntual explicación del tema, al que invariablemente se le da la denominación de "principios procesales"[25]. Y, además, se advertirá que su contenido refiere a muchas cosas que no son similares entre sí. Acorde con ello, por ejemplo, se habla del *principio de igualdad*, del *principio de inmediación*, del *principio inquisitivo*, del *principio de imparcialidad*, del *principio de oralidad*, del *principio acusatorio*, etc.

Pero si se *piensa el derecho* (lo que implica meditar lo que se dice y no aceptar sin más y a ciegas las opiniones ajenas so capa de la importancia autoral de quien las expresa, que puede estar equivocado) y se lee atentamente cada uno de tales "principios" y se los compara con los demás, se advertirá que con esta palabra –"principios"– se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras. Y esto no es bueno para la adecuada comprensión de cada tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno del proceso ya que se trata de otro baldón de *equivocidad* por *multivocidad*[26].

---

[22] Para descartar el uso de la fuerza. Pero atención: la *igualdad procesal*, única que puede ser lograda, consiste en otorgar y asegurar a los antagonistas *idénticas posibilidades de audiencia* mediante la bilateralización de cada instar. Que nadie imagine que se puede lograr otro tipo de igualdad. Sin embargo, en el Proyecto de Reforma al CPC de Colombia se exige al juez que asegure la *igualdad real* de los contrincantes, cosa que es lógicamente imposible y que degenera el método procesal. Volveré sobre el tema más adelante.

[23] Que, como tal, es impartial, imparcial e independiente.

[24] Si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición.

[25] De aquí en más, cuando hable de "principios", así entre comillas, estaré refiriéndome al vocablo equívoco que se utiliza habitualmente en el derecho procesal. Cuando lo utilice en sentido propio y único que creo es correcto, lo llamaré simplemente *principio*, sin el uso del comillado.

[26] En el comienzo de las sociedades no existió una concepción racional y unitaria de *todo* el Derecho. Esta carencia llega hasta el día de hoy, cuando se continúa discutiendo el carácter científico del Derecho: y en alguna medida tienen razón quienes lo niegan pues –para referir a uno sólo de los problemas que justifican tal postura– existe en la actualidad un vocabulario jurídico *multívoco* que conduce inexorablemente al *equívoco*, toda vez que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar a un mismo e idéntico fenómeno jurídico. Valga un ejemplo para confirmar lo dicho: si ante un grupo de personas con determinado grado de cultura

Retornar ao índice

Lo que corresponde hacer para solucionar el problema apuntado es indagar la *esencia* misma de cada uno de estos llamados "principios" a fin de poder metodizarlos adecuadamente. Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas que, en verdad, deben ser denominadas diferenciadamente.

Y esto es así pues la mayoría de los "principios" enunciados por los autores se presenta con esencia *binaria*[27], como *pares antinómicos*[28]: oralidad o escritura, mediación o inmediación, preclusión o libre desenvolvimiento, etc. Cosa que permite al legislador optar por uno o por otro al momento de normar.

---

alguien pregunta en este país el significado de la fórmula química "H_2O", seguramente que todas ellas identificarán en sus mentes el objeto *agua*. Pero lo que verdaderamente importa en esta afirmación es que a idéntico resultado se llegará con igual formulación en el Japón: aunque en otro idioma, se identificará también el objeto *agua*. Esta es la base mínima de todo conocimiento científico: mantener un lenguaje universal *unívoco* para que sea *inequívoco*.
Propongo ahora hacer experimento similar en un mismo país (no en países diferentes con idiomas distintos): si en una reunión de juristas con distinta especialización –no ya de personas con relativa cultura– se pregunta el significado de la palabra *acción*, habrán de obtenerse por lo menos las siguientes respuestas: a) *es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor* (así, se habla de *acción* de alimentos, de *acción* de deslinde, de *acción* de divorcio, de *acción* de filiación, de prescripción de las *acciones*, etcétera) (respuesta del civilista), utilizando al efecto el lenguaje legal imperante a mediados del Siglo XIX cuando aún se mencionaba el vocablo *acción* en el exacto sentido que le atribuía el derecho romano: derecho en movimiento, o con fusil y casco de guerra, como acotaba COUTURE. Pero esto cambia a partir de CHIOVENDA, que demuestra la autonomía del derecho de acción del derecho material que se hace valer mediante ella. En otras palabras: el *derecho de pedir* es cosa distinta del *derecho que se pide*; b) *es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades* (respuesta del comercialista); c) *es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito* (respuesta del penalista); d) *es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe* (respuesta del procesalista).
¿Puede concebirse mayor confusión terminológica? Parecería que todo este dislate semántico proviene de la simple circunstancia de haber olvidado el legislador que el mundo del Derecho *es un mundo de palabras* y, por ello, se apartó de los postulados mínimos de la Lógica. Se aprende en ella que el *término*, el *vocablo* que utiliza el jurista, constituye sólo la expresión simbólica de un *concepto* (el Derecho es, en realidad, un mundo de conceptos abstractos), del mismo modo que la *proposición* es la expresión simbólica de un *juicio* y que el *argumento* es la envoltura verbal de un *razonamiento*. Para mayor complejidad del problema en el caso que ocupa ahora nuestra atención, también se utiliza la palabra *acción* como sinónimo de *derecho*, de *demanda* y de *facultad*; y, además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción *cambiaria*, acción *civil en caso de delito*, acción *penal*, etcétera. Y este no es un fenómeno único en el Derecho; otro tanto ocurre con las palabras *abandono*, *absolución*, *apremio*, *carga*, *competencia*, *jurisdicción*, *prueba*, etcétera, etcétera.
Como puede apreciarse, todo lo contrario de un *lenguaje científico*: aquí, lo *multívoco* conduce al *equívoco* (de ahí que muchos diálogos entre juristas no sean otra cosa que ¡conversaciones entre sordos!).

[27] Que se compone de dos elementos.

[28] Lo que implica contradicción entre dos preceptos legales o dos principios racionales.

Retornar ao índice

Pero atención: cuando elige uno para consagrarlo en la ley, por ejemplo, la *inmediación*, deja de lado automáticamente a su par *mediación*, pues resulta imposible aceptar que el juez pueda actuar con mediación e inmediación al mismo tiempo.

Al lado de ellos, hay otros "principios" que se presentan invariablemente en forma *unitaria* pues no admiten lógicamente la existencia un par antinómico. Por ejemplo: la *imparcialidad del juzgador* (¿o qué?: ¿la parcialidad?), la *igualdad de las partes litigantes* (¿o qué?: ¿la desigualdad?)[29].

Dadas estas obvias diferencias y habida cuenta de que algunos "principios" hacen a la *esencia misma del proceso*[30] en tanto que otros no, ya que refieren sólo a cómo se desarrolla el trámite procedimental con el cual tramitan, se aceptará buenamente la opinión de quienes proponen denominar *principios* sólo a los *unitarios* en tanto que propician el uso del sintagma *reglas*

[29] La absurdidad salta a la vista.

[30] Lo que significa que si están ausentes se genera un simple *procedimiento* y no un *verdadero proceso*. Y esto es muy importante de comprender pues, en la historia del derecho procesal, no siempre se ha efectuado tal distinción, no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno que aquí describo.
Se entiende por *procedimiento* –concepto puramente *jurídico*– la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Existe procedimiento en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etcétera), que requiere de una *consecución de actos*. Por lo contrario, se entiende por *proceso* –concepto puramente *lógico– el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad* según cierto procedimiento preestablecido por la ley. En rigor de verdad, se trata de una *serie de actos procedimentales consecutivos e invariables*. De tal modo, el *procedimiento* es el *género* (aparece en *todas* las instancias), en tanto que el *proceso* es una especie de él (aparece sólo en la acción procesal, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada). Insistiendo en la idea: el procedimiento es el rasgo común y distintivo de todas las instancias que, salvo la acción procesal, se otorgan para regular una relación dinámica entre *dos* personas: quien insta y quien recibe la instancia. El proceso es el procedimiento propio de la acción procesal, que se otorga para regular una relación dinámica entre *tres* personas: quien insta, quien recibe el instar y aquél respecto de quien se insta. Surge de lo expuesto que *todo proceso contiene un procedimiento*; pero no ocurre lo propio a la inversa, pues *no todo procedimiento constituye un proceso*. La distinción es importante, porque: 1) no siempre que existe un procedimiento judicial se genera un proceso: los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* (en rigor, algunos de ellos), por ejemplo, tienen procedimiento y no son procesos; 2) toda pretensión ejercida judicialmente en las condiciones que marca la ley, origina un proceso cuyo objeto será la sentencia mediante la cual se habrá de satisfacer aquélla, existiendo así tantos procesos como pretensiones se hagan valer. De donde resulta que un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso.
Para finalizar: debe quedar en claro que en el curso de este trabajo deberá entenderse por *proceso el método de debate pacífico, dialogal y argumentativo sostenido entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad.* Y no otra cosa.

Retornar ao índice

procedimentales (propias de las actividades de procesar y de sentenciar) para nombrar a todos los *binarios*.

Finalmente, en la doctrina autoral mayoritaria hay otros dos "principios": el *acusatorio* o *dispositivo* y el *inquisitorio* o *inquisitivo* que no son unitarios y, por tanto, no puede ser catalogados como *principios*. Pero tampoco son *reglas* aunque se muestren con apariencia *binaria* ya que, en esencia, son *sistemas de enjuiciamiento* y, como tales, comprenden una suma diferenciada de verdaderos *principios* y de auténticas *reglas*. De ahí que en esta exposición presentaré como tópicos diferentes a los *principios procesales*, a las *reglas técnicas* del debate y de la actividad de sentenciar y a los *sistemas de enjuiciamiento*

Como se comprenderá cabalmente luego, el *sistema acusatorio* es la conjunción de los principios que hacen a la esencia misma del proceso y que aparece como tal en el mundo jurídico sin importar las reglas que se utilicen al efecto[31] para el desarrollo de su trámite. Del mismo modo, el *sistema inquisitorio* es una simple sumatoria de reglas procedimentales que se exhiben siempre en forma aislada y carente de los principios antes enunciados[32].

Así concebidos, los *principios procesales* (propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que le otorgan los autores que he consignado precedentemente) son sólo cinco[33], y su enunciación debe comenzar por el más importante de todos: el de la *imparcialidad del juzgador*.

A los fines de este trabajo, importa sólo que me ocupe de él, ya que su conceptuación es lo que diferencia liminarmente a *activistas* y *garantistas*.

---

[31] Es claro que el sistema *acusatorio* genera siempre un *verdadero proceso* en tanto el juez es *tercero imparcial* y, con ello, posibilita la igualdad de los parciales. Y a estos fines, es indiferente si el trámite es oral o escrito, con o sin inmediación, etc.

[32] Si bien se mira, el sistema *inquisitorio* es un conjunto de reglas que no responden a los que he calificado como *principios* procesales, pues en tanto el juez es quien lleva el impulso procesal y, además, procede de oficio (en lo penal) y prueba por si mismo las afirmaciones de las partes civiles que ellas no se han ocupado de probar, resulta obvia su pérdida de imparcialidad en los términos en los que se la conceptúa en este trabajo.
Para terminar: nada importa si un trámite es oral o escrito cuando el juez no es imparcial: lo que resulta de ello será siempre un *procedimiento* y no un verdadero *proceso*. Ya se verá bien el porqué de ello en el texto.

[33] Son: 1) la *imparcialidad* del juzgador; 2) la *igualdad* de los parciales (partes) que litigan; 3) la *transitoriedad* del proceso como medio de debate; 4) la *eficacia* de la serie procedimental prevista por el legislador y 5) la *moralidad* en el debate. El desarrollo íntegro del tema lo hago en *El debido proceso de la garantía constitucional*, con varias ediciones en países diferentes. .

Retornar ao índice

La idea de *imparcialidad*[34] indica que el *tercero*[35] que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio[36] debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte *(impartialidad*[37]*)* ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo[38]; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio *(imparcialidad*[39]*)* y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes *(independencia*[40]).

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, implica *ausencia de prejuicios*[41] de todo tipo (particularmente racial o religioso); independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; no identificación con alguna ideología determinada[42]; completa ajenidad[43] frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y

---

[34] Latamente concebida y comprensiva de diversas situaciones, tal como se verá en el texto.
[35] Ser *tercero* o tener la calidad de *terceidad*, implica ser *neutral* (ni uno ni otro: *neutralidad*), *ajeno* al objeto de la discusión y a las partes que discuten (*ajenidad*).
[36] Eso es lo que precisamente hace todo juez de derecho.
[37] La voz significa que el juez no es ni debe ser parte en el litigio. Obvia y lógica consecuencia de ello es que el juez no ha de hacer en el proceso lo que es tarea propia y específica de las partes litigantes: afirmar e introducir hechos y, llegado el caso, probarlos.
[38] Por eso es, precisamente, que en el sistema inquisitivo no se puede hablar con propiedad de una *imparcialidad judicial* en razón de que el juez es, al mismo tiempo, el acusador o el impulsor oficioso de la llamada acción penal"... Es decir: *juez y parte.*
Idéntica reflexión cabe hacer respecto del juez de lo civil dentro del sistema que le permite subrogar a la parte procesal en la tarea de probar hechos controvertidos y no probados adecuadamente por el interesado a quien le incumbía la carga de hacerlo. Esta concepción es antiquísima: se remonta a la Ley de Partidas, donde se expresa en la Ley X, Título IV, Partida III: "Cómo el jugador se debe guardar de no oír su pleito mismo ni otro de que él hubiese sido abogado o personero pues *juez y demandador y demandado son tres personas que conviene que sean en todo pleito que se demande por juicio*. Y por eso decimos que ningún juzgador no puede ni debe librar pleito sobre cosa suya o que a él pertenezca, *porque no debe un hombre tener lugar de dos, así como de juez y de demandador*".
[39] Se trata del interés crematístico o moral, directo o indirecto, que el juez puede tener o llegar a tener en la solución del litigio.
[40] El tema se estudia habitualmente desde la óptica de la relación que el juez tiene con quien ejerce el poder en un tiempo y lugar dados. En otras palabras: la *independencia política* respecto del mandamás de turno. Pero la idea entraña mucho más, como se verá seguidamente en el texto.
[41] Se entiende por *prejuicio* la acción y efecto de *prejuzgar*. Y este vocablo significa "juzgar antes de tiempo o sin conocer adecuadamente el tema".
[42] Cual la que expresamente obligaban tener a los jueces los códigos fascista, nazi y ruso soviético.
[43] Refiero a lo que es distante, lejano o apartado de algo.

Retornar ao índice

a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto[44], etc.

Todo esto que se presenta como obvio –y lo es– no se ve tan claro a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura que se encuentran en toda América latina. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos[45].

En realidad, creo que todos –particularmente los magistrados judiciales– sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas. Por eso es que se dice despreocupada y erróneamente que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan[46].

---

[44] Ya se sabe que esto se encuentra prohibido desde hace siglos. Actualmente se estudia con el nombre de *saber personal o privado del juez*.

[45] Esta es una constante invariable. No hay constitucionalista ni procesalista ni tribunal superior alguno en América que defina en términos positivos o asertivos el concepto de *debido proceso*. Si castizamente se entiende por *definir*, como vocablo referido a una palabra o expresión, el determinar y explicar de manera precisa su significado de modo que sea inequívoco e inconfundible con el contenido de otro pues se caracteriza exactamente su naturaleza y límites, es obvio que nadie lo ha hecho. Basta leer al efecto cualquiera obra o sentencia sobre el tema: siempre se efectúan definiciones negativas, aseverando que no es *debido proceso* aquel en el cual se lesiona la defensa, o la posibilidad probatoria, o el derecho de impugnar, etc. etc. Si bien se mira, nada se define en términos de comprensión absoluta del tema.

[46] Los jueces de América en general no han sido preparados para actuar con imparcialidad. En rigor, una gran mayoría ignora en qué consiste esa *destreza* (cual la denominó alguna vez HAROLDO BRITO CRUZ, connotado magistrado chileno), así como cuál es su verdadera esencia o las variadas situaciones en las cuales el concepto queda vulnerado y, con él, la garantía del *debido proceso*. Antes bien, la cultura paternalista que al mejor estilo *Macondo* nos han impuesto los parámetros autoritarios que rigen desde siempre en este sufrido sur del continente, hace que los jueces en general vean como correctas las actitudes propias que cumplen a diario para tratar de *igualar la desigualdad natural* de las partes procesales en homenaje a una difusa meta de Justicia que bien pueden llegar a lograr. Pero ilegítimamente. Y es que el problema surge, a no dudar, del doble papel protagónico de *juez y parte* que el sistema inquisitivo acuerda al juzgador, particularmente en lo penal. Así ocurre hasta hoy en la mayor parte de América también con los jueces laborales y los jueces de menores, encargados desde siempre de obviar la desigualdad del trabajador frente al patrón y la del menor en situación de abandono, cuyo interés superior deben privilegiar a todo trance. Cosa similar ocurre con los jueces de familia.

Retornar ao índice

Y ello ocurre pues los jueces en general han visto desde siempre a la palabra *imparcialidad* desde una óptica puramente *personal* y nunca desde la *funcional*, que es de donde corresponde verla.

Es cierto que un juez impoluto del sistema inquisitivo puede no tener interés personal en que alguien gane o pierda un pleito. Pero es obvio que, sin perjuicio de ello, el interés debe ser *funcional*, de la misma forma que debe tenerlo el fiscal, de quien siempre se ha dicho absurdamente que es la *parte imparcial* del proceso penal[47]. De tal forma, el juez *no debe tener interés personal ni funcional* en el desarrollo ni en el resultado del proceso.

Estoy convencido de que esa notable *desigualdad real* debe ser paliada. Pero no por el juez, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes procesales. Antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que procedan promiscuamente con los representantes de los menores y de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios –acepto a todos los que imagine el lector– quienes se dediquen con exclusividad a ello. Pero insisto: *nunca por el juez* pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia. Por justa que sea en los hechos... y para el sentir del propio juzgador. Tal vez toda esta execrable actitud paternalista provenga de mal copiar sin meditarlo la función de los jueces penales que procesan y juzgan en el sistema inquisitivo, en el cual tienen el deber de aplicar siempre la ley más benigna y de introducir oficiosamente el conocimiento de hechos que configuran excepciones cuando el reo no las ha opuesto (por ejemplo, lo sobreseen por prescripción o por amnistía no obstante que el reo no haya hecho valer la respectiva defensa en el juicio).

Como cruel corolario final de toda esta exposición, recuerdo que habitualmente soy interrogado por algunos jueces que, aceptando estos parámetros lógico-interpretativos y académicos, afirman no compartirlos en el campo de la Justicia, pues ese criterio aséptico de la imparcialidad que pregono no sirve para prevenir la desigualdad de la parte más débil que no pudo contratar al abogado de renombre que asiste a su contrario y, por eso, deben ayudar para que el joven y poco preparado letrado efectúe una defensa correcta y, llegado el caso, suplirlo (con lo cual la ayuda ya no es para la parte débil sino para el abogado ignorante).

Estas actitudes duelen al Derecho y, a poco que se las analice, repugnan a la legitimidad procesal. Para empezar, de nada vale ser buen abogado para estos jueces justicieros que, en lo que creen su augusta misión, igualan hacia abajo. Por esto mismo es que el joven abogado no se prepara adecuadamente: no sólo no le sirve –pues así es como logra la ayuda del juez– sino que, tragicómicamente, el estudio conspira contra sus propios intereses: cuando sea un letrado reconocido y capaz de abogar como Dios manda, el juez tomará partido seguro por el adversario joven e inexperto, ignorante y chapucero... ¿Se advierte cómo y cuánto se iguala hacia abajo y, a la postre, se perjudica todo el sistema de Justicia?

Lo que habría que hacer cuando una parte está mal defendida es ordenar el cambio de abogado –claro que esto es fuerte, aunque se use habitualmente en los países que pertenecen al *common law*– o, más livianamente, *ordenar una asistencia letrada al letrado que la necesita*. En este sentido hay norma expresa en muchas legislaciones (por ejemplo, ver la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de la Provincia de Santa Fe, Argentina).

[47] Sin advertir quienes así lo afirman que esto es una *contradictio in terminis* (una contradicción del sustantivo por el adjetivo), dislate lógico imposible de explicar. Es lo mismo que decir lo bueno malo, lo bello feo, etc.

Retornar ao índice

Si bien se miran todas las cualidades definitorias del vocablo que he mencionado *supra*, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica[48] neutralidad[49], que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra[50].

La natural consecuencia de esta concepción de la *imparcialidad* genera el segundo de los principios y al que la doctrina coloca siempre por sobre el primero. Me refiero al de *igualdad de las partes* que tiene vigencia en tanto el juez sea imparcial.

Y es que, esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas[51] respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia, protagonista y antagonista). Y bien sabido es que si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso[52].

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separa a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate[53] se efectúe *en pie de perfecta igualdad*[54].

---

[48] Si bien la voz *asepsia* significa *ausencia de materia productora de descomposición o de gérmenes que pueden producir infecciones o enfermedades*, por extensión se dice que *aséptico* es quien *no muestra ninguna emoción ni expresa sentimientos.*

[49] Es la actitud o comportamiento del que no se inclina por ninguna de las dos partes que intervienen en un enfrentamiento ni las beneficia ayudando a forzar la solución pretendida por una de ellas.

[50] Insisto vehementemente en esto por cuanto los jueces del sistema inquisitivo sostienen siempre –y con absoluta buena fe– que actúan con una *imparcialidad funcional* que nada tiene que ver con la *imparcialidad personal* o *espiritual* que, de existir, no empañan a aquélla. Frase similar se lee en *Los miserables*, dicha por el Inspector JAVERT para justificar su tenaz persecución al desgraciado JEAN VALJEAN: cuando el policía descubre que no es así, se suicida.

[51] Destacar el antagonismo es una obviedad, pero debo referir necesariamente a él para que se comprenda el tema.

[52] Todas estas ideas las he desarrollado detenidamente en mi *Sistema procesal: garantía de la libertad*, 2 tomos con 1300 páginas, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2009. La obra no ha sido publicado en Colombia.

[53] Insisto recurrentemente en que el debate procesal es *lucha*, no un paseo alegre y despreocupado de las partes tomadas de la mano y caminando por el parque. Por tanto, los contendientes –protagonista y antagonista– no están interesados en la búsqueda de la verdad –cual lo afirman ilustres tratadistas– sino ¡en *ganar* en lo pretendido o en lo resistido!

[54] Si no se acepta la imprescindible necesidad que tienen ambas partes de discutir en situación de exacta igualdad jurídica y, por tanto, se mantiene en el proceso la natural desigualdad humana,

Retornar ao índice

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*[55], prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción:* cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes. Si esto no se respeta habrá una simple *apariencia de proceso*. Pero nunca un verdadero proceso, tal como se lo concibe en este trabajo, acorde con el mandato constitucional.

A esta altura, creo que ya estoy en condiciones de explicar cómo funciona cada uno de los dos *sistemas judiciales* referidos precedentemente.

4. LOS SISTEMAS JUDICIALES

Véanse ahora las diferencias existentes entre los sistemas ya referidos en el capítulo anterior.

Retornar ao índice

¿para qué hemos adoptado el proceso como método de debate? ¿No es ello una simple hipocresía? ¿No es más fácil y honesto continuar la antigua tradición del uso de la fuerza?

[55] Atención: ante *la ley*, no ante las *circunstancias de la vida*. O sea: *igualdad jurídica*, no *igualdad real*.

4.1. El sistema acusatorio o dispositivo

Es un método *bilateral* en el cual dos sujetos naturalmente desiguales[56] discuten antagónica y pacíficamente en situación de igualdad jurídicas[57] asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto en carácter de autoridad[58], dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida[59].

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, y las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen. Tal cual se ve, se destaca en la especie una filosofía liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema[60].

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de poder impulsorio, ha de aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de prueba que ellas aporten y debe

[56] La *desigualdad natural* de los hombres ya se afirmó antes y es evidente: todos somos diferentes ya que hay quienes *son más que otros* (no importa al efecto si la diferencia radica en el peso, altura, belleza, fuerza, inteligencia, astucia, etc.: siempre hay uno que *es más que otro).* Y esa desigualdad puede ser la fuente del ejercicio de la *fuerza* en la solución de los conflictos que aparecen en la vida real. Por ejemplo, quien es más rápido, puede robar una cartera y salir corriendo sin ser alcanzado, y su fuerza es su rapidez. De la misma forma, quien es más astuto puede vender un buzón a otro; quien es más grande puede pegar al más chico, etc.

[57] La *igualdad jurídica* no se corresponde con la *igualdad física*, ya que ésta es natural al hombre en tanto aquélla es dada por la ley para paliar esa desigualdad mediante el otorgamiento de una simple igualdad de trato. Y nada más. Adviértase que en el pleito del obrero contra el patrono, ambos siguen siendo quienes siempre son durante todo el curso del pleito, por mucho esfuerzo que haga el juez del sistema inquisitivo, que jamás podrá lograr una igualdad natural real entre ellos. Y es a esta igualdad y no a otra a la que se refieren todos los Pactos que buscan la igualdad entre los hombres.

[58] No importa al efecto si actúa como juez de derecho o como árbitro o arbitrador: siempre es *autoridad* respecto de las partes en el litigio,

[59] Adviértase que la idea lógica de proceso requiere la presencia contemporánea de *tres personas*: quien pretende, aquel respecto de quien se pretende y el tercero que dirigirá el debate y que eventualmente lo sentenciará. De ahí su tipificación como método *bilateral.*

[60] A raíz de ello, el juez es sólo un funcionario –muy importante, por cierto– que el Estado coloca al servicio de los particulares con la magnífica misión de evitar que se hagan justicia por mano propia. ¡Que no es poca cosa!

Retornar ao índice

resolver de acuerdo con el mandato legal y ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas[61].

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica y constitucional del *proceso*, como fenómeno jurídico irrepetible y, por tanto, inconfundible, que une a tres sujetos en una relación dinámica y continua.

Pero no sólo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado remoto: existen noticias que muestran a este fenómeno respecto de la materia penal en las antiguas repúblicas de Grecia y en la misma Roma, en la época de los Comicios. Y es que la primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un *acusador* (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes) quien actuaba contra el reo ante la persona que oficiaba como juzgador. Tanto es así que lo que hoy podría llamarse *proceso penal común* fue *acusatorio* desde antes del Siglo XII en numerosos países de Europa.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente –y hasta hoy– con los siguientes rasgos caracterizadores: el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*; el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez*; el juicio es *público* salvo casos excepcionales que deben establecerse fundadamente; existe *paridad absoluta de derechos* e *igualdad de instancias*[62] entre actor (o acusador) y

[61] Por tanto: si las partes aceptan de consuno un hecho y, así, tal hecho está fuera del litigio, el juez debe aceptarlo aunque no le guste y le conste que no coincide con lo verdaderamente acaecido en el plano de la realidad social. Este y no otro es el concepto que justifica desde siempre la vigencia de regla *no reformatio in peius*.

[62] Excedería largamente el objeto de este trabajo la explicación de qué es una *instancia* y todas las implicaciones lógicas y jurídicas propias del tema, cosa que he hecho en el *Sistema procesal: garantía de la libertad* y en las *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, de donde he tomado el texto que aquí desarrollo. Sin embargo, algo debo decir para que el lector pueda comprender lo que sigue.
Cuando una norma imperativa de conducta no se agota por cumplimiento de la prestación prevista y es menester ocurrir a la alternativa de la sanción, al igual que en *todo* lo que ocurre en la interacción vertical que existe entre gobernante y gobernado, hace a la esencia misma de la convivencia social que éste pueda dirigirse a aquél en procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea. Esta necesidad muestra que, dentro del *estatuto que rige el poder político*, pueden existir -y jurídicamente existen- diversas posibles

Retornar ao índice

demandado (o reo), y *el juez es un tercero* que, como tal, es *impartial*, *imparcial* e *independiente* de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador; no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realistamente, procura lograr el *mantenimiento de la paz social* fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley[63];

---

relaciones que unen al particular con la autoridad y constituyen formas típicas de actuación que son determinables *a priori* en función de la actuación que ha de cumplir el gobernado o por la que él exige de la autoridad.

Ya se puede decir que, a la actividad que realiza el gobernado cuando hace uso de ellas, se le da el nombre de *instar*, lo que produce *instancias* (o *derecho de instancia* si se las juridiza). Lógicamente, el *instar* constituye un *impulsar a otro para que a su vez impulse nuevamente*, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma. Así es que, jurídicamente, se define a la instancia como *el derecho que tiene toda persona* (gente o ente) *de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano.*

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él, existe *necesariamente* una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que, ya se verá, recibe el nombre *de procedimiento*. De tal forma, el *objeto* (lo que se desea lograr) *de la instancia es siempre un procedimiento, en tanto que el objeto de éste es una resolución de la autoridad.*

Efectuando *a priori* una determinación lógica de todas las posibles instancias en la relación *particular (gobernado) - autoridad (gobernante)*, en exclusivo orden a la actividad cumplida y con prescindencia de sus respectivos contenidos —que pueden ser infinitos— se advierte que ellas sólo pueden ser cinco y se conocen doctrinalmente con el nombre de *denuncia*, *petición*, *reacertamiento*, *queja* y *acción procesal*. Estas posibles instancias pueden ser *primarias* (no suponen una instancia cumplida con anterioridad) o *secundarias* (suponen la existencia de otra instancia previa) y *con* o *sin* contenido pretensional.

La petición, la denuncia, la queja y el reacertamiento son definitivamente *unilaterales* desde la óptica del gobernado, pues unen siempre a *dos* sujetos: a quien insta y a la autoridad que recibe el instar. La última —la acción procesal— es de necesario contenido bilateral pues tiene como objeto unir siempre a *tres* sujetos: quien insta, la autoridad que recibe el instar y aquél contra quien se insta o pretende.

Si bien se mira, la acción procesal tiene como objeto la formación de un *proceso* y este se presenta, así, como un fenómeno inconfundible *por ser irrepetible en el mundo jurídico.*

[63] Es de toda obviedad que el *Derecho* no privilegia a la *Verdad* como un valor jurídico de máxima importancia ya que, con mirar detenidamente a la *Ley*, se advierte que los valores trascendentes son la *paz social*, con el consiguiente respeto a las reglas de convivencia, el mantenimiento de la *libertad* y el otorgamiento de *certeza a las relaciones* individuales, todo logrado con el simple acatamiento de la normativa vigente en un lugar y tiempo dados.

Si la *Verdad* fuere un auténtico valor y el más importante para el Derecho, cual lo sostiene el *activismo judicial* y, doctrinalmente, la mayoría de los integrantes de la Escuela Colombiana de Derecho Procesal, todas las instituciones legales tendrían que ordenarse lógicamente con ella para mantener un sistema coherente y comprensible. Y la simple revista de la ley procesal muestra sin más que no es así, ya que no hay compatibilidad lógica alguna entre la denodada *búsqueda de la verdad real* y la *absolución por la duda;* y el *sobreseimiento*, tanto definitivo como provisional; y la *caducidad de la instancia*; y la *prescripción liberatoria*; y la *carga probatoria*; y la *caducidad de las prueba por negligencia del oferente en su producción*; y la *congruencia procesal* del juzgador en su sentencia en función de lo pretendido, resistido y regularmente probado; y la *cosa juzgada material*; y la prohibición legal de discutir la *causa obligacional en juicio ejecutivo*, donde

Retornar ao índice

- nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se prohíbe su provocación (declaración indagatoria y absolución de posiciones, tanto en lo penal como en lo civil[64]); en la Constitución de Estados Unidos de América, de donde se toman estos derechos, se exige al mismo tiempo que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia[65]; se prohíbe la

---

sólo se acepta la excepción de inhabilidad de título pero referida exclusivamente a sus aspectos externos (y nunca a su causa); etc., etc. Pero además, y tal como luego lo sostendré en el texto, los jueces no pueden hacer lo que quieren a puro voluntarismo en cualquiera y en todo caso, pues siempre están sujetos a la aplicación de la Constitución y de la Ley; y de caducidades; y de prescripciones cuando han sido alegadas; y de preclusiones; y de requisitos de oponibilidad, de admisibilidad y de fundabilidad, que muchas veces deben ser aplicados de oficio; y de instancias de parte legitimada e interesada; y de cosa juzgada; y de litispendencia; etc., etc.
¿Cree el lector que, de verdad, la *Verdad* importa tanto en el proceso como para ser erigida en el valor fundamental a tener en cuenta por los jueces para resolver un litigio?

[64] En la Argentina, el sistema judicial de carácter inquisitivo que domina la competencia civil admite la prueba de absolución de posiciones propuesta por una de las partes contra la otra y, en algunas normativas y asistémicamente, puestas por el propio juez contra una o ambas partes. Pero es importante advertir que, en Argentina, se ha extendido dicha garantía respecto de la norma que se tuvo en mira al redactarse la Constitución. En efecto: la Quinta Enmienda de la Constitución de los EEUU limita la garantía de no ser obligado a declarar en contra de sí mismo en lo que toca *exclusivamente al proceso de contenido penal*, no al civil. En cambio, en Argentina la cláusula es de mayor amplitud, ya que no hace referencia al proceso penal. De donde si la ley no distingue, no le es dado al intérprete hacerlo. Resulta de ello que aceptar legislativamente el interrogatorio de una de las partes por juez o por la otra (en la Argentina esto se denomina *prueba de posiciones*) tal como está redactado en nuestros CPC, implica consagrar una clara inconstitucionalidad en la norma procedimental, aunque nadie haya reparado en ello todavía: y es que ambas Constituciones garantizan expresamente que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo.*
Para la total comprensión del problema que aquí muestro he de decir que es obvio que, dado el tiempo en el cual se sancionó la Constitución originaria de Argentina, la voz *obligado* allí utilizada ostentaba un contenido con mayores connotaciones que las que pueden ser extraídas de su significado técnico de *constreñir una conducta* haciendo fuerza sobre personas o cosas para lograrla. Así, es comprensiva también de las ideas que encierran los conceptos de *deber* (su incumplimiento genera una sanción) y de *carga* (la inactividad genera efectos contrarios al interés del incumpliente). De allí que el que *nadie pueda ser obligado...* implica que no haya constricción ni sanción ni aplicación de apercibimiento alguno por incumplimiento de deber, obligación o carga.
He recordado esto pues la *citación para interrogarla (o absolver posiciones)* que se hace a una parte en proceso en el cual se controvierte una pretensión no penal, se efectúa siempre con el expreso apercibimiento de tenerla por confesa –a tenor de las posiciones redactadas y presentadas por su contrario– a quien no concurra sin justa causa a la audiencia señalada al efecto. De la misma forma –y si el aceptar declarar o negarse a ello es innegable *derecho de la parte* y no obligación, deber o carga– se fuerza inconstitucionalmente la declaración del interrogado o absolvente con la sanción que los mismos códigos le imponen a su silencio en la audiencia respectiva o sus renuencia a declarar o sus respuestas evasivas: hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito. En otras palabras: citada una parte procesal para declarar, pierde automáticamente la garantía constitucional de que no puede ser *obligado a hacerlo*. En efecto: si no concurre a la audiencia, *no sólo declara sino que también confiesa* todos los hechos adversos que haya imaginado su contradictor. Y si concurre pero se abstiene voluntariamente de declarar –utilizando al efecto la misma garantía constitucional recién mentada– ocurre algo idéntico: *no sólo declara sino que también confiesa*...
¿No le parece al lector que esto es definitivamente absurdo y reñido con la estructura piramidal de la legislación de una República?

[65] No como ocurre en los países de la América inquisitorial, en los que la declaración ante el juez muestra una suerte de divertido deporte de las partes procesales, en absurda posición de

Retornar ao índice

tortura; el imputado sabe siempre de qué se lo acusa[66] y quién lo acusa[67] y quiénes son los testigos de cargo[68], y quién es el juzgador[69]; etcétera.

A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado civil (o imputado penal).

4.2. El sistema inquisitorio[70] o inquisitivo

Originariamente, fue un método *unilateral*[71] –y sigue siéndolo– en el cual el propio pretendiente, convertido ahora en *acusador* de alguien (a quien sigo llamando *resistente* para mantener la sinonimia de los vocablos utilizados) le imputaba la comisión de un delito.

Y esa imputación –he aquí la perversa novedad del sistema– *la hacía ante él mismo* como encargado de juzgarla oportunamente. Por cierto, si el acusador era quien *afirmaba* (comenzando así con el desarrollo de la serie), resultaba elemental que sería el encargado de *probarla*. Sólo que –otra vez– por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la

---

descarada mentira. Claro está, esto se hace por la simple y lineal interpretación de la garantía constitucional que establece que nadie está obligado a declarar en contra de si mismo... En rigor de verdad, lo que la garantía protege no es el hecho de mentir sino la misma citación a declarar. En otras palabras: si se piensa la Constitución, no cabe la citación procedimental para declarar!

[66] Cosa que no ocurre en el sistema judicial de enjuiciamiento inquisitorial español.

[67] Idem.

[68] Idem.

[69] No cual ocurre en los sistemas inquisitoriales en los que el juez se esconde detrás de una capucha que le tapa completamente el rostro, como ocurrió en el Perú en le época de *Sendero Luminoso*, donde actuaban los llamados *jueces sin rostro*.

[70] El método fue ideado por la Organización inquisitoria episcopal (y se mantuvo luego en la inquisición medieval o papal y en la inquisición española) como vía de investigación para llegar al perfecto conocimiento de la *verdad real*. Con ello, procuró obtener la *confesión* y el arrepentimiento del confeso pues, a la postre, se buscaba la reconciliación del pecador con la Iglesia. Sólo que se lograba por medio de la *tortura*, para ayudar al alma a arrancar el pecado de su seno, y la condena por herejía se acompañaba con la orden de absoluta expropiación de los bienes del condenado. Este método de enjuiciamiento –por supuesto, penal– estaba muy alejado en su estructura de aquél que la pacificación de los pueblos supo conquistar y que ya se presentaba con una *figura triangular* que siguió practicándose para todo lo que no fuera delito. Porque ese método era practicado por una organización conocida como *Inquisición*, pasó a la historia con el nombre de *sistema inquisitorio* (opuesto a *acusatorio*) *o inquisitivo* (opuesto a *dispositivo*). Y así se lo conoce hasta hoy.

[71] Adviértase que la idea lógica de *procedimiento*, que es la que existe en el sistema inquisitivo, requiere la presencia contemporánea de *dos personas*: aquel respecto de quien se pretende y quien pretende y, al mismo tiempo, dirige el debate y eventualmente lo sentencia. De ahí su tipificación como método unilateral: no hay quien discuta con el imputado en pie de perfecta igualdad.

Retornar ao índice

verdad de la propia imputación...[72].

Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público.

De allí que las características propias del método eran: el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto[73]; el juez era la *misma persona* que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser *oficiosa* o *propia de su oficio*) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del *accionar oficioso*); como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado[74]) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo que él sostenía que había acaecido en el plano de la realidad social; para ello, comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*; y se creyó que sólo era factible encontrarla con la *confesión*[75]; de ahí que ella se convirtió en un *medio de prueba* y, luego, en la reina de todas las pruebas (la *probatio probatissima*)[76]; y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura[77].

Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada[78].

En la actualidad, este es el método que se practica en casi toda América para el juzgamiento penal[79] y que se aplica en todas partes para lo civil con las lógicas atenuaciones del tiempo que se vive (por ejemplo, ya no puede decirse

[72] Este es el típico "proceso" penal vigente en casi toda América latina. Hasta hoy.
[73] ¿De dónde piensa el lector que deriva eso del "secreto del sumario"?
[74] Recuérdese que los jueces originarios de sistema inquisitorio eran sacerdotes.
[75] Hasta entonces un *sacramento* que posibilitaba al pecador confesar voluntariamente sus pecados a un sacerdote para obtener su absolución si se daban dos condiciones: la existencia de verdadero arrepentimiento y el firme propósito de no volver a pecar.
[76] Hasta hoy: *a confesión de parte, relevo de pruebas*...
[77] Tal como se hizo en el *Manual del Inquisidor* de BERNARDO GUY y en las *Instrucciones* de Fray TOMÁS DE TORQUEMADA.
[78] Que desde los orígenes de la civilidad empleó el método triangular, propio del sistema acusatorio.
[79] Hago esta referencia pues en varios países americanos se ha intentado poner en vigencia el sistema acusatorio (por ejemplo, Chile, Paraguay, algunas provincias argentinas, Colombia, Nicaragua, etc.) y en todas partes funciona mal pues los jueces encargados de instrumentarlo han

Retornar ao índice

que haya tortura indiscriminada en todas partes).

4.3. El sistema mixto

Comparando los sistemas descritos en los parágrafos anteriores, puede colegirse con facilidad que los conocidos como *dispositivo* e *inquisitivo* son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no se puede hablar seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado[80].

Sin embargo, gracias a la persistente vigencia en la ley de la filosofía inquisitivista de la autoridad a la cual todo esto le sirve[81] –por más de quinientos

---

sido formados profesionalmente durante muchos años en la aplicación del sistema inquisitivo y, acostumbrados a él, deforman al acusatorio a tal punto que dan órdenes a los fiscales acerca de cómo deben actuar o, lo que es peor, prueban las pretensiones de éste cuando ha sido inoperante o fallan más allá de sus pretensiones o se enredan en preguntas y repreguntas a partes, testigos y peritos ¡so pretexto de formar convicción para fallar adecuadamente el caso litigioso!
Ya me ocuparé en el texto de este gravísimo tema, que con su persistencia ha logrado que la masa del pueblo descrea del nuevo sistema ante la constante crítica que le hace diariamente el periodismo amarillo instalado en los medios masivos de comunicación.

[80] Así es como *disposición* e *inquisición* aparecen siempre en la historia judicial a la manera de poderosos partidos políticos, como bandos contrapuestos que ganan más o menos adeptos según las circunstancias, que gobiernan alternadamente, que se soportan de manera recíproca, que simulan no pocas veces que hasta pueden llegar a convivir pacíficamente. Tanto es así, que al escuchar el comentario de los autores acerca de cualquier código, es habitual que indiquen que es *predominantemente dispositivo con algunas pautas inquisitivas* o, por lo contrario, que es *fundamentalmente inquisitivo, con algunos rasgos dispositivos*.
Si se me dispensa el seguir con la metáfora política, es sencillo afirmar que, tal como acontece en esa área, se considera habitualmente –por autores y legisladores– que *disposición e inquisición* son posiciones *extremas* que, como tales, resultan negativas y disvaliosas. De allí que, desde antaño, abunden los *centristas*, embarcados en la tarea de lograr un adecuado equilibrio entre las posiciones antagónicas. No resulta difícil advertir que la tenacidad de estos predicadores ha fecundado prolíficamente en el pensamiento de los más eximios (no ex simios) procesalistas americanos: a fuerza de una empecinada reiteración, esa idea de *equilibrio*, de *saludable medio* entre los dos extremos, se ha convertido en una especie de *dogma* que hoy adoptan casi todos los ordenamientos del continente. Para constatarlo, basta con leer la *Exposición de Motivos* de la mayoría de los códigos procesales: como máxima virtud, se señala habitualmente que el respectivo cuerpo legal, "a la par que mantiene valiosas pautas dispositivas, no deja de recoger los no menos valiosos aportes del sistema inquisitivo..." En el fondo, todo un verdadero disparate.
Si bien se mira la cuestión, se presenta en la especie una suerte de *síndrome de Estocolmo*.

[81] Particularmente en lo penal. Recuérdese que *todos* los gobiernos autoritarios que hubo en la Argentina desde el año de 1930 hasta el de 1983 [me refiero a los encabezados por los Generales URIBURU (1930), RAMÍREZ (1943), FARRELL (1944), ARAMBURU (1955), ONGANÍA (1966) y

Retornar ao índice

años– hoy abundan los *códigos mixtos*, cosa que se puede ver con facilidad en lo civil: todos los códigos de América son, según los autores mayoritarios, ¡predominantemente dispositivos pero con leves atenuaciones inquisitivas…! No obstante ello –y surge sólo de la simple lectura de los anteriores párrafos– no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues *disposición* e *inquisición* son posiciones que generan sistemas de procesamiento *incompatibles* en su esencia. Por eso es que *no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto*[82].

Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación, recurro a un ejemplo cualquiera: piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de prueba de afirmaciones contradichas. Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de *facultades probatorias oficiosas*[83], otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la *verdad real* acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes[84]. En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir conforme a las pautas tradicionales en materia de prueba, recoge las ideas más

---

VIDELA (1976) y, también, por el Dr. GUIDO (tras de quien se escondían varios Generales) (1962)] derogaron la Constitución nacional o la subordinaron a *Reglamentos* y *Estatutos Revolucionarios*. Paradojalmente, en cambio, todos ellos mantuvieron vigentes las leyes procedimentales que toleraban sus actuaciones autoritarias. No se piensa, acaso, que el *secreto del sumario*, la *declaración indagatoria*, la recurrente *actuación oficiosa*, etcétera, concurrieron en alguna medida al genocidio de miles de argentinos? ¿Hubiera sido todo ello posible en un régimen procesal apegado al texto de la Constitución?
Ruego al lector dar honesta respuesta intelectual y moral a estos interrogantes. Y si se me contesta –tan sólo– que *pudo ser posible* que el método inquisitivo coadyuvara a tan atroz resultado, me daré por satisfecho con la demorada exposición hasta aquí realizada y me convenceré aún más de que siempre cabe legislar para la *generalidad de los posibles juzgadores* y no sólo para *los buenos que hoy se cuentan por montones…*

[82] No ocurre otro tanto con las *reglas técnicas* que indican cómo procesar, que pueden llegar a combinarse en el tiempo. Y hago la advertencia pues lo que vengo explicando hasta ahora no es una simple regla para instrumentar el método de debate; más que ello, es la representación en el proceso de filosofías políticas antagónicas que no pueden coexistir sino a riesgo de una simple y deplorable *incoherencia sistémica*

[83] O de *medidas para mejor proveer*, cual se las llama en Argentina, o para *mejor resolver*, cual se las denomina en Chile.

[84] Cual lo dispone en Colombia el CPC, art. 179: "Las pruebas pueden ser decretadas de oficio cuando el magistrado o el juez las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes…. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno".

Retornar ao índice

avanzadas, que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos... etc.

Afirmo que tal comentario es incoherente. Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a *cargas*, *plazos*, *negligencia*, *caducidad*, etcétera, en materia de ofrecimiento y producción de la prueba?

¿Por qué se ha llegado en la historia al sistema mixto? A mi juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó la actuación de la *Inquisición española* durante más de *quinientos años*, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (recuérdese que nuestra asignatura es actualmente denominada en muchas partes como *derecho jurisdiccional)*. Además, toda la doctrina procesal publicada en el continente desde los años '50 del siglo pasado en adelante ha contribuido grandemente a ello pues con su lectura y estudio se han formado quienes enseñan la asignatura hasta ahora en las diferentes autoridades de América. Incluso quien esto escribe[85].

Finalmente: en la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil, a pesar de contar con un proceso penal de corte acusatorio que, sin ser comprendido por sus operadores, es aplicado por jueces con cultura inquisitiva. Exactamente igual que lo que acaece en Nicaragua y en gran parte de Chile. A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de revertir tal estado de cosas y, para eso, esta obra. Y ello por simples y obvias razones: los

[85] Todo esto se debe a la influencia doctrinaria que tuvo en América la editorial EJEA (*Ediciones Jurídicas Europa América*) que, durante muchos años, se dedicó a traducir al castellano lo más granado de las obras del procesalismo italiano y alemán. Y todos los americanos abrevamos en ellas y nos convencimos de sus bondades, sin darnos cuenta –hasta hace muy poco tiempo, FRANCO CIPRIANI mediante– de que todos los autores traducidos glosaban o la ley nazi del ´37 o la ley fascista del ´40.

Retornar ao índice

constituyentes de 1853 normaron para la Argentina en función de la dolorosa historia vivida en el país hasta entonces, tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y las aberraciones del pasado. Buena prueba de ello se encuentra en los artículos 29[86] y 109[87].

Acorde con textos constitucionales vigentes en la época, reitero que la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser más clara, más pura, ni puede concebirse más libertaria: acordaron la *igualdad ante la ley*[88], remarcaron la *inviolabilidad de la defensa en juicio*[89], establecieron el principio del *juez natural*[90] y el del *estado de inocencia*[91], prohibieron la *condena sin juicio previo*[92] fundado en *ley anterior*[93] al hecho que motivó el proceso, etc.[94]

Dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era –y es– un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta

---

[86] *CN arg*, *art. 29*: "El congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni la *suma del poder público*, ni *otorgarles sumisiones* o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

[87] *CN arg*, *art. 109:* "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

[88] *CN arg*, *art. 16:* "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes *son iguales ante la ley* y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".
Igual la *CP col*, *art. 13*: "Todas las personas nacen libres e *iguales ante la ley."*

[89] *CN arg*, *art. 18:* "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho del la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. *Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos…*".

[90] *CN arg*, *art. 18*, ya transcrito *supra*.
Similarmente, la *CP col*, *art. 29*: "… Nadie podrá ser juzgado sino… ante Juez o Tribunal competente…"

[91] *CN arg*, *18*, ya transcrito *supra*.
Similarmente, la *CP col*, art. 29: "… Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable…"

[92] *CN arg*, *18*, ya transcrito *supra*.
Similarmente, la *CP col*, esencia misma del *art. 29*.

[93] *CN arg*, *18*, ya transcrito *supra*.
Similarmente, la *CP col*, art. 29: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes…"

[94] *CN arg*, *18*, ya transcrito *supra*.
Mucho más explícita y plausible es la *CP col*, en su *art. 29*: "… En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. .. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento… Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso…"

Retornar ao índice

ahora: fenómeno jurídico que enlaza a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de *igualdad* y el otro en la de imp*arcialidad* (lo cual ocurre *exclusivamente* en el sistema dispositivo o acusatorio).

De ninguna manera creo que pueda afirmarse, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías constitucionales recién enunciadas rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de nuestro proceso penal hasta hace poco tiempo) pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez *es juez y parte* al mismo tiempo[95].

Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une sólo a dos sujetos: al juez-acusador y al reo.

Insisto reiterativamente y a riesgo de producir hartazgo en el lector: no obstante tal afirmación, que no puede ser desvirtuada con razonamiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política o caprichosa), la antigua vocación por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador argentino lo ha llevado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan *per se* la vigencia del *debido proceso* al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica –indebidamente– la denominación de *procesos*. Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

Cosa similar ha ocurrido inexplicablemente en otros lugares, cual Colombia, país que honra a la *libertad* como uno de los máximos valores

[95] Y esto está prohibido desde la Ley de Partidas.

Retornar ao índice

constitucionales. En rigor, es el derecho más importante luego del derecho a la vida[96].

5. QUÉ ES EL *DEBIDO PROCESO*

Desde el siglo pasado la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso concebido como *método de discusión* y no como *medio de investigación* aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, sólo algunas cartas políticas del continente incluyen la adjetivación *debido*, en tanto que en otras la norma se concreta a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*, cual lo hace la Constitución de Chile.

El origen generalmente aceptado de la palabra *debido*[97] se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales[98] y de allí passa

---

[96] La primera norma referida a la *persona humana* en la CP de Colombia se encuentra en el Capítulo I (*De los derechos fundamentales*) del Título II (*De los derechos, las garantías y los deberes*) es la contenida en el art. 11: "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte" en claro homenaje que pocas Constituciones brindan en el continente al *hombre*, recipiendario final de la normativa constitucional. Tanto es así, que el art. 12 establece que "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Y el art. 13: "Todas las personas... recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica" (a tenor de lo dicho *supra* en la nota 3, parece que esto no se respeta adecuadamente en el mundo académico, particularmente en el procesal). Y en el art. 17 se reitera innecesariamente la idea: "Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas".

[97] La palabra *debido* es la traducción que se ha impuesto en América latina de la voz *due* utilizada a partir de la Carta Magna de 1215. Pero *due* quiere decir más cosas en la lengua inglesa: junto con otros significados que nada tienen que ver con el tema, también es *merecido, adecuado, suficiente, esperado, aguardado, correspondido*. Y también, *derechos*. Y parece claro que todos ellos se entienden mejor que la palabra *debido*. Es dable destacar acá que la Constitución argentina no utiliza el sintagma *debido proceso* sino que ha cambiado su uso por la frase *es inviolable la defensa en juicio*, mucho más comprensiva y decidora de este derecho-garantía que se espera del Estado.

[98] Su texto dice en su parte pertinente que no podrá "someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial".

Retornar ao índice

con diferentes denominaciones al grueso de las Constituciones americanas. Tal vez por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente:* y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el cual –por ejemplo–- se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de todos los máximos tribunales de América hispanoparlante[99].

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia constitucional de varios países, podría decirse que el debido proceso: supone el *derecho a la jurisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia[100], implica el *libre acceso* al tribunal, y la *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada), y el logro de una *tutela judicial efectiva*; la determinación previa del *lugar del juicio* y el *derecho del reo de explicarse en su propia lengua*; comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *procedimiento eficaz y sin dilaciones*, adecuado a la *naturaleza del caso justiciable* y *público*, com

---

Este mandato figura nuevamente en el texto de la 14ª Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados confederados) donde se utilizan palabras similares: "...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertado la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico". Ya he dicho en nota anterior que, en la Argentina, la norma constitucional es más decidora e importante pues declara el derecho a la *inviolabilidad de la defensa en juicio*. Y es *inviolable* lo que no puede ser violado (desobedecido, incumplido, quebrantado o profanado).

[99] Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en frase de distinguido magistrado que, para definir al proceso, afirmaba en el año de 1951: "A diferencia de algunas reglas jurídicas, el debido proceso no es una concepción técnica con un contenido fijo, sin relación al tiempo, al lugar y a las circunstancias imperantes, pues la noción de *debido proceso* no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de Justicia entre hombre y hombre y, más particularmente, entre hombre y gobierno, el debido proceso está constituido de historia, de razón, del curso pasado de las decisiones y de la profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos". Retóricamente, la frase es bellísima. Técnicamente, no sólo dice *nada* sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal. La actitud no es aislada: ya he referido que prestigiosa doctrina de este siglo ha definido al proceso como *drama* o como *misterio* o como algo que *se sabe exactamente dónde está pero no qué es*.

[100] Lo que viene a querer significar la afirmación contenida en la *Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* de 1948: "Toda persona tiene el derecho de ser oída en plena igualdad, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones".

Retornar ao índice

asistencia letrada eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Específicamente en cuanto a la *prueba*, comprende el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes y el de que el juzgador se *atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado* en las actuaciones respectivas.

En cuanto atañe a la *sentencia*, comprende el derecho de que sea dictada por un *juez objetivo*, *imparcial e independiente*, que emita su pronunciamiento en forma *completa:* referida a *todos* los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable, *legítima:* basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales, *lógica:* adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común, *motivada:* debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso y *congruente:* debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes.

La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como *arbitraria*, cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas* inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia. Y así, *una sentencia es arbitraria* cuando: no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o decide acerca de cuestiones no planteadas, o contradice constancias del proceso, o incurre en autocontradicción, o pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o el juez se arroga en ella el papel de legislador, o prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o aplica normas derogadas o aún no vigentes, o da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o prescinde de prueba decisiva, o invoca jurisprudencia inexistente, o incurre en excesos rituales manifiestos, o sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, o incurre en autocontradicción, etc.

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además,

Retornar ao índice

son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de *debido proceso*, resulta más fácil sostener que es aquél que *se adecua plenamente a la idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie *de perfecta igualdad en el instar* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, impartial, imparcial e independiente). En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus propios principios, tal cual lo he explicado precedentemente y mediante el cual opera y puede operar el sistema acusatorio. Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

Conforme lo sostenido precedentemente, ya puedo afirmar que la idea constitucional de *debido proceso* se encuentra única y exclusivamente en el *sistema acusatorio* por la clara concepción que allí se hace del *principio de imparcialidad*, tal he explicado con detenimiento *supra*. De la misma forma, puedo afirmar que el *sistema inquisitorio* no permite la existencia del *debido proceso* pues funciona a base de puras reglas y sin la presencia de los principios esenciales que hacen que el procedimiento sea sólo eso y no un verdadero proceso.

La flor y nata de la filosofía del *activismo judicial* en la América latina no comparte esta afirmación y, antes bien, sostiene que el procedimiento inquisitorial es *verdadero proceso* y, como tal, suficiente garantía constitucional. Si bien se mira, se advertirá fácilmente que ambas posiciones antagónicas difieren en la concepción de la imparcialidad judicial, pues el activismo la finca sólo en la subjetividad propia de la persona del juez y no en la objetividad de sus atributos funcionales. Y ello torna inconciliables las posiciones doctrinales que sostienen ambos movimientos, tal como se verá en el Capítulo siguiente.

Resta agregar ahora que cosa similar ocurre en el país señero en esta materia: Colombia, particularmente a raíz de textos expresos de numerosas sentencias de la Corte Constitucional que se hacen eco de dos circunstancias

Retornar ao índice

que son propias de la Carta Política del país y que no se repite en algunas otras Constituciones del continente, aunque en general se va hacia eso[101].

La primera la encuentro en la declaración solemne que contiene el artículo 1º: "Colombia es un Estado *social* de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

La segunda se halla en la norma contenida en el artículo 228: "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. *Las actuaciones serán públicas* y permanentes con las excepciones que establezca la ley *y en ellas prevalecerá el derecho sustancial*…"

Uniendo ambas normas, y dado que se trata de un Estado *social y solidario*, se ha sostenido que en todas las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho de fondo, *no el procesal*.

Creo que en la interpretación que se ha dado a la conjunción de ambos textos se halla el origen del indudable activismo colombiano que, estando a lo que dicen los abogados que lo sufren[102], se encuentra en caótico estado de imprevisibilidad y de notable inseguridad jurídica.

Y es que en un Estado social de Derecho, so pretexto de la solidaridad de los jueces con la gente de a pie que ocurre a sus estrados, se han impuesto el deber de defender personalmente a los mal defendidos, de igualar a las partes desiguales en riqueza, en conocimiento, etc. supliendo las defensas de los defensores letrados ignaros, etc. A tal fin, y en clara actuación oficiosa, hacen

[101] País éste que tiene una codificación procesal civil a la cual miran como ejemplo los codificadores argentinos. Particularmente los mendocinos. Y así les va con el resultado, a juicio de la abogacía seria y sabedora…

[102] Que no es mi caso, por cierto. Yo abogo sólo en la Argentina y en el Paraguay: en ambos países la Justicia es realmente insufrible y, tal como lo señalo en el texto, aparta de su seno a la abogacía seria que todavía queda. De ahí que no conozco personalmente lo que afirmo en el texto, Pero he hablado hasta el hartazgo del tema con decenas de letrados importantes que mantienen siempre la misma y recurrente queja: los jueces no son previsibles y cada día que pasa es mayor el caos jurídico que ello genera.

Retornar ao índice

todas las cosas propias de las partes: afirman hechos, los prueban, alegan, cautelan derechos, etc. Pero además, con la mira puesta en los derechos que otorga la legislación de fondo: civil, comercial, etc., lo hacen con total prescindencia de que se hayan alegado o probado en el proceso por las propias partes interesadas.

En la Argentina, la Constitución de la Provincia de Córdoba dice textualmente en su art. 1°: "La Provincia de Córdoba, con los límites que por derecho le corresponden, es parte integrante de la República Argentina, y se organiza como *Estado Social de Derecho*, sujeto a la Constitución Nacional y a esta Constitución…" Y nunca a nadie se le ha ocurrido hacer la interpretación que de un texto similar se hace en Colombia o en Brasil. En otras palabras: la solidaridad no es un sentimiento[103] que manejen los jueces con las partes litigantes ante sus estrados, a quienes deben dar un trato igual ante la ley por expresa manda constitucional.

Finalmente: la prevalencia del derecho sustancial en un texto normativo que da por sentado el absoluto respeto al *debido proceso*[104], no puede significar otra cosa que los jueces no deben fallar en *equidad* sino con estricto apoyo en la ley sustancial. Con ello descarto que la norma citada pueda interpretarse en el sentido de que la ley sustancial debe prevalecer frente a los efectos propios de las conductas positivas o negativas de las partes en su propio proceso pues, de ser así, la norma del art. 228 es incoherente con la contenida en el art. 29, ambas de la Constitución Política de Colombia[105].

6. QUÉ ES EL GARANTISMO PROCESAL

Ya creo estar en condiciones de referir al tema, lamentablemente bastardeado hasta el cansancio por el periodismo amarillo que se ha adueñado de los sistemas de justicia de nuestros países e insiste en aconsejar a los jueces

[103] Entendido como adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros.
[104] Tanto, que da por sentado su significado y contenido.
[105] De donde podría resultar la inconstitucionalidad de la propia Constitución por incongruencia sistémica interna en su contenido normativo.

Retornar ao índice

cómo deben actuar en sus respectivos juzgamientos, tanto en lo civil cuanto en lo penal.

Y, muchas veces con supina ignorancia, les reprocha dura y públicamente si hacen lo contrario, sin advertir que ellos no pueden apartarse sin más, con alegría y sin consecuencias personales disvaliosas, de la normativa constitucional, de la de los Pactos que integran el bloque constitucional y de las leyes vigentes. Y todo ello no es bueno para la salud de la República[106].

Insisto en esto: es por todos conocido que la justicia mediática que se ha impuesto en nuestro tiempo por la recurrente y tenaz actuación de alguna prensa interesada y de ciertos programas televisivos de inexplicable vigencia en un país que se dice culto, ha originado en la población una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) –sostenida por numerosos medios de información[107]– que pregona la necesidad de castrar al violador, de matar al homicida, de cortar la mano del ladrón, de aumentar las penas de los delitos de moda, de hacer que no haya excarcelación alguna, etc., mostrando con ello una clara confusión de los operadores que mezclan conceptos de política criminal con los propios del proceso judicial.

Ya se sabe que esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*[108] y éste, a su

---

[106] Desde hace años, los argentinos nos llenamos la boca hablando de democracia sin advertir que la palabra sólo refiere, en esencia, al *origen del poder*, y que lo que verdaderamente importa es la idea de *república*, donde hay separación de funciones e intercontrol de poderes. Y la Argentina, mal que le pese a algunos políticos actuales, es *república* por expresa manda constitucional. Igual ocurre en Colombia, cuyo artículo 1 constitucional declara que el país está "…organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista…". ¿Qué otra definición más puede pedirse al respecto?

[107] Convertidos hoy en jueces definitivos de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial cuyos pronunciamientos, además, condicionan gravemente.

[108] Ser *solidario* es mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás.
La noción se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla al victimario.
Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos. Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata -nada menos- que de

Retornar ao índice

turno, del *solidarismo* o *decisionismo*[109] *judicial*, y que se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles* y a la par más *piadosos*, más *comprometidos con su tiempo* y decididos a *vivir peligrosamente*[110], con la Verdad y con la Justicia.

Gracias entonces a la recurrencia de ese periodismo de barricada y mostrando una filosofícula *progre* y *light* a la cual se ha sumado inexplicablemente importante número de procesalistas, se ha entendido que la palabra *garantismo* representa cosa anómala, perversa y extravagante, pues se afirma con insistencia que con sus postulados sólo se intenta dejar prontamente en libertad a los más crueles y desfachatados facinerosos que, según los críticos deberían estar presos de por vida como ejemplar escarmiento. Y si es sin sentencia, ¡mejor[111] [112]!

Nada de ello es exacto: como movimiento filosófico que en definitiva es, lo que el *garantismo* pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico. Los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales[113].

---

ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera. Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

[109] Se conoce como *decisionismo* a la misión que cumple el movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

[110] Esta frase, tan repetida actualmente en el procesalismo proclive a instaurar un fuerte decisionismo judicial en la Argentina, pertenece en rigor de verdad a BENITO MUSSOLINI y fue dicha en una arenga a sus *camisas negras* que, cantando *La giovinezza*, se lanzaban a tomar Etiopía...

[111] Gracias a la constante prédica del ILANUD, se sabe que el 60% de los presos en las cárceles de América latina está allí sin sentencia y preventivamente... Y aterra pensar que, para mucha gente, el derecho penal siempre es cosa de *los otros*, nunca de *nosotros*.

[112] Hasta se ha llegado a decir en algún medio televisivo que la máxima aspiración garantista es colocar una puerta giratoria en la entrada de las comisarías de policía para que los detenidos puedan salir de la prisión aprovechando el mismo envión de entrada...

[113] Que es precisamente lo que el juez jura hacer cuando es investido del cargo. En mi larga vida en el Poder Judicial, nunca he jurado *hacer justicia* ni *buscar la verdad* en el proceso sino "respetar y hacer respetar la Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten"...

Retornar ao índice

Se colige de lo expuesto que el garantismo se muestra antagónico con el *solidarismo judicial* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*; tampoco pretende que no haya presos sino que los que lo estén se encuentren en esa calidad por razón de una sentencia judicial[114]). Y es que el *proceso judicial* es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales desconocidos por cualquiera persona –comenzando por el de *libertad*– y, muy particularmente, por la propia autoridad, con la cual el individuo puede igualarse jurídicamente sólo en el proceso, ya que allí hay un tercero que le otorga un trato absolutamente igualitario desde su propia imparcialidad. De ahí el nombre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*).

Esta afirmación luce como particularmente cierta y exacta en nuestra Constitución. Si bien se leen sus *declaraciones*[115], *derechos*[116] y las *garantías*[117], se advertirá de inmediato que la máxima –y yo diría que única– garantía es el *proceso*.

Pero es obvio remarcar a esta altura de los conocimientos de la ciencia procesal, que las demás *garantías* tienen también –y todas– naturaleza y esencia de *proceso*. En efecto: no otra cosa es el *hábeas corpus*, el *amparo* y el derecho de *petición a la autoridad judicial*. Y cabe destacar que sólo por alguna de tales vías pueden operar efectivamente los derechos que la propia Constitución *garantiza* en todo su articulado.

La voz *garantista*, o su sucedáneo *garantizador*, proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y Razón* y quiere significar que por encima de la *ley* con minúscula está siempre la *Ley* con mayúscula (la

---

[114] Ya he afirmado antes de ahora que la *prisión preventiva* nada cautela y que, en esencia, constituye lisa y llanamente un *adelanto de pena*. Y es que no hay argumento válido alguno que permita encarcelar *por las dudas* y por más de 36 horas (CP col, art. 28) a un ciudadano a quien la CP col *presume inocente mientras no se lo haya declarado judicialmente culpable* (art. 29).

[115] Son *declaraciones constitucionales* aquellas formulaciones de carácter solemne que se erigen como principios esenciales del orden jurídico creado.

[116] Son *derechos constitucionales* todos los atributos, facultades, prerrogativas y libertades que el Estado (en rigor, el poder) reconoce a cada uno de los individuos que lo componen.

[117] Son *garantías constitucionales* todos los medios e institutos de seguridad jurídica otorgados a favor de los individuos para que ellos puedan lograr el reconocimiento efectivo de un derecho vulnerado en un momento dado.

Retornar ao índice

Constitución). En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica.

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la *Justicia*, la *Verdad*, el *compromiso del juez* con su tiempo, con la sociedad, con el litigante mal defendido por su joven o ignaro novel abogado, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad? Pero no se trata de abandonar o de sustituir esas banderas para siempre sino –así de simple– de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretendían un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban...!)[118] [119].

Cosa similar ha ocurrido en Mendoza. El Código Procesal Penal vigente instauró el sistema acusatorio de enjuiciamiento para el fuero penal, en el cual existe cara prohibición de toda actividad probatoria para el juez. Resulta así clara la incoherencia del sistema procesal: en tanto prohíja la prueba oficiosa en materia civil la prohíbe terminantemente en materia penal[120].

Para finalizar, reitero: el *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de

---

[118] Hay autores que ironizan con esta afirmación y me imputan que, con ella, pretendo instaurar la mentira y la injusticia en el proceso. Nada más alejado de la realidad. Lo que afirmo es que el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia -que siempre ha de procurar- no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar todos los jueces, que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución y en la Ley y, con ello, posibilitar el mantenimiento de la paz en la convivencia social.

[119] Recuerde el lector que la Inquisición española, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer Justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera...

[120] ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, que habitualmente sí maneja derechos disponibles, *no sólo* puede *sino que* debe *salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales?* Un simple ejemplo ayudará a comprender el problema: supóngase la comisión de delito de secuestro de mujer menor seguido de su violación y de su muerte cruenta: conforme la ley procesal penal, el juez tiene absoluta prohibición de investigar oficiosamente. Supóngase ahora que un vecino compra a otro una docena de huevos y no se la paga. Por eso demanda el cobro del dinero correspondiente: en este caso, el juez no sólo *puede* sino que tiene el *deber funcional de investigar* y de probar de oficio todo lo relativo a la existencia del contrato y al cumplimiento de las obligaciones de ambos contratantes. ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

Retornar ao índice

sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –insisto en que comprometidos *sólo con la ley*– declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos. Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas de enjuiciamiento que ya he mencionado antes: *inquisitivo* y *dispositivo*, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En efecto: reitero acá que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*; a tal punto, que se ha llegado al glorioso extremo de sostener algún autor la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante –sin escuchar previamente a aquél contra quien se dirige la pretensión (¿!) y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida contra él– le parece que quien pretende tiene directamente la razón (se habla de la existencia de *indicios vehementes*...). Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársela sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas autosatisfactivas*). En cambio, los procesalistas penales –que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)– exigen cada día con más fuerza que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En fecha relativamente reciente –1998– ha comenzado la vigencia de un nuevo código procesal penal en la Provincia de Buenos Aires que, enrolado en un claro sistema acusatorio, ha logrado que su interpretación casatoria *prohíba bajo pena de nulidad que el juez decrete oficiosamente medios de prueba!* Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil*, se *civiliza cada vez más el proceso penal*....

Retornar ao índice

La trascendencia de la elección garantista es obvia en nuestro mundo y, particularmente, en la asignatura procesal: hay temas estudiados en ella que son eminentemente técnicos (preclusión procesal, por ejemplo) en tanto que hay otros que son decididamente políticos (si los jueces *pueden o no*, por ejemplo). Y todo lo político tiene que ver con el ejercicio del *Poder*, condicionado desde siempre por un cúmulo de factores conocidos: la economía, la sociología, el derecho, la iglesia, las fuerzas armadas, los sindicatos, los medios de comunicación, etc., etc.

Todos ellos son medianamente controlables, cual se ha comprobado en la Argentina en las últimas décadas. Pero aceptar sin más un nuevo factor desconocido hasta hace poco –el solidarismo judicial– parece realmente peligroso para la vigencia de la República pues, sosteniéndose al socaire de la interpretación de la ley, es materialmente imposible de controlar por inexistencia de órganos con competencia fijada al efecto.

Ya sufriendo en nuestros países el fenómeno desvastador que ha dado en conocerse como *globalización*, nos encontramos inmersos en un nuevo estatismo imperialista diferente a los conocidos hasta ahora: *el del dinero*, notablemente más importante que el del puro abuso de la fuerza sin lógica.

Y la tranquilidad ciudadana, al amparo de las garantías prometidas desde la Constitución, no puede aceptar despreocupadamente la existencia de un factor incontrolable que puede llegar a poner en juego nada menos que el valor *libertad*. De ahí la importancia de conocer el tema, a lo cual aspira contribuir el texto de este trabajo.

7. QUÉ ES EL *ACTIVISMO JUDICIAL* DESDE LA ÓPTICA GARANTISTA

Es indudable que la Justicia de América se encuentra en gravísima crisis: el número de jueces y de funcionarios existentes en las plantas de personal de los diversos Poderes Judiciales no se corresponde con la magnitud del trabajo que deben cumplir diariamente[121]; la crisis es persistente por coexistencia de un

[121] Y ello ocurre desde hace añares.

Retornar ao índice

cúmulo enorme de causales[122] que muy pocos académicos han logrado adecuadamente, que los jueces en general ignoran o hacen la vista gorda y nadie

[122] En la actualidad se asiste a un fenómeno complejo que se presenta en todas las latitudes y que se denomina universalmente *crisis de la justicia*. Tal como lo he señalado en *El debido proceso de la garantía constitucional*, estas causas pueden agruparse convenientemente con diferentes ópticas:
a) orgánicas: Porque estoy convencido de que la crisis judicial es consecuencia de la asistemicidad de su funcionamiento, creo importante remarcar entre ellas a: 1) la defectuosa regulación de la actuación del Poder Judicial por parte de las leyes que lo reglamentan; 2) la notable incoherencia que existe entre las leyes procesales heredadas de España y la Constitución argentina, que sigue el modelo norteamericano; 3) la ausencia -hasta hoy- de un adecuado sistema de designación de jueces, que muy lamentablemente, no ha sido mejorada por la existencia de *Consejos de la Magistratura*; 4) la defectuosa regulación de la competencia judicial; 5) la existencia de excesivos grados de conocimiento; 6) la inexistencia de juzgados que entiendan eficientemente en los litigios de menor cuantía, solucionándolos expeditamente; etc.;
b) normativas: entre ellas pueden ser mencionadas: 1) la defectuosa regulación procedimental de elevado número de tipos de juicio; 2) la falta de comprensión por el legislador de lo que es un *debido proceso* como objeto de una instancia bilateral (y, a raíz de ello, la normal ruptura del principio de igualdad de las partes procesales; la instauración del deber legal de búsqueda de la verdad real; la indebida regulación de los principios procesales, confundidos con las reglas de procedimiento; la falta de definición coherente de las funciones del juez y de las de las partes, etcétera); 3) la existencia de elevado número de tipos procedimentales y la enorme disimilitud de plazos procesales, defensas oponibles y medios de impugnación existentes en cada uno de ellos;
4) el deficiente manejo de la oralidad en su adopción sólo por tribunales de instancia única; 5) la excesiva duración de los trámites de todo procedimiento; 6) la excesiva intervención del Ministerio Público en asuntos que esencialmente no le conciernen; 7) la aplicación del principio de legalidad en materia penal, con una política criminal marginada del tiempo que se vive; 8) la hiperinflación legislativa que, para colmo, contiene normas oscuras, mal redactadas y sin técnica específica suficiente y generadoras de *microsistemas legales*, cuyo articulado o lógica interna contradicen al sistema general y se convierten en *cuerpos extraños*, obligando a la tortura de interpretaciones contradictorias, creando dudas respecto de la legislación realmente aplicable a un caso y posibilitando infinitos planteos de inconstitucionalidad; etc.;
c) sociológicas: cabe mencionar a: 1) la existencia de una justicia posmoderna *light*, de tipo utilitario; 2) la notable influencia en la sociedad de los medios televisivos, lo que ha generado un inusual *vedettismo* judicial; 3) la falta de ejemplaridad de la conducta de algunos jueces; 3) la inadecuación del sistema legal con lo que hacen sus destinatarios; 4) la existencia de demasiados abogados, con notable caída del nivel académico profesional generado por una permisiva obtención de títulos académicos que permiten, sin más, el total ejercicio de la abogacía; 5) la falta de credibilidad del pueblo en general en su judicatura, con la plena certidumbre de los particulares de que no comparecen ante los tribunales *iguales en poder* sino *desiguales en su poder económico y político*; 6) idéntica falta de credibilidad respecto de los abogados, muchos de los cuales practican impunemente la utilización de inconducta procesal maliciosa; 7) la adopción en las sentencias de un lenguaje críptico y esotérico, que las hacen incomprensibles para sus verdaderos destinatarios y, muchas veces, su inusual extensión (en ocasiones, más de cien hojas y, algunas, ¡con citas de autores franceses del siglo 19!); 8) la ausencia de control de los jueces por parte de sus superiores; 9) la excesiva litigiosidad actual; 10) el excesivo coste del servicio judicial; 11) la falta de contracción al trabajo de muchos funcionarios judiciales; 12) la intromisión de muchos jueces en cuestiones de específica competencia de otros poderes del Estado; etc.;
d) económicas: cabe mencionar: 1) la endémica reducción presupuestaria del Poder Judicial, con la consiguiente carencia de adecuada infraestructura; 2) la carencia de completa y adecuada informatización del movimiento de expedientes; 3) el escaso material existente en la generalidad de las bibliotecas de los tribunales, 4) la permanente escasez de personal y el mantenimiento de estructuras básicas prácticamente similares a las que estaban en vigencia en el año de 1930; 5) la excesiva desproporción entre la cantidad de asuntos justiciables que ingresan cada año judicial y el número de jueces existentes para resolverlas; 6) el mal aprovechamiento de los presupuestos

Retornar ao índice

de los Poderes Judiciales, destinados en enorme proporción a sufragar sueldos y no para hacer inversiones de base; etc.;
e) políticas: cabe mencionar: 1) la permanente comprobación de que el Poder Judicial no actúa como un verdadero *poder de control* de los demás Poderes del Estado; 2) el recurrente sometimiento financiero que le imponen al Judicial los otros dos Poderes mediante la reducción presupuestaria a límites intolerables; 3) la notable injerencia de los poderes políticos en el sistema judicial mediante los más variados artilugios a partir de la designación de jueces y funcionarios menores; 4) el desajuste interno del Poder por la influencia de los medios de comunicación; 5) los excesivos problemas gremiales que se han dado en las últimas décadas; 6) los diversos problemas aislados que afectan a la estructura del Poder: falta de utilización de los mecanismos de control, sanción y exclusión por parte de los Tribunales superiores respecto de los jueces y funcionarios inferiores; el recurrente y endémico problema que genera la designación de parientes y afines de los jueces en las distintas oficinas judiciales, creando las imaginables situaciones de tensión y de compromiso (este problema ha sido denunciado recientemente en valiente obra titulada *La sagrada familia*, publicada en Córdoba respecto de la justicia federal de esa provincia); la recurrente designación de funcionarios judiciales afines políticamente al partido de turno en el gobierno; la atribución legal de tareas de superintendencia a jueces en actividad que no se hallan preparados al efecto y que, con ello, logran grave resentimiento de la eficiencia de sus labores específicamente judiciales; etc.;
f) culturales: cabe mencionar: 1) la escasa preparación jurídica de muchos jueces, que ingresan muy jóvenes y sin base suficiente al Poder Judicial; 2) la pertinaz y antigua negativa de las autoridades políticas y judiciales de crear y organizar una verdadera *Escuela Judicial* cuyo tránsito sea obligatorio para ingresar, ascender y permanecer en los cuadros del Poder; 3) la insuficiente preparación de los abogados en las Universidades en general, en las cuales no se enseñan asignaturas propias y específicas de la función: redacción de sentencias, control de eficiencia en la gestión judicial, dirección de personal, etc.; 4) la carencia de cursos obligatorios y periódicos de actualización profesional para jueces y funcionarios; 5) el marcado desinterés de los magistrados en general para lograr una adecuada preparación en sus menesteres específicos; 6) la falta de capacitación de funcionarios menores y empleados; 7) la evidente falta de formación educativa de la ciudadanía en general, que la hace carecer de conocimientos respecto de cómo debe funcionar republicanamente el Poder Judicial, etc.;
g) burocráticas: cabe mencionar: 1) existencia de demasiadas oficinas que se retroalimentan con el cruzamiento de los más diversos trámites; 2) cada juzgado actúa como unidad única de gestión, repitiendo y multiplicando al infinito la misma función del juzgado que está al lado; 3) la notable pérdida de la eficiencia en el expedienteo judicial; 4) el predominio de la labor de la oficina por sobre la labor personal del juez; 5) la notable delegación en funcionarios inferiores de las tareas que le competen al juez con carácter exclusivo; 6) la ineficacia final que genera la tarea de controlar todo lo delegado; 7) la recurrente distribución deficiente de los recursos humanos, etc.
A todas ellas agrego hoy la exagerada actividad inquisitiva que practican todos los jueces al tiempo de *procesar*, ocupándose de un cúmulo de cosas cuya efectivización conspira grande y definitivamente contra la eficiencia del servicio.
Sin pretensión de exhaustividad, véanse algunas de las cosas que se le exigen cumplir al juez en el ejercicio de su tarea de dirigir y llevar adelante un proceso para que las realice puntualmente y, todas, dentro de las seis horas que, en general, atiende al público. Para ello, clasificaré sus diferentes actividades a fin de relacionarlas con lo administrativo, lo impositivo fiscal y parafiscal y lo judicial propiamente dicho; esta última, la referiré en cuanto al fondo del litigio mismo, en cuanto a los hechos controvertidos, en cuanto al trámite de la prueba, en cuanto a la conducta de las partes y de sus letrados y en cuanto a la sentencia que pone fin al pleito. Así, entonces, *todo* lo que debe hacer un juez durante *todos* los días de *toda* su vida profesional
1) *en lo administrativo:* en primer término, debe ser el natural *administrador de su Juzgado*, con todo lo que tal actividad conlleva y el tiempo que se pierde en la gestión, que no es sencilla; como es materialmente imposible despachar personalmente todas las peticiones que le presentan los interesados, debe delegar gran parte de su tarea de *proveer* los escritos judiciales, generando así una nueva función que no puede obviar so capa de incurrir en eventual responsabilidad personal: *supervisar el despacho diario que ha preparado el personal inferior*; debe *hacer las estadísticas* que cada vez en mayor número le exigen los superiores jerárquicos a los más diversos efectos;

Retornar ao índice

quiere -por las más variadas razones- enfrentar seriamente y, en su caso, revertir[123]; ha crecido desmesuradamente el índice de litigiosidad, tanto en lo civil[124] como en lo penal; en numerosos países se exhibe una clara y a veces

---

además, debe *ejercer el poder disciplinario* sobre su propio personal; etc.;
2) en lo impositivo fiscal: por expresa disposición legal y bajo las más severas penas y responsabilidades personales, el juez *debe controlar el pago de los sellados, tributos o impuestos* que gravan toda la actividad procesal y, a veces, debe actuar como *agente cobrador de ellos*; etc.;
3) en la *tributación parafiscal*: debe controlar el puntual pago de los honorarios de los profesionales intervinientes en todos los expedientes de su respectivo Juzgado y de los aportes a las Cajas Previsionales; etc.;
4) en lo judicial: 4.1) *en cuanto al fondo del litigio:* debe *ser conciliador* de las partes litigantes en un sinnúmero de asuntos justiciables y, algunas veces, *mediador* entre ellas, proponiendo fórmulas de avenimiento al efecto; 4.2) *en cuanto a los hechos controvertidos:* debe *investigar la verdad de lo ocurrido* y, además, debe *probarlos personalmente* o encauzar su prueba. Para esto, 4.3) *en cuanto al trámite de la prueba*, debe *definir los hechos a probar* y establecer su *procedencia probatoria* y su *conducencia* o *pertinencia probatoria*. Además, *presidir las audiencias de prueba* y *estar presente durante todo su desarrollo;* y allí, *interrogar personalmente a las partes y a los testigos*, formulando las preguntas del caso o modificando las propuestas por las partes y *ordenar los careos que fueren menester*; y *ordenar puntos de pericia*; 4.4) *en cuanto a la conducta de los litigantes durante todo el trámite procesal* debe *vigilar la moral de las partes* procesales y de sus letrados y, eventualmente, *sancionarlos* mediante decisión adecuadamente fundada pues será materia de impugnación; etc.;
5) al momento de sentenciar debe *ser justiciero* en el reconocimiento de la pretensión deducida y, para lograrlo, es necesario que se *involucre espiritualmente en el contenido del pleito* y, además, debe *regular los honorarios de todos los profesionales intervinientes* y, en cualquier momento, debe *cautelar bienes, personas y derechos*, etc.
Por si todo esto fuera poco, se le encomienda además administrar los bienes involucrados en todos los juicios universales que tramitan ante él, autorizar matrimonios y la inscripción de ciertos nombres y de nacimientos que no se inscribieron oportunamente ante el Registro Civil, así como otorgar tutelas y curatelas, etc., etc. Y, finalmente, deben atender cordialmente a los litigantes que así lo solicitan (lo que también consume un tiempo enorme cada día judicial).
A esta altura del inventario de funciones que cumple un juez -en rigor, todos los jueces- cabe hacer una elemental y demorada pregunta: haciendo tanta y tanta cosa, *¿cuándo tiene tiempo para sentenciar?* ¿Se advierte la razón de la importancia que le doy a esta causal como gran generadora de mora judicial? Paradojalmente, todas las reformas procedimentales habidas en mi país en los últimos años han ahondado profundamente el sistema, con más y más cargas laborales inútiles a los jueces. En definitiva, *más de lo mismo*. Lo que hace pensar: ¿cómo se cree que pueden obtenerse resultados diferentes utilizando siempre el mismo exacto método de procesamiento?
[123] Esto salta a la vista. No hay antecedente alguno en las Legislaturas argentinas de que alguien se haya preocupado mínimamente y en serio del problema. Todos los intentos de reforma han pasado siempre por ahondar más el sistema inquisitivo, otorgando mayores poderes y deberes a los jueces, suprimiendo muchas veces la idea lógica del proceso, aumentando las cautelas para que los pleitos finalicen sólo con ellas, reduciendo las posibilidades de defensa y acortando los plazos acordados para ellas, suprimiendo medios de impugnación. No se ha hecho, en cambio, una propuesta que abarque *todo* el sistema, una suerte de *barajar y dar de nuevo*, que siempre ha sido rechazada por los sectores interesados al socaire de que toda reforma molesta a los operadores y cambia las estructuras con las cuales nos manejamos...
[124] De ahí que resulta explicable que, según dato estadístico proporcionado por el propio Poder Judicial, exista una morosidad terminal imposible de erradicar. Veamos la veracidad de esta afirmación: en la tapa del diario *La Capital* de Rosario del 22 de marzo de 2000, se publica un dato proporcionado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe: durante el año de 1999 ingresaron a los tribunales de dicha ciudad un total exacto de 212.947 causas justiciables civiles; y en el mismo lapso, sólo se dictaron 29.847 sentencias, lo que revela -a más de una extraordinaria morosidad- que el rendimiento de eficiencia en el año judicial apenas supera el 14%. En otras palabras: se sentencian sólo catorce de cada cien expedientes que ingresan

Retornar ao índice

descarada injerencia del poder político de turno en su operativa diaria[125] cuando no un indebido control del contenido de las sentencias de los jueces[126]; etc., que no es posible solucionar desde el Derecho Procesal y en tanto no haya voluntad política de hacerlo.

Pero, además, la crisis ha sido alimentada por otros factores: la inexplicable complacencia de la justiciabilidad de casos claramente no justiciables[127]; la aceptación inmediata por parte de los jueces de los llamados derechos de tercera generación que se aplican sin más aun sin haber sido reglamentados[128]; la indebida importación de soluciones jurisprudenciales vigentes en el sistema del *common law*[129] y que resultan extrañas al orden

---

anualmente. En lo penal, las cosas no fueron mejor: contemporáneamente, *La Capital* informó que en el mismo año de 1999, se hicieron 82.562 denuncias (7500 más que en 1999). Eso quiere decir que hay una denuncia cada ¡siete minutos! Y por lo que se sabe, la tendencia era a aumentar. Y la realidad de los años posteriores mostró que los números aumentaron en constante progresión. ¿Qué Poder Judicial acepta semejante presión de litigiosidad? Y si en lugar de estar dedicados todos los jueces a dictar las sentencias que exige tan alto nivel de conflictividad, pasan su escaso tiempo tribunalicio dedicados a cumplir la enorme carga de la tarea parajudicial que he descrito precedentemente, ¿cómo no comprender que la morosidad y la ineficiencia han de venir inexorablemente? Una importante corriente doctrinal y jurisprudencial que ha cautivado a quienes están desesperados por tanta morosidad e ineficiencia, sostiene que gran parte de la demora se debe a la mala fe de abogados inescrupulosos que no trepidan en incidentar sin razón con tal de dilatar el desarrollo de los pleitos, generando así una suerte de insoportable e inaceptable *industria de la deuda*. E insiste que ello debe ser erradicado a cualquier precio. Aun a costa de la eliminación definitiva del proceso como medio de debate.

[125] Cual se ha visto en enero de 2010 en el gobierno nacional argentino, pretendiendo echar por decreto a un funcionario público que cuenta con acuerdo legislativo y, por tanto, con inamovilidad propia hasta tanto se obtenga su desafuero.

[126] Increíblemente este mecanismo perverso lo ha utilizado un Consejo de la Magistratura altamente politizado para quitar del medio a jueces que molestaban al mandamás de turno…

[127] Esto se ve diariamente en los medios periodísticos: se judicializa importante número de asuntos políticos buscando soluciones de alternativa a las que no brinda el quehacer de los otros poderes del Estado en su constante actuación caprichosa y muchas veces al margen de la ley.

[128] Al incorporarse al bloque constitucional los pactos internacionales que declaran y consagran los que ha dado en llamarse derechos de la tercera generación, el Parlamento argentino no se ha molestado hasta ahora en reglamentar su ejercicio. Y en razón de que los jueces han entendido que tales derechos no son programáticos sino directamente operativos y, por tanto, de inmediata ejecución, los aplican a casos concretos y puntuales cometiendo para ello graves tropelías con otros derechos individuales tan importantes como los que quieren proteger. Ya se verá más adelante un paneo de la jurisprudencia decisionista que impera hoy en el país con el beneplácito de los activistas judiciales. Pero como para muestra basta un botón, recuerdo aquí el caso de la provincia de Entre Ríos que se puede ver en el sitio de internet ubicado en http://www.diarioc.com.ar/ inf_general/Reemplazan_al_juez_que_ordeno_entregar_alimentos_a_un_desocupado/1328 y también en http://www.nbi.org. ar/wp-content/uploads/2009/08/Defensor-del-Superior-Tribunal -de-Justicia-c.-Provincia-de-Entre-Rios.doc

[129] Por ejemplo, el *certiorari negativo* que tan rápido prendió en la jurisprudencia de la Corte y que ha echado por la borda todo el sistema romanista del que ha hecho siempre gala la Argentina. Y es que, a efectos de lograr su intervención cuando fuere menester y más allá de la ley y de la

Retornar ao índice

jurídico nacional[130]; la prédica constante, apasionada y de buena fe de los autores que se enrolan en la doctrina publicista[131] y el desconocimiento casi generalizado del orden de los valores jurídicos que consagra la Constitución[132]; la fascinación que sobre los hombres de buena fe y, particularmente, de los jueces consagrados a su ministerio[133] despierta siempre el sistema inquisitivo en homenaje al valor justicia que allí puede lograrse según el particular sentido de cada uno; etc., etc. Y todo ello, en conjunto, ha logrado instalar en la mente de muchos jueces argentinos –y me atrevo a pensar que también en los colombianos– la idea de un sano *activismo* que, si bien al comienzo y sin decirlo se presentaba como una suerte de *derecho de excepción*[134] terminó

admisión de un recurso extraordinario, se importó desde los Estados Unidos de América el *writ of certiorari*, mediante el cual la Corte de allí abre a voluntad, discrecionalmente y sin fundamentación alguna, los casos que estima deben ser tratado por ella en tanto el tribunal es un obvio órgano de cogobierno en el país. En puridad de verdad, esto es una simple *avocación* de la Corte respecto de un caso concreto. Y desde esta óptica es que debe ser estudiado el tema. Y esto es bueno dentro de un orden jurídico sistémico, pues se permite al máximo tribunal del que se trate intervenir frente a situaciones cuya gravedad puede poner en peligro la existencia o subsistencia de los valores que rigen toda la normativa legal. Claro es que tales situaciones generan estados de excepción y deben ser tratadas como lo son: excepcionalmente. En esta tesitura, la Corte local permitió la apertura de su sede luego de decir que tenía facultades de avocación no obstante carecer de ley reglamentaria al respecto. Y, así, dijo que para ello se exige la existencia clara de cuestión federal y de gravedad institucional, que opera sólo en el marco de la competencia federal, que puede interponerse directamente ante la propia Corte y que no es menester guardar en la presentación los recaudos formales propios del recurso extraordinario. Sin perjuicio de lo expuesto, el *certiorari* se utilizó también por la Corte *para cerrar su competencia*, *no sólo para abrirla*. Y esto se produjo mediante la ley 23.774 que modificó los arts. 280 y 285 del CPC Nación con pautas que no se condicen con el sistema jurídico vigente en nuestros países que exigen desde las propias Constituciones la fundamentación congruente de todas las resoluciones judiciales. Y esto parece, a primera vista, ser de manifiesta ilegitimidad, no obstante que la mejor doctrina nacional haya aplaudido largamente esta novedosa institución sosteniendo que "vino para quedarse" como fórmula aceptable para terminar con la fenomenal mora de la Corte. Y es que la Corte, *sin fundamento alguno*, rechaza *por infundado el más fundado* de los recursos. En verdad: una ofensa para la abogacía seria que aún cree en la Justicia.

[130] Cuyo sistema de derecho viene de Roma y pertenece a la familia jurídica de Europa continental, con derecho codificado y donde la ley es lo que el legislador estableció al efecto.

[131] En la Argentina dominan la escena procesal por hacerse eco de la añosa y constante prédica acerca de las bondades del sistema inquisitorial.

[132] Y lo hacen en pro de la búsqueda de la verdad y del hallazgo del valor justicia, con olvido de todo lo que he apuntado en el texto en cuanto a los valores que la propia Constitución consagra y que no vienen de Roma ni de la Europa continental con su historia de Santa Inquisición sino de la Carta Magna de Inglaterra de 1215 y de todas las normas jurídicas que en ella se han originado a partir de la *Declaración de los Derechos del Hombre*.

[133] Como se trata de un sistema de investigación y no de debate igualitario, el sistema se basa en la figura hegemónica del propio juez, con poderes adecuados al efecto.

[134] Así lo afirman hoy los propios sostenedores del activismo. Ver, por ejemplo, los trabajos contenidos en la obra *Activismo judicial y garantismo procesal*, editada por la Academia Nacional de Derecho de Córdoba bajo la dirección del Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL. No obstante, lo que nació como excepción es hoy regla contenida en los códigos de algunas provincias argentinas y

Retornar ao índice

generalizándose en: a) la *prueba de oficio* por el juez de las pretensiones improbadas de las partes, que en la Argentina se hace en lo civil mediante el uso de las llamadas *medidas para mejor proveer*[135], b) la aplicación de instituciones ajenas a la idea constitucional del *debido proceso*: la *inversión de las cargas probatorias legales* mediante la utilización del concepto de *cargas dinámicas*[136],

---

su uso ha generado notable abuso.

[135] Las leyes en general refieren como ejemplos de estas medidas que los jueces pueden ordenar la agregación de documentos existentes en poder de las partes y terceros, pedir informes, ordenar reconocimientos, avalúos o algunas otras diligencias necesarias, aceptar u ordenar la ampliación del número de testigos, etcétera. Como ejemplo de la desmesura legal, la Ley 50 facultaba a los jueces a ¡poner posiciones a las partes!

No estoy de acuerdo con esta extensión. Creo que el juez de lo civil, atado legalmente a las reglas del *onus probandi*, sólo puede dictar este tipo de medidas cuando tiene pruebas convictivas que son claramente contradictorias y, entonces, busca argumentos para poder fundar su pronunciamiento en una de ellas. Y nunca para suplir a las partes, subrogándolas en su actividad de probar. Por su parte, el juez de lo penal está atado constitucionalmente a la *presunción de inocencia*, por lo que no deben decretarse jamás y bajo ninguna circunstancia salvo que tengan la única finalidad de beneficiar al reo. Acá es donde se ve con total claridad que si el juez penal dicta prueba de oficio para formar convicción acerca de la autoría imputada al reo, lo hace para suplir la inactividad del fiscal y tiene la única finalidad de lograr la condena del imputado. Esto, que suena tan fuerte, se comprende con facilidad si se tiene presente que las medidas para mejor proveer sólo pueden ordenarse en caso de *duda* (*carencia de convicción*) y que precisamente por ello, resultan asaz improcedentes en el campo de lo penal en razón de que tal duda autoriza sin más a decretar la absolución del imputado, por simple aplicación del antiguo brocárdico *in dubio pro reo*.

Veamos: si el juez tiene dudas acerca de la culpa del imputado, debe absolver sin más conforme con el principio que muestra y acepta el *constitucional estado de inocencia de todo ciudadano*. Si no lo hace y pretende salir de la duda mediante el resultado de una eventual *medida para mejor proveer*, parece obvio que la intención del juez al declararlas *es lograr siempre la posibilidad de una condena*, con lo cual muestra una clara parcialidad que destroza la idea del debido proceso. En efecto: si las ordena y no se practican o resultan anodinas para el resultado de la causa, el juez persiste en la duda y *debe absolver*; si las practica y, a la postre, resultan favorables al reo, también persiste la duda y *debe absolver* a base de ella; si las practica y salen en contra del reo, el *juez condenará*. ¿No parece así claro que dicta tales medidas sólo para posibilitar la condena y, con ello, no resulta ya obvia su inconstitucionalidad?

[136] Esto es tanto o más grave y preocupante que todo lo ya expuesto: se trata de una notable institución gracias a la cual el juez cambia, al sentenciar, las reglas del juego que escrupulosamente respetaron los litigantes durante todo el desarrollo del proceso, en clara muestra de decisionismo pues el juez falla como le parece aun en contra de lo expresamente establecido para el caso en la ley positiva.

Añares ha llevado lograr la compleja elaboración que determina con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso: hoy se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos probatorios suficientes como para producir convicción. En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de probar. No le hace falta hacer esa indagación. En cambio, si el juez carece de elementos probatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por si mismo la producción de medio alguno de prueba (ya se ha visto que esa actividad vulnera la imparcialidad)

Retornar ao índice

y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía probar determinado hecho y no lo hizo. Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió probar un hecho afirmado y negado por su antagonista y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación probatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio. Ya se puede colegir que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de probar sino *de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio*.

Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de *pura objetividad* a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años. Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar absurdamente *sobre ambas partes por igual* (¿!).

Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación.

A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que no merece ser atendida. Sin embargo, tal doctrina ha ido actualmente mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de probar. Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista*, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado.

En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones –haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países– y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia probatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de "probar"*. Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato. Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códigos en América latina que nada establecen en cuanto al tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, Argentina) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal. Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra.

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* –es decir, después de que el proceso terminó– que *si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga* (cabría preguntar ¿de qué?) *correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (¡!). En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso.*

¡Sólo que lo hizo después de *que el juego terminó!* Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso. Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado. Por ejemplo, en el CPC de la Nación Argentina, en cuyo artículo 377 se establece con absoluta claridad que: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que indicare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción…"

Retornar ao índice

c) la *tutela anticipada* de toda suerte de pretensiones[137], d) la eliminación del proceso mismo como medio de debate cuando al juez actuante le parece que no

---

" Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las *cargas dinámicas "probatorias"* no puede coexistir con la norma pretranscrita, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema.
En definitiva: la ley –y sólo la ley, nunca la jurisprudencia– es la que debe regular todo lo referente a la incumbencia probatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.
En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!
Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia probatoria* –que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*– no es en sí mismo un tema propio de la prueba judicial sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

[137] Mediante esta vía. el actor trata de alterar una situación fáctica sobre la cual no ha empezado aún la discusión procesal y que desea evitar obteniendo, anticipadamente y sin previa discusión, el resultado que debe ser el necesario contenido de la sentencia a dictar en un litigio después de transitar todas las fases de un proceso regularmente llevado, con previa y completa audiencia de ambos interesados.
En otras palabras: el juez oye a una sola de las partes, con cuya versión unilateral estima que le asiste un derecho verosímil y le da la razón sin más, interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión. Para ello, algunas leyes toleran la anticipación de la sentencia con la sola y unilateral presencia del pretendiente cuando: 1) existe verosimilitud del derecho *en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias;* 2) se advierte en el caso una *urgencia impostergable tal* que si la medida anticipatoria no se adoptare en el momento, la suerte de los derechos se frustraría; 3) se efectivice la contracautela suficiente; 4) la anticipación no produzca los efectos irreparables de la sentencia definitiva. Y, a veces, la misma norma que todo ello consagra y autoriza termina diciendo que "la decisión no configurará prejuzgamiento". Obtenido de tal guisa el resultado pretendido, lo que se hace habitualmente en el foro ducho que todo esto ha aprendido con rapidez y notable beneficio es dilatar lo más posible –algunas veces, *sine die*– la duración del pleito, pues con el resultado ya inicialmente asegurado no es cosa de posibilitar su pérdida con una eventual sentencia adversa. Y esto se muestra como una clara trampa que se realiza con la bendición judicial y que genera más descrédito en el sistema de justicia. Pongo especial énfasis en lo que acabo de decir: se obtiene tal resultado por *vía cautelar* y sin audiencia previa del interesado que sufrirá los efectos de la orden respectiva. Como se colige de inmediato con meditar mínimamente sobre el tema, existe en tal supuesto *una grosera violación del inviolable derecho de defensa en juicio*. Y eso se ha hecho factible por la insistente prédica decisionista de muchos años, tímidamente primero y con mucha fuerza luego al amparo del *poder cautelar genérico* que referí *supra*. Ello es una muestra más de que todo lo cautelar está ideado y legislado a partir del *embargo preventivo*, que necesariamente es consecuencia de una instancia de *petición* y no de *acción procesal*, por las varias razones que ya he expuesto al tratar el tema. Y parece obvio sostener que la *medida innovativa* así concebida, nada tiene de cautelar sino que, antes bien, se muestra como clara anticipación de lo que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito. De donde surge su manifiesta ilegitimidad cuando se la estudia, legisla o considera como si fuere una cautela. Por cierto, es posible imaginar casos de extrema urgencia obviados por el legislador, en los cuales la sentencia dictada luego de prolongado proceso podría ser inicua. Pero si en tal hipótesis es menester brindar inmediata respuesta judicial para evitar la consumación de mal mayor, lo que cabe es ordenar la sustanciación de un proceso *con horas de audiencia previa* y no soslayar ésta bajo la ilegítima

Retornar ao índice

hace falta sustanciarlo pues le cree lisa y llanamente al peticionante y, con ello, dicta *sentencias autosatisfactivas*[138], que son verdaderas sentencias de fondo com

---

apariencia de una seudo cautela. Si se revisa la normativa procesal de los países de América, esta figura cautelar no se encuentra legislada en parte alguna. Con excepción, por cierto, del CPC del Perú y, en la Argentina, partir de la irrupción en el concierto nacional de algunos *Proyectos* de claro corte decisionista y que increíblemente son comprados por algunos legisladores que ignoran el mal que causan con ello a la juridicidad argentina.

[138] Esto es consecuencia del activismo de los jueces: inteligente doctrina ha generado una nueva suerte de medida cautelar que se conoce con el nombre de *medida autosatisfactiva* que, en el sentir y en el discurso de quienes la propician, viene a constituirse en *la solución eficaz para los planteos urgentes*. Y esto lo hacen bajo el lema: *derechos evidentes, satisfacción inmediata*.

Claro está, esta nueva institución -que se basa en la adopción del sintagma *indicio vehemente*, de antigua prosapia en el Derecho Canónico- no tiene naturaleza cautelar pues no accede a proceso alguno. Tal vez porque esto no se ha advertido o, quizás, porque la gente está cansada de tanta ineficiencia procesal, la idea ha prendido en la jurisprudencia nacional y se ha institucionalizado la figura que, a la postre, ha servido para hacer mayor daño a la Justicia.

Por supuesto, el resolver cualquier cosa sin el *control previo de todos los interesados* e imponer a voluntad un resultado que no puede ser desconocido por quien sufre sus efectos inmediatos, puede ser subyugante para todos los miembros de la administración en general y, particularmente, para las autoridades policiales o militares, que se concretan a *ordenar* y no admiten discusión alguna sobre *lo ordenado*. Pero cuesta creer que algunos pocos magistrados judiciales -ejerciendo una profesión que desde siempre es clara muestra de ponderación y mesura- acepten realizar lo mismo. Descarto que lo hacen con la más absoluta buena fe profesional y con el elogiable deseo de que pueda obtener pronta y fácil justicia quien la requiere con urgencia.

Pero creo que, maguer ello, proceden ilegítimamente a tenor de expresas cláusulas constitucionales que operan como firmes garantías para todos los justiciables. En este tren de cosas, la actividad se retroalimenta en forma circular y crece -sin parar- cada día más. Y así, desde la posibilidad de resolver *autosatisfactivamente*, algunos jueces -los menos, claro está- han empezado a apartarse del orden jurídico al cual parecen no sentirse vinculados. Y copiando asistémicamente aspectos puntuales propios del realismo norteamericano, hacen ahora juzgamiento mental acerca de la bondad, oportunidad y justicia intrínseca de la norma que corresponde aplicar a un caso concreto según el sistema vigente. Y si no les gusta -otra vez *lo good* por sobre *lo right*- fallan en equidad -en rigor, *a voluntad*-y en contra de la norma expresa de la ley.

Véanse algunos pocos ejemplos de ello en casos que tomo de la prensa escrita, concretándome al efecto a insertar aquí un resumen de la nota periodística: 1) “Como no podía competir contra los precios subsidiados de los productores del Brasil, una Cámara de Productores avícolas de Concepción del Uruguay pidió que la Justicia prohibiera *autosatisfactivamente* la importación de pollos eviscerados de aquel país, o bien que estableciera un cupo. El juez que actuó en la emergencia así lo hizo y ordenó a la Subsecretaría de Comercio Exterior, a la Administración Nacional de Aduanas y al Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria que implementara *medidas inmediatas* para que sólo pudiera importarse determinada cantidad de kilos de pollo”. 2) “Un abogado rosarino quería instalar en su teléfono un identificador de llamadas, pero la respuesta de Telecom. era que no podía hacerlo porque la calidad de la línea no lo permitía. Por eso pidió a un juez que le ordenara a la empresa telefónica que, en el plazo de cinco días, le brindara el servicio en condiciones normales. Y el juez acogió el pedido”. 3) “Una mujer desempleada de Lomas de Zamora pidió a un juez bonaerense que su obra social continuara prestando el servicio asistencial a su hijo oxígenodependiente más allá del plazo del cese de su cobertura porque el hospital público de la ciudad todavía no contaba con el equipamiento necesario para atender al chico”. 4) “En un amparo de un particular contra la *Organización Veraz* para que acreditara documentadamente una supuesta deuda del interesado con el Banco Francés, respecto de la cual aparecía como moroso, se condenó a *Veraz* como responsable y se extendió la responsabilidad al propio Banco Francés y, además, al Banco Central de la República por carencia de control efectivo sobre el tema”. 5) “Un particular cliente de un

Retornar ao índice

apariencia y envoltura de *cautelar*, e) la *flexibilización de la regla procesal de la congruencia*, lo que le permite al juez fallar un asunto litigioso de esencia transigible más allá de lo pretendido y aceptado por las partes, f) el desconocimiento del valor político de la *cosa juzgada* cuando hay jueces que no aceptan el sentido de justicia contenido en la sentencia que ganó tal efecto[139], g) la eliminación de la preclusión procesal[140] pues ella hace prevalecer la pura forma por sobre el sentido de justicia, etc., etc.

Pero algo mucho más grave ha ocurrido en los últimos tiempos en la Argentina: al socaire de una afirmada defensa de la Constitución, algunos jueces con vocación de protagonismo mediático han comenzado a intervenir en toda suerte de asuntos propios de la competencia constitucional exclusiva de otros Poderes del Estado, interfiriendo con ello en la tarea de gobernar al asumir el cumplimiento de funciones que son privativas de otras autoridades. Y, de tal forma, han abandonado el juicioso acatamiento de la ley para entrar al campo del *cogobierno* y, aún más, ingresando a un terreno muy peligroso: el de una suerte de increíble y desquiciante *desgobierno*, ya imposible de controlar. De este modo, y porque quienes así actúan sostienen que lo hacen por elemental solidaridad con el más débil, con el mal defendido, con el más pobre, con el que "tiene la razón pero no alcanza a demostrarla" (¡), etcétera, se generó el movimiento que –ya lo adelanté– es conocido doctrinalmente con la denominación de

---

servicio de cable de TV sostuvo haberlo contratado para poder ver la transmisión de los partidos de basketball de la NBA de los Estados Unidos. Por razones contractuales entre el prestador del servicio -Galavisión- y la cadena de transmisión ESPN, los partidos dejaron de ser transmitidos. Sobre esta base pidió que se dispusiera la continuidad de la prestación, lo que fue ordenado autosatisfactivamente". Los ejemplos pueden continuar en gran número. Pero ya es suficiente para que se aprecie la magnitud de esta novedosa "institución". Pero el movimiento jurisprudencial no paró allí. Ahora, y siempre desde lo cautelar, dando o no audiencia previa a quien ha de sufrir los efectos de lo resuelto, este movimiento judicial ha comenzado a tomar decisiones acerca de numerosos asuntos que doctrinalmente son *claros actos no justiciables*, so pretexto de que nada puede quedar en el mundo jurídico sin control judicial. Y así, se varió extraordinariamente la función de resolver y cambió la actividad habitual del juez como *normador*.

[139] Eso fue lo que ocurrió, precisamente, en el caso que generó importante polémica entre conocidos procesalistas argentinos y españoles. Sus antecedentes y resultados se han publicado en el importante libro *Proceso civil e ideología* (ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000).

[140] Como un avance importante hacia el desconocimiento final de la idea misma de proceso en aras del mantenimiento del valor justicia, la doctrina italiana actual pretende eliminar el instituto de la preclusión, so pretexto de que, con su vigencia, se coartan derechos y se impone la *forma* por sobre el *fondo*.

Retornar ao índice

solidarismo[141] y que, porque se practica aun a pesar de la ley, decidiendo lo que algún juez quiere a su exclusiva voluntad, también se llama *decisionismo*[142].

Si bien se mira, quien así actúa no cumple una tarea propiamente judicial, en razón de que con ello no se resuelven conflictos intersubjetivos de intereses, que es la esencia de la tarea de otorgar *justicia conmutativa*.

Antes bien, practica *justicia distributiva* sin tener los elementos para poder hacerlo: en primer lugar, la legitimidad de la elección por los votos del pueblo; luego, presupuesto adecuado, conocimiento de la realidad general y del impacto que causará en la sociedad el dar a unos lo que las circunstancias de la vida niegan a otros, etcétera.

En nota a pie de página muestro ahora algunos ejemplos de lo que acabo de afirmar. A tal efecto, me concretaré a mencionar sólo el título de la noticia judicial que diariamente ha aparecido en la tapa de algún periódico desde un par de años atrás[143].

---

[141] El nombre proviene de la actitud de *solidaridad* que muestra el juez que así actúa respecto de las partes procesales a las cuales les dedica su simpatía o su piedad.

[142] La denominación encuentra su origen en el deseo de resolver algo a todo trance que muestra el juez y que está basado en su propia voluntad aunque, a veces, el resultado así obtenido repugne al orden jurídico.

[143] Me abstengo deliberadamente de mencionar los últimos y más resonantes casos. Transcribo a continuación algunas noticias que han sido tapa de diarios tal y como aparecieron en la primera plana: “La Justicia tiene en sus manos el futuro del tren Rosario-Retiro”; “Frenó Justicia el aumento en trenes”; “Ferrocarriles: la Justicia suspendió la renegociación de los contratos”; "Ecologistas van a la Justicia para que el gobierno ejecute una obra”; “La Justicia autorizó la red cloacal de la ciudad de Bustinza”; “Sorpresa y disgusto en la Intendencia, minutos antes de firmar el contrato: la Justicia ordenó suspender la adjudicación de los semáforos”; “La Justicia ordenó suspender las obra de remodelación en la Estación Fluvial”; “La Justicia ordenó que se implemente el monopasaje”; “Un juez ordenó al gobierno porteño que cierre los minimercados de estaciones de servicio”; “Un juez anuló en un amparo sanciones a una alumna cordobesa”; "La Justicia ordenó la suspensión del cobro del servicio de información 110”; “Una jueza paralizó un aumento de tarifas en la telefonía celular”; “Celulares: quedó en suspenso la modalidad *‘el que llama paga’*; “Por orden judicial, la Nación deberá becar a una rosarina campeona de *tae kwondo*”; “La Justicia ordenó la suspensión del monotributo para abogados”; “La Justicia le puso un freno a las rebajas en los sueldos públicos”; “Un fallo judicial hace tropezar a la ley de emergencia económica: una jueza ordenó suspender pos dos meses los descuentos a los maestros”; “La Justicia rechazó un aborto terapéutico”; “La Justicia aconsejó usar preservativos a un matrimonio para evitar un indeseado embarazo: rechazó una demanda en la que la mujer pretendía que le fueran ligadas las trompas de falopio”; “La Justicia dice que no es delito que los travestis muestren sus senos en la calle”; “Fallo a favor de un homosexual en la herencia de su concubino”; “Un Juez ordenó al IAPOS que pague la costosa cirugía de un chico sordo que no es beneficiario del sistema”; “Obligan a un obra social a atender a un niño postrado”; “Una joven fue autorizada por la Justicia para ligarse las trompas por razones socioeconómicas: la Municipalidad no lo

Retornar ao índice

De ahí que insista ahora en que, cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar o tutelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, advierto que los jóvenes abogados –impresionados por la excesiva morosidad de los pleitos en general– se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran, por ejemplo en la Argentina, de la *autosatisfactividad*[144].

Pero también advierto que todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial[145]. Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia... Me gustaría ver qué cara pone uno de estos enamorados de la rapidez y de la efectividad cuando, al llegar una noche a

---

recomienda y la Iglesia se opone"; "Condenaron a muerte a un perro que mordió a una mujer en Neuquén"; "La Justicia ordenó a un supermercado que alimentara a una familia durante un mes y que compensara el precio de la mercadería con impuestos adeudados".
Todas estas resoluciones -la mayoría unilaterales y dictadas en carácter de cautela procesal pero con efecto inmediato- no son novedad en la historia jurídica universal sino recurrente actuación de funcionarios que se mueven dentro de sistemas autoritarios que, como tales, son notable y definitivamente inconstitucionales.
Relata MICHEL FOUCAULT que el régimen absolutista francés aplicaba unilateralmente soluciones parecidas en las entonces conocidas *lettres de cachet* que expedían los comisarios de policía y que caían *como un rayo* sobre los particulares que sufrían las órdenes más dispares y antojadizas, propias de un verdadero estado de *decisionismo*, en ese entonces *policial* y hoy *judicial*. Veamos algunos ejemplos de su uso: ordenar el arresto de las mujeres que engañaban a sus maridos (por supuesto, a pedido de éstos) o de un hijo considerado muy gastador (a pedido del padre) o del cura del pueblo que no mostraba buena conducta con alguna feligresa (a pedido de las vecinas del lugar) u ordenar el desalojo de un inquilino a quien el locador consideraba deudor de alquileres o la internación en un convento de algún minusválido mental (a pedido de la familia que deseaba deshacerse de él), etcétera, etcétera. ¿Qué diferencia esencial existe entre aquella actividad del pasado y ésta del presente, si ambas avasallan por igual y con idéntica efectividad la libertad individual?

[144] Realmente no creo que pueda ser por otro motivo.

[145] Un claro ejemplo de esto se ha visto hasta el cansancio con motivo de los amparos judiciales que generó el *corralito financiero* impuesto a los depósitos bancarios durante el año 2002. Por un raro, efectivo y claramente ilegítimo invento, a la relación de derecho privada *depósito bancario* existente entre un particular que guardó su dinero como depositante en un Banco y que éste lo recibió como depositario, con obligación de devolverlo ante el sólo requerimiento del interesado, se aplicó normativa de derecho público. De tal forma, y en razón de que el Gobierno nacional dispuso ordenar a todos los Bancos que no devolvieran sus depósitos a los depositantes, éstos se ampararon contra el Estado nacional y algunos jueces acogieron la pretensión amparista con informe previo del Estado pero no de los Bancos, a los que finalmente se ordenó que devolvieran los dineros allí depositados. Cuando éstos -que eran los obvios, primarios y directos damnificados por la orden emitida- quisieron impugnar la decisión bajo los más variados argumentos, les fue invariablemente negado el recurso interpuesto so pretexto de que *no eran parte en el amparo*. *¡Pero eran nada menos que los que pagaban...!*

Retornar ao índice

su casa, se encuentra con que está ocupándola otra persona a quien un juez le otorgó la tenencia porque, con cuasi divina inspiración, vio en sus ojos un *indicio vehemente*[146] de propiedad acompañado de argumentos que lo convencieron de la sinceridad de los dichos. Tanto, que no precisó escuchar al ocupante antes de disponer el cambio de la tenencia.

Supongamos por un instante que ese recién notificado de que ya no puede habitar en su casa, acepta resignadamente sufrir el perjuicio porque sigue enamorado de la expeditividad judicial y porque, a la postre, sabe que aún no está terminada la cuestión ya que siempre existe la posibilidad de impugnar. Y, así, desde la calle y no desde su casa, como buenamente puede, sale a deducir algún recurso contra la decisión que ordenó su desplazo del hogar, en el angustioso plazo de días que exige una revocatoria o una apelación. Pero cuando advierta que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarto que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza. Por si ya no se advirtió con claridad, es posible –y aconsejable– cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas. Y ello porque todo lo cautelar se resuelve[147] *sin audiencia previa del interesado*, cosa que es absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisible.

Insisto: los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía –por buenos y justicieros que estos pudieren ser– en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución. No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos.

---

[146] El sintagma *indicio vehemente*, tan mentado hoy en Argentina para dar inmediata solución en sede cautelar y sin audiencia previa de parte interesada a los más variados problemas sin forma de juicio y evitándolo en homenaje a una supuesta y paradojal *eficacia del proceso*, aparece históricamente en la literatura jurídica en el año de 1184, en las actas del Concilio de Tarragona hablando de supuestas herejías.

[147] Y así debe ser, ya que en todos los posibles casos de medidas precautorias se trata siempre de interponer un pedido que constituye esencialmente una instancia de *petición* y no de *acción procesal* (lo que significa que el juez actúa administrativa y no jurisdiccionalmente).

Retornar ao índice

Hasta aquí he pasado revista a algunas actitudes decisionistas: la solución de conflictos en vías cautelares y eliminando directamente el método procesal de discusión en homenaje a una meta difusa que se muestra como justa y verdadera; la irrupción de algunos jueces en campos de actuación que le están vedados –*casos no justiciables*– en razón de que allí deben operar en forma exclusiva y excluyente otros Poderes del Estado; el notable apartamiento de lo dispuesto expresamente en la ley positiva, con abandono de la dogmática para lograr el imperio del valor relativo de la equidad. Aunque muchos jueces se encuentran muy contentos con los resultados de rapidez y justicia que descubren en la aplicación activista del sistema, utilizando a veces la ley o apartándose definitivamente de ella cuando no sirve para la solución justiciera que desean dar a un determinado problema litigioso, si se le pregunta a cualquier abogado serio y responsable en el ejercicio de su profesión si se ha logrado con ello un mejor sistema de Justicia, invariablemente dirá que no. Por lo contrario, argumentará en pro de la justicia del pasado cuando los resultados de las sentencias eran predecibles.

Hoy, activismo mediante, se ha llegado a una inseguridad jurídica en estado terminal en la Argentina gracias a la imprevisibilidad absoluta de la mayoría de las soluciones judiciales y, gracias a ello, la abogacía seria tiende a desaparecer. Nada de todo esto podría decir yo si viere que, como resultado del activismo vigente en mi país, el público en general aplaude a los jueces cuando pasan por la calle; si los abogados no permanecen jamás sentados ante la augusta presencia de un juez en lugar de ponerse de pie como muestra de simple respeto a su investidura; si la generalidad de la gente confía ciegamente en la justicia de todas las resoluciones y, por ello, prefiere seguir la tediosa, larga, angustiante y costosa incertidumbre de un pleito antes que llegar rápidamente a un arreglo que no lo beneficiará tanto como lo haría el juez en su pronunciamiento; si la solución a lograr en la Justicia es previsible en orden al mandato legal y al estricto y puntual cumplimiento por parte de los abogados y de los jueces de las claras y expresas reglas del *fair play* que domina toda la escena procesal; si no se cambian a voluntad esas mismas reglas, haciéndoles

Retornar ao índice

perder toda vigencia cuando no gustan o no resultan útiles para torcer la vara de la justicia hacia un lado distinto al del que tiende a caer; etc.[148].

[148] Todo, en pos de una difusa meta justiciera que hay que lograr al amparo de nuevas ideas filosóficas presentadas pregonando la existencia de un *posmodernismo* aplicado al proceso judicial. Y ello, en un país que desde hace años reza laicamente la palabra *democracia* (que en definitiva sirve sólo para marcar el origen del poder) sin advertir que lo importante es la *república*, donde existe intercontrol de poderes y que se encuentra tan olvidada en este rincón del continente..! Si bien se mira el fenómeno señalado, se trataba -en rigor, se trata, pues es la moda actualmente reinante en materia jurisprudencial- de invertir la fórmula de privilegio que JOHN RAWLS mostró en su *Teoría de la Justicia*, al preguntarse acerca de qué debe prevalecer en una sociedad bien ordenada: si la búsqueda de lo *bueno* (lo *good*) o la del *derecho* (lo *right*). Él se decidió por lo *right* entendiendo que, en tal tipo de sociedad, el derecho debe prevalecer sobre lo que se considera el *bien común*. Glosando el tema en su columna editorial, MARIANO GRONDONA tomaba idéntico partido en abril de 2002, sosteniendo:
"Parece absurdo dejar de hacer algo que se percibe como bueno, como conveniente, sólo porque lo prohíbe una regla. Pero esta primera impresión ignora la naturaleza de las reglas, sean ellas morales o jurídicas, porque ¿cuándo adquiere su plena vigencia una regla? Sólo *cuando no conviene cumplirla*. Supongamos que alguien se ha impuesto como regla el despertarse a las seis de la mañana. Cuando se despierta naturalmente diez minutos antes de las seis, esa regla resulta redundante. Ella se pone a prueba, en cambio, cuando después de una larga noche en vela el sueño lo invita a seguir descansando. Cuando es duro cumplirla. Por eso los romanos, que inventaron el Derecho, decían *dura lex, sed lex*. Más aún: *sólo es verdadera ley cuando es dura*. Imaginemos ahora una nación que en lugar de seguir la tablas de valores de RAWLS adhiere a la primacía de lo bueno (o de *lo que gusta*) por sobre las reglas. Hará en cada caso lo que más le convenga. Pero al comportarse así vivirá, en los hechos, *sin reglas*. Cuando ellas convengan, las cumplirá, pero no porque sean *rectas* (*right)* sino porque son *buenas* (*good*). Pero cuando las perciba como inconvenientes, como *malas*, no las cumplirá. Al proceder así, esa nación creerá que optimiza lo que más conviene al bien común pero, al hacerlo, se volverá *impredecible*: sI aprueba un contrato o emite una ley, los violará cada vez que no convengan. De esta manera destruirá la confianza de los demás en sus promesas, en sus contratos, en sus leyes...Y es que hay dos ideas del bien: los pequeños bienes, con minúscula, a los que desestima RAWLS, se obtienen con las reglas. El Bien con mayúscula resulta —al contrario— de renunciar a los pequeños bienes cuando lo exige una regla vigente. Olvidar las reglas por atender a los pequeños bienes con minúscula destruye el Bien con mayúscula. Ese bien es, en definitiva, *la confianza de los demás*. Este es el bien que la Argentina ha perdido. Y que Dios quiera que no sea para siempre..."
Y todo esto sucede, claro está, en un mundo cuyos habitantes no desean cumplir la ley y que se encuentra gobernado por una execrable oclocracia. Esto es ya antigua costumbre en la Argentina, donde desde siempre se practica el autoritarismo, el desprecio al otro, el facilismo, la igualación hacia abajo, la frustración impuesta por el gobernante de turno, etcétera, en recurrencia histórica que ha hecho decir a MARCOS AGUINIS, importante pensador del país, que aquí nos preocupamos por acatar lo que dice la *ley* con minúscula para desconocer olímpicamente, con alegría y despreocupación, lo que manda la *Ley* con mayúscula... Y en esa tónica, nos han formado desde la propia Universidad y en todos los estudios posteriores o paralelos, mostrándonos una cultura que enseña que la ley no sirve para adecuar la convivencia a una auténtica pacificación social sino al individual y egoísta interés particular, que debe ser privilegiado por sobre toda otra cosa. Se trata, en definitiva y perversamente, de apañar la práctica de una suerte de *autoritarismo pasivo* que nos prepara para aceptar subconscientemente la existencia del verdadero autoritarismo y de no cuestionar a quienes lo practican desde antaño y en claro beneficio personal o de unos pocos, aunque lo hagan al margen de la Constitución y de las leyes. Marginalmente: sin esta cultura sería imposible aceptar el método de enjuiciamiento inquisitivo, que ya lleva rigiendo más de quinientos años en estas tierras sin que la minoría política dominante a quien, por cierto, ello sirve- haya aceptado erradicarlo. Así, hay abogados - no todos, afortunadamente- que aconsejan de modo habitual -a no asustarse pues ésa es, en definitiva, su cultura- incumplir la ley, evitar sus efectos, evadir el pago de los impuestos, incoar

Retornar ao índice

Pero como el activismo muestra que nada de ello tiene sentido en la aplicación justiciera de la voluntad del eventual cadí de turno, ya que el público no aplaude a los jueces, los abogados no los respetan como lo merece el Oficio, la gente prefiere el peor de los arreglos al mejor de los pleitos y todo se ha convertido en la inmensa inseguridad reinante precisamente por la impredecibilidad de los fallos, es que sostengo todas las ideas publicadas en este libro, que amplío constantemente y reitero desde el año de 1999 cuando inauguré en la ciudad de Azul el *Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*[149] y del cual han salido numerosos trabajos elaborados por la cada vez mayor concurrencia habitual a los Encuentros anuales que allí se realizan.

8. EPÍLOGO

En los últimos años, y como rara constante perdurable en el tiempo y en el espacio, los procesalistas que ejercen su principal actividad profesional en la magistratura judicial[150], en la docencia académica[151] y en el ejercicio consultivo

---

un concurso para no pagar a los acreedores, etcétera, para lo cual interpretan, o malinterpretan, o desinterpretan, o acomodan, o desacomodan o desconocen la ley. En sus dos versiones: con y sin mayúscula. En los últimos años la jurisprudencia argentina mostró ese rumbo, que rápidamente están adoptando otros países vecinos. Pues bien: cuando esta actitud se generalizó y numerosos tribunales superiores se plegaron a esa interpretación (¿?) seudorealista y refundadora de la ley -afortunadamente no fueron todos los que se enrolaron en esta línea de pensamiento- la Justicia, *como institución de poder* y cogobierno, dejó de ser predecible y la jurisprudencia -que por decenas de años fue muestra cabal del estudio, la dedicación, el sosiego, la mesura, la prudencia y la mansedumbre de los jueces argentinos- se tornó de golpe en algo auténtica e incomprensiblemente caótico. De verdad, se ha logrado con ello una Justicia que actúa ilegítimamente en procura de obtener una vaga, difusa y cada más incomprensible justicia particular... que, además, es un concepto diferente para cada uno de los miles de jueces que actúan contemporáneamente!

[149] La ciudad de Azul, en el centro geográfico de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, se ha convertido en el polo del garantismo procesal. Y es que en el año de 1998 recaló allí la Universidad Nacional de Rosario a instancias de la Asociación de Abogados de la localidad, para instalar un curso de posgrado de *Especialización en Magistratura Judicial* que logró un éxito sorprendente. Se manejaron allí y ante un compacto e importante número de jueces de todas las localidades cercanas, las ideas garantistas que se exponen en este trabajo y, a instancias de los propios abogados de la zona presididos por el estadista LUIS MIRALLES, se realizó en el mes de noviembre del año de 1998 el *Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista* que se repitió anual y regularmente hasta el celebrado en el mes de noviembre de 2008: en total, diez congresos que contaron con nutrida asistencia de nacionales y extranjeros de toda América, España e Italia. Los numerosos trabajos allí presentados han tenido notable influencia en el desarrollo del pensamiento garantista. Quien desee acceder a toda la correspondiente información relativa al tema asi como a los numerosos trabajos escritos acerca de él debe ingresar a http://www.e-derecho. org.ar /congresoprocesal/index.html

[150] En Argentina, por ejemplo y sin pretensiones de taxatividad, son magistrados o funcionarios judiciales en ejercicio al tiempo que esto se escribe o, al menos, lo han sido sin haber ejercido la

Retornar ao índice

de la abogacía no litigiosa, han atacado[152] o, al menos, ignorado todas las ideas que aquí he presentado como filosofía garantista que, en lo jurídico, sólo entraña un pleno y vocacional acatamiento a la normativa constitucional y, muy especialmente, a los valores que ella defiende.

A su turno, quienes ejercen la hoy denodada abogacía litigiosa tribunalicia defienden las ideas garantistas y muestran una clara y ostentosa disconformidad con todo lo que huela a activismo, cansados ya de soportar tanto desfase interpretativo, tanto apartamiento constante y despreocupado de la ley y de la notable imprevisibilidad que todo ello ha generado. A punto tal que la abogacía seria tiende a desaparecer. Por supuesto, manteniendo las ideas garantistas, discrepo respetuosa pero profunda y drásticamente de las crítica autorales como las que he mencionado en esta obra, por rechazar toda idea que postule cambios que se aparten del sistema que corresponde aceptar a partir de lo que creo correcta conceptuación de la idea de *debido proceso* y que, descarto, surge clara en este trabajo.

---

abogacía litigante antes ni después de ello, casi todos los integrantes de la Escuela que pregona y defiende el activismo judicial.

[151] Otra vez en la Argentina, no son pocos quienes desempeñan sólo tareas académicas alejadas por completo del ejercicio diario de la abogacía litigiosa, donde se sufre el decisionismo y la injusticia duele de verdad.

[152] Hace poco tiempo, el importante y talentoso procesalista argentino JORGE W. PEYRANO, em onda perfecta con el pensamiento mayoritario del mundo académics, publicó aguda crítica al garantismo procesal del que afirmó *haber hecho nada* para mejorar el actual sistema de justicia (*Vide: El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, Revista Jurídica "La Ley", 2009-E-785).

También, y entre otros muchos, JOAN PICÓ Y JUNOY (Ver su *Derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4, pp. 253) que critica la tesis revisionista del derecho procesal" achacándole una *perversa* ideologización del tema en forma tal que impide todo diálogo. Exactamente el diálogo que jamás toleró el activismo desde muchos años antes de la fecha en la cual dicho autor debutara en el mundo de los procesalistas. Y añade que con tal ideologización se politiza una cuestión puramente técnica. Discrepo de ello. Es obvio que determinar si un título es no ejecutivo es cuestión técnica, al igual que si un tercero coadyuvante puede o no realizar determinada actividad defensiva. Pero establecer *lo que el juez puede* no es tarea técnica sino eminentemente política.

Hace años que sostengo que el Derecho Procesal es la asignatura jurídica que presenta más aristas políticas, incluso mayores que las propias del Derecho Constitucional. Y es que éste se concreta a establecer cómo se ejerce el poder mediante un adecuado reparto de funciones en el mantenimiento del Poder, en tanto que el Derecho Procesal –al menos el sistémico acusatorio– establece cómo y cuánto se recorta el poder del que más Poder tiene en la República: el Juez de Derecho.

Adviértase que si el Presidente de la República, por ejemplo, quiere meterse en mi casa, no puede hacerlo directamente y sin más sino que debe pedirle permiso a un juez. Si éste aspira a lo mismo, se mete directamente y sin permiso de nadie. ¿Se comprende la verdadera entidad del problema?

Retornar ao índice

Reconozco que la Justicia americana está en crisis, antigua, importante y, por lo que parece, duradera. Esto se muestra descarnadamente a través de muchos síntomas que ya he inventariado sumariamente *supra* y que todo el mundo conoce y acepta en forma cansina y resignada.

Pero no creo que el modo eficaz de terminar con ella sea suprimiendo lisa y llanamente todo el método procesal, insisto en que creado como método de discusión entre hombres naturalmente desiguales para evitar la justicia por mano propia y, gracias a ello, mejorar la convivencia y asegurar una perpetua paz social.

Por lo contrario, y no obstante o gracias a haber sido juez casi toda mi vida, creo que la solución está en el mantenimiento del *proceso*, pero constitucionalizado en los términos antes descritos, para ser aplicado como *medio de debate* y no como *medio de investigación*. Que es lo que corresponde hacer en el sistema acusatorio, todavía en pañales en toda América latina y, muy especialmente en Argentina, pues los encargados de su aplicación persisten en actuar con las calidades y actitudes propias del sistema inquisitivo. En otras palabras: el garantismo postula, una vez más, el irrestricto acatamiento de la Constitución y la aplicación efectiva de lo que es su máxima garantía: el *proceso*. Y ello por una simple pero decidora lógica: si la democracia de la cual me enorgullezco practicar enseña que hay que acatar la decisión de la mayoría plasmada en norma, y si ese y no otro es el origen de nuestra Constitución, parece que lo sensato y sistémicamente coherente es acatarla en su plenitud y no incumplirla para buscar soluciones *que gusten*.

Y lo único que modestamente pretende hacer la filosofía jurídica del garantismo procesal *es cumplirla*. Que no es poco. Al menos en estos tiempos y particularmente en la Argentina, donde se practica cotidiana y alegremente el deporte de irrespetar la ley. Especialmente sus gobernantes, según se ve a diario.

Retornar ao índice

Si el lector desea cualquiera ampliación de estas ideas, dejo al pie mi dirección electrónica en la cual con mucho gusto recibiré las críticas de cualquier tipo que deseen hacerme y que en su momento publicaré en www.garantismoprocesal.com.

Adolfo Alvarado Velloso
alvaradovelloso@gmail.com

UFF PPGDIN

Retornar ao índice

PARTE 1

Debates do processo contemporâneo sob o eixo do garantismo processual

NOTAS SOBRE O CONCEITO DE PROCESSO E DE PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE

Fernando Gama de Miranda Netto

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ APLICADOS AO PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE NO ÂMBITO DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: A PRIMAZIA DA AUTORIDADE SOBRE A GARANTIA

Patrícia Filomena Fonseca Amaral

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A COMPETÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Marcos Antônio de Souza Lima

LA ESTRATEGIA PROBATORIA PROPIA DE LA DEFENSA PENAL

Claudio Puccinelli

TEMA 1118 DO STF: A NOVA BATALHA DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO NA JUSTIÇA

Gabriela Jéssica da Silveira; Marcelo Pereira de Almeida

Retornar ao índice

NOTAS SOBRE O CONCEITO DE PROCESSO E DE PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE

Fernando Gama de Miranda Netto[1]

Sumário: Introdução; 2. Breve histórico do projeto de lei n. 3/2025 que disciplina o "processo estrutural"; 3. Faz sentido uma lei sobre o processo estrutural?; 4. Jurisdição e consensualidade no projeto de lei n. 3/2025; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Após várias tentativas frustradas nos últimos anos de aprovar um Código de Processo Coletivo, o que poderia sistematizar o conjunto de dispositivos jurídicos dispersos na legislação, alguns juristas resolveram reunir esforços para apresentar um anteprojeto de lei sobre o processo estrutural. É de se observar que uma iniciativa similar ocorrera uma década antes, mas com o nome de controle e intervenção jurisdicional em políticas públicas, e virou o Projeto de Lei n. 8.058/2014[2].

Com novo rótulo, pretende a doutrina pátria com os aportes do direito norte-americano, avançar na regulamentação da intervenção judicial em políticas públicas[3]. Para alguns, o processo estrutural é um tipo de procedimento judicial

[1] Prof. Associado de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (UFF, campus Niterói). Líder do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (UFF). Membro do Programa de Pós- Graduação 'Stricto Sensu' em Sociologia e Direito (UFF) e em Direitos, Instituições e Negócios (UFF). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Membro da Comissão de Garantismo Processual da OAB/RJ. Membro da Comissão de Garantismo Processual da OAB/RJ. E-mail: fernandojuris@yahoo.com.br.

[2] Veja-se GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

[3] Sobre a influência da doutrina norte-americana sobre a doutrina nacional, cf. FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. Impacto dos "transplantáveis" do direito norte-americano na jurisdição estrutural brasileira: análise a partir da circulação internacional de ideias. Tese de doutorado. Niterói: PPGSD-UFF, 2024.

Sumário 1
índice

que tem por objetivo reorganizar uma estrutura pública ou privada cujo funcionamento inadequado ocasiona a violação de direitos fundamentais, exigindo providências prospectivas, graduais e duradouras[4].

Neste contexto, parece digno de nota a mudança estratégica para confeccionar um anteprojeto de lei não mais sobre a jurisdição coletiva ou intervenção judicial em políticas públicas, mas sobre a jurisdição estrutural. Na verdade, ainda estamos no campo da tutela jurisdicional coletiva e sua radicalização para encampar o protagonismo judicial no tema das políticas públicas. Neste pequeno estudo, procura-se diferenciar processo de jurisdição estrutural, mostrando como é absolutamente impróprio tomar esses conceitos como sinônimos. Far-se-á, inicialmente, um breve bosquejo histórico do Projeto de Lei n. 3/2025. Na sequência, haverá a tentativa de responder se há sentido confeccionar uma lei sobre o processo estrutural. Por fim, o artigo trará algumas reflexões sobre jurisdição e consensualidade.

2. BREVE HISTÓRICO DO PROJETO DE LEI N. 3/2025 QUE DISCIPLINA O "PROCESSO ESTRUTURAL"

Para a confecção do anteprojeto de lei do processo estrutural, formou-se, inicialmente, comissão de juristas formada por 15 membros[5]:

I - Subprocurador-Geral da República Augusto Aras, Presidente; II - Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas - STJ, Vice-Presidente; III - Desembargador Federal Edilson Vitorelli - TRF6, Relator; IV - Ministra Nancy Andrighi - STJ; V - Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria - STJ; VI - Desembargador Federal Aluísio Mendes - TRF2; VII - Procurador Regional da República e professor Sérgio Cruz Arenhart; VIII - Antônio Nabor Areias Bulhões, advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil; IX - Marcus Vinicius Furtado Coêlho, advogado indicado pela Ordem dos Advogados do

[4] Para aprofundamento, consulte-se: VITORELLI Edilson. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática. 6. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025, p. 74-87.

[5] Ato n. 3 de 4 de março de 2024, Presidente do Senado Federal, Senador Rodrigo Pacheco, publicado 12 de abril de 2024, no Boletim Administrativo do Senado Federal, Seção I, n. 9244. Disponível em https:/www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Ato%20do%20Senado%20que%20institui%20a%20comiss%c3%a3o%20de%20juristas%2015042024.pdf.

do Brasil; X - Professor Benedito Cerezzo Pereira Filho - UnB; XI - Professor Antonio Gidi - Syracuse University New York; XII - Professor José Bernardo de Assis Júnior - Diretor de Assuntos Técnicos e Jurídicos do Senado Federal; XIII - Professora Juliana Cordeiro de Faria - UFMG; XIV - Professor Márcio Carvalho Faria - UFJF; XV - Professor Roberto P. Campos Gouveia Filho - UNICAP.

Com a missão de apresentar a proposta no prazo de 180 dias, a comissão teve o ex-procurador-geral da República Augusto Aras como o seu presidente, o ministro Ribeiro Dantas, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como vice-presidente, e o desembargador Edilson Vitorelli, do Tribunal Regional Federal da 6ª Região como relator.

No dia 3 de julho de 2024 foi disponibilizado formulário de consulta pública para o recebimento de sugestões referentes ao tema pelo período de 30 dias. No mês seguinte foram convidados para audiências públicas especialistas para tecerem comentários que poderiam subsidiar a confecção do anteprojeto de lei do processo estrutural. Naquele momento, revelou-se certa preocupação com o ativismo processual e a flexibilização da causa de pedir e do pedido, especialmente nas manifestações de Luiz Dellore (CEAPRO), Rodrigo da Cunha Lima Freire (Mackenzie), Flávio José Roman (AGU), Marcelo Pereira de Almeida (UFF/ABDPRO) e Fabrício Da Soller (Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional)[6]. Merece destaque, igualmente, a fala de Maria Cecília Asperti (FGV-SP) no que diz respeito aos espaços ou procedimentos diferenciados de participação direta.

No dia 16 de setembro, o Relator Edilson Vitorelli apresentou o relatório preliminar com dispositivos para o anteprojeto de lei sobre o processo estrutural no Brasil. Depois de algumas reuniões e votações, a comissão aprovou no dia 31

[6] Vejam-se as manifestações do dia 23.08.2024 no portal eletrônico do Senado Federal: https: /www12.senado.leg.br/tv/plenario-e-comissoes/comissao-de-juristas/2024/08/ao-vivo-comissao-recebe-sugestoes-ao-anteprojeto-da-lei-do-processo-estrutural.

Sumário 1
índice

de outubro o relatório final com o regramento do processo estrutural[7]. No dia 4 de dezembro, ainda do ano de 2024, o Senador Rodrigo Pacheco recebeu o anteprojeto de lei da comissão. Desde o mês de janeiro de 2025, o Projeto de Lei n. 3 que disciplina o "processo estrutural" – de acordo com a sua ementa -, tramita no Senado Federal aguardando uma oportunidade.[8]

3. FAZ SENTIDO UMA LEI SOBRE O PROCESSO ESTRUTURAL?

Como se sabe, entende-se por jurisdição o poder de dizer o direito; já o processo constitui o sistema de garantias fundamentais que controla as atividades jurisdicional, administrativa, legislativa e ministerial[9]. É verdade que a lei faz referência ao contraditório e à publicidade, mas são tão poucos os dispositivos de densificação das garantias constitucionais do processo que melhor seria considerar que o anteprojeto cuida, na verdade, da jurisdição estrutural.

Gize-se: tenta-se legitimar a ampliação do poder jurisdicional na lei, e não o seu controle por direitos processuais fundamentais. Pelo contrário, a lei traz uma significativa fragilização das garantias constitucionais do processo. Vamos nos limitar a dois exemplos. Entre as chamadas "normas fundamentais do processo estrutural", está a flexibilização do procedimento (art. 2º, VII), o que constitui grave atentado ao devido processo legal. Agora se pretende permitir que a lei procedimental seja livremente alterada por vontade do juiz?

Sumário 1
índice

[7] Embora nem todos os membros tenham participado das votações, a comissão restou ampliada para 22 membros: Presidente: Subprocurador-Geral da República Augusto Aras; Vice-Presidente: Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas; Relator: Desembargador Federal Edilson Vitorelli; Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria, Ministro Alberto Bastos Balazeiro, Desembargador Federal Alusio Mendes, Desembargador Federal Newton Pereira Ramos Neto, Desembargadora Lilian Maciel, Procurador Regional da República Sérgio Cruz Arenhart, Promotora de Justiça Susana Henriques da Costa, Advogada da União Andrea de Quadros Dantas, Defensor Público Federal Sérgio Armanelli Gibson, Antônio Nabor Areias Bulhões, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Antonio Gidi, José Bernardo de Assis Júnior, Juliana Cordeiro de Faria, Márcio Carvalho Faria, Roberto P. Campos Gouveia Filho, Ademar Borges de Sousa Filho e Matheus Casimiro Gomes Serafim.

[8] Cf. https: /www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166997.

[9] Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. "O Processo como instituição de garantia". Disponível em: https: /www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia. Acesso em 15/01/2025. PEREIRA, Mateus Costa. Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro. 1. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. v. 1.

Neste cenário, há o temor que o pedido da parte seja desconsiderado ou mesmo alterado pelo magistrado, o que vulnera a autonomia da parte, bem como o princípio da congruência. Seria possível a existência de um "poder jurisdicional estruturante" que não encontra limites no pedido formulado pelo autor? De fato, o pedido aparece no caput do art. 7º como "objeto da atuação estrutural", que deve ser "específico", mas pode ser alterado por acordo das partes homologado pelo juiz (§1º) ou com base em fatos supervenientes por decisão judicial (§2º)[10].

Por seu turno, o art. 4º, I, estabelece: "O juiz poderá, fundamentadamente, solicitar ao Tribunal, entre outras providências: I - designação de outros juízes para que o processo seja conduzido e julgado, em primeiro grau de jurisdição, de forma colegiada". Trata-se de ofensa direta à garantia do juiz natural e, portanto, o dispositivo é manifestamente inconstitucional. Isto para não falar nas pressões internas que o magistrado poderia sofrer para tornar o juízo colegiado em determinados casos.

Seria absolutamente impróprio tratar aqui, como querem alguns, de um "processo de resultados". Existe no anteprojeto uma clara tentativa de legitimar uma jurisdição (coletiva) de resultados à revelia dos direitos processuais fundamentais.

Como resultado, não há sentido algum trabalhar com o conceito de processo estrutural, já que há claramente uma distorção do significado de processo como sistema de garantias. O que existe é um poder jurisdicional estruturante, que pretende se livrar das amarras legais e constitucionais para ter uma liberdade decisória ilimitada. Dessa forma, dever-se-ia assumir que o Projeto de Lei n. 3/2025 trata da jurisdição estrutural, e não de "processo estrutural".

[10] Art. 7º O acordo ou a decisão judicial que atribuir caráter estrutural ao processo especificará o objeto da atuação estrutural sobre a qual recairá a atividade processual. § 1º O objeto da atuação estrutural deve ser específico e, uma vez definido, pode ser alterado apenas mediante acordo entre as partes, homologado pelo juiz. § 2º Observado o disposto no § 1º, as metas e indicadores da atuação estrutural podem ser alterados pelas partes, de comum acordo, ou por decisão judicial, com base em fatos supervenientes, em novas informações ou em diagnósticos que se tornem conhecidos no curso do processo, observado o procedimento previsto no art. 6º desta Lei.

Sumário 1
índice

4. JURISDIÇÃO E CONSENSUALIDADE NO PROJETO DE LEI N. 3/2025

Interessante notar que o Projeto de Lei n. 3/2025 mais cuida de jurisdição e consensualidade do que de propriamente de processo. Mas a obtenção da consensualidade não pode ser obtida a qualquer preço. Há regras a serem respeitadas. Já era uma preocupação de Eduardo Costa[11] saber se o estudo da jurisdição estrutural pertenceria ao campo da resolução estatal imperativa (dogmática do procedimento civil) ou da área da consensualidade (pragmática da conciliação e da mediação). Se o "processo estrutural" deve priorizar a construção de consensos entre as partes e demais interessados (art. 10, caput), a regra deveria ser a remessa para mediadores e conciliadores. No entanto, o anteprojeto trilha um caminho autoritário, estabelecendo que o juiz deve atuar pessoalmente, sendo mera faculdade a remessa para a mediação ou outros métodos de autocomposição[12].

É de se estranhar que o projeto jogue fora os anos de reflexão sobre o regime principiológico da mediação e da conciliação e que foram acolhidos pelo CPC-2015, especialmente no que toca o dever de confidencialidade[13]. Parecia claro que o juiz não seria o sujeito processual mais indicado para mediar ou conciliar. Precisaria, aliás, ter uma capacitação específica (art. 11 da Lei 13.140 de 2015). Fere a lógica da mediação permitir que o mesmo sujeito, seja mediador e julgador no mesmo procedimento (art. 7º da Lei 13.140 de 2015).

Se um juiz, com curso reconhecido de capacitação em mediação, for mediar um conflito estrutural, deverá se afastar do procedimento caso o consenso não seja obtido. Nesta mesma linha de raciocínio, espanta que o juiz possa adotar "medidas para coibir comportamentos protelatórios nas atividades de autocomposição" (§ 3º). Não foi à toa que o legislador estabeleceu no § 2º do

[11] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 29, n. 115, p. 289-306, jul./set. 2021; disponível também em https: /emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural. Acesso em 02/01/ 2025.

[12] Art. 10. O processo estrutural deve priorizar a construção de consensos entre as partes e demais interessados. § 1º Para a obtenção do consenso, o juiz, além de atuar pessoalmente, pode remeter o processo à mediação ou a outros métodos de autocomposição. (...) § 3º O juiz adotará medidas para coibir comportamentos protelatórios nas atividades de autocomposição.

[13] Cf. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; PELAJO, Samantha. O futuro da Justiça Multiportas: mediação em risco? Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution, v. 2, p. 121-138, 2019.

art. 166 do CPC-2015 que "O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo *vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem*. (destaques nossos).

Owen Fiss[14], que talvez seja um dos mais festejados autores no campo da jurisdição estrutural, já se posicionava em 1984 contra o acordo por razões de desequilíbrio de poder, ausência de consentimento legítimo e tendente a permitir que a lei tivesse a sua autoridade mitigada. No campo da jurisdição estrutural, entendia que o acordo impediria o juiz de ter um envolvimento judicial continuado e dar uma solução definitiva para a lide[15]. Humberto Dalla[16], em interessante artigo, lembra que o instituto do acordo nas *class actions* ainda comporta viva polêmica no que diz respeito à Federal Rule 23. Por tudo isso, é legítimo, portanto, o questionamento de Klever Filpo e Marcelo Pereira de Almeida:

> Uma das perguntas que recorrentemente vêm norteando nossas pesquisas é justamente: até que ponto um acordo é melhor que uma demanda? Essa pergunta pode ser desdobrada em muitas outras, por exemplo: a quem esses acordos realmente interessam? Desde que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou a Política Judiciária Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse (Resolução 125/2010) diversos atores do meio jurídico, incluindo os Tribunais e outras funções essenciais à Justiça, como o Ministério Público, repetem à exaustão a conhecida expressão de que o acordo é sempre a melhor solução para uma disputa[17].

Nestes termos, a consensualidade imposta pelo anteprojeto de lei da jurisdição estrutural deveria ser repensada. Difícil aceitar que facilitadores que não sejam juízes não tenham a capacidade para realizar conciliações ou mediações coletivas; que apenas magistrados saibam como mediar e conciliar.

---

[14] FISS, Owen M. Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 133 e ss.
[15] Ibidem, p. 143 e ss.
[16] PINHO, Humberto Dalla B. de. (2018). Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação. *Revista Eletrônica De Direito Processual*, *19*(2). https: /doi.org/10.12957/redp.2018.36485
[17] FILPO, Klever Paulo Leal; ALMEIDA, Marcelo Pereira. Problematizando o novo pacto sobre a tragédia de Mariana, 2 de dezembro de 2024, disponível em: https: /jornalggn.com.br/justica/o-novo-pacto-sobre-a-tragedia-de-mariana-por-filpo-almeida/. Acesso em 15/01/2024.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste pequeno estudo, procurou-se diferenciar processo de jurisdição estrutural, mostrando como é absolutamente impróprio tomar esses conceitos como sinônimos. A partir de um breve bosquejo histórico do Projeto de Lei n. 3/2025, tentou-se responder se há sentido confeccionar uma lei sobre o processo estrutural. A resposta foi negativa, porque o processo é um sistema de direito processuais fundamentais, enquanto o Projeto de Lei n. 3/2025 pretende ampliar os poderes do magistrado.

Daí ser mais adequado se falar em jurisdição estrutural, e não em processo estrutural. Do jeito que está o projeto temos jurisdição estrutural sem processo. Temos poder jurisdicional estruturante ilimitado. Somente com normas de densificação das garantias constitucionais do processo é que se poderia conceber uma jurisdição estrutural submetida ao devido processo legal.

Por fim, o texto trouxe algumas reflexões sobre a consensualidade que se pretende impor pela jurisdição estrutural. Chega a ser constrangedor dizer que magistrados sejam melhores mediadores que mediadores profissionais. A violação sistemática ao regime normativo da conciliação e da mediação, especialmente no que diz respeito à confidencialidade e à imparcialidade traz prejuízos incalculáveis ao devido processo legal. Neste sentido, urge repensar a lei para que possa se adequar às regras constitucionais e legais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Desmistificando os processos estruturais – "processos estruturais" e "separação de poderes"**. In: Revista de processo. 2022, p. 239-259.

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. **Curso de processo estrutural**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 135.

Sumário 1

índice

ASPERTI, Maria Cecília; ZUFELATO, Camilo; TREVILINI, Carolina Garcia. **Acesso à Justiça e Desastres: As assessorias técnicas independentes e a participação direta das pessoas atingidas em conflitos coletivos complexos**. In Revista Direito Público, vol. 19, n. 102, p. 202-232, 2022. Disponível em https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6330/2700. Acesso em 04/07/2024.

BERGAMASCHI, André Luís; SILVEIRA, Bruna Braga da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Participação do atingido por desastres na formação de teses jurídicas via Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. In Revista Direito e Práxis, v. 12, p. 2419-2459, 2021. Disponível em https://www.scielo.br/j/rdp/a/ss7zFYpFQc5W5qHDkmxhw4S/?lang=pt. Acesso em 15/01/2025.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Dez senões do processo estrutural**. In Revista Brasileira de Direito Processual, v. 29, n. 115, p. 289-306, jul./set. 2021. Disponível também em https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez- senoes-do-processo-estrutural. Acesso em 02/01/2025.

_____. **O Processo como instituição de garantia**. In Consultor Jurídico, 2025. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa- processo-instituicao-garantia. Acesso em 15/01/2025.

CREVELIN, Diego. **Impartialidade: A divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório**. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2021.

DELFINO, Lúcio. **Código de Processo Civil Comentado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, vol. 3.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. In Revista de Processo, vol. 45, n. 303, p. 45-81, 2020.

FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. **Impacto dos "transplantáveis" do direito norte-americano na jurisdição estrutural brasileira: análise a partir da circulação internacional de ideias**. Tese de doutorado. Niterói: PPGSD-UFF, 2024.

FILPO, Klever Paulo Leal; ALMEIDA, Marcelo Pereira. **Problematizando o novo pacto sobre a tragédia de Mariana**, In GGN, 2 de dezembro de 2024. Disponível em https://jornalggn.com.br/justica/o-novo-pacto-sobre-a-tragedia-de-mariana-por-filpo-almeida/. Acesso em 15/01/2025.

FISS, Owen M. **Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MACHADO, Rafael Moreno Rodrigues Silva; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Processo Coletivo Estrutural como Método Adequado de Intervenção em Políticas Públicas**. In Revista Direitos Culturais, vol. 17, n. 43, p. 163-176, 2022.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; PELAJO, Samantha. **O futuro da Justiça Multiportas: mediação em risco?** In Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution, vol. 2, p. 121-138, 2019.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; ALMEIDA, Marcelo Pereira de (Org.); SOUZA, Simone de Oliveira (Org.); SILVA, Lilia Nunes (Org.). **Resolução de Conflitos no processo contemporâneo: Ensaios sobre o garantismo processual e o processo estrutural.** 1. ed. Rio de Janeiro: IDPP, 2023.

PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro**. vol. 1, 1ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (2018). **Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da lei de mediação**. In Revista Eletrônica De Direito Processual, vol. 19, n. 2. Mai-Ago/2018. Disponível em https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/36485. Acesso em 12/04/2020.

STRECK, Lênio. **Eis porque abandonei o "neoconstitucionalismo".** In Senso Incomum – CONJUR. Disponível em http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo. Acesso em 15/01/2025.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Um Veto providencial ao novo Código de Processo Civil!** In Consultor Jurídico, 17 de março de 2015. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc/. Acesso em 15/01/2025.

VITORELLI Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 6ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025.

_____. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. In: Revista de Processo, vol. 43, n. 284, p. 333-369, 2018.

Sumário 1

índice

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ APLICADOS AO PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE NO ÂMBITO DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: A PRIMAZIA DA AUTORIDADE SOBRE A GARANTIA

Patrícia Filomena Fonseca Amaral[1]

Sumário: Introdução; 2. A análise do Regime de Insolvência Transnacional à luz da Lei Modelo Uncitral; 3. A Insolvência Transnacional como um Processo Coletivo Estrutural e sua adequação ao Poder Jurisdicional Estruturante; 4. O discurso político de socialização processual no código de processo civil e sua influência no poder jurisdicional estruturante; 5. A prova *de ofício* e ônus da prova no código de processo civil aplicada ao poder jurisdicional estruturante no âmbito da insolvência transnacional: a primazia da autoridade sobre a garantia; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em um contexto globalizado, todas as transformações sociais que vêm ocorrendo de forma cada vez mais rápida e massificada, refletem no campo processual, acarretando o surgimento de sociedades empresárias transnacionais, que fizeram emergir um tipo de conflito bastante peculiar, envolvendo uma grande quantidade de pessoas, no qual a doutrina vem chamando de litígio multipolar ou multipartes. A proposta de inserir a técnica legislativa na qual se convencionou chamar de processo estrutural neste cenário poderia ser a mais adequada para se lidar com litígios complexos, caso não colocasse em risco o Estado Democrático de Direito.

Um dos sérios problemas do Sistema Judiciário no Brasil, no contexto atual, se assenta na ampliação dos poderes do juiz, especialmente no tocante à instrução probatória. Se por um lado a Constituição Federal garante a tripartição das funções políticas independentes e harmônicas entre si, por outro, a realidade

[1] Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). E-mail: pffamaral@id.uff.br Lattes: https: /lattes.cnpq.br/1393294322603504.

Sumário 1
índice

aponta o uso do poder de forma arbitrária pelo agente político. O denominado pela doutrina de processo estrutural ou estruturante e pelos garantistas de poder jurisdicional estruturante[2] não se distancia desse contexto, de modo que a ausência de regulamentação para essa nova roupagem processual vem gerando uma grande insegurança jurídica.

Não obstante se tenha notícia do projeto de lei 1.641/2021[3] elaborado pelo Presidente do Senado para disciplinar essa recente técnica legislativa, o ordenamento jurídico ainda sofre as consequências dessa lacuna, na medida em que na ausência dessa regulamentação específica, a jurisprudência e doutrina vêm se inclinando em aplicar ao poder jurisdicional estruturante o procedimento civil, que segue o modelo publicista e socializante de procedimento lastreado em uma postura ativista do juiz.

Esse contexto resgata o protagonismo judicial típico do processualimo científico de Anton Menger e Franz Klein, que traduz um modelo autoritário de procedimento, onde se subtrai garantias das partes para adicionar poderes ao juiz, sob o pretexto de buscar a verdade e realizar a justiça, gerando um impasse inevitável. Embora o procedimento estruturante seja o mais adequado para

[2] À luz do garantismo processual, a expressão processo estrutural configura uma impropriedade porque esta corrente de pensamento defende a limitação do Poder Jurisdicional pois a premissa do processo, nesse contexto, é ser uma instituição de garantia e, nesta qualidade, não tem o condão de tutelar direitos, função essa exercida pela Jurisdição. Usar a expressão processo estrutural equivaleria a alimentar a concepção ativista, instrumentalista ou publicista de processo (majoritária) adotada pelo Código de Processo Civil que ainda se liga à visão ultrapassada de Dinamarco de que o processo seria instrumento a serviço da autoridade de Estado-Juiz e não como uma instituição a serviço dos jurisdicionados, a quem se deveria assegurar suas garantias fundamentais, razão pela qual se prefere a expressão Poder Jurisdicional Estruturante, por melhor se ajustar à concepção garantista de processo, traduzindo o encargo que tem o Judiciário de tutelar os denominados litígios estruturais.

[3] O Projeto de Lei 1.641/21, também chamado de Projeto Ada Pellegrini, pois elaborado em sua homenagem, é um substituto dos Projetos de lei 4.441/20 e 4.778/20. Este projeto, em tramitação na Câmara dos Deputados, disciplina, na verdade, a ação civil pública, também denominada ação coletiva, aplicando-se a todas as ações para tutela dos direitos coletivos. Independente do dissenso doutrinário, seguindo o entendimento de Vitorelli, a ação coletiva pode ser: estrutural ou não estrutural. De qualquer forma, estará disciplinada por este Projeto de Lei. A proposta vai trazer diversos avanços para o processo coletivo brasileiro e, não obstante não haja na lei um capítulo exclusivo que discipline os chamados processos estruturais, é fato que existem uma série de dispositivos legais que podem ser usados para essa nova técnica legislativa, como por exemplo, a previsão de decisões em cascata, o reconhecimento da flexibilidade do procedimento (art. 2º, XI) e a importância da consensualidade, ou seja, do diálogo entre os participantes do processo, devido à multiporalidade – característica inerente dessa nova roupagem processual - e, com isso, a existência de diversos interesses aparentemente antagônicos, o que torna o consenso muito valioso neste contexto.

Sumário 1
índice

disciplinar os litígios decorrentes da insolvência transnacional poderá não oferecer-lhes uma solução constitucionalmente favorável, de modo que o vácuo legislativo contribui para que a ele se aplique um procedimento retrógrado, instrumentalista e que deveria servir apenas aos litígios individuais.

Quando o assunto é instrução probatória, o debate se assenta no direito à prova como Liberdade-Garantia de natureza fundamental frente a autorização legal infraconstitucional que o magistrado possui de produzir provas de forma oficiosa. A relevância desse questionamento se justifica quando se confronta os poderes instrutórios do juiz e o Devido Processo Legal como sistemas de garantias a serviço dos jurisdicionados e não do Estado-Juiz[4].

Portanto, o presente trabalho se propõe a fazer uma análise crítica sobre a ampliação dos poderes do juiz no poder jurisdicional estruturante no âmbito da insolvência transnacional à luz do garantismo processual[5] diante do discurso político de socialização do processo ínsito no Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, optou-se pela revisão bibliográfica e análise da legislação processual brasileira.

Diante da problemática apontada, o objetivo específico dessa pesquisa consistem em verificar se o procedimento estruturante é a técnica legislativa adequada para se aplicar ao procedimento de insolvência transnacional.

2. A ANÁLISE DO REGIME DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL À LUZ DA LEI MODELO UNCITRAL

Este embasamento teórico parte de uma análise da insolvência transnacional com o objetivo de investigar os impactos que a reforma da lei 11.101/05 trouxeram à sistemática de insolvência transnacional no direito

[4] Cf. ALMEIDA, Marcelo Pereira; SILVA, Lilia Nunes. *Os Poderes Instrutórios do Juiz nos Modelos Processuais Contemporâneos e as Limitações impostas pela Garantia do Devido Processo Legal*. In Conhecimento e Diversidade. Niterói: Editora Unilasalle, v. 5, n. 3. Abril/junho 2023.

[5] Corrente de pensamento que enxerga o processo como um mecanismo de preservação das garantias das partes, no qual o direito ao devido processo legal tem natureza contrajurisdicional, ou seja, possui a função de limitar o poder do juiz (ALMEIDA, Marcelo Pereira; SILVA, Lilia Nunes. *Os Poderes Instrutórios do Juiz nos Modelos Processuais Contemporâneos e as Limitações impostas pela Garantia do Devido Processo Legal*. In Conhecimento e Diversidade. Niterói: Editora Unilasalle, v. 5, n. 3. Abril/junho 2023).

Sumário 1
índice

brasileiro. Por questões didáticas, os três primeiros parágrafos, em breves linhas, partem de uma explanação acerca do funcionamento do mecanismo da recuperação de empresas, analisando a crise na atividade econômica e os pilares que sustentam aquele instituto.

Quando se estuda a recuperação judicial se deve ter em mente que toda e qualquer atividade econômica, em algum momento, incorre em uma crise, seja em decorrência de uma queda no faturamento quando os consumidores não mais adquirem a mesma quantidade de produtos, no que se denomina de crise econômica, seja em virtude da impontualidade do devedor – crise financeira – seja quando o devedor se encontra realmente insolvente – crise patrimonial - o que pode gerar um abalo no crédito deste empresário[6]. A explicação para isso reside no princípio do risco do negócio, que é inerente à atividade empresarial, de modo que é essencial ao desenvolvimento da iniciativa privada o dever obrigacional por conta e risco de quem se aventura na dinâmica empresarial, independentemente da sorte do seu negócio[7].

O direito da insolvência, no Brasil, é regulamentado pela lei 11.101/05, que desenvolveu alguns mecanismos ou soluções com o objetivo de viabilizar a superação da crise na empresa, tais como: a recuperação extrajudicial, a recuperação judicial e a insolvência transnacional, considerada na doutrina como uma recuperação judicial diferenciada.

Neste contexto, se torna clarividente que o instituto da recuperação de empresas se assenta no princípio da preservação da empresa viável - art. 47 da lei 11.101/05[8] - de modo que a legislação se preocupa em manter a atividade econômica organizada porque ela exerce uma função social. A despeito disso,

[6] COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2021, p. 52.
[7] GOMES, Tadeu Alves Sena. *A atividade empresarial após a sentença de recuperação judicial: A concretização da manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores*. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Mestrado Profissional em Direito da Escola de Direito de Brasília, 2020, p. 54.
[8] Art. 47 da Lei 11.101/05. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Sumário 1
índice

não só aos sócios e credores interessa manter a fonte produtora, mas todos aqueles que fazem parte da cadeia empresarial como o Fisco, trabalhadores, vizinhos, concorrentes, fornecedores de serviços, além do próprio interesse social.

A importância dessa contextualização inicial para a abordagem do tema pesquisado reside no fato de que a crise na atividade econômica transnacional gera um conflito coletivo estrutural que perpassa os sócios e credores da sociedade empresária transnacional, encarada como instituição, para atingir também um feixe de interesses, inclusive, a sociedade como um todo, o que será melhor abordado no item 2.

Além disso, na linha apresentada pela Uncitral – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional - é possível classificar a insolvência transnacional como um procedimento coletivo, judicial e/ou administrativo que cuida da crise econômico-financeira ou da falência do devedor com bens e atividades distribuídos em mais de um país[9]. Assim, da mesma forma que os regimes concursais modernos surgiram em resposta às crises na atividade econômica, com a insolvência transnacional não foi diferente. Soma-se a isso o fato de que este tipo peculiar de recuperação judicial se proliferou com a integração dos mercados[10], fruto do fenômeno da globalização.

Antes da reforma da lei de falências e recuperação de empresas em 2021, não havia, no Brasil, nenhuma legislação que regulamentasse a insolvência transnacional, o que, nos dizeres de Carnio Costa[11], acarretava não só dificuldades para recuperação de ativos de sociedades empresárias que foram desviadas para o exterior, mas também implicações negativas para o desenvolvimento da economia brasileira, tornando o Brasil um país menos atrativo ao capital estrangeiro.

Embora a insolvência transnacional tenha sido incorporada ao ordenamento jurídico de forma tardia, já havia vestígios de sua aplicação

[9] BECUE, Sabrina Maria Fadel. *Insolvência Transnacional: As contribuições que a Lei Modelo da Uncitral pode proporcionar para o Brasil.* São Paulo: USP. Faculdade de Direito, 2018, p. 17.
[10] Id., p. 17.
[11] CARNIO COSTA, Daniel. *Sistema Brasileiro de insolvência transnacional.* São Paulo: Juruá, 2021.

Sumário 1
índice

no cenário nacional. Em 2015, o Código de Processo Civil trouxe regras de cooperação internacional mais efetivas, onde a insolvência transnacional encontrou espaço e, ao lado disso, a jurisprudência já vinha permitindo que determinadas sociedades estrangeiras integrassem o pólo ativo de pedidos de recuperação judicial como, por exemplo, o caso do Grupo Oi[12].

Porém, a ausência de regulamentação do instituto gerava certa perplexidade para os operadores do direito acerca da necessidade de bases normativas que conferissem segurança jurídica aos agentes internacionais para que planejassem suas estratégias empresárias. Assim, por exemplo, não havia normatização para um processo de recuperação judicial ou falimentar quando determinada sociedade empresária possuísse ativos, estabelecimento, atividade ou credores em mais de um país. Como decorrência disso, surgiu a necessidade de se implementar um modelo de insolvência transnacional que fosse compatível com os modelos utilizados pelas jurisdições mais relevantes dentro do viés econômico no mundo, o que configura um diferencial no que tange ao crescimento econômico de atração de investimentos.

Com efeito, a expansão de investimentos transnacionais e uma crescente globalização da distribuição de bens e serviços que acometeu o país, principalmente na década de 90, resultou em uma internacionalização das economias nacionais, ou seja, numa integração econômica entre países diferentes.

Nesse sentido, nos dizeres de Ruggie[13]

> [...] desde a década de 90 – considerada a "época de ouro" para a mais recente onda de globalização corporativa – as empresas multinacionais emergiram de forma robusta, em maiores quantidades e escala, tecendo núcleos de atividades econômicas transnacionais sujeita a uma única visão global estratégica, operando em tempo real, conectadas e de forma concomitante.

[12] PEREIRA, Felipe Benfato. *A regulamentação da insolvência transnacional no Brasil.* Revista de direito internacional e global econômica. V. 9 n. 9. 2022, p. 83.
[13] RUGGIE, John Gerard *Apud* PIOVESAN, Flávia Cristina; GONZAGA, Victoriana. *Empresas e Direitos Humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos Direitos Humanos.* Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, 2019, p. 17.

Segundo Piovesan e Gonzaga[14], estudos realizados em 2000 constataram que das 100 maiores economias mundiais, 49 eram Estados e 51 multinacionais, o que reflete a crescente e acentuada expansão das atividades corporativas. Como consequência da globalização, que impacta os contextos sociais, culturais e políticos, surge a necessidade de se impulsionar novos atores internacionais, como as organizações internacionais, organizações não governamentais, os indivíduos e não menos importante, as empresas transnacionais[15].

Nesse contexto, sobreveio a imprescindibilidade de uma transnacionalização da atividade empresarial e do capital, pois as sociedades empresárias passaram a ser transnacionais e a atuar em diversas jurisdições, de modo que o investimento e o capital passaram a não conhecer mais fronteiras. Este movimento foi incentivado pela Organização das Nações Unidas – ONU – que, em 1.966, criou a UNCITRAL – United Nations Comissions on Internacional Trade Law - com o propósito de melhorar o fluxo negocial entre países, principalmente com relação à crise nas empresas nesse contexto globalizado.

Toda essa integração negocial internacional passou a ser objeto de preocupação, principalmente com relação à crise nas atividades empresariais. Afinal, de que maneira um país confere um tratamento para a empresa em crise levando em consideração que aquela atividade se desenvolve em diversos países ao mesmo tempo? A recuperação judicial de uma sociedade empresária transnacional pressupõe uma coordenação da atividade de forma global, o que inexistia no país até então. Foi nesse sentido que a UNCITRAL uma lei modelo[16] oferecida aos países para que eles pudessem criar na sua ordem interna legislações semelhantes àquela lei modelo com o fim de propiciar uma uniformização no que tange à crise na empresa, diminuição de custos de transação e uma segurança maior para que esse investimento seja alcançado.

[14] PIOVESAN, Flávia Cristina; GONZAGA, Victoriana, op. cit., p. 11.
[15] Id., p. 12.
[16] Insta ressaltar que a natureza dos Princípios Orientadores perante o Direito Internacional se enquadra na categoria de *soft law*, no sentido de que as diretrizes dispostas em seu texto não vinculam os Estados ou as sociedades empresariais transnacionais que aderirem ao documento.

Sumário 1
índice

Contudo, o cenário da legislação brasileira, cuja maior preocupação era a aplicação do princípio da territorialidade consagrado no art. 3º da lei 11.101/05[17], representava uma barreira para atração dos investimentos transnacionais, de modo que o territorialismo pressupõe que a jurisdição é uma decorrência da soberania. Por ser territorialista, o Brasil resistiu por muito tempo em acatar em sua ordem interna a Lei Modelo Uncitral. Porém, se cada país aplicar suas próprias regras que vão julgar determinado caso, bem como as questões que estão sob sua jurisdição, isto pode gerar inconsistências nas decisões que são proferidas por outros países, o que acaba prejudicando um gerenciamento mais racional e otimizado desse processo de insolvência.

Dessa forma, a ONU, através da UNCITRAL, passou a discutir outras teorias que pudessem permitir um gerenciamento mais adequado. Nesse contexto, se introduziu outro extremo na doutrina conhecido como princípio da universalidade, segundo o qual, haveria um país que seria o centro principal de negócios e que comandaria a insolvência em nível mundial. Em outras palavras, o processo que seria implementado em todos os países do mundo, seria regido tanto pela legislação do país como também pela decisão do juiz que o comanda.

Contudo, embora este princípio seja compatível com a transnacionalidade, é de aplicação ingênua, de forma que nenhum país renunciaria a sua soberania. Como nenhum dos dois modelos conferia a resposta adequada, a lei modelo Uncitral trouxe modelos pós- universais ou o universalismo temperado, que se assentam nas seguintes premissas: respeito à soberania nacional, criação de regras que estimulam a cooperação e a cortesia em prol de uma administração mais eficaz, mais justa e mais ativa, tanto em favor dos interesses dos credores, como do próprio devedor. Sob essa ótica, este modelo parte da premissa de que cada país tem sua própria jurisdição e, portanto, preservada sua soberania, mas se compromete a cooperar com os juízes que comandam o processo em outros países, com o objetivo de conferir segurança jurídica, maximização dos ativos, uma recuperação mais efetiva e processos coordenados.

[17] Art. 3º. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

Sumário 1
índice

Com efeito, a pandemia do Covid-19 que por um lado impactou a atividade econômica de todo país, serviu, por outro, para inaugurar no Brasil um novo sistema legal de tratamento da crise na empresa com a recente reforma da lei 11.101/05 pela lei 14.112/20, que versa sobre o modelo pós-universalista, reconhece a soberania e, ao mesmo tempo, busca encontrar mecanismos de recuperação. Por isso, tanto a lei da Uncitral como a lei 11.101/05, em seu art. 167-A, parágrafo 4º, contém uma cláusula aberta[18] de barreira ou de proteção da ordem pública, o que significa dizer que o juiz possui uma autorização legal para deixar de cooperar se no caso concreto, a sua aplicação configurar ofensa à ordem pública. O Brasil, assim, foi, segundo Carnio Costa[19] o quadragésimo nono país a internacionalizar esta Lei Modelo no capítulo VI-A daquela lei, de forma bem semelhante ao *chapter* 15 do Código de Insolvência dos EUA, o que, de fato, trouxe uma maior segurança jurídica com relação ao tratamento da crise na empresa transnacional.

No país, que atualmente segue o padrão da lei modelo Uncitral, é possível que um representante estrangeiro seja incumbido em requerer perante um juiz brasileiro o reconhecimento desse processo estrangeiro, que pode ser reconhecido como processo principal ou como processo não principal. A maior diferença entre esses dois polos reside no reconhecimento do processo estrangeiro como processo principal. Neste caso, algumas das medidas tomadas no processo seriam automáticas, tais como: concessão do *stay period*, o reconhecimento da prescrição ou mesmo da ineficácia de algumas alienações ocorridas depois do reconhecimento daquele processo como principal.

Porém, seja o processo principal ou não, é o representante estrangeiro quem está autorizado não só a participar desse processo no Brasil, bem como a pedir medidas que sejam adequadas neste país como, por exemplo, no caso que o juiz brasileiro execute alguma medida deferida no processo principal, proteja ativos do devedor no Brasil ou produza alguma prova no interesse do julgamento do caso no processo onde o devedor exerce suas atividades

[18] É uma cláusula aberta porque caberá a jurisprudência e a doutrina definir o que é ordem pública para fins de insolvência transnacional. Dessa forma, como os países que adotam a lei modelo destinam-se a cooperar entre si, essa cláusula deve ser interpretada da forma mais restrita possível. [19] CARNIO COSTA, Daniel. *Sistema Brasileiro de insolvência transnacional*. São Paulo: Juruá, 2021.

Sumário 1
índice

principais.

Para a identificação do processo principal e não principal, existe o COMI – Center Of The main interest – que é conhecido na legislação brasileira como o local em que a empresa tem o seu principal centro de atividade. Nesse cenário, há uma presunção de que o COMI seria o local onde a empresa esteja sediada. Entretanto, se trata de uma presunção relativa e o ônus da prova é da parte que impugnar o reconhecimento deste processo que, por sua vez, quando for solicitado ao Brasil, o país terá duas opções: reconhecer ou não reconhecer a transnacionalidade. E os motivos do não reconhecimento são dois: ofensa à ordem pública ou porque aquele processo tramita por onde não há nenhuma conexão com a sociedade empresária.

De toda sorte, uma vez reconhecido o processo estrangeiro seja como processo principal seja como processo não principal, haverá uma cooperação e comunicação direta entre juízes: o juiz estrangeiro do processo principal e o juiz brasileiro, o que configura a norma mais eficaz de se fazer um gerenciamento rápido e otimizado nesses processos. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – vem decidindo pela adoção do Protocolo de Insolvência – Insolvency Protocol – para que seja estabelecida essa comunicação direta, no denominado *din guide lines*.

3. A INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL COMO UM PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL E SUA ADEQUAÇÃO AO PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE

Um dos efeitos que a globalização trouxe para a sociedade pós-moderna foi a transnacionalização das sociedades empresárias. Consequentemente, o processo civil passou a sustentar dois tipos distintos de conflitos: litígios bipolares com base na noção binária tradicional e os litígios multipolares, multipartes ou plurilaterais.

O processo civil tradicional, construído com base no Estado Liberal e positivista, limita o conceito de lide a um conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida imprimindo uma ideia de que o litígio somente envolve duas pessoas. Porém, não é o que ocorre na recuperação judicial transfronteiriça,

Sumário 1
índice

cujo conflito se estrutura de forma distinta dos conflitos individuais, na medida em que o procedimento de insolvência transnacional foge da clássica construção adversarial "credor X devedor", pois sua estrutura abrange, ao invés de dois interesses contrapostos como ocorre normalmente, diversos feixes de interesses muitas vezes aparentemente antagônico[20].

Assim, enquanto o conflito individual se pauta na ideia de uma pretensão resistida arraigada na noção adversarial, o litígio decorrente da crise na empresa, que apresenta uma estrutura multipolar, se assenta no propósito de satisfazer uma comunhão de interesses de todos os credores, imprimindo uma ideia consensual de solução do litígio, de modo que essa diversidade de interesses será solucionada por meio de negociações, fruto da autonomia privada e da solução negociada prestigiadas pela lei 11.101/05.

Nesse cenário, o instituto da preservação da empresa se tornou a base da lei 11.101/05, de modo que, segundo Alvisi[21]

> a atividade econômica passou a ser privilegiada em detrimento da proteção direcionada ao empresário pelo revogado Código Comercial, motivo pelo qual a continuidade da empresa converteu-se no princípio mais importante que os próprios interesses privados do empresário, por concentrar não um único interesse, mas sim um feixe de interesses capazes de afetar inúmeros direitos, alguns, inclusive, de caráter fundamental.

Assim, quando um processo de insolvência transnacional se inicia, se deve atentar que, segundo Batista[22], a necessidade de preservação da empresa gera um litígio complexo, pois além de se reconhecer uma multiplicidade de interesses em torno da manutenção da atividade econômica, os participantes do processo sem que haja, por parte do adversário atuação direcionada contra contra algumas dessas pessoas em particular, mas contra o todo[23]. Tais

[20] VASCONCELOS, Ronaldo. CARNAÚBA, César Augusto Martins. HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. *Mediação na Recuperação Judicial: paralelos com a evolução estrangeira*.Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 62/2019 | p. 45 - 81 | Jul - Set / 2019. DTR\2019\40054, p. 4.
[21] ALVISI, Edson. *Intervenção Judicial na empresa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 59.
[22] BATISTA, Felipe Vieira. *A Recuperação judicial como processo coletivo*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2017.
[23] VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática.* São Paulo: Juspodium. 2022. p. 485.

conflitos, portanto, são extremamente complexos, porque colocam em rota de colisão múltiplos interesses, além de serem altamente conflituosos[24].

Segundo Vitorelli[25], em um mundo globalizado, em que as relações jurídicas são predominantemente massificadas, a ocorrência de litígios coletivos é inevitável. Nas palavras do autor[26], 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, ou seja, enquanto sociedade, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais.

Fruto do fenômeno da globalização, os litígios transnacionais são necessariamente coletivos porque a crise na empresa – que desestrutura a atividade econômica - atinge um direito de natureza difusa: o direito à manutenção de um ambiente empresarial saudável, que encontra amparo no art. 47 da lei 11.101/05, de modo que este direito interessa não apenas aos sócios e credores, mas a coletividade como um todo, em razão da função social que a atividade econômica exerce.

Desde a segunda onda renovatória de Acesso à Justiça em que Cappelletti e Garth[27] vislumbraram a proteção aos direitos coletivos, se iniciou um movimento sobre a tutela desses direitos que assumiram feição multifacetária, abrangendo possuem perspectivas diferentes sobre a melhor forma de reestruturá-la. Por serem multipolares, esses litígios também ostentam uma estrutura coletiva, de modo que se instalam quando um grupo de pessoas é lesada enquanto sociedade, vários polos de interesses dentro de sua própria incidência, colocando em evidência a ideia da necessidade de uma releitura do processo civil individual.

---

[24] DIDIER JR., Fredie; ZANETE JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. número 75. 2020, p. 4.
[25] VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. São Paulo: Juspodium. 2022. p. 58.
[26] VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no 77. 2020, p. 81-82.
[27] CAPELETTI, Mauro; GARTH BRIANT. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988.

Sumário 1
índice

Assim, a tutela dos direitos coletivos surgiu, pela teoria tradicional, com o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor que classificou os direitos coletivos como direitos difusos, direitos coletivos *stricto senso* e direitos individuais homogêneos. De acordo com Batista[28], entre as categorias tradicionais de direito coletivo, a que guarda maior semelhança com o direito material no procedimento de recuperação judicial é o direito coletivo *stricto senso*, pois os participantes são determináveis no momento que o juiz manda expedir o edital para a convocação dos credores.

Porém, como Vitorelli[29] entende que a classificação feita pelo CDC é controversa do ponto de vista teórico e inútil do ponto de vista prático, propôs o autor a classificação dos processos coletivos a partir não dos direitos, mas sim dos litígios, em três categorias: (1) litígios de difusão global, que são aqueles que atingem o litígio como estrutura, ou seja, afetam a sociedade em geral, mas repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõe; (2) litígios transindividuais de difusão local, aqueles que atingem pessoas determinadas ligadas por um laço de solidariedade; (3) litígios de difusão irradiada, aqueles que atingem pessoas de forma e intensidade distintas.

No âmbito da insolvência transfronteiriça, os participantes do processo, embora possuam um interesse em comum, isto é, a preservação da empresa, por outro lado, também os interessa receber o valor do seu crédito e como cada um apresenta um meio de recuperação judicial distinto, isto gera posições antagônicas, inclusive dentro da mesma classe de credores. Sob essa ótica, é possível classificar o litígio decorrente da insolvência transnacional como um litígio coletivo de difusão irradiada. Além disso, o direito material tutelado no direito recuperacional é a preservação da empresa que interessa a todos que gravitam em torno da atividade empresarial, perpassando a pessoa do sócio, de forma simultânea e em diferentes graus, tendo em vista que conforme os ensinamentos de Batista[30].

[28] BATISTA, Felipe Vieira, op. cit., p. 19.
[29] VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática.* São Paulo: Juspodium. 2022. p. 57.
[30] BATISTA, Felipe Vieira, op., cit., p. 25

Sumário 1
índice

> os benefícios que os credores, consumidores, trabalhadores, Estado, Fisco e coletividade percebem não é decorrente de um direito específico e particular diretamente tutelado no processo de recuperação judicial, mas sim, em decorrência da tutela de um direito coletivo que irradia efeitos na esfera jurídica de todos os interessados, seja em maior ou menor escala.

É possível inferir, com isso, que o poder jurisdicional estruturante no âmbito da insolvência transnacional é naturalmente um procedimento coletivo, de modo que tutela a violação de um litígio coletivo irradiado, pois "envolve uma grande quantidade de pessoas, afetadas de modo distinto pela controvérsia, com visões diferentes e interesses diversos[31]. Para Vitorelli, os litígios estruturais são uma subespécie de litígios irradiados[32], uma vez que envolvem uma instituição pública ou privada, porque estas afetam subgrupos sociais diversos, com intensidades e de maneiras diferentes.

Simmel[33], ao discorrer sobre a natureza sociológica do conflito, sustenta ser o conflito uma forma de sociação, ou seja, seria um meio de relacionamento entre as pessoas. Sob esse prisma, a consequência da vida em sociedade é a geração de relações conflituosas, mesmo porque, as relações pessoais inevitavelmente são marcadas por insatisfações. Por uma questão lógica, quanto maior o número de pessoas, maior a chance de adversidades entre elas, como se evidencia na insolvência transnacional, cuja estrutura viabiliza a existência de um conflito estrutural e, portanto, irradiado.

No entanto, o procedimento de insolvência transnacional não se adequa às regras do procedimento coletivo, de modo que nos dizeres de Batista[34], surge uma grande preocupação na perspectiva do devido processo legal, pois não há na lei 11.101/05 mecanismos de coletivização, não havendo, também, mecanismos de representação adequada ou participação de credores que não seja em Assembleia Geral de Credores. Assim, conforme entende Batista[35], embora seja possível sustentar o procedimento de insolvência transnacional como coletivo, mesmo com suas inovações, as disposições até o momento se

[31] VITORELLI, Edilson, 2022, op., cit., p. 560.
[32] VITORELLI, Edilson, 2020, p. 107 – 108.
[33] SIMMEL, George, *A natureza sociológica do conflito*, in Moraes Filho, Evaristo (org.), Simmel, São Paulo, Ática, 1983, p. 9.
[34] BATISTA, Felipe Vieira, op., cit., p. 28

limitam, em sua maior parte, a regras que mantém a essência do procedimento civil clássico e que não se adequa à tutela coletiva de litígios.

Porém, é cada vez mais comum que estudiosos do poder jurisdicional estruturante venham considerando esta técnica legislativa como a mais adequada para um cenário que carrega em sua estrutura um litígio estrutural[36]. Assim, existem características inerentes ao processo de recuperação judicial transfronteiriço muito semelhantes àquelas existentes no poder jurisdicional estruturante, que evidenciam a necessidade de aplicação desta técnica legislativa. A importância disto no campo processual é a obtenção do resultado adequado ao caso concreto que esse tipo de processo persegue, na medida em que o devido processo legal se destina a entregar às partes do processo o resultado mais efetivo, entregando a proteção adequada ao caso concreto.

Didier Júnior[37] e Zaneti Júnior apresentam oito características inerentes ao poder jurisdicional estruturante, sendo as cinco primeiras por ele consideradas como essenciais, ao passo que as três últimas, conforme ele aponta, seriam as características típicas, porém não essenciais para se considerar um procedimento como estrutural. A proposta é trabalhar a partir dessas características com a finalidade de verificar a adequação destas ao processo de insolvência transnacional.

A primeira característica apontada pelos autores[38] é que o procedimento estrutural tem por objeto um problema estrutural, que pode ser definido como uma situação de fato gerada por uma situação de desconformidade estruturada, ou seja, a consolidação de uma situação de permanente desconformidade. Na insolvência transnacional, esse problema estrutural se traduz na crise na empresa que, por ser uma situação de desconformidade estruturante ou sistêmica, não pode ser resolvida em um único ato, mas através de uma decisão

[35] Id., 2018, p. 29.
[36] Segundo Vitorelli, o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência não de um ato isolado no tempo, mas do funcionamento de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) pública ou privada, do qual deriva um padrão reiterado de violações a direitos, que cria, fomenta ou viabiliza o conflito (VITORELLI, Edilson, 2020, op. cit., p. 109).
[37] DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, op., cit., p. 8.
[38] Id., p. 9.

Sumário 1
índice

estrutural, que irá constatar a situação de desconformidade e definir o estado de coisas que deve ser estruturado, seguida de uma série de decisões futuras, nas quais Arenhart[39] denominou de decisões em cascata.

Em outras palavras, seguindo os ensinamentos de Didier Júnior e Zaneti Júnior[40], a técnica legislativa estruturante é um procedimento[41] de conhecimento bifásico, assim como o procedimento de falência, que tem como objetivo transformar uma situação de desconformidade estruturante em um estado ideal de coisas. A crise na empresa é, assim, uma situação de fato que desestrutura o exercício da atividade empresarial que, por sua vez, necessita de um plano de ação – o plano de recuperação judicial - para que seja possível reestruturar essa atividade, havendo, portanto, um estado de rompimento com a normalidade.

Com efeito, Vitorelli[42] entende que o "processo" estrutural não é um tipo de processo, mas um meio que envolve a necessidade de reestruturação de uma instituição. Trata-se, portanto, de uma técnica legislativa adequada para disciplinar litígios estruturais. Como a sociedade empresária é uma instituição[43] que precisa de reorganização, é possível sustentar que no processo de insolvência transnacional, há um evidente litígio estrutural que, conforme entende o autor[44] trata-se de um litígio coletivo decorrente do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento

[39] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em https:/www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-a-instrucao-do-processo-estrutural-curso-de- processo-estrutural/1300338466. Acesso em 13/08/ 2024.

[40] DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes, op., cit., p.

[41] Entende-se nesse trabalho, à luz do garantismo processual que o "processo estrutural", na verdade, não é um tipo de processo. Trata-se de uma técnica legislativa ou um procedimento a ser aplicado aos denominados litígios estruturais. Além disso, segundo Pedro Lube Sperandio, o Código de Processo Civil não qualifica o "processo", que deve ser entendido como instituição de garantia, isto é, como instituição material de direito constitucional. O que é qualificável é o "procedimento", isto é, a concretização do processo como garantia, em função dos diferentes ramos do direito material que serão aplicados pelo juiz ao caso. Nessa linha, o Código de "processo" civil deveria se chamar Código de "procedimento" civil, na medida em que o genuíno código de "processo" é a Constituição. (SPERANDIO, Pedro Lube. *Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial.* Coordenado por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.p. 30-31.

[42] VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva.* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no 77. 2020, p. 557.

[43] Com base na Teoria Institucional da Empresa, parte-se da premissa de que a empresa é uma importante instituição social, cujos interesses transcendem a vontade dos sócios e o objetivo de lucro para atingir os interesses da sociedade.

[44] VITORELLI, Edilson, 2022, op., cit., p. 560.

Sumário 1
índice

da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo.

A segunda característica apontada é uma consequência da primeira, isto é, uma vez identificado o problema estrutural – a crise na empresa – é necessário buscar uma transição entre a situação de desconformidade atual – a desestruturação da atividade econômica – para uma situação de conformidade almejada que, neste caso, seria a manutenção da atividade econômica para que ela possa voltar a exercer sua função social. Neste cenário, segundo Didier Júnior e Zaneti Júnior[45], com o objetivo de evitar prejuízo para as pessoas envolvidas, se faz necessário observar o art. 23 da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro, que traduz a necessidade do juiz estabelecer regras de transição.

A terceira característica consiste no fato do poder jurisdicional estruturante se desenvolver em um procedimento bifásico, muito semelhante ao que ocorre no procedimento de falência e recuperação judicial, em que a primeira fase é aquela que irá constatar o estado de desconformidade. Uma vez apurado este estado, haverá a prolação de uma decisão estrutural, que irá estipular uma meta correspondente ao estado de conformidade almejado, encerrando a primeira fase. A segunda fase se inicia com a implementação desta determinação genérica que foi implementada na primeira fase, e que será seguida de inúmeras outras decisões com o objetivo de resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores, de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal.

O processo de recuperação judicial se divide em três fases distintas: a fase postulatória, que se inicia com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com a decisão que manda processar o pedido (art. 52); a fase deliberativa, que tem início com a decisão que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício (art. 58); a fase de execução, que pode ocorrer ou não dependendo da decisão do juiz. Uma vez

[45] DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Hermes op., cit, p.

Sumário 1
índice

prevista na decisão concessiva da recuperação judicial, a fase de cumprimento e fiscalização do plano se inicia com aquela decisão e termina com a sentença de encerramento desse processo.

Importante destacar que embora o procedimento de insolvência transfronteiriça seja trifásico, ele possui uma descrição muito equivalente ao procedimento estruturante. Isto porque, uma vez identificado o problema estrutural – a crise na empresa – o juiz profere uma decisão reconhecendo a existência deste problema e manda processar o pedido, determinando a elaboração de um plano de recuperação judicial, de natureza contratual que será responsável pelo soerguimento da atividade econômica.

Em seguida, o início da fase deliberativa implica na concretização desta determinação genérica sendo realizada uma série de negociações entre credores e o devedor em crise, o que pode ser feito com o auxílio de um mediador, que irá desembocar na feitura do plano de recuperação judicial. Havendo objeções ao plano, o juiz pode convocar a Assembleia Geral de Credores, onde haverá a efetiva participação e cooperação de todos os interessados, momento em que os participantes podem o ajustar consensualmente, seguido de uma decisão estrutural de concessão da Recuperação judicial, nos termos deste plano de reestruturação.

A quarta característica do poder jurisdicional estruturante é a flexibilidade da sua estrutura para se adequar às exigências constitucionais do devido processo legal, o que pode ocorrer ao longo de todo o processo nos mais diversos atos processuais, tais como: na execução, na cooperação judiciária, na interpretação do pedido ou na regra da congruência, na ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova, das medidas executivas, dos instrumentos de cooperação judiciária.

A quinta característica dessa técnica legislativa está ligada à quarta e é considerada a marca do procedimento estruturante: a consensualidade. Nos dizeres de Camilo Junior[46], toda sociedade empresária se caracteriza pela

[46] CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Direito Societário e regulação econômica. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 58.

Sumário 1
índice

liberdade de auto-organização dos sócios e autonomia privada, que segundo Rodrigues Junior[47], não só assumiu caráter de preceito fundamental – art. 5º, LIV, Constituição Federal, como também acolheu o princípio da sociabilidade, que serve de alicerce principiológico à atividade econômica.

Nesse contexto, a lei 11.101/05 sempre prestigiou a autonomia privada, de modo que a solução do conflito sempre esteve nas mãos dos participantes do processo que, através de sucessivas negociações formavam o plano de recuperação judicial, aprovado na Assembleia Geral de credores e homologado pelo juiz. Paralelo a isso, a lei 14.112/20, responsável pela reforma da lei 11.101/05, regulamentou a mediação e a conciliação no âmbito empresarial trazendo uma ferramenta consensual para auxiliar na resolução de conflitos decorrentes da crise na empresa, se adequando à política do incentivo aos métodos consensuais de resolução de conflitos iniciada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2010, e ratificada pelo Código de Processo Civil de 2015, prestigiando o princípio da consensualidade.

A recuperação judicial é um mecanismo de soerguimento da empresa que envolve negociações sobre direito de crédito que os credores têm a receber e, portanto, direitos passíveis de autocomposição. Assim, a consensualidade passou a ser, a partir da reforma da lei de falências e recuperação de empresas, a característica primordial do processo de recuperação judicial que se resolve por meio de um plano de recuperação judicial negociado entre os participantes, onde o juiz se restringe ao exame de sua legalidade. Ao lado disso, a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais com base nos artigos 190 e 191 do CPC enaltece não só a consensualidade, mas também a possibilidade de flexibilizar o procedimento.

Essa característica afeta ao poder jurisdicional estruturante e que está ligada ao exercício da autonomia privada gera um impasse que poderia ser evitado caso o Código de Processo Civil tivesse abraçado um modelo de processo compatível com a Constituição Federal. Como essa técnica legislativa

[47] RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós- Modernidade.* Revista de informação Legislativa. Brasília, a. 41, n. 163 jul/set, p. 113- 130, 2004, p. 126.

Sumário 1
índice

vem seguindo um modelo publicista, obviamente é uma incoerência falar em autonomia privada onde o magistrado é o protagonista.

A conduta proativa do juiz no âmbito das provas demonstra que o Estado não vem garantindo aos jurisdicionados o direito ao exercício de sua liberdade negativa, que impõe a ele obrigações de não fazer, de não intervir na esfera de sua autonomia privada. O ativismo judicial inerente ao poder jurisdicional estruturante e ao próprio poder judiciário, que se discutirá melhor nos itens 3 e 4, é incompatível com a consensualidade, que se apresenta como característica desse procedimento. Como, então, o consenso pode ser considerado característica do poder jurisdicional estruturante se o protagonismo do juiz não deixa espaço para o exercício da autonomia privada das partes? É incoerente, portanto, o legislador processual civil prestigiar a autonomia privada, junto com a lei 11.101/05 e, ao mesmo tempo, privilegiar o ativismo judicial em matéria probatória.

Com efeito, Didier Júnior e Zaneti Júnior[48] apontam mais três características inerentes ao procedimento estrutural em que o autor qualifica como não essenciais: a multipolaridade, a complexidade e a conflituosidade. Entende-se, aqui, que a multipolaridade não é uma característica inerente ao denominado pela doutrina de processo estrutural, mas uma particularidade do conflito que se trava em uma insolvência transnacional, envolvendo uma grande quantidade de pessoas em torno da crise na empresa com interesses distintos, o que torna este litígio coletivo ou multipolar, distinguindo-se dos litígios meramente bipolares ou individuais.

Segundo Didier Júnior[49], complexo é o processo em que se discute um problema que admite diversas soluções, de modo que é comum que o problema estrutural possa ser resolvido de diversas formas, tendo em vista que em torno da empresa existem diversos interesses aparentemente antagônicos, afetados de modo distintos pela controvérsia, com visões diferentes e interesses diversos, no que Vitorelli[50] denomina de litígio irradiado. O processo de insolvência

[48] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, op., cit.,
[49] Id., p.
[50] VITORELLI, Edilson, 2022, op., cit., p. 557.

Sumário 1
índice

transnacional sempre será complexo porque os credores possuem perspectivas diferentes sobre a melhor forma de reestruturar a atividade. Alguns estarão dispostos a renunciar a parte do seu crédito (deságio), ainda que de forma substancial; outros exigirão a venda de ativos para aumentar o índice de recuperação do seu crédito, dentre outros[51]. Assim, os credores sempre discordarão entre si a respeito de diversas questões, ressaltando a alta complexidade do processo de insolvência transnacional.

Por sua vez, segundo Batista[52], o litígio será mais conflituoso quanto menos uniforme for a posição dos membros do grupo diante do conflito. O procedimento de insolvência transnacional se caracteriza por apresentar um alto índice de conflituosidade, na medida em que a existência de muitas pessoas em torno da atividade econômica com interesses diversos ou mesmo a existência de conflito dentro da própria classe de credores, aumenta a chance de os membros do grupo divergirem sobre suas posições diante do litígio. Em outras palavras, o litígio decorrente da crise na empresa é deveras conflituoso porque é um litígio de difusão irradiada.

Assim, é possível constatar que o procedimento de insolvência transnacional apresenta as características de um procedimento estrutural pelos seguintes motivos: (1) parte de um problema estrutural, que se identifica como a crise na empresa; (2) a existência de múltiplos interesses em torno da crise na empresa e a necessidade de se preservar a empresa gera um litígio coletivo, complexo e multipolar, que interessa aos credores de forma irradiada, além da sociedade em geral que também tem interesse na manutenção da atividade econômica; (3) para que a empresa volte a ser saudável, é necessário a existência de um plano de ação, o plano de recuperação judicial, construído através da ampla participação dos credores e do devedor empresário em crise, com auxílio ou não do mediador, em Assembleia Geral de Credores, caso haja objeções ao plano. Além disso, se o objetivo perseguido pelo poder jurisdicional estruturante se assenta em fixar um novo paradigma de natureza prospectiva, não é diferente do que ocorre na insolvência transnacional, onde se pede a

[51] BATISTA, Felipe Vieira, op., cit., p. 28.
[52] Id., p. 31.

Sumário 1
índice

reforma estatal no sentido de viabilizar a resolução de um problema social grave por meio de um plano de reestruturação da atividade empresarial[53].

4. O DISCURSO POLÍTICO DE SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NO PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE

Max Weber[54] definiu poder como toda a probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento desssa probabilidade, podendo estar presente em qualquer relação social, seja na política, seja na família, seja no direito. O problema é que todo poder almeja, cada vez mais, aumentar seu poder, tanto é que na visão de Samuel Gomes[55], o Judiciário é Poder. E Poder gosta de poder. O Judiciário diz que age apenas quando provocado. Mas, o que se tem notícia, é que nem sempre é assim. Não raras vezes, desce do parquinho porque gostou da brincadeira.

Esse ativismo judicial se originou no final do século XIX, ocasião em que houve uma transição de uma visão liberal do processo, onde sobressaía a figura do juiz expectador, para uma visão socializadora, a qual passou a idealizar o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos de interesse, onde o juiz assumia uma postura ativa, de investigador. Com o processulismo científico de Klein, o processo passa a ser visto como instrumento a serviço da jurisdição, ganhando destaque o protagonismo judicial com o enfraquecimento do liberalismo processual[56].

Premido da necessidade de implementar um perfil socializante de processo a partir do Estado de bem-estar social, o Código de Klein conferia ao julgador amplos poderes de investigação e instrução, voltado à satisfação de valores sociais - o que Klein chamou de função social do processo - em um modelo cooperativo entre juiz e as partes, na qual competia ao juiz um dever de auxílio às partes. Assim, de um extremo a outro, o magistrado deixaria de ser

[53] BATISTA, Felipe Vieira, 2017, op., cit., p. 118.
[54] WEBER, Max, Economia e Sociedade. Vol. 2: Fundamentos da Sociologia. Brasília: Ed. Unb. p. 33.
[55] GOMES, Samuel. O Processo Estrutural contra a judicialização da Política. Disponível em: https: /www.conjur.com.br/2024-abr-23/o-processo-estrutural-contra-a-judicializacao-da- politica/
[56] MUNDIM, Luíz Gustavo Reis. Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 19.

mero expectador abraçado no modelo liberal de processo, para uma posição de juiz ativo.

Desta forma, a perspectiva Kleiniana pautava-se na denominada cooperação processual entre as partes, no qual competia ao juiz um dever de auxílio às partes, proposta essa que teve influência na obra de Dinamarco entitulada de "A Instrumentalidade do Processo"[57]. Esse modelo cooperativo disfarçado de inquisitorial é criticado por Mundim[58], pois de acordo com seu entendimento a cooperação processual não passa de uma versão mitigada do modelo inquisitorial, onde se evidencia uma hipertrofia da jurisdição, transformando o processo em mero instrumento à disposição do juiz, em evidente violação da imparcialidade, que segundo Alves (2021)[7], tem sido a garantia processual mais desprezada no Direito, inclusive pelo Poder Judiciário, violando as regras previstas no art. 5º, inciso XXXVII e LVII da Constituição Federal.

Com base nisso, é possível notar que o Código de processo Civil de 2015 já nasceu velho. Sua tentativa de se alinhar a um modelo cooperativo de processo, onde as garantias das partes e interesses da coletividade seriam assegurados, não passa do mero discurso. Questiona-se, aqui, por onde anda a tal da força normativa da Constituição que os pós-positivistas tando defendem. Na realidade, como se vê, principalmente em matéria probatória, a legislação acabou incorporando um modelo socializante de procedimento, prestigiando o ativismo judicial, o que gera um déficit democrático. Como se observa, o Código de Processo Civil, reformado em 2015, adota uma concepção retrógrada de procedimento, pois lastreada em uma legislação do século XIX enraizada em ideias autoritárias e sociais.

Nessa perspectiva instrumentalista e publicista, o processo é visto como instrumento a serviço da Jurisdição, na visão (ultrapassada) de Dinamarco, em que o Poder Judiciário assume uma postura ativista, autoritária e arbitrária, sob o discurso de assegurar direitos e garantias fundamentais das partes, o que vem

[57] DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do processo. São Paulo: Ed. Malheiros. 10ª edição.
[58] MUNDIM, Luiz Gustavo Reis, op. cit., p. 22.

Sumário 1
índice

chamando atenção dos estudiosos do garantismo processual.

Em uma perspectiva publicista de processo, permite-se uma ampliação dos poderes do juiz porque, segundo Pedro Lube Sperandio[59]

> o objetivo do procedimento judicial seria buscar a verdade real e a realização da justiça, legitimando, com base nesses fins, a iniciativa probatória do juiz, pois ele seria o terceiro desinteressado capaz de encontrar a verdade real dos fatos, que seria a condição inafastável para se decidir de forma justa. Sob essa ótica, o juiz teria o dever de traduzir no caso concreto os escopos político e social da norma abstrata conferida pelo legislador. Desse modo, a verdade se converteria em parte essencial da função do juiz que então deixa de ser um terceiro imparcial, quebrando a imparcialidade.

Este tipo de modelo, adotado pelo Código de Processo Civil de 39, foi deveras repudiado por se revelar autoritário devido a postura ativista do Poder Judiciário em detrimento das garantias constitucionais das partes, principalmente, na atual conjuntura, pela doutrina do garantismo processual que enxerga o processo como instituição de garantia. Nessa concepção, a jurisdição é considerada uma instituição do poder, logo, o processo seria uma garantia contra esse poder ou uma garantia contrajurisdicional, porque o seu objetivo é limitar o poder do Juiz que, se não age com imparcialidade, não estaria atuando com eficiência.

Embora seja possível considerar o litígio que decorre da insolvência transnacional como um litígio coletivo estrutural, é certo que a nova técnica legislativa já se originou inconstitucional e antidemocrática pois diante da lacuna, que se espera ser preenchida com a convolação do Projeto de Lei 1641/21 em lei, aos litígios estruturais tem se aplicado o Código de Processo Civil que possui um perfil autoritário de procedimento, principalmente no tocante à instrução probatória, o que põe em debate o direito à prova como direito fundamental frente discurso político de socialização processual presente atualmente no Código de Processo Civil.

---

[59] SPERANDIO, Pedro Lube. *Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial.* Coordenado por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.p. 43-45.

Sumário 1
índice

5. A PROVA *DE OFÍCIO* E ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL APLICADA AO PODER JURISDICIONAL ESTRUTURANTE NO ÂMBITO DA INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: A PRIMAZIA DA AUTORIDADE SOBRE A GARANTIA

Embora a Lei 11.101/05 não regulamente a instrução probatória no âmbito da insolvência transnacional, o Código de Processo Civil é uma legislação supletiva do direito falimentar e recuperacional no caso em que este se omita. Logo, no tocante à produção da prova e o ônus de provar, é aplicável a legislação processual, que mantém um modelo ativista, publicista ou instrumentalista de processo, no âmbito da lei de falências e recuperação de empresas.

À luz do garantismo processual, de acordo com Edurdo José da Fonseca Costa[60], o regime jurídico constitucional implica que o legislador deva estruturar o processo como instituição de garantia e não de poder. Isso implica que a diretriz interpretativa deve ser direcionada a uma primazia da liberdade sobre autoridade. Deve-se, pois, buscar a máxima eficácia da garantia em detrimento do poder. Não é o que ocorre, contudo, com o Código de Processo Civil, que insiste em fazer o contrário, na contramão da Constituição Federal.

Adotando esse modelo de socialização processual, a legislação com auxílio da jurisprudência e da doutrina sustentam que a produção de um meio de prova pode ser determinada por iniciativa do juiz de forma oficiosa sem o requerimento das partes, o que é confirmado pelo comando genérico ínsito no art. 370 do CPC[61].

Segundo Pedro Lube Sperandio[62], trata-se de comando genérico porque há outros artigos que evidenciam o protagonismo judicial, como por exemplo, o art. 464 e 480 que facultam o juiz a requisição da perícia, art. 405 a 441 que facultam o juiz a requisitar documentos perante qualquer parte, e outros artigos que demonstram claramente o ativismo judicial.

---

[60] COSTA, Eduardo José da Fonseca *Apud* SPERANDIO, Pedro Lube, op., cit., p. 30.
[61] Art. 370 CPC: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito".
[62] Op. cit., p. 114-115.

Assim, o CPC autoriza a atividade probatória do juiz, coadunando com a doutrina ativista/instrumentalista (dominante), que adota o conceito de prova como resultado que convence o juiz a respeito da verdade dos fatos[63], o que o coloca como destinatário da prova, permitindo ao juiz o monopólio decisório que, quando alinhado aos poderes instrutórios, faz com que o magistrado busque uma suposta verdade em clara violação da ampla defesa, contraditório e isonomia que, segundo Mundim[64] traduzem o princípio do devido processo e configuram o núcleo democrático da prova. O juiz assume, assim, a posição de supraparte, pois, nas palavras do autor, é um sujeito processual dotado de saberes infalíveis para determinar qual prova vai determinar por sua atividade probatória[65].

O poder jurisdicional estruturante, como dito alhures, ainda não possui uma regulamentação jurídica. Diante dessa lacuna, a jurisprudência e doutrina vêm se inclinando em aplicar ao poder jurisdicional estruturante o procedimento do Código de Processo Civil. Nessa direção, o próprio Projeto de Lei 1641/21, em tramitação na Câmara dos Deputados, que disciplina a ação civil pública, determina a aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil aos procedimentos de tutela coletiva quando com eles compatível e adequado[66].

Desta forma, mesmo que o Projeto seja convertido em lei, o perfil das medidas estruturantes continuará se baseando neste modelo publicista de procedimento adotado pelo Código de Processo Civil de 2015. Se o que se espera dessa inovação processual é conferir a tutela adequada aos conflitos estruturais de insolvência transnacional, não é o procedimento do Código de Processo Civil, ainda que aplicado de forma supletiva, que terá o condão de fazê-lo.

De fato, o legislador criou um impasse que ainda pode ser evitado caso haja o veto deste dispositivo, pois ainda que se recorra ao Projeto, que pode ser

[63] LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Loft *Apud* MUNDIM, Luíz Gustavo Reis. *Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 69.
[64] MUNDIM, Luiz Gustavo Reis, op. cit, p. 38-40.
[65] Id., p. 85-86
[66] Art. 1º, parágrafo 3º, do Projeto de Lei 1641/21: "O Código de Processo Civil aplica-se aos procedimentos para tutela coletiva, supletiva e subsidiariamente, desde que com eles seja compatível e adequado".

Sumário 1
índice

convertido em lei, o problema do ativismo judicial em matéria probatória permanecerá e, ainda, contando com o apoio da doutrina e da jurisprudência. Não se pode, pois, cometer o mesmo erro da legislação processual: adoção de um modelo incompatível com o Estado Democrático de Direito. É necessário um procedimento que proteja tais conflitos e que seja diferente do Código de Processo Civil, que foi feito para tutelar os litígios individuais e não os multifacetados.

Os conflitos individuais, como dito antes, possuem uma configuração bem diferente dos conflitos multipolares de insolvência transnacional, porque estes são extremamente complexos por conta da multiplicidade de interesses. Logo, não podem receber a mesma tutela dos litígios meramente bipolares. Isso implica em não adotar o mesmo modelo inquisitivo ínsito no Código de Processo Civil. Para mudar esse contexto, se faz necessário que os litígios estruturais sejam disciplinados por um procedimento pautado no modelo acusatório, que se aproxima da corrente de pensamento denominada garantismo processual e prestigia o Estado Democrático de Direito, e não em um procedimento retrógrado que privilegia o ativismo judicial.

Os chamados processos estruturais, em sua origem, já nasceram defeituosos pois seu surgimento adveio, no século XX nos EUA, a partir de dois precedentes: Brown X Board Education of Topeka, onde o Poder Judiciário norte- americano determinou a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, e o caso Holter Vs Sarver, em que diante da constatação de violação dos direitos humanos aos detentos de duas unidades prisionais no estado de Arkansas, o juiz não só declarou a inconstitucionalidade do sistema prisional, como também determinou medidas estruturantes[67].

[67] DIDIER JR., Fredie; ZANETE JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. número 75. 2020, p. 1-2.

Sumário 1
índice

A partir desses dois casos, é possível perceber que o Poder Judiciário foi acionado não para resolver um problema pontual como acontece nos litígios individuais, mas sim para dirimir situações de fato genéricas e consolidadas que necessitavam de reestruturação por envolver problemas sistêmicos ou estruturais de natureza prospectiva. Assim, define Vitorelli[68] o "processo" estrutural como sendo "um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos (...)". O que se quer dizer com isso é que o objetivo dessa técnica legislativa é reestruturar determinada instituição para permitir que seu estado atual de desconformidade estruturante inerente ao problema estrutural atinja um estado ideal de coisas, o que se torna possível através da feitura de um plano de reorganização.

Outra percepção que se pode notar a partir desses dois exemplos é que desde a sua origem, essa técnica legislativa já evidenciou imperfeições, na medida em que as medidas estruturantes mencionadas provieram de um claro ativismo judicial, o que é refutado pela doutrina do garantismo processual. Em razão das características inerentes ao procedimento estruturante, há algumas peculiaridades, principalmente em matéria probatória, em razão da prospectividade e multipolaridade.

Segundo Arenhart[69], em virtude das características inerentes ao poder jurisdicional estruturante há uma flexibilização dos procedimentos para a obtenção da prova por conta da dinâmica das situações complexas que, em regra, é incompatível com a rigidez dos meios de prova inerentes ao Código de Processo Civil e dos procedimentos de colheita de prova. Não obstante as peculiaridades que envolvem a atividade probatória no âmbito do poder jurisdicional estruturante, Vitorelli[70] entende que essa nova roupagem processual, no tocante à produção da prova, terá as mesmas características que teria um processo coletivo não estrutural.

[68] VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática.* São Paulo: Juspodium. 2022. p. 17.
[69] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em https:/www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-a-instrucao-do-processo-estrutural-curso-de-processo-estrutural/1300338466. Acesso em 13/08/2024.
[70] Id., 2022. p. 413.

No mesmo sentido, a jurisprudência do STJ já assentou entendimento de que, no âmbito dos processos coletivos, o juiz possui um poder instrutório amplo tanto na produção da prova, como na instrução probatória[71]. Sob essa ótica, Arenhart[72] entende que diante da característica da multipolaridade inerente ao poder jurisdicional estruturante, onde cada um tem uma solução parcial para o problema, é imprescindível a presença de um juiz ativo na função instrutória, capaz de investigar os fatos de modo completo e aprofundado, pois essa exigência implicaria em uma mudança na instrução probatória.

Em outras palavras, o poder jurisdicional estruturante vem seguindo o perfil ativista, usando, aqui, a multipolaridade como subterfúgio para justificar a atuação arbitrária do juiz na instrução probatória. Porém, por mais que a existência de múltiplas partes torne o procedimento evidentemente complexo, conforme aduz Juan Montero Aroca[73], o juiz não estaria legitimado a se converter em um juiz- investigador dos fatos afirmados pelas partes, colocando em risco a imparcialidade do julgamento, pois o processo é regulado em conformidade ao princípio do contraditório, o qual se baseia na verdade sustentada pelas partes e no julgamento por um terceiro imparcial. Sendo assim, à luz dos garantistas, o magistrado deveria respeitar as regras do procedimento e os limites dos meios probatórios requeridos pelas partes, visto que são garantias dos jurisdicionados.

Desta forma, em matéria probatória, ainda que se trate de processo complexo, o juiz não deve ter o privilégio cognitivo, por ser incompatível com a processualidade democrática e com a construção do Estado Democrático de Direito, pois as partes ficam excluídas, não podendo influenciar ou fiscalizar as decisões[74]. Nesse viés, quando o juiz ordena oficiosamente a produção de uma prova, deixa de atuar como terceiro imparcial para agir como parte, violando, o

[71] Resp n. 1.543.430/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 23/08/2022. DJe de 23/09/2022.

[72] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em https:/www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-a-instrucao-do-processo-estrutural-curso-de-processo-estrutural/1300338466. Acesso em 13/08/2024.

[73] AROCA, Juan Montero. El processo civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autorita. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). Processo Civil e Ideología: un prefacio, uma sentencia, das cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. p. 160 e 163.

[74] MUNDIM, Luíz Gustavo Reis. Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 85-86

Sumário 1
índice

que Alvarado Velloso[75] chama de impartialidade. Atuando, assim, o juiz assume a função de acusador e defensor, maculando o princípio do contraditário.

A conclusão que se chega é que o denominado processo (des) estrutural, que tem sob sua mira a característica da prospectividade inerente ao problema estrutural, acabou acertando o passado, pois se baseia em uma lei processual retrógrada que prestigia um modelo de processo autoritário e insistente em servir ao Estado-Juiz, ao invés de resguardar os direitos e garantias dos jurisdicionados. É, portanto, ilógico que, diante desta característica que permeia as medidas estruturantes, ainda se insista não só em razão da lacuna legislativa, mas especialmente pela incoerência, em seguir o mesmo procedimento de uma lei processual que prestigia conflitos individuais cuja solução se volta para o passado, quando o poder jurisdicional estruturante lida com litígios multipolares e complexos com soluções prospectivas.

Além disso, se o próprio Arenhart[76], que é adepto da doutrina ativista, entende que a prospectividade determina uma nova visão sobre o papel da prova nos processos estruturais, o argumento ativista de que a função da prova seria a busca da verdade estaria eliminado, pois se trata aqui de uma tutela voltada para o futuro, ou seja, exercida em juízo de probabilidade e não de certeza. Em razão disso e da própria estrutura complexa dos litígios estruturais, especialmente de insolvência transnacional, não se poderia pretender aplicar, ainda que de forma subsidiária e supletiva ao poder jurisdicional estruturante o procedimento civil, o qual deveria se restringir aos litígios individuais.

Ainda assim, para que se possa assegurar as garantias dos jurisdicionado, principalmente no âmbito da insolvência transnacional, torna-se imprescindível a regulamentação de um modelo de procedimento que traga equilíbrio entre esses dois polos ou que a legislação processual se amolde ao modelo acusatório de organização do procedimento, que se orienta a limitar a atuação do Estado-Juiz

[75] VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidade judicial y el debito processo (la función del juez em el processo civil). Revista Ratio juris. Medellin, v. 9, n. 18, p. 207-235. Jan/jun. 2014.
[76] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em https:/www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-a-instrucao-do-processo-estrutural-curso-de-processo-estrutural/1300338466. Acesso em 13/08/ 2024.

Sumário 1
índice

no processo, em que apenas às partes caberia a produção das provas necessárias para a construção dos fatos. Uma postura mais passiva do juiz seria mais compatível com o Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Em conclusão, a importância de se fazer uma análise crítica do ativismo judicial em matéria probatória no poder jurisdicional estruturante no âmbito da insolvência transnacional reside em investigar, a partir da adoção de um modelo publicista de procedimento pelo Código de Processo Civil de 2015 aplicável a esta técnica legislativa, se o poder jurisdicional estruturante pode ser considerada a técnica processual adequada para ser implementada na insolvência transnacional.

Nesse contexto, a pesquisa revelou que a transnacionalização das sociedades empresárias no mundo globalizado, resultou no aparecimento de um novo tipo de conflito, extremamente complexo, conflituoso e multipolar, ou seja, envolvendo um grupo de pessoas atingidas de forma e com interesses distintos enquanto sociedade: o litígio estrutural ou coletivo irradiado. Por mais que a lei 11.101/05 tenha incorporado a Lei modelo Uncitral, o que, de fato, trouxe maior segurança jurídica no tratamento da crise na empresa transnacional, o legislador não se preocupou em disponibilizar um prodedimento adequado a este tipo de conflito. Diante dessa lacuna, enquanto a Lei 1641/21 não for convertida em lei, o procedimento civil, que fora destinado a regulamentar litígios individuais, vem sendo usado como parâmetro para o poder jurisdicional estruturante, que segue o modelo de procedimento socializante, coferindo amplos poderes instrutórios ao juiz. Percebe-se, assim, uma primazia da autoridade sobre a garantia.

Porém, em razão da estrutura policêntrica dos litígios coletivos estruturais de insolvência transnacional, não se pode pressupor que o Código de Processo Civil propicie a tutela adequada para esses litígios, porque fora destinado a proteger os litígios bipolares ou individuais, resquício do liberalismo econômico.

Como o Código de Processo Civil autoriza o ativismo judicial em matéria probatória, o celeuma que gira em torno do tema diz respeito à prova como uma

Sumário 1
índice

garantia fundamental das partes frente ao fato do juiz ter uma permissão legal para produzir prova *de ofício*, sem que as partes tenham solicitado, pois a legislação processual ainda está arraigada à concepção ultrapassada de que o processo seria instrumento a serviço da autoridade do juiz. Sendo assim, o magistrado teria legitimidade, com base no art. 370 do CPC, para executar provas de forma oficiosa, sem que a parte tenha o ônus de se omitir, sob o pretexto de buscar a verdade e realizar a justiça.

A Jurisprudência do STJ confirma essa heresia jurídica conferindo amplos poderes instrutórios ao poder jurisdicional estruturante, onde o juiz hipertrofiado, acaba, ao mesmo tempo, atuando como acusador/defensor, ou seja, como juiz e parte. Nesse cenário, em que o magistrado assume uma postura ativista, autoritária e arbitrária, constatou-se que este modelo inquisitório adotado pelo Código de Processo Civil não pode ser reproduzido pela lei 1641/21, que regulamenta a ação civil pública e demais ações coletivas, o que inclui a insolvência transnacional, sob pena de se repetir o mesmo erro que se tem cometido: permitir que se fomente o ativismo judicial no procedimento estruturante de insolvência transnacional. Na concepção garantista, o ideal seria regulamentar um modelo procedimental que traga um maior equilíbrio e respeito às garantias dos jurisdicionados. Por enquanto, o modelo acusatório ou adversarial seria o mais condizente com o Estado Democrático de Direito.

À luz do garantismo processual, o processo é uma instituição de garantia que visa limitar o poder do juiz, na medida em que sendo a jurisdição uma instituição de poder, o processo seria uma garantia contra esse poder, ou seja, uma garantia contrajurisdicional. Sendo assim, o juiz não teria legitimidade para produzir provas *de ofício*, pois legítimas, neste caso, são as partes: as verdadeiras destinatárias da prova.

Além disso, quando se aumenta os poderes de instrução probatória do juiz, são os jurisdicionados os maiores prejudicados, na medida em que o único ônus que possuem, além de dividir com o juiz o ônus de provar, é a renúncia às suas garantias fundamentais. Por outro lado, é o juiz o único beneficiado, pois ao agir assim deixa a imparcialidade de lado para atuar como se parte fosse, assumindo, assim, a posição de juiz-investigador. Se ao Estado-juiz cabe a função

Sumário 1
índice

de terceiro desinteressado ao litígio, conclusão óbvia seria a de que caberia às partes produzir provas em juízo em contraditório para que o magistrado forme sua convicção, e não permitir que este já tenha conhecimento dos fatos da causa previamente.

Diante desse embrólio, é possível dizer que o procedimento estruturante é o adequado para conferir a proteção apropriada aos participantes da insolvência transnacional, em razão da estrutura policêntrica do litígio cuja violação decorre do funcionamento de uma instituição – a sociedade empresária transnacional - desde que se adote um modelo de procedimento compatível com as garantias constitucionais dos jurisdicionados. Afinal, se uma lei infraconstitucional concretiza regras que estão em desarmonia com esse cenário, um ajuste na legislação processual visando se adequar ao mandamento constitucional, tornando o discurso uma realidade, uma atualização do perfil de procedimento – desprendido da ideia de instrumentalismo - e o veto do art. 1º, parágrafo 3º, do Projeto de Lei 1641/21 que determina a aplicação subsidiária e supletiva da lei processual ao poder jurisdicional estruturante já seria um bom começo para uma mudança no contexto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira; SILVA, Lilia Nunes. Os **Poderes Instrutórios do Juiz nos Modelos Processuais Contemporâneos e as Limitações impostas pela Garantia do Devido Processo Legal**. In Conhecimento e Diversidade. Niterói: Editora Unilasalle, v. 5, n. 3. Abril/junho 2023.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/5-a-instrucao-do-processo-estrutural-curso-de-processo-estrutural/1300338466.

AROCA, Juan Montero. **El processo civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria**. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). Processo Civil e Ideología: un prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. p. 160 e 163.

BATISTA, Felipe Vieira. **A Recuperação judicial como processo coletivo**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2017.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. **Insolvência Transnacional: As contribuições que a Lei Modelo da Uncitral pode proporcionar para o Brasil**. São Paulo: USP. Faculdade de Direito, 2018.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Direito Societário e regulação econômica**. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 58.

CAPELETTI, Mauro; GARTH BRIANT. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988.

CARNIO COSTA, Daniel. **Sistema Brasileiro de insolvência transnacional**. São Paulo: Juruá, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; SOUSA, Diego Crevelin de Apud SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova ex officio e a quebra de imparcialidade judicial**. Coordenado por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 126.

DIDIER JR., Fredie; ZANETE JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. número 75. 2020.

GOMES, Samuel. **O Processo Estrutural contra a judicialização da Política**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2024-abr-23/o-processo-estrutural-contra-a-judicializacao-da-politica/.

GOMES, Tadeu Alves Sena. **A atividade empresarial após a sentença de recuperação judicial: A concretização da manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores**. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Mestrado Profissional em Direito da Escola de Direito de Brasília, 2020.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Loft Apud MUNDIM, Luíz Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 69.

MUNDIM, Luíz Gustavo Reis. **Poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Civil e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 85-86.

Sumário 1

índice

NETTO, Fernando Gama de Miranda; NUNES, Lílian Garzola do Espírito Santo. **Garantismo Processual e o Processo como garantia contrajurisdicional** In Resolução de conflitos no processo contemporâneo: Ensaios sobre o garantismo processual e o processo estrutural. Org: Fernando Gama de Miranda Netto, Marcelo Pereira de Almeida, Lilia Nunes Silva, Simone de Oliveira Souza. 1ª edição. Rio de Janeiro: IDPP, 2023.

PIOVESAN, Flávia Cristina; GONZAGA, Victoriana. **Empresas e Direitos Humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos Direitos Humanos**. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, 2019, p. 17.

PEREIRA, Felipe Benfato. **A regulamentação da insolvência transnacional no Brasil**. Revista de direito internacional e global econômica. V. 9 n. 9. 2022.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós- Modernidade**. Revista de informação Legislativa. Brasília, a. 41, n. 163 jul/set,
p. 113- 130.

SIMMEL, George, **A natureza sociológica do conflito**, in Moraes Filho, Evaristo (org.), Simmel, São Paulo, Ática, 1983.

SPERANDIO, Pedro Lube. **Contra os poderes instrutórios do juiz: a prova ex offício e a quebra de imparcialidade judicial**. Coordenado por Antônio Carvalho Filho, Eduardo José da Fonseca Costa. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

VASCONCELOS, Ronaldo. CARNAÚBA, César Augusto Martins. HANESAKA, Thais D'Angelo da Silva. **Mediação na Recuperação Judicial: paralelos com a evolução estrangeira**. Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 62/2019 | p. 45 - 81 | Jul - Set / 2019. DTR\2019\40054.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La imparcialidade judicial y el debito processo (la función del juez em el processo civil)**. Revista Ratio juris. Medellin, v. 9, n. 18, p. 207-235. Jan/jun. 2014.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática**. São Paulo: Juspodium. 2022.

_____. **Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no 77. 2020, p. 557.

Sumário 1

índice

O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A COMPETÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Marcos Antônio de Souza Lima[1]

Sumario: Introdução; 2. Definição e origem do princípio do juiz natural; 3. Fundamento legal no direito brasileiro; 4. Aplicação no direito brasileiro; 5. A importância do princípio do juiz natural no sistema judiciário; 6. Ações coletivas e a relevância do princípio do juiz natural;7. Desafios na aplicação do princípio do juiz natural em ações coletivas; 8. Soluções para a aplicação do princípio do juiz natural em ações coletivas; 8.1. Sistema de Registro de Ações Coletivas; 8.2. Fortalecimento das Varas Especializadas; 8.3 Cooperação Jurisdicional; 9. Critérios para determinar a competência em ações coletivas; 10. Análise de decisões judiciais que abordam a competência em ações coletivas; 10.1. Exemplos de Conflitos de Competência e como foram resolvidos; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O princípio do juiz natural é uma garantia fundamental no direito processual, assegurando que nenhum indivíduo será julgado senão por um juiz ou tribunal competente previamente estabelecido por lei[2] . Consagrado na Constituição brasileira[3] , este princípio visa assegurar a imparcialidade, a independência do Poder Judiciário e a proteção contra tribunais de exceção, historicamente utilizados como instrumentos de opressão política e social. Segundo Tourinho Filho (2019), a aplicação correta desse princípio é essencial para a preservação da justiça e da segurança jurídica no Brasil.

No contexto das ações coletivas, que têm como objetivo a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a aplicação do princípio do juiz natural adquire especial relevância. Isso se deve à complexidade inerente à

[1] Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Atualmente é Vice- Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão e Diretor de Pós-Graduação presencial da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito do Trabalho da Universidade Estácio de Sá.

[2] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2019.

[3] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/08/2024.

Sumário 1
índice

determinação da competência jurisdicional em demandas que podem abranger uma vasta gama de interesses e afetar muitos indivíduos simultaneamente. Em face da importância dessas ações para a proteção de direitos coletivos, o princípio do juiz natural deve ser observado de forma rigorosa, garantindo que essas demandas sejam julgadas por juízes e tribunais adequadamente competentes. Como destaca Didier Jr. (2020), a observância deste princípio nas ações coletivas é um pilar fundamental para assegurar a equidade processual.

O direito brasileiro enfrenta desafios significativos na aplicação do princípio do juiz natural em ações coletivas, principalmente em razão da sobreposição de competências e da multiplicidade de processos que muitas vezes envolvem os mesmos direitos coletivos em diferentes jurisdições. Essas questões não apenas complicam a administração da justiça, mas também podem resultar em decisões judiciais conflitantes, comprometendo a uniformidade e a coerência do sistema judiciário. Segundo Marinoni (2021), a definição clara e precisa das competências jurisdicionais é crucial para a eficácia das ações coletivas, assim como para a manutenção da confiança pública no sistema judiciário.

Neste cenário, o presente artigo tem como objetivo geral analisar a aplicação do princípio do juiz natural no âmbito das ações coletivas no direito brasileiro, destacando os principais desafios e propondo soluções para a superação das dificuldades práticas encontradas. A pesquisa se fundamenta em uma revisão bibliográfica detalhada, complementada pela análise de jurisprudências relevantes que ilustram a aplicação desse princípio na prática. O estudo também explora as interseções entre o princípio do juiz natural e os critérios de competência jurisdicional, abordando a importância da correta delimitação dessas competências para a proteção eficaz dos direitos coletivos.

Ao longo deste artigo, busca-se não apenas compreender as bases teóricas e legais que sustentam o princípio do juiz natural no contexto das ações coletivas, mas também oferecer uma visão crítica sobre os mecanismos existentes para sua implementação. Pretende-se contribuir para o aprimoramento do sistema judiciário brasileiro, sugerindo estratégias que

Sumário 1
índice

possam tornar a aplicação desse princípio mais efetiva e compatível com as necessidades atuais do direito coletivo.

2 DEFINIÇÃO E ORIGEM DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural é uma garantia fundamental no direito processual, que assegura que todo cidadão tenha o direito de ser julgado por um juiz ou tribunal previamente determinado por lei, sem que haja designações arbitrárias ou tribunais de exceção. Este princípio se baseia na ideia de que a justiça deve ser imparcial, previsível e independente, evitando que o julgamento de um indivíduo seja influenciado por interesses particulares ou por manipulações políticas. Conforme leciona Tourinho Filho (2019), o princípio do juiz natural é uma salvaguarda contra abusos do poder estatal, garantindo que o julgamento ocorra dentro das normas legais preestabelecidas.

A origem do princípio do juiz natural remonta à luta contra os tribunais de exceção e ao estabelecimento do Estado de Direito[4] e a sua origem moderna está ligada ao movimento iluminista e à Revolução Francesa, ambas reações ao absolutismo e ao uso discricionário do poder judicial pelos monarcas[5]. Tempos em que os tribunais de exceção eram frequentemente utilizados como instrumentos de repressão, julgando adversários políticos ou casos de interesse do soberano

de maneira parcial e muitas vezes injusta. A consagração do princípio do juiz natural no direito moderno está intimamente ligada ao estabelecimento do Estado de Direito e à necessidade de proteger os cidadãos contra a arbitrariedade judicial. De acordo com Didier Jr. (2020), este princípio é um marco da transição para um sistema jurídico fundamentado na igualdade de todos perante a lei.

[4] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
[5] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2023.

Sumário 1
índice

3. FUNDAMENTO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, o princípio do juiz natural encontra-se consagrado no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, que determina: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente." Este dispositivo constitucional tem como objetivo evitar a criação de tribunais ou juízes de exceção, garantindo que todos os litígios sejam resolvidos por juízes previamente designados pelas leis processuais aplicáveis. A Constituição, portanto, assegura que as regras de competência sejam respeitadas, promovendo a justiça imparcial e o devido processo legal.

Além disso, o princípio do juiz natural também está refletido em diversas normas infraconstitucionais, como o Código de Processo Civil (CPC) e o Código de Processo Penal (CPP), que estabelecem critérios de competência material, funcional e territorial para a distribuição dos processos. O CPC de 2015, por exemplo, reforça a necessidade de obediência às regras de competência, especialmente em questões envolvendo ações coletivas, nas quais a determinação correta do juízo competente é essencial para a legitimidade do processo (MARINONI, 2021).

4. APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No contexto do direito brasileiro, o princípio do juiz natural desempenha um papel crucial na garantia da imparcialidade e da independência do Poder Judiciário. Sua aplicação é especialmente relevante em ações coletivas, onde a determinação da competência jurisdicional pode ser mais complexa devido ao envolvimento de múltiplos interesses e a potencial abrangência nacional ou regional das demandas. A correta aplicação deste princípio evita a ocorrência de decisões conflitantes e garante que as ações coletivas sejam julgadas por tribunais competentes e imparciais, conforme os critérios estabelecidos pela legislação (CÂMARA, 2020).

A aplicação do princípio do juiz natural no Brasil não se limita apenas à fase processual, mas também se estende à fase de execução e aos recursos, assegurando que todos os atos do processo ocorram sob a jurisdição de um juiz

Sumário 1
índice

ou tribunal previamente designado. Essa abrangência garante a uniformidade e a consistência das decisões judiciais, protegendo os direitos das partes envolvidas e fortalecendo a confiança pública no sistema judiciário brasileiro.

5. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL NO SISTEMA JUDICIÁRIO

O princípio do juiz natural desempenha um papel crucial na preservação da imparcialidade, da independência e da legitimidade do Poder Judiciário[6]. Além disso, promove a previsibilidade e a segurança jurídica, evitando que decisões judiciais sejam influenciadas por interesses particulares ou por tribunais criados ad hoc[7]. Esses aspectos são fundamentais para a confiança pública no sistema de justiça[8].

Assim, este princípio impede a designação arbitrária de juízes para casos específicos, preservando o direito das partes de serem julgadas por autoridades previamente estabelecidas pela lei. Dessa forma, o princípio protege os cidadãos de possíveis abusos de poder, assegurando que os julgamentos não sejam influenciados por interesses políticos ou pessoais. Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2020), "o princípio do juiz natural atua como uma salvaguarda essencial do Estado de Direito, assegurando que todos tenham acesso a um julgamento justo e imparcial, conduzido por uma autoridade legítima".

Além disso, o princípio do juiz natural promove a previsibilidade e a segurança jurídica, essenciais para a confiança no sistema de justiça. Quando as regras de competência são respeitadas e aplicadas corretamente, as partes envolvidas no processo podem prever quais juízes ou tribunais serão responsáveis por julgar suas causas, eliminando a possibilidade de manipulação do sistema. A clareza sobre a jurisdição competente, conforme defendido por Marinoni e Arenhart (2021), "reforça a integridade das decisões judiciais e a igualdade entre as partes, pois impede a criação de tribunais de exceção e a designação de juízes conforme o interesse de uma das partes envolvidas no litígio".

---

[6] FERREIRA, Lenio Luiz. **O Princípio do Juiz Natural e o Sistema Judicial Brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, n. 305, p. 45-67, jan. 2021.
[7] SILVA, José Afonso da, op. cit.
[8] SILVA, José Afonso da, op. cit.

Sumário 1
índice

O princípio também é fundamental para a legitimidade do Poder Judiciário, pois reforça a percepção de que o sistema judicial é justo e transparente. Quando se observa a obediência estrita ao princípio do juiz natural, o Judiciário demonstra que suas decisões são tomadas com base em critérios objetivos e legais, o que aumenta a confiança pública nas instituições judiciais. Isso é especialmente importante em um contexto democrático, onde a independência judicial é um dos pilares da garantia dos direitos fundamentais. Como bem destaca Alexandre Freitas Câmara (2020), "o respeito ao princípio do juiz natural é essencial não apenas para a imparcialidade no julgamento, mas também para assegurar a legitimidade das decisões judiciais e a credibilidade do sistema como um todo".

6. AÇÕES COLETIVAS E A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

As ações coletivas são instrumentos processuais essenciais para a defesa de direitos que transcendem a esfera individual, como os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos[9]. A aplicação do princípio do juiz natural em ações coletivas é particularmente importante para garantir que essas demandas sejam julgadas por juízes competentes e imparciais, cujas jurisdições são estabelecidas de acordo com critérios legais específicos[10].

As ações coletivas permitem que uma pluralidade de indivíduos ou grupos seja representada em um único processo, garantindo eficiência judicial e evitando a proliferação de demandas semelhantes. Nesse contexto, o princípio do juiz natural adquire uma relevância particular, uma vez que as ações coletivas exigem a designação de um juiz competente para julgar questões que envolvem direitos de grande amplitude, afetando uma vasta gama de pessoas. Segundo Fredie Didier Jr., "a definição da competência em ações coletivas é crucial para a observância do princípio do juiz natural, a fim de evitar a designação arbitrária de juízes e garantir a legitimidade do processo"[11].

[9] GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Coletivo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
[10] GOMES, Luiz Flávio, op. cit.
[11] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

No âmbito das ações coletivas, o respeito ao princípio do juiz natural é fundamental para assegurar que essas causas sejam decididas por juízes imparciais, cujas competências sejam estabelecidas por normas legais claras e prévias. A distribuição equitativa de processos entre juízes e tribunais competentes promove não apenas a justiça, mas também a eficiência judicial, pois evita a sobrecarga de determinadas unidades jurisdicionais. Como aponta Alexandre Freitas Câmara, "a competência para julgamento das ações coletivas deve ser estabelecida de forma precisa, de acordo com critérios previamente definidos, como a competência material e territorial, para que se evitem conflitos de competência que possam comprometer a celeridade e a legitimidade das decisões"[12].

Um dos desafios práticos na aplicação do princípio do juiz natural em ações coletivas está na definição da competência territorial, especialmente em casos que envolvem danos de grande extensão ou de abrangência nacional. A multiplicidade de ações coletivas relacionadas ao mesmo

fato pode gerar insegurança jurídica, especialmente se diferentes juízes, com jurisdições diversas, emitirem decisões conflitantes. O Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública tratam da competência para as ações coletivas, mas, como enfatiza Marinoni, "a harmonização dessas normas e a designação de juízes adequados são essenciais para evitar conflitos e garantir a uniformidade das decisões"[13].

A relevância do princípio do juiz natural nas ações coletivas também está relacionada à confiança pública no sistema judicial. Quando esse princípio é observado, a sociedade percebe que o julgamento de direitos coletivos segue critérios legais pré-estabelecidos e é conduzido por autoridades judiciais legítimas e imparciais. Isso é especialmente relevante em ações que envolvem direitos difusos, como questões ambientais, de saúde pública e de consumo, em que os interesses em jogo são de grande relevância para a coletividade. Como destaca Sérgio Cruz Arenhart, "a observância do princípio do juiz natural é essencial para a credibilidade das ações coletivas, uma vez que a designação de

[12] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.
[13] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Sumário 1
índice

juízes com competência prévia garante a imparcialidade e a efetividade da tutela judicial"[14].

7. DESAFIOS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL EM AÇÕES COLETIVAS

Um dos principais desafios na aplicação do princípio do juiz natural em ações coletivas é a possibilidade de múltiplas ações serem ajuizadas em diferentes jurisdições sobre o mesmo tema. Isso pode levar a decisões conflitantes e comprometer a uniformidade e a previsibilidade do sistema judiciário. Marinoni e Arenhart destacam que "a pulverização de demandas em diversas jurisdições pode acarretar decisões divergentes sobre o mesmo fato, afetando a segurança jurídica e a uniformidade necessária nas decisões judiciais"[15].

A definição de competência territorial em ações coletivas pode ser complexa, especialmente quando os danos ou os interesses protegidos se espalham por várias localidades. Determinar qual tribunal tem a competência adequada para julgar a ação pode ser um desafio, e a falta de critérios claros pode levar a conflitos de competência. Segundo Fredie Didier Jr., "a competência territorial em ações coletivas exige uma análise criteriosa para evitar decisões conflitantes e garantir que o tribunal mais apropriado julgue a demanda"[16].

Outro desafio é a sobrecarga de trabalho. A centralização de ações coletivas em determinados tribunais pode levar à sobrecarga de trabalho, comprometendo a celeridade e a qualidade das decisões judiciais. Tribunais com excesso de casos podem não conseguir julgar as ações coletivas de maneira eficiente, prejudicando a proteção dos direitos coletivos. Nesse sentido, Câmara ressalta que "o acúmulo de ações em um tribunal pode prejudicar a celeridade processual e, consequentemente, o resultado eficaz da tutela jurisdicional coletiva"[17].

---

[14] ARENHART, Sérgio Cruz. **Ações Coletivas: Teoria Geral e Aspectos Processuais.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
[15] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit.
[16] DIDIER JR., Fredie, op. cit.
[17] CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

Sumário 1
índice

8. SOLUÇÕES PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL EM AÇÕES COLETIVAS

Diante da complexidade das ações coletivas e do risco da não efetividade de seus julgamentos no caso de não se cuidar das formas adequadas para evitar ou mitigar os efeitos de julgados por juízes que não se respeitem o princípio do juiz natural é vital que sejam propostas formas de assegurar a correta aplicação desse princípio.

1. Sistema de Registro de Ações Coletivas

A implementação de um sistema centralizado de registro de ações coletivas pode ajudar a evitar a multiplicidade de ações sobre o mesmo tema. Esse sistema permitiria a identificação e a concentração de processos em um único foro competente, evitando decisões conflitantes e promovendo a eficiência processual.

2. Fortalecimento das Varas Especializadas

A criação e o fortalecimento de varas especializadas em ações coletivas podem melhorar a qualidade e a eficiência do julgamento dessas demandas. Juízes com conhecimento técnico e experiência específica nas áreas de direito ambiental, do consumidor, trabalhista, entre outras, estão mais bem preparados para lidar com a complexidade das ações coletivas.

3. Cooperação Jurisdicional

O Código de Processo Civil de 2015 consagrou o Princípio da Cooperação Judiciária Nacional. Melhorar os mecanismos de cooperação e comunicação entre diferentes jurisdições pode evitar conflitos de competência e garantir a efetividade das decisões judiciais. A criação de fóruns de cooperação e a utilização de tecnologia para o compartilhamento de informações são estratégias que podem ser adotadas. Restou oficializado, no estatuto processual, que os órgãos do Poder Judiciário, em todos os graus de jurisdição, possuem o dever de recíproca cooperação, por meio dos magistrados e servidores (art. 67).

Sumário 1
índice

O Conselho Nacional de Justiça, desde antes da previsão específica do Código de Processo Civil de 2015, já dispunha sobre a possibilidade de cooperação judiciária por ato de concertação entre juízes cooperantes para a prática de todos os tipos de atos (Recomendação nº 38/11). Contudo, somente com a introdução da hipótese no Código Processual atual é que os operadores do direito passaram a dar mais atenção ao tema.

Neste item especificamente, podemos tratar da modificação da competência nas ações estruturais por ato de concertação. O ato de concertação tem por escopo a disciplina de atos indeterminados entre juízos cooperantes, e se caracteriza como um regramento geral, de caráter consensual, anterior à prática da cooperação. Ações estruturais são aquelas que possuem natureza complexa, já que não são voltadas a tratar de um conflito específico, que demande uma decisão judicial simples, meramente reparativa. A intervenção é exigida de forma ampla, com possibilidade de debruçar-se nas atividades dos envolvidos na lide, sejam públicas ou privadas, flexibilização de técnicas processuais e alteração das medidas tomadas no curso do processo ou do cumprimento de sentença para readequação do estado das coisas. O conceito de complexidade das demandas estruturais é mesclado com a indeterminação advinda de certos estímulos, já que as decisões podem atingir um universo muito maior do que apenas as partes da relação processual, de modo a também ser entendido que a intervenção jurisdicional não pode ser pontual, interpessoal e limitada, senão contínua e central, mediante fiscalização constante e participação efetiva ao longo de todo o procedimento. A decisão judicial pode ser desdobrada em várias outras e de maneira imprevisível, à medida que os problemas ou questões vão surgindo no cumprimento do cronograma de reestruturação. As ações estruturais são um campo fértil para aplicação das regras envolvendo a cooperação, tanto por conta da complexidade das ações e necessidade de auxílio entre juízos que se deparam com a mesma questão ou que podem auxiliar o juiz processante, quanto pela flexibilidade que o referido instituto confere à atuação dos magistrados nesses casos, permitindo a interpretação mais elástica e menos rígida de institutos como competência, juiz natural e conexão entre causas, que é recomendável para a adequada resolução desses casos. Os atos de cooperação,

Sumário 1
índice

portanto, podem emergir como instrumentos valorosos para promover um ajustamento tanto do objeto, como do procedimento e, inclusive, da competência para melhor adequação às especificidades das demandas estruturais.

Na Comarca de Araxá/MG, cerca de 517 ações indenizatórias estavam tramitando contra a Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração CBMM e BUNGE Fertilizantes/S.A. (22 continham no polo passivo a Vale Fertilizantes S.A.), relacionadas a uma suposta contaminação de água por metais pesados, dentre estes o bário. Em uma comarca média (segunda entrância ou entrância intermediária), além do risco de decisões conflitantes, a produção de provas individualmente poderia inviabilizar a tramitação dos demais processos alheios ao caso e prejudicar a duração razoável, ante a menor estrutura. Os magistrados entenderam por bem realizar uma reunião de processos em tramitação com futura centralização de distribuição sui generis. Foi estabelecido que o juízo prevento é que teria competência para julgamento de todos os processos, porém, por questão de conveniência, sem redistribuição, isto é, os processos se mantiveram onde distribuídos originalmente. A perícia hidrogeológica e ambiental, necessária para o desfecho das lides, bem como todos os atos processuais, foram realizados em um processo escolhido aleatoriamente, ficando os demais processos suspensos nas respectivas varas de origem. Apenas no processo paradigma foi prolatada a sentença, constando que surtiria efeitos em todos os 517 processos sem necessidade de trasladar cópias. Em caso de interposição de recurso, somente o referido processo seria remetido às instâncias recursais. Com essas medidas de gestão processual, de certa forma, coletivizando demandas individuais, foi evitada a extração de 16.554 cópias (apenas da sentença), contratação de veículo grande para levar ao Tribunal os autos, que na época eram processos físicos e que totalizavam 1.551 volumes. Ainda, sem contar o trabalho dos serventuários públicos que fariam as juntadas, numeração de folhas, registro nos respectivos livros de registros de sentenças, publicações e intimações individuais. Por uma concertação entre magistrados foi possível ir além dos métodos de reunião e apensamento de processos, tradicionalmente previstos no ordenamento jurídico, adequando-se às especificidades da comarca e do caso concreto, com ganho de eficiência e economia processual.

Sumário 1
índice

9. CRITÉRIOS PARA DETERMINAR A COMPETÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS

A determinação da competência para julgar ações coletivas é um aspecto fundamental para garantir a eficácia, a imparcialidade e a justiça na resolução de litígios que envolvem interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos. A competência jurisdicional é estabelecida com base em critérios específicos que variam conforme a natureza da ação e os interesses envolvidos. No Brasil, esses critérios são definidos principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), pela Constituição Federal e, mais recentemente, reconhecida no Supremo Tribunal Federal (STF) a repercussão geral do Tema 1.075, cujo julgamento se deu em abril de 2021, com fixação de tese que declarou inconstitucional o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (LACP), acerca do efeito erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão que a proferiu. E quais são os critérios para determinar a competência nas ações civis públicas?

1. Critério da Competência Material

A ação civil pública tem sua competência material determinada em razão da matéria ou do valor da causa e deve-se nortear por critérios como o pedido, a causa de pedir e a natureza jurídica da pretensão da parte.

2. Critério da Competência Territorial

Dano Local: Quando o dano ocorre em uma única localidade, a competência é do foro do lugar onde ocorreu ou deve ocorrer o dano.

Dano Regional ou Nacional: Quando o dano atinge mais de um estado ou todo o território nacional, a competência pode ser da capital do estado ou do Distrito Federal, conforme o caso.

Exemplos Práticos:

Dano Ambiental Local: Uma ação coletiva visando a reparação de danos ambientais causados por uma empresa em um município específico será julgada no foro desse município.

Dano Nacional ao Consumidor: Uma ação coletiva contra uma empresa de

Sumário 1
índice

telefonia que pratica cobranças abusivas em todo o território nacional pode ser ajuizada no Distrito Federal, conforme previsto no CDC.

3. Critério da Competência Funcional

Exemplos Práticos e Jurisprudência Relevante

1. *Caso da Telefonia*

Fato: Uma associação de consumidores ingressa com uma ação coletiva contra uma operadora de telefonia por prática de cobranças indevidas em todo o território nacional.

Competência: Conforme o CDC, a ação pode ser ajuizada no Distrito Federal, já que o dano atinge consumidores de diversos estados.

Jurisprudência: O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que, em ações coletivas que envolvem danos de abrangência nacional, a competência pode ser do foro da capital do estado ou do Distrito Federal (REsp 1.243.887/PR).

2. *Caso do Desastre Ambiental*

Fato: Um desastre ambiental causado por uma empresa de mineração afeta vários municípios de um estado.

Competência: A ação coletiva pode ser ajuizada no foro de qualquer um dos municípios afetados, conforme a regra do foro do local do dano.

Jurisprudência: Em casos como o do rompimento da barragem em Mariana (MG), o STJ definiu que a competência pode ser do foro onde ocorreu o dano principal, considerando a extensão e o impacto do desastre (REsp 1.634.051/MG).

3. *Caso de Direitos Trabalhistas*

Fato: Um sindicato ingressa com uma ação coletiva para reivindicar direitos trabalhistas de uma categoria profissional em várias cidades de um estado.

Competência: A competência é da Justiça do Trabalho, podendo ser

Sumário 1
índice

ajuizada na sede do sindicato ou em qualquer local onde os trabalhadores prestem serviços.

Jurisprudência: O Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidou a jurisprudência de que sindicatos podem ajuizar ações coletivas na sede do sindicato ou no local da prestação de serviços (RR 100700-94.2008.5.03.0005).

10. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS QUE ABORDAM A COMPETÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS

A análise de decisões judiciais que tratam da competência em ações coletivas revela a complexidade e a importância desse tema para a justiça brasileira. Os tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), desempenham um papel crucial na interpretação e aplicação das normas de competência, assegurando a uniformidade e a coerência das decisões judiciais.

1. Critérios de Competência Territorial

Decisão Notável: REsp 1.343.993/SP

O STJ enfrentou a questão da competência territorial em uma ação coletiva de consumo ajuizada por uma associação de consumidores contra uma empresa de telecomunicações. O tribunal reafirmou que, nos casos de abrangência nacional, a competência pode ser da capital do estado ou do Distrito Federal.

Análise:

- Abrangência Nacional: A decisão enfatizou que, quando o dano afeta consumidores em diversos estados, a escolha do foro pode ser feita considerando a abrangência do dano, garantindo uma solução prática e eficiente.

- Uniformidade de Decisões: Ao centralizar a competência em foros específicos, a decisão busca evitar a fragmentação das decisões judiciais e promover a uniformidade no tratamento dos casos.

Impacto: Precedente Importante: Estabeleceu um precedente

Sumário 1
índice

importante para ações coletivas de consumo com abrangência nacional, proporcionando maior clareza sobre a competência territorial.

2. Competência Material e Especialização

Decisão Notável: REsp 1.634.051/MG

O STJ decidiu sobre a competência para julgar uma ação coletiva ambiental decorrente do rompimento de uma barragem. A ação foi movida por diversas entidades ambientais e sociais.

Análise:

- Competência Material: O tribunal destacou a importância da especialização na competência material, reafirmando que ações ambientais de grande complexidade devem ser julgadas por varas especializadas em direito ambiental.

- Local do Dano Principal: A decisão também abordou a competência territorial, determinando que o foro competente seria aquele onde ocorreu o dano principal.

Impacto: Proteção Ambiental: A decisão reforçou a necessidade de varas especializadas para tratar de questões ambientais complexas, promovendo a eficácia e a especialização na proteção dos direitos ambientais.

1. Exemplos de Conflitos de Competência e como foram resolvidos

1. Conflito de Competência em Ações de Consumo

Caso: Conflito de Competência nº 111.304/SP

Fato: Duas ações coletivas foram ajuizadas em diferentes estados contra a mesma empresa de transporte aéreo, ambas visando a reparação por falhas na prestação de serviços.

Conflito: Os tribunais dos estados envolvidos reivindicaram a competência para julgar as ações, gerando um conflito de competência.

Resolução: Decisão do STJ: O STJ decidiu que a competência seria do foro da capital do estado onde a empresa de transporte aéreo possuía sua sede

Sumário 1
índice

principal, considerando a abrangência nacional do serviço prestado e a necessidade de centralizar as demandas para evitar decisões conflitantes.

Impacto: Centralização de Ações: A decisão promoveu a centralização das ações coletivas em um único foro, evitando a duplicidade de processos e garantindo uma decisão uniforme e eficiente.

2. Conflito de Competência em Ações Trabalhistas

Caso: Conflito de Competência nº 150.543/SP

Fato: Duas ações coletivas trabalhistas foram movidas por diferentes sindicatos em estados distintos, ambas contra a mesma empresa, alegando violações trabalhistas sistêmicas.

Conflito: Os tribunais trabalhistas dos estados envolvidos alegaram competência para julgar as ações, gerando um conflito de competência.

Resolução: Decisão do TST: O Tribunal Superior do Trabalho (TST) decidiu que a competência para julgar as ações seria da Justiça do Trabalho da sede da empresa, considerando que os danos afetavam trabalhadores de várias localidades e que a centralização promoveria uma decisão mais coerente.

Impacto: Eficiência e Coerência: A decisão do TST ajudou a promover a eficiência e a coerência nas decisões trabalhistas, evitando a fragmentação e a possibilidade de decisões contraditórias.

CONCLUSÃO

O princípio do juiz natural é uma garantia fundamental no direito brasileiro, que assegura a imparcialidade e a legitimidade do sistema judiciário [18]. Sua aplicação em ações coletivas é desafiadora, mas essencial para a proteção dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos [19]. A definição da competência jurisdicional adequada é crucial para garantir que essas ações sejam julgadas de maneira justa e eficaz[20]. As soluções propostas, como o fortalecimento de varas especializadas e a cooperação jurisdicional, são passos

[18] SILVA, José Afonso da, op. cit.
[19] GOMES, Luiz Flávio, op. cit.
[20] FERREIRA, Lenio Luiz, op. cit.

Sumário 1
índice

importantes para enfrentar os desafios e promover a justiça no contexto das ações coletivas[21]. Além disso, a formação contínua e a especialização dos juízes são cruciais para assegurar decisões justas e bem fundamentadas. Investir na capacitação e especialização dos juízes não apenas melhora a qualidade das decisões judiciais, mas também fortalece a confiança pública na justiça.

Por fim, mas não menos importante, a aplicação eficiente do princípio do juiz natural em ações coletivas requer, ainda, uma combinação de reformas legislativas e medidas administrativas que devem promovidas com fins a assegurar a equidade e a efetividade da justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ações Coletivas: Teoria Geral e Aspectos Processuais.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERREIRA, Lenio Luiz. **O Princípio do Juiz Natural e o Sistema Judicial Brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, n. 305, 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Coletivo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2021.

[21] BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 20/08/2024.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

UFF PPGDIN

Sumário 1
índice

LA ESTRATEGIA PROBATORIA PROPIA DE LA DEFENSA PENAL

Claudio Puccinelli[1][2]

Sumario: Introducción. 2. El deber del Estado de respeto y garantía de los derechos humanos. 3. Estándares en materia de garantías judiciales del inculpado. 4. El derecho del imputado a una defensa técnica efectiva. 5. La desformalización y el acceso a la información obtenida por el fiscal. 6. La estrategia probatoria y una investigación autónoma de la defensa. 7. El plazo de la investigación penal preparatoria. 8. El control de convencionalidad. 9. El control de convencionalidad y la estrategia probatoria propia de la defensa penal. 10. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Abordar el tema de la estrategia probatoria propia del imputado y su defensa técnica en un procedimiento penal nos obliga a analizar el marco convencional y constitucional sobre el derecho de defensa técnica y el debido control de convencionalidad que deben realizar los agentes del estado, conforme las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y, en particular, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), pues solo en ese marco es posible garantizarla.

Sumário 1
índice

---

[1] Abogado; Magíster en Derecho Procesal (UNR); profesor de Derecho Procesal Penal en la Maestría en Derecho Procesal (UNR); profesor de posgrado en el programa "Bootcamp Trial Advocacy" de la Beasley School of Law, Temple University, Filadelfia, E.E.U.U.; profesor de posgrado en litigación oral, reglas de evidencia, derecho probatorio y defensa judicial en el Diplomado Internacional impartido conjuntamente entre la Academia de Litigación de Chile y la Beasley School of Law de la Universidad de Temple, Filadelfia, E.E.U.U.; profesor pro titular y adjunto de grado en Derecho Procesal Penal (UCA y UNR, respectivamente); profesor de grado en Litigación Oral (UCA); vicepresidente 1º de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal (2024-2026), presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal (2020-2022), miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; presidente del Instituto de Ciencias Penales del Colegio de Abogados de Rosario (2022-2023); expresidente del Capítulo Argentina del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; y en ejercicio de la profesión liberal.

[2] Conferencia presentada en el XXXIII ENCUENTRO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, Villa Carlos Paz, Córdoba, Argentina, realizado los días 29, 30 y 31 de Mayo de 2024 sobre "El proceso en tiempos de confusión".

En los sistemas acusatorios, la estrategia se halla íntimamente relacionada con la investigación penal preparatoria que lleva adelante el actor penal público de manera desformalizada[3], en la que cobra vital relevancia el acceso que tiene la defensa a la información colectada por el fiscal para que se pueda elaborar la estrategia probatoria propia y, dentro de ella, la necesidad o no de formación de un legajo de investigación paralelo al de la fiscalía.

Si se presentan obstáculos que limitan su ejercicio deberán buscarse soluciones normativas o jurisprudenciales que garanticen una igualdad de armas al momento de la elaboración de la estrategia y la colecta de evidencias.

Por ello, resultan de especial importancia los derechos constitucionales y convencionales relacionados con la defensa del inculpado y el control que los agentes estatales (fiscales y jueces en particular) están obligados a ejercer a los fines de garantizar su vigencia.

2. EL DEBER DEL ESTADO DE RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sentado ello, es menester recordar que el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece la Obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, por la que los estados tienen el *deber de remover los obstáculos para la protección efectiva de los derechos humanos. La tolerancia de aquellos del Estado implica violación al art. 1.1.*, y que *el Estado debe "respetar los derechos y libertades" y "garantizar el libre ejercicio de los derechos a toda persona a través de todas sus estructuras gubernamentales"* (Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina).

Para que esa obligación sea operativa, el art. 2 de la CADH establece el "*deber de adoptar disposiciones de derecho interno"* que tiene múltiples alcances[4]:

[3] Propios de los sistemas acusatorios de tercera generación, que son aquellos que regulan una investigación fiscal desformalizada y con litigación oral por audiencias, entre otras características, y que son conocidos también como adversariales puros.

[4] Corte IDH. Casos Almonacid Arellano y Otros vs. Chile; Baena Ricardo y Otros vs. Panamá; Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay; La Cantuta vs. Perú; Olmedo Bustos y Otros vs. Chile ("La última tentación de Cristo").

Sumário 1
índice

1. Deber de *adecuación del derecho nacional* a la Convención Americana
2. Deber de *suprimir prácticas y normas contrarias a los DDHH y de expedir normas conducentes a su efectiva observancia*
3. *Deber de adecuar la Constitución Nacional y leyes internas a la Convención*
4. *Deber de ejercer el control de convencionalidad*

A su vez, *"El deber de respeto y garantía opera frente al Estado, sus órganos, sus agentes y todos aquellos que actúan en su nombre"*[5].

En ese marco, todo Estado que haya suscripto la Convención Americana tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los derechos judiciales de los ciudadanos en sus estándares mínimos, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad internacional.

3. ESTÁNDARES EN MATERIA DE GARANTÍAS JUDICIALES DEL INCULPADO

Previo al análisis de la estrategia, debemos analizar de manera sintética las garantías judiciales del inculpado y, en especial, cómo está integrado el derecho de defensa del acusado.

Esos conceptos fundamentales están constituidos por el *derecho a ser oído* (art. 8.1 CADH y sus correlativos en las Constituciones Políticas de los Estados -v.gr.art. 18 CNArg[6]., art. 9 CSantaFe, Arg[7].-), del que emana el *derecho al proceso previo ante un tribunal imparcial, independiente y competente* (imparcialidad como género).

Del principio del juicio previo, surgen otras bases constitucionales y convencionales:

a. Con relación a la ley penal sustancial rige el *principio de reserva* respecto del delito y de la pena;

[5] Corte IDH. Casos Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador
[6] Constitución de la Nación Argentina
[7] Constitución de la Provincia de Santa Fe, Argentina

b. Es necesario transitar un *proceso anterior* en caso de resistencia a la acusación penal;

c. Se debe garantizar el *estado de inocencia*, por el que toda persona *"es"* inocente mientras no exista una sentencia firme que lo condene por la comisión de un delito, y del que derivan el *in dubio pro reo*, *la exclusión de la carga probatoria al imputado y el tratamiento como inocente en la coerción procesal.*

Por otra parte, el art. 8.2. de la CADH detalla con amplitud el derecho de defensa del *inculpado* en proceso penal, teniendo su correlativo en el art. 18 de la CN Argentina[8] cuyo alcance ha sido delineado por la jurisprudencia de su máximo tribunal.

Es de particular importancia que ese *derecho de defensa es inviolable tanto en el proceso (juicio oral y público) como en el procedimiento (desde los primeros actos de la investigación penal preparatoria)*, sin dejar de lado que ello incluye a la ejecución penal.

De manera sintética, el derecho de defensa abarca la imposibilidad de obligar al imputado a declarar contra sí mismo (*garantía de la no autoincriminación*), y la de declarar cuantas veces quiera en su defensa en la medida que no se utilice como obstáculo al normal desarrollo del procedimiento (*defensa material*), la necesidad de la formulación de una imputación previa que fije el marco dentro del cual defenderse (*imputación/acusación previa)*, el derecho a designar un defensor técnico de confianza o de oficio provisto por el estado (*defensa técnica*), la incomunicación solo puede ser relativa (no alcanza al defensor técnico), la posibilidad de formular su teoría del caso, de confrontar la prueba de cargo (testigos y peritos), de ofrecer pruebas, producirla y controlarla, poder alegar (*proceso previo propiamente dicho)* ante un tribunal designado con

[8] Art. 18 CNArg. *"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa"*.

Sumário 1
índice

anterioridad conforme a la ley (*juez natural)* y, finalmente, el derecho a recurrir el fallo que lo perjudique de manera amplia (*doble instancia y doble conforme*)[9].

La doctrina sentada por los tribunales internacionales y nacionales y los códigos procesales acusatorios también han plasmado de manera unánime otros principios fundamentales tales como el *pro homine* (por el que toda norma limitativa de derechos es de interpretación restrictiva pero las normas de garantía del imputado son de interpretación amplia a favor del derecho), y el del *favor rei* (por el que la inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no se puede hacer valer si de ello resulta un perjuicio en su contra).

En ese marco se debe garantizar el ejercicio de la defensa técnica y material del acusado, siendo la estrategia probatoria una parte de ellas.

4. EL DERECHO DEL IMPUTADO A UNA DEFENSA TÉCNICA EFECTIVA

Todo ciudadano sospechado de la comisión de un hecho presuntamente delictivo se encuentra en situación de inferioridad procedimental al tener que enfrentarse al poder punitivo ejercido por el Fiscal que cuenta con todo el poder y la fuerza legítima del Estado.

Siendo entonces la parte más débil de la relación procesal, el imputado debe contar con las herramientas necesarias para enfrentar la persecución donde resulta esencial satisfacer el principio procesal de la igualdad de partes y el convencional de igualdad de armas.

En ese sentido, el proceso penal ya no se considera un instrumento al servicio de la persecución penal estatal[10], sino que es una coraza que permite al acusado enfrentarlo de manera igualitaria, equiparando fuerzas, por lo que se constituye en una garantía a favor del imputado que le pone límites al poder punitivo[11].

[9] Corte IDH. Casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica; Vallalobos vs. Costa Rica; Barreto Leiva vs. Venezuela. CSJNArg. Fallos Giroldi, Arce, Casal, Chambla y ots., Felicia Duarte. CSJSFe, Fallos Gorosito, Scalzione, Elías Gómez, Eliana Aguilar.
[10] Propio de los sistemas inquisitivos.
[11] Conforme el sistema convencional y constitucional de los derechos humanos.

Sumário 1
índice

Dentro del sistema acusatorio de juzgamiento penal, toda persona inculpada de un delito es un sujeto incoercible que tiene el derecho a ser oído, a contradecir la imputación, a ser tratado como inocente, a probar y controlar la prueba, alegar y recurrir. Y serán efectivos sólo si puede contar con un defensor técnico (público o de confianza), que permita lograr la mentada igualdad de armas jurídicas entre el imputado y su/s acusador/es[12].

Es por ello que se ha considerado que la defensa técnica llega a configurar un presupuesto de la validez del procedimiento y de la sentencia y que se erige en un derecho irrenunciable para el inculpado[13].

En esa línea de pensamiento, esta garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, para hacerse realidad, debe asegurarle al imputado poder gozar de las oportunidades suficientes para una defensa efectiva.

La mera existencia de un defensor técnico puede resultar insuficiente para alcanzar esa igualdad de armas, pues si su presencia es sólo formal, la garantía también se vería afectada.

Precisamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en reiteradas oportunidades, ha resaltado tal necesidad al resolver la procedencia de un recurso a pesar de haber sido interpuesto por su abogado con defectos formales *"por carecer de una asistencia efectiva de la defensa"*[14].

Del mismo modo, el acceso a la información colectada por el fiscal en la investigación preparatoria es esencial para satisfacer esa garantía, como así también la posibilidad real de poder realizar su propia investigación sin limitaciones que desnaturalicen ese derecho.

5. LA DESFORMALIZACIÓN Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN OBTENIDA POR EL FISCAL

Toda la actividad realizada por el fiscal debe serlo dentro del marco de los principios de buena fe procesal y de objetividad en la actuación (amén de otros

[12] Pues puede haber en el procedimiento acusadores privados -querellantes- junto al agente fiscal.
[13] Art. 8.2 e), Convención Americana de Derechos Humanos.
[14] CSJN. Fallos Nacheri, Núñez, Schenone, Guzmán, entre otros.

como el de unidad de actuación del ministerio público, la paz social como objetivo de la persecución y la punición como última ratio)[15].

Sin embargo, en los códigos más modernos que abandonaron la cultura del expediente escrito[16] y se sumaron a aquellas que establecen un sistema por audiencias, la desformalización de la investigación puede producir diversos inconvenientes a la defensa técnica al momento de acceder a las evidencias colectadas, que podrían sistematizarse en:

1. Acceso inicial restringido al legajo: El acceso al legajo o expediente de investigación es restringido en sus inicios para garantizar su eficacia, por lo que habitualmente se ha regulado que el imputado y su defensor podrán conocer su contenido luego del acto de imputación o de formulación de cargos[17].
2. Incertidumbre sobre las evidencias colectadas: La ausencia de dicho acto imputativo en lo inmediato genera incertidumbre sobre las evidencias colectadas pero además, aún cuando se hubiese producido esa formalización, una desformalización sin expediente digital correctamente llevado (cuestión no menor), puede afectar también ese derecho, tanto por el desorden, omisión u ocultamiento de información; por la existencia de diversas fuentes de ingreso de la información (papel o digital -mail u otra); o por la ausencia de posibilidad de control en tiempo real.
3. Las medidas dispuestas sin constancia en el legajo: Se puede advertir desde el ejercicio profesional que esa desformalización puede provocar que se omita dejar debida constancia en el legajo de las medidas ordenadas, sea por error, omisión involuntaria hasta por los excepcionales ocultamientos que pudieran ocurrir.
4. Los pedidos de la defensa y la consecuente obligación de respuesta estatal: Es indudable que frente a un pedido de la defensa a la fiscalía, el

[15] V.gr. art. 3 ley 13.013 de Ministerio Público y arts. 2 y 230 CPPSanta Fe, Argentina.
[16] Que tiene sus propios y particulares problemas para garantizar una defensa técnica eficaz.
[17] Arts. 258/9 del CPP Santa Fe, Argentina. Art. 254, CPPFederal, Argentina (Código Procesal Penal Federal, Argentina). Arts. 229 y sigs. CPPChile (Código Procesal Penal de Chile). Arts. 301/303 CPPParaguay (Código Procesal Penal de Paraguay).

imputado tiene derecho a una respuesta estatal (admitiendo, rechazando o, al menos, difiriendo su tratamiento). Cualquiera sea dicha respuesta, el imputado podrá ejercer sus derechos mediante las estrategias que mejor considere (silencio, impugnación, reconsideración, etc.). Pero sin ella, se afecta su defensa técnica.

Ahora bien, también existen supuestos donde la respuesta no es exigible por tratarse de decisiones estratégicas o que pueden poner en riesgo la investigación, por ello debemos diferenciar:

a. Hay obligación de respuesta: Solicitudes de salidas alternativas al juicio, de producción de evidencia, de cierre de la investigación (desestimación, archivo, sobreseimiento).

b. No hay obligación: Sobre medidas investigativas propias (por el riesgo probatorio), sobre estrategia a seguir con relación a la persona del imputado u otros involucrados (riesgo probatorio o de fuga), mientras se produzca dentro de los plazos procedimentales razonables (gestión de la investigación).

5. El descubrimiento de las evidencias: Es indudable que antes del control de la acusación en la etapa intermedia, el fiscal debe poner en conocimiento de la defensa todas las evidencias en que funda su persecución penal. Y es un momento donde ya no puede haber sorpresas. El acceso a las evidencias tanto en un legajo desformalizado como si es formal, como si es en papel o a través del expediente digital, no puede ser limitado bajo ninguna circunstancia.

6. El legajo digital. Acceso y restricciones: Decidir si hoy debemos tener un expediente o legajo o carpeta judicial digital, no debería generar mayores debates porque simplifica el acceso y el control del mismo, como también da seguridad a las partes sobre la completitud e inalterabilidad de su contenido en tiempo real.

   Sin embargo, se advierten ciertos temores para que no haya un acceso pleno al *legajo o expediente* por parte de la defensa por intereses propios

de la persecución penal para que se mantenga en secreto[18], que pueden disfrazarse con la reserva necesaria para evitar la indebida trascendencia a terceros.

Ahora bien, no puede negarse que con el expediente o legajo en papel no se ha evitado la difusión del contenido de una investigación, ni siquiera en sus momentos iniciales, pues en ese punto ha triunfado el interés periodístico de sacarlo a la luz en los *medios masivos de comunicación.*

Lo real es que las capacidades de la tecnología permitirían tener un mejor y mayor control sobre el acceso a la información del expediente o legajo digital, por lo que no se evidencian motivos válidos para limitar el derecho del imputado a su pleno acceso en tiempo real.

En nuestro tiempo, los sistemas informáticos todo lo pueden. Solo hay que programarlo para que lo haga, sirviendo de ejemplo la hipótesis del ingreso con clave personal e intransferible, que quede registrado todo acceso al sistema, bloqueo de archivos descargados, etc.

Como puede advertirse, no son pocos los problemas que se generan a los derechos del imputado con relación a poder acceder a las evidencias colectadas por el fiscal en una investigación desformalizada[19]. Y ello tendrá influencia al momento de evaluar LA ESTRATEGIA PROBATORIA PROPIA DE LA DEFENSA PENAL y si, dentro de ella, es posible y conveniente que ésta realice su propia investigación.

6. LA ESTRATEGIA PROBATORIA Y UNA INVESTIGACIÓN AUTÓNOMA DE LA DEFENSA

Los sistemas acusatorios han acuñado la idea que la prueba es de las partes y que cada una puede gestionar su obtención para acreditar su teoría del caso. Esto es correcto en la medida que la legislación le otorgue facultades a la defensa (pública o privada) para poder obtenerla (v. gr. compeliendo al requerido por oficio

[18] Y la defensa no "estorbe" su trabajo investigativo.
[19] Ya advertimos que en los sistemas inquisitivos escriturarios tienen sus particulares y mayores inconvenientes.

a que entregue la información requerida, al testigo a asistir al despacho u oficina de la defensa, etc.), y además que se asegure una valoración igualitaria de la actividad probatoria de cada parte (por ejemplo, en materia de pericias o informes técnicos), en general los códigos procesales nada dicen de la investigación de la defensa[20].

Lo cierto es que la investigación fiscal tiene un fin inicialmente persecutorio pero el interés de la defensa naturalmente va en el sentido opuesto, y no existe limitación legal ni constitucional que impida la realización de una investigación paralela de la defensa en orden a satisfacer su estrategia defensiva y probatoria en particular. Muy por el contrario, el principio de igualdad de armas resulta uno de los pilares para su reconocimiento.

Sin embargo, la experiencia me ha demostrado que existen límites legales y de razonabilidad o conveniencia que impiden, sin el auxilio estatal (fiscal o jurisdiccional), acceder a numerosa información que puede ser relevante.

La ley de defensa pública de Santa Fe, Argentina, por ejemplo, regula el deber de colaboración de todo organismo público, personas y entes privados frente a la solicitud de información por parte de un defensor penal (no distingue entre defensor privado y público), y frente a la demora o reticencia, lo faculta a ocurrir ante el órgano jurisdiccional[21].

Más allá de esa facultad, puede afirmarse que la investigación de la defensa es restringida y condicionada. Por un lado, el paso del tiempo entre el

[20] En tal sentido, el CPPenal de Santa Fe, Argentina, regula la investigación fiscal (oficial) pero nada dice sobre la investigación de la defensa. Lo mismo ocurre con el CPPFederal de Argentina (arts. 228 a273). Y en general sucede lo mismo en los códigos procesales penales de Latinoamérica.

[21] Ley 13.014. Santa Fe. ARTÍCULO 6.-Deber de colaboración. Todo funcionario o autoridad del Estado, de sus entes descentralizados y de los órganos de contralor de la función pública se encuentran obligados a prestar colaboración sin demora y a proporcionar los documentos e informes que le sean solicitados por un defensor penal en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites legales aplicables. Igual proceder deberán observar los organismos e instituciones privadas y públicas en general. Cuando los informes o la documentación solicitada en ejercicio de una defensa penal no sean remitidos o puestos a disposición en un plazo razonable, conforme a las circunstancias del caso, toda persona en ejercicio de tal defensa podrá recurrir a través del medio más informal y rápido disponible ante el órgano judicial competente a fin de que ordene el cumplimiento inmediato de los términos de la solicitud. El incumplimiento del deber de colaboración establecido en este artículo hará personalmente responsable a quienes incurran en dicha omisión.

requerimiento y una eventual orden judicial pone en riesgo la colecta de la evidencia. Por el otro, carece de imperium o coertio para compeler a los testigos y peritos a concurrir al requerimiento de la defensa y ser entrevistados, apareciendo también cuestiones éticas o de inconveniencia como sería requerir el testimonio a la víctima o a los testigos de la querella (v. gr. familiares de la víctima).

A su vez, para el despacho de medidas cautelares o de injerencia en derechos individuales (por ej., registros domiciliarios y secuestro de documentación relevante para la defensa en poder de terceros), la defensa debe obtener autorización judicial[22].

En ese contexto, la actividad del fiscal juega un papel central. La objetividad que debe reinar en su actuación obliga a que siga las líneas investigativas que su mejor criterio le determine (con amplia discrecionalidad), pero ello no le permite descartar otras vías de investigación que lo lleven a la inocencia del imputado o a descartar la teoría del caso de la defensa.

El fiscal está obligado a considerar la prueba de cargo y la de descargo y en ese "pesaje" debe determinar su actuación persecutoria o desincriminante, pues debe postular en contra o a favor del imputado según las conclusiones a las que las evidencias lo conduzcan.

Puede ocurrir que la fiscalía, escudada en la posibilidad de la defensa de armar su propio legajo de investigación, desatienda o deniegue la obtención de evidencia con su intervención, limitando ese derecho a obtener prueba de descargo que emerge de la defensa efectiva o eficaz, en función de las limitaciones que tiene la defensa y que antes apuntara.

Por ello y como derivación de esa controversia en la producción de evidencias, la legislación procesal debe establecer controles para evitar la arbitrariedad fiscal, que pueden ser orgánicos (a través de requerimiento a los superiores jerárquicos del actor penal público) o judiciales (mediante el planteo

[22] Esta limitación también rige para el Ministerio Público.

al juez de garantías para que fije audiencia en la que se resuelva la cuestión, y previendo las vías recursivas ordinarias).

En un sistema acusatorio, siendo un conflicto entre partes con pretensiones procesales contrapuestas corresponde que sea dirimido por el órgano jurisdiccional mediante el debido debate previo en audiencia oral.

Una cuestión no menor a tener en cuenta es si el Fiscal puede denegar una medida investigativa porque considera que la defensa tiene posibilidades reales de obtención de la evidencia, lo que se debería analizar en cada caso en concreto. Pero frente a esa controversia, debemos analizar las posibles respuestas que ha dado el legislador santafecino[23].

El Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Argentina, regula de manera insuficiente la cuestión y ello nos habilita el análisis crítico.

El art. 286, cuando regula las facultades de proposición de diligencias de las partes, establece un control jerárquico por el Fiscal Regional (superior inmediato del agente fiscal), pero nada dice del *control judicial posterior*. Es de toda lógica que aunque la norma no lo establezca claramente, en caso de negativa, siempre tiene la defensa (parte contraria), la posibilidad de acudir al juez de garantías para obtenerla. Y el juez puede ordenar su producción o no, con las vías recursivas ordinarias[24].

Ahora bien, esta lógica procedimental no establece una garantía para que *la defensa descanse totalmente en el deber de objetividad del fiscal.* En los códigos que nada dicen sobre la investigación de la defensa, no existe fundamento constitucional alguno que la impida. En aquellos casos donde la norma procesal le otorgó facultades investigativas a la defensa, sin dudas está habilitada para ello.

[23] Para tomar una legislación como ejemplo.
[24] En ese sentido, el art. 284 del CPP de Santa Fe, Argentina, establece que *si existen discrepancias en la producción de evidencias cuando es necesaria intervención de las partes, se resolverá en audiencia ante el juez*. Esta norma no es lo amplia que debería ser, por cuanto la jurisdicción debe ser la garantía para el imputado en casos de conflictos sobre producción de evidencias que resultan inconvenientes o de imposible obtención por la defensa.

Aquí es donde la estrategia probatoria propia de la defensa penal adquiere un rol determinante. Si nos encontramos con una defensa proactiva, ésta llevará a gestionar la obtención de evidencias, pero también cuando estemos frente a una defensa pasiva, descansará en que la carga probatoria la tiene el fiscal (derivada del estado de inocencia). La estrategia probatoria que se estime más conveniente será la que defina ese perfil[25].

Por ello, entiendo que será la defensa, dentro de su estrategia defensiva y probatoria la responsable de obtener determinadas evidencias que razonablemente pueda gestionar. Por ejemplo, declaraciones de testigos propios, realización de pericias privadas cuando tenga capacidad económica para ello, solicitud de información a dependencias públicas y privadas, etc.

En esto, la capacidad económica condiciona la actividad del defensor y puede afectar la garantía de la defensa efectiva, por lo que el Estado a través de sus agentes, tendrán el deber de satisfacer ese derecho, sea con la obtención de la evidencia por la fiscalía o mediante la solicitud de la orden judicial respectiva.

También será necesario que la fiscalía gestione determinadas evidencias por *la inconveniencia* de su obtención por la defensa (testigos hostiles o víctima), *o* por su *imposibilidad* (negativa de testigos a aportar información o de comparecer al requerimiento del defensor, negativa de dependencias oficiales –informes-, pericias costosas, actos irreproducibles, etc.).

En síntesis, la estrategia probatoria propia de la defensa técnica está condicionada por múltiples factores que, incluso, muchas veces, resultan dinámicos y que motivan la realización de ajustes circunstanciales para obtener las evidencias y poder garantizar una defensa eficaz.

7. EL PLAZO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

La estrategia también se relaciona con el plazo de la investigación y por ello es necesario analizar el marco convencional.

[25] Dejo de lado el caso de la defensa que descansa por negligencia o impericia.

El plazo razonable de la persecución penal es una garantía reconocida en los arts. 7.5 y 8.1 de la CADH.

La Corte IDH, como máximo intérprete de la convención, ha establecido de manera sostenida que *El principio de plazo razonable al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente*[26].

En general, los códigos de procedimientos fijan un plazo a la persecución penal (investigación y juicio). En Argentina, el Código Procesal Federal fija un plazo total del procedimiento de 3 años desde la formalización, pero no se computa el plazo de interposición y trámite del Recurso Extraordinario Federal. Para la Investigación penal, fija el de 1 año desde la formalización, con posibilidad de prórroga hasta 180 días más dispuesta por el juez a pedido de parte. Vencido el plazo debe acusar el fiscal. También establece la posibilidad de renovación del plazo por nuevos hechos o nuevos imputados.

[26] Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, entre otros. En igual sentido se pronunció la CSJN (Argentina) en fallos Mattei, Barra y Martinez de Hoz, entre otros, sosteniendo que *"El imputado tiene derecho a obtener - después de un proceso tramitado en legal forma - un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal"*.

[27] Artículo 324.- Duración. El Ministerio Público deberá finalizar la investigación, con la mayor diligencia, dentro de los seis meses de iniciado el procedimiento y deberá acusar en la fecha fijada por el juez.
Artículo 325.- Prórroga ordinaria
Si no ha transcurrido el plazo máximo de la etapa preparatoria y el Ministerio Público necesita de una prórroga para acusar, podrá solicitarla, por única vez, al juez, quien resolverá previa audiencia al imputado.
Artículo 326.- Prórroga extraordinaria
En casos de excepcional complejidad, el Ministerio Público podrá solicitar al tribunal de apelaciones que fije un plazo mayor para la etapa preparatoria, debiendo indicar las razones de la prórroga y el plazo razonable para concluirla.
La prórroga extraordinaria se podrá solicitar, por única vez, en cualquier estado de la etapa preparatoria, hasta quince días antes de la fecha fijada para acusar.
El tribunal de apelaciones fijará directamente el nuevo plazo de la etapa preparatoria y la nueva fecha para acusar.
Para ello tomará en consideración:
1) que se trate de un hecho punible cuya investigación sea compleja a causa de la multiplicidad de los hechos relacionados o por el elevado número de imputados o de víctimas; y,
2) que las investigaciones requieran el cumplimiento de actuaciones en el exterior o la producción de pruebas de difícil realización.
La prórroga extraordinaria no significará una ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento previsto en este código.
Artículo 136.- Duración máxima

Sumário 1
índice

En Paraguay, el Código Procesal Penal garantiza el juzgamiento en un plazo razonable de manera expresa y a esos efectos establece[27] un plazo de 6 meses para la investigación fiscal con posibilidad de prórroga por el juez, previa audiencia, y en casos complejos puede ampliarse de manera extraordinaria que fijará el Tribunal de Apelaciones. La duración máxima de todo el procedimiento es de 4 años prorrogable por 12 meses más en caso de existir sentencia condenatoria no firme.

En ese marco, el imputado tiene derecho al cese de la incertidumbre en la persecución penal en un plazo razonable que debe ser analizado en el caso concreto, de manera tal que aun cuando el plazo máximo legal previsto no se haya vencido, igualmente puede resultar excesivo conforme los criterios fijados por la Corte Interamericana[28].

Ahora bien, en ese plazo razonable la defensa debe conducir su estrategia probatoria pero con las advertencias de la Comisión Interamericana, pues con el tiempo aparece el *"riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia cuando la detención previa al juicio es de duración no razonable"*, como así también que *"A medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado para presentar pruebas y contra-argumentos. también disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra-argumentos"*[29].

8. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Para mantener la vigencia y respeto de las garantías y derechos reconocidos en la Convención Americana, los estados miembros deben seguir

---

Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de cuatro años, contados desde el primer acto del procedimiento.
Todos los incidentes, excepciones, apelaciones y recursos planteados por las partes, suspenden automáticamente el plazo, que vuelve acorrer una vez se resuelva lo planteado o el expediente vuelva a origen.
Este plazo solo se podrá extender por doce meses más cuando exista una sentencia condenatoria, a fin de permitir la tramitación de los recursos.
La fuga o rebeldía del imputado interrumpirá el plazo de duración del procedimiento.
Cuando comparezca o sea capturado, se reiniciará el plazo.

[28] Corte IDH, Caso Suarez Rosero vs. Ecuador, entre otros.

[29] Comisión IDH, Informe 35/07 (Peirano Basso vs. Uruguay).

Sumário 1
índice

los criterios fijados por la propia Corte IDH como máximo intérprete del pacto, ejerciendo el debido control de convencionalidad.

¿Qué es el control de convencionalidad?

Es juzgar en casos concretos si un acto y/o una norma de derecho interno resulta incompatible con la Convención, disponiendo la reforma o abrogación de dicha práctica o norma, para la protección de los Derechos Humanos (DDHH) y preservar la vigencia de la CADH y otros instrumentos internacionales fundamentales.

Tiene un doble papel. Por un lado, represivo: inaplicar normas internas (incluso la CN) opuestas al Pacto y a la interpretación que la Corte IDH ha realizado: y por el otro, constructivo: valorar el derecho interno conforme el Pacto y su interpretación realizada por la Corte IDH.

En ese sentido, la referida Corte ha establecido los lineamientos principales del control de convencionalidad en multiples casos[30], pudiendo destacarse que en el caso *"Cabrera García y otro"*[31] incorporó que la obligación del control de convencionalidad en los procedimientos judiciales internos, no corresponde solo a los jueces, sino además a todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Considerando 225), en clara referencia a los Ministerios Públicos, sistemas penitenciarios, y todo aquel que tenga competencias, conforme a los procedimientos constitucionales, de tomar decisiones respecto a la administración de justicia.

Y en el Caso Gelman vs. Uruguay[32] ratificó el alcance de la jurisprudencia de la CorteIDH y el deber de control de convencionalidad a todos los niveles del poder público estatal.

[30] Puede analizarse el origen y evolución en los lineamientos dados por la Corte IDH en sus fallos: Myrna Mack Chang vs. Guatemala; Tibi vs. Ecuador; López Alvarez vs. Honduras; Vargas Areco vs. Paraguay; Almonacid Arellano vs. Chile; Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú; La Cantuta Vs. Perú; Gelman vs. Uruguay

[31] Sentencia del 26/11/2010.

[32] Resoluciones de 2010 y 2013.

En sus fallos, además, ha fijado diversas pautas para la interpretación de la Convención.

a. Su respeto se basa en *el principio de buena fe* en el cumplimiento de los compromisos (pacta sunt servanda – art. 27 convención de Viena sobre Derecho de los Tratados - 1969).
b. Los *jueces nacionales* deben custodiar que *las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes internas* (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones políticas, etc.); *y se extiende a todas las autoridades públicas* (Gelman vs. Uruguay).
c. Incluye el *texto expreso del Pacto más la interpretación* que la Corte IDH ha realizado del mismo (arts. 1.2 y 2 CADH).

Por otra parte, y con relación a su aplicación, la Corte IDH ha resuelto que *los jueces deben realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad difuso y ex officio*[33], sin olvidar la vigencia del principio pro hómine.

Resulta simple y profunda la reflexión del ex presidente de la Corte IDH, Sr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien afirmó que *el control convencional nacional convierte al juez local en juez interamericano*[34], no dejando dudas sobre la obligación de todos los magistrados de realizar el control de convencionalidad en cada caso y aún cuando no exista previsión legal expresa en el derecho interno.

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado el control de convencionalidad a través de sus fallos, pudiendo sistematizarse del siguiente modo:

1. La interpretación del pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH (Ekmekdjian c. Sofovich[35])

[33] Corte IDH, Casos Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú; Fermín Ramírez vs. Guatemala; Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina, etc.
[34] Corte IDH Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. Mexico, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), voto razonado del juez ad-hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, parr. 24. (www.corteidh.og.cr).
[35] CSJN, 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492

2. El intérprete último del pacto es la Corte IDH y el Control de Convencionalidad los jueces lo deben hacer con relación al texto del tratado y su interpretación con la Corte IDH (Giroldi[36], Mazzeo[37] y Videla[38]).
3. Los jueces deben hacer el control de constitucionalidad y de convencionalidad ex officio (Mazzeo y Videla).
4. Los fallos de la Corte IDH son obligatorios en aquellos casos donde el país es parte (Derecho, René Jesús[39])
5. La CSJN puede no declarar la inconstitucionalidad pero si la inconvencionalidad al inaplicar una ley nacional (Losicer[40], 2012).
6. Los jueces están obligados a ejercer *de oficio* el control de convencionalidad, descalificando normas que se opongan al pacto (Rodríguez Pereyra[41], 2012).
7. Con respecto a las Opiniones Consultivas y las Recomendaciones de la Comisión IDH, ha resuelto que: a. deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención (Bramajo[42], 1996; Simón[43], 2005), y b. tienen efecto "en lo sucesivo" para que adopte medidas progresivas pero no pueden generar revisión de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada (Felicetti[44], 2000).
8. Las sentencias en las que Argentina ha sido parte:
    a) No son vinculantes para modificar la cosa juzgada nacional (Cantos[45], 2002).

[36] CSJN, Fallos 318:514 (1995).
[37] CSJN, Fallos 330:3248 (2007).
[38] CSJN, "Jorge Rafael Videla, y Emilio Eduardo Massera", V. 281. XLV, 31-08-2010.
[39] CSJN, D. 1682. XL. Recurso de hecho. "Derecho, Rene jesus s/incidente de prescripci6n de la acción penal"- causa nº 24.079, del 29 de noviembre de 2011.
[40] CSJN, CSJN, 26/06/12, "Losicer, jorge Alberto y otros c/ BCRA- Resol. 169/05 (expte. 105666/86 SUM FIN 708)".
[41] CSJN, Rodriguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejercito Argentino s/danos y perjuicios, 2 7 de noviembre de 2012.
[42] CSJN, 12 de septiembre de 1996, Fallos 319:1840.
[43] CSJN, 14 de junio de 2005.
[44] CSJN, 21 de diciembre de 2000.
[45] CorteIDH, "Caso Cantos *vs.* Argentina", sentencia de 28 de noviembre de 2002.

b) Son vinculantes y tienen efecto directo sobre la cosa juzgada nacional porque el estado aceptó la jurisdicción internacional (Espósito[46], 2004; y Derecho, René, 2011), implicando estos fallos un cambio de criterio.

9. Las sentencias en las que Argentina no ha sido parte: son insonslayable pauta de interpretación (Giroldi, Acosta Claudia, Simón, Mazzeo, Videla y Massera, Acosta, Lociser y Rodríguez Pereyra).

En síntesis, el control de convencionalidad nacional, difuso y de oficio, convierte al juez local en juez interamericano (E. Ferrer Mac-Gregor)

El control lo deben hacer los jueces y los demás agentes del estado nacional, provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad estatal (fiscales, defensores públicos, funcionarios administración pública, etc.).

Se debe examinar si la regla de la sentencia internacional se aplica o no a los hechos del caso o si existe alguna singularidad que la excluye, material o procesalmente (igual que se hace respecto de los precedentes domésticos – CSJN, CSJSF-).

Los órganos interamericanos tienen carácter subsidiario, complementario y coadyuvante con respecto a los previstos en el orden interno.

Los órganos interamericanos son últimos intérpretes de la Convención para el caso que las víctimas no encuentren tutela jurisdiccional en el ámbito local.

Finalmente, siguiendo a María Gabriela Ábalos[47], en los fallos de la Corte IDH donde el Estado argentino ha sido parte, surge claramente la obligación de acatar la decisión (art. 68.1 CADH[48]). En los precedentes donde el Estado argentino no ha intervenido, se debe aplicar el criterio de la CSJN sostenido en

[46] CSJN, 23 de diciembre de 2004.
[47] ABALOS, María Gabriela. "El rol de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en relación con el control de convencionalidad y su incidencia en el derecho interno". Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Numero 19, enero-junio 2013, pp. 145-284
[48] Artículo 68. *"1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. … ."*.

Barretta[49], Miguel -1939-; y reiterado en Barreto[50], Alberto D. -2006- por el cual *"… es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos …" sin perjuicio que "… tienen que existir causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio…"*[51].

Por ello, resulta necesario abordar la relación necesaria y evidente entre ese control y el impacto que tiene a los fines de garantizar la defensa efectiva del inculpado y su consiguiente estrategia probatoria.

9. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA ESTRATEGIA PROBATORIA PROPIA DE LA DEFENSA PENAL

La investigación penal estatal tiene como eje central la actividad del fiscal pero ello no puede significar una privación o limitación al derecho del imputado de obtener evidencias sobre su inocencia o que limiten o disminuyan su responsabilidad.

Así, la investigación de la defensa penal debe garantizarse en un proceso adversarial, incluso debe facilitarla y promoverla ya que ello contribuye a obtener un sistema eficiente, garantista y verdaderamente respetuoso de los DDHH[52].

Frente a la ausencia de regulación legal, los agentes estatales (jueces y fiscales principalmente), deben garantizar los estándares previstos en la CADH antes reseñados, pues se constituyen en sus custodios. En particular, la igualdad de las partes, el derecho al proceso, a tener un tiempo razonable para la preparación de su defensa, a confrontar testigos de cargo, a interrogar testigos y

[49] CSJN, Barretta, Miguel c/ Prov. de Cordoba. Ferrocarril del Sud c/ Yacimientos Petroliferos Fiscales. 1939, T. 183, P. 409.
[50] CSJN, Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro (21/03/2006 - Fallos: 329:759)
[51] CSJN, Barretta, Miguel. Op. Cit.
[52] ALIAU, Mariano; "Reflexiones acerca de la actividad investigativa de la defensa" y ponencia en X Congreso de Derecho Procesal Penal, Reconquista, Santa Fe, Argentina, 2024.
[53] CADH. Art. 8.2. primer párrafo; 8.2.c) y 8.2.f).

peritos, en síntesis, a presentar pruebas para esclarecer los hechos[53] que constituyen los pilares básicos para la construcción estratégica de la defensa y la prueba.

En ese marco, también es obligación del Estado de establecer un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales[54].

Por ello, como garantes de los derechos del imputado (y entre ellos el de elaborar su estrategia de defensa y probatoria), los jueces, fiscales y demás agentes del estado deben *asumir la real dimensión de su obligación indelegable de hacer un control de convencionalidad de sus actos y resoluciones*, *aún ex officio*, siguiendo las resoluciones de la CorteIDH y su interpretación del texto de la Convención, bajo apercibimiento de hacer incurrir al Estado Nacional en responsabilidad internacional.

CONCLUSIONES

1. La Convención Americana ha fijado estándares en materia de garantías judiciales, y entre ellas, el derecho de defensa que incluye el de poder diseñar su estrategia probatoria.

2. Es deber del Estado respetar y garantizar de los derechos humanos, y en particular, todos los que emergen de las garantías judiciales del inculpado, tales como la imposibilidad de obligar al imputado a declarar contra sí mismo (garantía de la no autoincriminación), y la de declarar cuantas veces quiera en su defensa en la medida que no se utilice como obstáculo al normal desarrollo del procedimiento (defensa material), la necesidad de la formulación de una imputación previa que fije el marco dentro del cual defenderse, el derecho a designar un defensor técnico de confianza o de oficio provisto por el estado, la incomunicación solo puede ser relativa (no alcanza al defensor técnico), la posibilidad de formular su teoría del caso, de confrontar la prueba de cargo

[54] CADH. Art. 25.1.

(testigos y peritos), de ofrecer pruebas, producirla y controlarla, poder alegar y, finalmente, el derecho a recurrir el fallo que lo perjudique de manera amplia (doble instancia y doble conforme).

3. La desformalización de la investigación fiscal puede provocar limitaciones en el acceso a las evidencias por parte del imputado y ello afecta su derecho a contar con una defensa técnica efectiva.

4. La estrategia probatoria de la defensa se halla íntimamente relacionada con la posibilidad de realizar una investigación autónoma propia.

5. Si el plazo de la investigación penal preparatoria se torna en irrazonable se puede ver afectado el derecho del imputado a colectar evidencias en su favor y de presentar contra-argumentos y se invierte el sentido de su inocencia.

6. El control de convencionalidad es obligatorio, difuso y debe realizarse oficio por los agentes estatales, especialmente por los jueces y fiscales.

7. La investigación de la defensa penal debe garantizarse en un proceso adversarial, incluso se debe facilitarla y promoverla ya que ello contribuye a obtener un sistema eficiente, garantista y verdaderamente respetuoso de los DDHH.

8. El control de convencionalidad es necesario e indelegable para garantizar que el imputado pueda elaborar y llevar adelante la propia estrategia probatoria de defensa penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **El debido proceso de la garantía constitucional.** Editorial Zeus. Rosario. Argentina. 2003.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Introducción al estudio del derecho procesal.** Primera Reimpresión. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 1997.

ABALOS, María Gabriela. **El rol de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en relación con el control de convencionalidad y su incidencia en el derecho interno.** Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 19, enero- junio 2013, pp. 145-284.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. **Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos a nivel constitucional en el proceso penal argentino**. Editores del Puerto srl. Buenos Aires. Argentina. 2000.

CARRIÓ, Alejandro D. **Garantías constitucionales en el proceso penal.** 3ª edición actualizada y ampliada. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1994.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho Procesal Penal.** Tomo I actualizado por Jorge
E. Vázquez Rossi. Rubinzal-culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 1998.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho Procesal Penal.** Tomo II actualizado por Carlos A. Chiara Díaz. Rubinzal-culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 1998.

CORVALÁN, Víctor R. **Derecho Procesal Penal. Análisis crítico del procedimiento penal.** Nova Tesis Editorial Jurídica. Rosario. Argentina. 2010.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos.** Tomo 1b. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Argentina. 1989.

PUCCINELLI, Claudio R. **Influencias de los medios de comunicación en los procesos judiciales.** Editorial Juris. Rosario. Argentina. 2005-

SUPERTI, Héctor C. **Derecho Procesal Penal. Temas conflictivos.** Editorial Juris. Rosario. Argentina. 1998.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. **Derecho Procesal Penal.** Tomo I Conceptos Generales. Segunda edición ampliada y actualizada. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 2011.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. **Derecho Procesal Penal.** Tomo II. El proceso penal, los órganos y sujetos procesales, el desarrollo del proceso. Segunda edición ampliada y actualizada. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina. 2011.

Sumário 1

índice

TEMA 1118 DO STF: A NOVA BATALHA DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO NA JUSTIÇA

Gabriela Jéssica da Silveira1
Marcelo Pereira de Almeida2

Sumario: Introdução; 1. A terceirização na administração pública; 2. A aptidão da prova no processo do trabalho; 3. O tema 1118 e a responsabilidade da administração pública enquanto tomadora de serviços; Considerações Finais; Referências.

I INTRODUÇÃO

No Antigo testamento, no Livro de 1 Reis, da Bíblia, duas mulheres, que viviam na mesma casa, tiveram filhos quase ao mesmo tempo. Uma das crianças morreu durante a noite, e cada uma das mulheres alegava que o bebê sobrevivente era seu filho. Elas levaram a disputa ao Rei Salomão, pedindo que ele decidisse quem era a verdadeira mãe da criança. Salomão propôs uma solução radical diante da falta de provas: ordenou que o bebê fosse cortado ao

[1] Doutoranda no PPGDIN da Universidade Federal Fluminense (2024). Mestre no programa de PPGD da UCP. Pós-Graduação em Direito do Trabalho - Centro Universitário Estácio Juiz de Fora (2018). Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas Vianna Junior (2015). Advogada. gabrielajsilveira1@gmail.com, http://lattes.cnpq.br/8509728033984518.
[2] Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2013). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2007). Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo e Direito Processual da Universidade Federal Fluminense, Professor do Programa de Pós- Graduação em Direito, Instituições e Negócios (PPGDIN) da UFF (Doutorado), Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador adjunto do Curso de Direito e Professor de Direito Processual da Unilasalle - Institutos Superiores de Ensino. Professor do Curso de Pós- Graduação em Direito Processual da Universidade Federal Fluminense - UFF. Consultor da Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP/UERJ - Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP, da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro e do Instituto Carioca de Processo Civil - ICPC. Mambro da Comissão de Garantismo Processual da OAB/RJ. Advogado. marcelo.almeida@ucp.br, http://lattes.cnpq.br/0245213114864531.

Sumário 1
índice

meio com uma espada, e cada mulher receberia metade da criança. Diante dessa ordem, uma das mulheres implorou ao rei que poupasse a vida do bebê e o desse à outra mulher, enquanto a segunda mulher concordou com a divisão, dizendo: "Nem meu, nem teu; que seja dividido". Salomão, percebendo a reação das duas, identificou a verdadeira mãe: aquela que preferiu renunciar ao filho para salvar sua vida.

Assim como no julgamento de Salomão, em que a verdade foi revelada por meio de uma estratégia indireta diante da falta de evidência, no processo judicial contemporâneo a distribuição do ônus da prova impacta diretamente a obtenção da construção de uma decisão justa. No contexto das relações trabalhistas, essa questão se torna ainda mais sensível quando se analisa a responsabilidade da administração pública na terceirização e as recentes diretrizes do Supremo Tribunal Federal.

Em decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, com o tema fixado sob o nº 1.118, restou definido que nas relações de terceirizações, em que o ente público contrata empresa privada, caberá ao autor/empregado comprovar a falha do dever de fiscalização, o nexo causal e, ainda, definiu que a responsabilidade subsidiária não poderá ser baseada exclusivamente em razão da inversão do ônus da prova.

O problema central do artigo, portanto, perpassa a dificuldade do trabalhador terceirizado em comprovar a falta de fiscalização por parte da administração pública e as implicações do Tema 1118 do STF.

Para análise da referida questão o presente estudo busca apresentar aspectos relacionados à terceirização e possíveis soluções viáveis ao autor, hipossuficiente na relação, quanto ao encargo probante que lhe foi atribuído, considerando a inexistência de aptidão da prova. Para tanto, o estudo foi dividido em três sessões, em que inicialmente é abordado histórico da terceirização de mão de obra, em específico, na administração pública, até os dias atuais. Em segunda sessão analisa-se a aptidão da prova e do princípio da proteção do trabalhador. Ao final é exposta uma análise crítica da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal

Sumário 1
índice

Federal e das possíveis medidas processuais a serem tomadas, de modo a viabilizar o acesso à justiça e o direito à prova.

O presente artigo se justifica diante da atualidade da decisão e do impacto que haverá nos processos judiciais, considerando o crescente número de empresas em recuperação judicial no setor de serviços, bem como da necessidade de resguardar os direitos trabalhistas, os quais possuem natureza alimentar e constitucional.

A metodologia da pesquisa que resultou no texto, se desenvolveu de forma dedutiva, parcialmente exploratória, com levantamento bibliográfico e documental, investigação analítico-legislativa de âmbito nacional e estrangeiro, bem como de pesquisas realizadas como o do IPEA, IBGE e outras.

1. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em âmbito da administração pública, a previsão da terceirização, foi inaugurada no art. 10, §7° do Decreto-Lei nº 200, de 1967[3], que consigna que para "melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle" e com o "objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa", poderá desobrigar-se da execução de tarefas mediante à execução indireta e por meio de contrato. Embora a aludida legislação não nomeasse o fornecimento de mão de obra enquanto terceirização, fato é que estabeleceu a figura no âmbito do Estado.

O decreto promulgado em 1967, por Humberto Alencar Castello Branco, foi um marco na reforma administrativa do Brasil durante o regime militar, refletindo as diretrizes do governo, defendida por uma suposta modernização administrativa e pela busca de eficiência no setor público, alinhada aos princípios da Doutrina de Segurança Nacional e de desenvolvimento econômico.

Durante o regime militar, houve uma repressão significativa aos direitos trabalhistas, com a intervenção em sindicatos e a supressão de greves, o que

[3] BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

Sumário 1
índice

facilitou a implementação de políticas como a terceirização[4], a terceirização era parte de um projeto mais amplo de reestruturação do Estado e da economia, com priorização da eficiência e do controle em detrimento dos direitos sociais e trabalhistas.

O desmantelamento dos direitos trabalhistas e das organizações sindicais, talvez não tenha sido o único motivo à utilização de empresas privadas na máquina pública, parte disso se dá em razão da participação das bases cíveis, que culminaram no termo utilizado para denominar o regime vivenciado no Brasil enquanto ditadura "civil-militar", uma vez que desde a gênese do regime ocorreu apoio das bases sociais e empresariais[5] .

Exemplo do apoio existente pelo setor corporativo privado é do Fiat, que estabeleceu um sistema de espionagem em sua fábrica em Betim, em Minas Gerais[6], da Mannesmann, atual Vallourec, em que a empresa colaborou como a repressão aos movimentos grevistas e aos trabalhadores sindicalizados, colocando-os em uma lista suja, a fim de dificultar a contratação em novos empregos e da Belgo Mineira, incorporada pela ArcelorMittal, em que a empresa colaborou para a tortura de seus trabalhadores durante a ditatura[7].

Prosseguindo com a ideia de descentralização das atividades, em 1970 foi editada a Lei 5.645[8], que fixou diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e, em seu art. 3º, parágrafo único, estabeleceu que "as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de

Sumário 1
índice

[4] D'ARAÚJO, Maria Celina. **O Estado Novo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 102.
[5] REIS FILHO, Daniel Aarão. **Ditadura e democracia no Brasil:** do golpe de 1964 à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 13.
[6] BRASIL. **Fiat tinha sistema de espionagem e sala exclusiva para interrogar funcionários na ditadura**. Memórias Reveladas, 2023. Disponível em https://www.gov.br/memoriasreveladas/pt-br/assuntos/noticias/fiat-tinha-sistema-de-espionagem-e-sala-exclusiva-para-interrogar-funcionarios-na-ditadura. Acesso em 08/03/2025.
[7] ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **Grandes empresas de MG colaboraram com a ditadura militar**. 2023. Disponível em https://www.almg.gov.br/comunicacao/noticias/arquivos/Grandes-empresas-de-MG-colaboraram-com-a-ditadura-militar. Acesso em 08/03/2025.
[8] BRASIL. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970.** Dispõe sobre o exercício da profissão de Técnico Industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 dez. 1970.

preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967".

Embora existisse a previsão de subcontratação das atividades administrativas, o movimento não era expressivo, tanto é que em pesquisa realizada não foi possível localizar empresas que de fato forneceram mão de obra ao regime, somente àquelas que apoiaram por meio de perseguição e comunicação ao Governo sobre empregados contrários ao sistema ou, ainda, sindicalizados.

Os primeiros ensaios privatizantes apareceram com João Figueiredo, 1981-1984, com a edição do Decreto 86.215/81[9], em que cinco empresas que estavam sob o controle da União, entre elas Riocel, América Fabril e Companhia Recôncavo, foram privatizadas, produzindo uma receita de 190 milhões de dólares. Com o presidente José Sarney, 1985-1989, as privatizações abrangeram 18 empresas, como a Companhia de Cobre, Caraíba Metais, Aracruz e Celulose Bahia, resultando no ingresso aos cofres da União no valor de 533 milhões de dólares[10].

Nos dois governos de Fernando Collor, 1990-1992, as privatizações ganharam notável impulso. A Lei 8.031/90[11] instituiu o Programa Nacional de Desestatização, sendo substituída pela Lei 9.491/97[12], resultando em 66 empresas e participações acionárias estatais federais desestatizadas, entre as quais no governo Itamar Franco, a Companhia Siderúrgica Nacional e no governo Federando Henrique Cardoso, a Companhia Vale do Rio Doce, duas das maiores

Sumário 1
índice

[9] BRASIL. **Decreto nº 86.215, de 10 de dezembro de 1981.** Regulamenta a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, que dispõe sobre o exercício da profissão de Técnico Industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 dez. 1981.
[10] SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público "à brasileira"? **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul],** v. 27, nº 57, ou/dez, 2002, p. 54-55.
[11] BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Dispõe sobre a extinção e liquidação de entidades da administração pública federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 abr. 1990.
[12] BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Autoriza o Poder Executivo a instituir como Autarquia o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 set. 1997.

empresas nacionais dos respectivos setores, gerando resultados na ordem de 37,43 bilhões de dólares[13].

No governo do Fernando Henrique Cardoso, por meio de medidas e reformas para desafogar o Estados das atividades, para que supostamente fossem mais eficientes e realizadas por particulares, passou a utilizar a ideologia neoliberal, fazendo com que o Estado ficasse restrito as atividades mínimas, o que fez com que a terceirização ganhasse força e passasse a ser utilizada em larga escala.

Fernando Henrique Cardoso, no seu governo, congelou o salário dos servidores públicos, cortou direitos trabalhistas e diminuiu a participação dos salários no Produto Interno Bruto (PIB), que caiu de 45% em 1992 para 36% no final da década de 1990, aumentando a participação do lucro das empresas, que passou de 35% para 44% nesse período. A concentração de riqueza aumentou ainda mais, agravando a "questão social" no país. O resultado final desse governo foi uma enorme diminuição do número de empregos, miséria crescente, arrocho salarial, desindustrialização e desnacionalização da economia (Cano, 2000).

Os processos de terceirização, flexibilização, cooperativização, informalização, entre outras estratégias de precarização das relações de trabalho, encontraram eco na política governamental com a quebra da estabilidade dos servidores públicos, permitindo-se a demissão por "excesso de despesas". Dentre as principais ofensivas ao trabalho e aos direitos sociais, destacam-se: o projeto de lei de contratação temporária de dois anos com redução de encargos sociais; a livre negociação salarial, que entrega os trabalhadores às garras do capital, dispensando-se a proteção do Estado ao poder de compra dos salários; a revogação da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que garantia fatores inibidores da demissão sem justa causa; a criação do banco

[13] SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul],** v. 27, nº 57, ou/dez, 2002, p. 55.

Sumário 1
índice

de horas extras; a flexibilização da legislação em ataque aos direitos estabelecidos na Consolidação das Leis do Trabalho; e a criação do Fator Previdenciário[14].

Durante os anos 1990, a terceirização tornou-se uma prática comum no Brasil, especialmente após o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho em 1993[15], que permitiu a terceirização de serviços de conservação, limpeza e atividades-meio das empresas contratantes.

Os sindicatos, surpreendidos por essas mudanças na organização das empresas e nas formas de contratação, inicialmente demonstraram pouca capacidade de reação. Entretanto, algumas exceções ocorreram, como acordos realizados por comissões de fábrica, especialmente no setor automotivo do ABC paulista, onde as negociações eram basicamente bilaterais entre sindicato e empresa. No entanto, na década de 1990, o movimento sindical passou a conviver com uma postura mais intransigente por parte do governo federal e com um esforço desmesurado dos governantes em levar à cabo o processo de flexibilização das relações de trabalho no país, duas características que refletem o período Collor[16].

De acordo com os dados do IPEA, o número de vínculos públicos federais, da administração direta e indireta, em 1989 eram de 900 mil, em 1997 passou a ser de 700 mil[17], os dados apresentados são contrários ao crescimento populacional que demanda a prestação de maiores serviços por parte da administração pública, na medida em que em 1989 existiam 146,5 milhões de brasileiros, ao passo que em 1997 haviam 166,7 milhões, conforme dados do IBGE.

Sumário 1
índice

---

[14] CANO, W. **Soberania e política econômica na América Latina**. São Paulo: Eds. da Unesp/Unicamp, 2000.

[15] BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho (TST). Súmula 331.** Dispõe sobre a responsabilidade solidária na contratação de trabalhadores por empresas interpostas.

[16] RODRIGUES, Iram Jácome. **Um laboratório das relações de trabalho: o ABC paulista nos anos 90.** Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 14(1): 137-157, maio de 2002, p. 142.

[17] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). **Três décadas de funcionalismo brasileiro (1986-2017)**. Brasília: Ipea, 2017. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasestado/download/154/tres-decadas-de-funcionalismo-brasileiro-1986-2017. Acesso em: 08 de março de 2025.

Uma resposta à possibilidade do enxugamento da máquina pública é a contratação de prestadores de serviço por meio da terceirização, que reduz o quadro funcional e, por consequência, as despesas, no entanto, ocasiona na maior precarização dos direitos trabalhistas, por meio da redução dos salários e inadimplência de verbas.

Neste cenário de deslocamento dos riscos e da redução de custos, a terceirização na administração pública cresceu 1.760% entre 2003 e 2022, passando de 38,5 mil em 2023 para 716,2 mil em 2022, de acordo com os dados do Anuário de Gestão de Pessoas no Serviço Público, elaborado pelo Instituto República.org com base nos dados fornecidos ao RAIS[18]. O fortalecimento da terceirização no país não foi exclusivamente no âmbito público, uma vez que a legislação e as decisões sobre a possibilidade do trespasse da contratação até mesmo da atividade fim veio sendo viabilizado, culminando no cenário cogente.

Em 31/03/2017, entrou em vigor a Lei 13.429/2017[19], em que passou a autorizar a terceirização da atividade-fim no Brasil, prevendo no art. 5°-A, §5° a responsabilidade subsidiária da contratante, indo ao encontro do disposto na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que preceitua a existência de responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, ou ainda, o contratante.

Diante do ainda contínuo imbróglio quanto à legalidade da terceirização da atividade fim, a ADPF 324, foi julgada em 30/08/2018, de relatoria do Min. Roberto Barroso, a fim de analisar a licitude da terceirização de atividade-fim e meio, tendo enquanto tese firmada a inexistência de relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada, dispondo que haveria a necessidade da contratante de verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada e de responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas.

Sumário 1
índice

[18] REPÚBLICA. **Por que em 20 anos aumentou a contratação de temporários no serviço público?** República, 17 fev. 2025. Disponível em: https://republica.org/2025/02/17/por-que-em- 20-anos-aumentou-a-contratacao-de-temporarios-no-servico-publico/. Acesso em: 09 de março de 2025.

[19] BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017.** Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º abr. 2017.

De acordo com o a Sondagem Especial Terceirização realizada pela CNI em 2016 revela que aproximadamente 63,1% das empresas industriais (transformação, extrativa e construção) utilizam serviços terceirizados. Das empresas que utilizam serviços terceirizados, 84% planejam manter ou aumentar a utilização desse tipo de serviço nos próximos anos[20] [21].

A terceirização da mão de obra não é mais tida enquanto uma realidade distante ou que será extirpada, diante da diminuição dos custos e das reponsabilidades advindas da referida prática, certo é – que em um exercício de futurologia – os números continuarão na crescente que já se apresentam. Diante desta realidade, caberia ao Direito do Trabalho, e àqueles que supostamente guarnecem a Constituição Federal, fornecerem substratos para a fiscalização e não precarização da mão de obra dos terceirizados, no entanto, não é o que se vem vendo no contexto atual, seja diante da contratação de empresas que suplantam garantias dos empregados, seja por meio de decisões que ratificam a desresponsabilização dos contratantes, neste caso tal como foi a decisão prolatada no Tema 1.118, conforme será analisada adiante.

A precariedade estrutural no capital advém dos primórdios, mas suas formas sócio-históricas se alteram, se redefinem, se reconfiguram, indicando processos qualitativamente diferentes de precarização do trabalho em cada momento histórico. Na atualidade, a precarização deixou de ser periférica para se institucionalizar em todas as regiões do mundo, tanto em países desenvolvidos e centrais, quanto como no Brasil. A contemporaneidade imprime à terceirização, ao ponto de se poder afirmar, tratar-se de um fenômeno novo, de peça acessória destinada a complementar a arquitetura produtiva se transformou em ponto fundamenta da produtividade e da competitividade das empresas[22].

Sumário 1
índice

[20] Em notícia do G1 de 2023, foi apontado que foi realizada pesquisa pela CNI em que 80% das empresas utilizavam terceirização em algum setor de atividade, no entanto, não se localizou a aludida pesquisa no site da Confederação (G1, 2023).
[21] PORTAL DA INDÚSTRIA. **Sondesp 68 - Terceirização.** Portal da Indústria, 2017. Disponível em: https://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/sondesp-68-terceirizacao/. Acesso em: 09 de março de 2025.
[22] ARAÚJO, Anísio José da Silva. **Paradoxos da modernização: terceirização e segurança dos trabalhadores em uma refinaria de petróleo.** 2001. Tese (Doutorado) – Fiocruz, Rio de Janeiro, 2001, p. 56.

Em 1993, a Lei de Licitações, de nº 8.666[23] passou a permitir no art. 71, §1° a terceirização de serviços auxiliares ou de apoio pela administração pública, desde que não sejam atividades-fim, já a Lei 14.133[24] passou a dispor que poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais, acessórias, instrumentais ou complementarem. Ambas as legislações preceituam requisitos para a empresa contratada, tal como regularidade fiscal, tributária, previdenciária e trabalhista, ainda há disposição na Lei 13.429[25] quanto ao capital social mínimo das empresas contratadas.

No entanto, fato é que a regularidade à época da licitação e da contratação, não reduz o risco de perecimento dos direitos trabalhistas com o decurso do prazo, reflexo disso é a pesquisa realizada pelo Serasa Experian, que demonstra que o número de pedidos de empresas em recuperação judicial cresceu em 78,4% de 2024 em relação a 2023, estando no topo dos requerimentos as empresas de serviços com 928 pedidos em 2024, em contrapartida a 651 em 2023 e 424 em 2022[26]

Pedidos de Recuperação Judicial			
Por Setor			
Setores	2022	2023	2024
Comércio	130	379	575
Indústria	138	254	347
Serviços	424	651	928
Primário	70	121	423

Fonte: Serasa Experian

[23] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993.
[24] BRASIL**. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2021.
[25] BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017.** Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º abr. 2017.
[26] SERASA EXPERIAN. **Brasil registra 22 mil pedidos de recuperação judicial em 2024, o maior número da série histórica, aponta Serasa Experian**. Sala de Imprensa, 2024. Disponível em: https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/analise-de-dados/brasil-registra-22- mil-pedidos-de-recuperacao-judicial-em-2024-o-maior-numero-da-serie-historica-aponta- serasa-experian/. Acesso em: 08 de março de 2025.

Sumário 1
índice

As empresas terceirizadoras de mão de obra, são enquadradas enquanto do segmento de serviços, encontrando-se no quantitativo apresentado, soma-se, ainda, ao referido cenário àquelas que se tornam insolventes sem o pedido de recuperação judicial, tornando-se meramente inadimplentes dos direitos trabalhistas.

Têm-se dois fenômenos, o aumento da terceirização, inclusive no setor público, e o aumento de empresas que se tornam incapazes de solver seus débitos, incluindo-se os trabalhistas, de maneira que a conta neste caso seria redirecionada ao contratante, no caso a administração pública, no entanto, o revolvimento do ônus da prova quanto ao dever de fiscalizar, em que passou a ser atribuído o ônus probante ao autor empregado, subverte esta lógica, facilitando que o resultado das más escolhas empresariais e administrativas recaia sobre ele.

2. A APTIDÃO DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

As provas são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda. O direito à prova transcende o aspecto individual para adquirir feição publicista, pois não interessa às partes apenas às partes do processo, mas toda a sociedade que os fatos discutidos em juízo sejam esclarecidos. Portanto, o direito à prova constitui garantia fundamental processual e também um direito fundamental da cidadania para efetividade do princípio do acesso à justiça e, acima de tudo, o acesso a uma ordem jurídica justa[27].

No atual modelo constitucional, há proposta doutrinária para conceituar a prova não mais na busca da verdade, mas sim na argumentação dos sujeitos que participam do processo, isto é, um meio retórico indispensável ao debate jurídico. Isso porque, na atual concepção de direito processual à luz do Estado Democrático de Direito, o processo deve ser visto enquanto um placo de discussão, logo, o objetivo da prova não é mais a reconstrução do fato, mas o

[27] SCHIAVI, Mauro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Editora Jus Podvim, 2023, p. 752.

Sumário 1
índice

convencimento do juiz e dos demais sujeitos do processo sobre as alegações a respeito do fato[28].

O reconhecimento do direito à prova é uma consequência necessária do reconhecimento do direito à: dignidade humana, posto que somente se realiza o gozo pleno dos direitos que lhe são inerentes, para qual contribui, no processo, a prova; de liberdade, vez que a prova constituiu uma exigência e uma dimensão da liberdade das partes; de acesso à justiça, à ampla defesa, ao contraditório, ao processo justo, à democracia processual, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, à efetividade da jurisdição e do processo ao procedimento. Acrescente-se que estabelecer, como modelo, o processo democrático, é reconhecer o direito à prova, posto que no processo verdadeiramente democrático as partes têm direito a participar na formação do provimento jurisdicional[29].

O princípio da aptidão da prova determina que deve produzir a prova não apenas quem detenha o ônus processual, mas sim quem tenha melhores condições para produzir a prova em juízo, não se trata da inversão da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor, no art. 6°, VIII, mas de atribuir simplesmente o ônus da prova a quem possa fazer da melhor forma. Trata-se, em verdade, da superação da regra do ônus da prova prevista no art. 818 da CLT e art. 373, à luz dos princípios constitucionais da justiça, contraditório, ampla defesa e igualdade substancial dos litigantes, uma vez que a prova pode ser produzida por quem, embora não detenha o ônus, possua maior facilidade para tanto[30].

O princípio da aptidão da prova se amolda ao Processo do Trabalho considerando a hipossuficiência e a dificuldade probatória do trabalhador e as melhores condições de prova pelo empregador, ou neste caso, do tomador de serviços.

Sumário 1
índice

---

[28] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 258.
[29] ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Elementos da teoria geral da prova: A prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial.** São Paulo: LTr, 2013, p. 174.
[30] [30] SCHIAVI, Mauro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Editora Jus Podvim, 2023, p. 769.

A aplicação da aptidão da prova atende ao escopo social do processo, que é justamente o de eliminar conflitos mediante critérios justos. O fundamento para aplicação deste princípio está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que lhe é mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes, o princípio será aplicado todas as vezes que o empregado não pode fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária detém[31].

O princípio da proteção processual, de acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite[32], deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para efetivar os direitos materiais reconhecidos pelo Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado para compensar ou reduzir a desigualdade real existente entre as partes.

O direito material do trabalho, ante a presunção de desigualdade das partes e, na tentativa de equipará-las, outorga superioridade jurídica ao trabalhador, para compensar suas inferioridades econômicas e sociais diante do empregador ou do beneficiário dos serviços, o que imprime suas marcas ao direito processual, particularmente quanto à proteção da parte mais fraca, cuja inferioridade persiste no processo[33].

De igual forma Mario Pasco[34] dispõe que o princípio da proteção é igualmente válido ao direito processual, eis que o desequilíbrio entre o empregador face ao trabalhador é transferido à relação jurídica processual, entre as diferenças que marcam as relações comuns e trabalhistas estão a "desigualdad jurídica, económica y probatória que separa a los contendientes en un litigio de trabajo y que hacen de un – el empleador – la parte fuerte y del otro – el trabajador – la parte débil".

O processo do trabalho detém características protetivas destinadas ao

[31] PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001, p. 143.
[32] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 107.
[33] GIGLIO, Wagner Drdla**. Direito Processual do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84.
[34] PASCO, Mario. **Fundamentos do Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p. 107.

Sumário 1
índice

litigante mais fraco, sob o aspecto da relação processual visando assegurar prerrogativas processuais para compensar entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho, frente à hipossuficiência econômica e judicial, o que tem enquanto resultado a dificuldade probatória, sendo necessário que se observe os princípios constitucionais que asseguram o equilíbrio aos litigantes.

O empregador tem a capacidade de conseguir mais facilmente sua prova, escolhendo testemunhas entre seus subordinados, podendo suportar economicamente a demora na solução do processo, lado outro, o empregado não tem essa facilidade, uma vez que em diversas ocasiões há ausências de prova, ante ao não acesso, ou não retração da realidade, aos documentos e ao receio de testemunhas de terem represálias ao deporem contra os empregadores[35].

O princípio da proteção na verdade seria enquadrado enquanto protecionismo temperado ao trabalhador, uma vez que sob a relação jurídica processual seriam asseguradas algumas prerrogativas para compensar eventuais entraves que o empregado enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho, devido a sua hipossuficiência econômica e à dificuldade de provar suas alegações, uma vez que os documentos via de regra ficam com o empregador[36].

A natureza dos direitos alimentares em Juízo, o princípio da proteção e a hipossuficiência do empregado, podem – e são – balanceadas por regras de ônus da prova dinâmica, fornecendo o dever processual probante a aquele que detém mais capacidade técnica, ou seja, de acordo com a aptidão da produção da prova.

3. O TEMA 1118 E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENQUANTO TOMADORA DE SERVIÇOS

Em 26/04/2017 o Supremo Tribunal Federal fixou a tese 246 na Tabela de Repercussão Geral, nos autos do RE-760931, que fixou a tese de que *"O*

[35] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 45ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 90.
[36] SCHIAVI, Mauro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Editora Jus Podvim, 2023, p. 131.

Sumário 1
índice

inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

Opostos embargos de declaração, o Exmo. Min. Luiz Fux, Relator, ao analisar o recurso, deixou assentado os parâmetros adotados no julgamento do recurso extraordinário:

> A análise dos votos proferidos neste Plenário por ocasião do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário revela que os seguintes parâmetros foram adotados pela maioria: (i) o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado não atrai a responsabilidade do poder público contratante; (ii) para que se configure a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, é necessária a comprovação inequívoca de sua conduta culposa e causadora de dano aos empregados do contratado; e (iii) é indevida a inversão do ônus da prova ou a presunção de culpa.

Após intensos debates a respeito de diversos aspectos do julgamento do recurso extraordinário, decidiu-se, por maioria, rejeitar os embargos de declaração, cuja ementa segue transcrita. In verbis:

> EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.
> 1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado.
> 2. Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa in eligendo ou culpa in vigilando, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade.
> 3. Embargos de declaração rejeitados.

Sumário 1
índice

A questão concernente ao efetivo ônus da prova não havia sido objeto de manifestação conclusiva do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 760931, seja no sentido de atribuí-lo ao empregado ou ao ente público.

O Tribunal Superior do Trabalho, vinha apresentando decisões favoráveis ao ônus da administração pública, o que o caso da decisão prolatada pela SBDI-1 desta Corte, no E- RR-925-07.2016.5.05.0281, de Relatoria do Exmo. Min. Cláudio Brandão, no qual houve exame sobre o alcance e dimensão da decisão do STF no RE-760931 (Tema nº 246), fixou o entendimento, com base na aplicação do princípio da aptidão da prova, de que é do ente público o encargo de demonstrar a efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços:

> RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITAÇÃO. DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE Nº 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA Nº 331, V, DO TST. RATIO DECIDENDI. ÔNUS DA PROVA . (...) Por esse fundamento e com base no dever ordinário de fiscalização da execução do contrato e de obrigações outras impostas à Administração Pública por diversos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, a exemplo, especialmente, dos artigos 58, III; 67, caput e seu § 1º; e dos artigos 54, § 1º; 55, XIII; 58, III; 66; 67, § 1º; 77 e 78, é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que fiscalizou de forma adequada o contrato de prestação de serviços. No caso, o Tribunal Regional consignou que os documentos juntados aos autos pelo ente público são insuficientes à prova de que houve diligência no cumprimento do dever de fiscalização, relativamente ao adimplemento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada. Ou seja, não se desincumbiu do ônus que lhe cabia. A Egrégia Turma, por sua vez, atribuiu ao trabalhador o ônus da prova, razão pela qual merece reforma a decisão embargada, a fim de restabelecer o acórdão regional. Recurso de embargos conhecido e provido" (Tribunal Superior do Trabalho, E- RR-925-07.2016.5.05.0281, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 22/05/2020).

Diante da ausência de decisão quanto a quem caberia o ônus da prova da fiscalização do tomador de serviços públicos, o Supremo Tribunal Federal julgou em 13/02/2025 o Leading case, RE 1298647, afetado em 11/12/2020,

Sumário 1
índice

de relatoria do Min. Nunes Marques, em que se discute à luz dos artigos 5º, II, 37, XXI e § 6º, e 97 da Constituição Federal a legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público, fixando a seguinte tese:

> 1. Não há responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços contratada, se amparada exclusivamente na premissa da inversão do ônus da prova, remanescendo imprescindível a comprovação, pela parte autora, da efetiva existência de comportamento negligente ou nexo de causalidade entre o dano por ela invocado e a conduta comissiva ou omissiva do poder público. 2. Haverá comportamento negligente quando a Administração Pública permanecer inerte após o recebimento de notificação formal de que a empresa contratada está descumprindo suas obrigações trabalhistas, enviada pelo trabalhador, sindicato, Ministério do Trabalho, Ministério Público, Defensoria Pública ou outro meio idôneo. 3. Constitui responsabilidade da Administração Pública garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato, nos termos do art. 5º-A, § 3º, da Lei nº 6.019/1974. 4. Nos contratos de terceirização, a Administração Pública deverá: (i) exigir da contratada a comprovação de capital social integralizado compatível com o número de empregados, na forma do art. 4º-B da Lei nº 6.019/1974; e (ii) adotar medidas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada, na forma do art. 121, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, tais como condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas do mês anterior.

Com isso, passou a ser determinado o ônus da prova ao autor do fato negativo, qual seja, falta de fiscalização da administração pública, bem como repassou aos demais setores da sociedade, empregado, Ministério do Trabalho, Ministério Público e sindicatos o dever de comunicar ao ente a inadimplência de verbas trabalhistas de seus contratos, sendo este o requisito para a "constituição em mora" do tomador de serviços.

Sumário 1
índice

É possível verificar que a questão analisada pelo Supremo Tribunal Federal não guarda relação com a Constituição Federal, como se vê na tese, o debate foi em torno da atribuição do ônus da prova, temática exclusivamente infraconstitucional e já havia sendo discutida pelo Tribunal Superior do Trabalho, com entendimento no sentido de ser o ônus da prova da administração pública em relação a efetiva fiscalização.

Fato é que pela aptidão do ônus da prova, o reclamante-empregado não possui meios de comprovar a ausência de fiscalização, se não pelo pleito de inversão do dever probante para que a administração comprove a efetiva verificação do cumprimento do contratado pela empregadora, mediante a solicitação de apresentação de documentos que demonstrem a regularidade trabalhista, como comprovantes de pagamentos de salários, de FGTS, controle de pontos e demais situações.

A decisão é contrária ao princípio da proteção processual, em que o hipossuficiente fica com o encargo de demonstrar fato o qual não possui meios para tanto.

No mais, transferir à sociedade o dever da administração pública de fiscalizar os contratos, retira a responsabilidade pelas contratações e do próprio Estado de zelar pelos direitos trabalhistas, elencados no art. 6° da Constituição Federal e da Consolidação das Leis Trabalhistas, além de criar requisito não elencado em lei. Ora, como pode o poder público exigir o cumprimento dos direitos trabalhistas da empresa se o próprio assim se furta de fazer e fiscalizar?

A Constituição Federal, no art. 37, §6°[37], fixa a responsabilidade do Estado e de seus contratados, independente de culpa, quando o crédito decorrer de direitos trabalhistas, ao narrar que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

[37] BRASIL**. Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Sumário 1
índice

A “regra” imposta pela tese jurídica vinculante define a negligência e a ela exige a notificação, provavelmente prévia ao processo judicial. Já o nexo causal admite a prova no curso da instrução processual, observados seus limites temporais. O item IV estipula as obrigações do Estado, que podem ser exigidas para a comprovação da parte final do item I e apontam para o nexo causal[38].

O Supremo Tribunal Federal vedou a responsabilização da administração pública pela inversão do ônus da prova no caso tal culpa, mas não há tal previsão quanto ao nexo causal. Assim, poder-se-ia cogitar a utilização do art. 373, §1° do CPC[39] nestes casos, que dispõe que nas situações previstas em lei ou diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos moldes da divisão estática ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir ônus da prova diverso desde que faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar a parte oportunidade para desincumbir-se do ônus que lhe foi atribuído.

Ademais, será necessário ao autor buscar intimação específica para apresentação de documentos que comprovem a efetiva fiscalização, uma vez os referidos ficam em posse da administração pública, sob pena de atribuição de veracidade, nos moldes do art. 400 do CPC.

Outra alternativa para tentar buscar desincumbir-se do ônus excessivamente criado ao reclamante, considerando que na Justiça do Trabalho não há despacho saneador, é o de pedido liminar para antecipação de provas documentais, mediante análise do ônus da prova e intimação da tomadora de serviços, com fulcro no art. 381 do CPC e seguintes, de modo a compreender os limites que a prova oral deverá abarcar.

Em órbita coletiva e de fiscalização, diante da isenção concedida à administração pública quanto ao dever de provar a efetiva verificação dos seus

[38] PEDROSO, Eliane; FAVA, Marcos Neves. **Tema 1.118 inviabilizou a responsabilidade subsidiária dos entes públicos na terceirização.** *Consultor Jurídico*, 9 mar. 2025. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2025-mar-09/tema-1-118-inviabilizou-se-a-responsabilidade-subsidiaria-dos-entes-publicos-na-terceirizacao/. Acesso em: 10 de março de 2025.
[39] BRASIL. **Código de Processo Civil (CPC).** Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

Sumário 1
índice

contratos de terceirização, será necessária atuação do Ministério Público do Trabalho, dos sindicatos e do Ministério do Trabalho e Emprego, de modo a auxiliar na defesa dos direitos trabalhistas, considerando o requisito criado pela lei de notificação prévia para "constituição em mora" do contratante.

A decisão prolatada além de criar deliberadamente maiores entraves para a responsabilização do ente público, cria ônus probatório impossível de ser desincumbido pelo reclamante por si só, além de adentrar o campo infraconstitucional. As decisões que extrapolam a competência ordinária do Supremo Tribunal Federal retroalimentam as queixas contínuas de quantitativos de demandas na referida corte, criando entrave ao acesso daquelas que são realmente afetas à Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar, de forma crítica, o desmanche do ônus da prova no contexto da terceirização, com foco no Tema 1118 do Supremo Tribunal Federal (STF), que redefine a responsabilidade subsidiária da administração pública em relação aos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados. A partir de uma abordagem histórica, jurídica e política, foi possível identificar que a terceirização, longe de ser um fenômeno neutro ou meramente técnico, está intrinsecamente ligada a um projeto político neoliberal que prioriza a eficiência econômica em detrimento dos direitos sociais e trabalhistas.

A terceirização, inicialmente concebida como uma forma de descentralização administrativa, evoluiu para um instrumento de precarização do trabalho, especialmente a partir da década de 1990, quando o Estado brasileiro adotou políticas neoliberais de flexibilização das relações trabalhistas. A Lei nº 8.666/1993 e, posteriormente, a Lei nº 13.429/2017, que autorizou a terceirização da atividade-fim, consolidaram um cenário em que a responsabilidade pelos direitos trabalhistas foi progressivamente transferida para empresas terceirizadas, muitas vezes frágeis financeiramente e incapazes de honrar suas obrigações. Esse processo foi acompanhado por um aumento significativo do número de empresas em recuperação judicial, como demonstrado

Sumário 1
índice

pelos dados da Serasa Experian, o que agrava a insegurança jurídica e social dos trabalhadores.

O Tema 1118 do STF, ao estabelecer que o ônus da prova da falta de fiscalização cabe ao trabalhador, representa um retrocesso na proteção dos direitos trabalhistas. Essa decisão, que exige do empregado a comprovação de fatos negativos (como a ausência de fiscalização), desconsidera a hipossuficiência econômica e probatória do trabalhador, bem como o princípio da aptidão da prova, que deveria atribuir o encargo probatório à parte que detém maior facilidade de produzir a prova — no caso, a administração pública. Ao transferir para o trabalhador o ônus de demonstrar a negligência do Estado, o Supremo Tribunal Federal não apenas dificulta o acesso à justiça, mas também legitima a desresponsabilização do poder público, que deveria zelar pelo cumprimento das normas trabalhistas.

A decisão ora discutida também reflete um alinhamento com o contexto político neoliberal, que prioriza a redução de custos e a eficiência administrativa em detrimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Ao exigir que o trabalhador notifique formalmente a administração pública sobre o descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, o STF transfere para a sociedade uma responsabilidade que é, em última instância, do Estado. Essa postura é incompatível com o disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, independentemente de culpa.

Além disso, o Tema 1.118 ignora o princípio da proteção processual, que visa compensar a desigualdade material entre empregador e empregado. Ao invés de fortalecer os mecanismos de fiscalização e responsabilização, a Corte a qual deveria ser constitucional optou por criar entraves processuais que inviabilizam a efetivação dos direitos trabalhistas. Essa postura é particularmente preocupante em um contexto de crescente precarização do trabalho, em que a terceirização se tornou um dos principais vetores de flexibilização e redução de direitos.

Diante desse cenário, é urgente repensar o modelo de terceirização adotado no Brasil, buscando alternativas que garantam a efetiva proteção dos

Sumário 1
índice

direitos trabalhistas. Uma possível solução seria a adoção de medidas legislativas que reforcem a responsabilidade solidária da administração pública, independentemente da comprovação de culpa, bem como a criação de mecanismos de fiscalização mais eficientes, com a participação ativa do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos. Além disso, seria necessário rever o entendimento do STF no Tema 1118, de modo a restabelecer o equilíbrio processual e garantir o acesso à justiça para os trabalhadores terceirizados.

Em síntese, o Tema 1118 do STF representa um retrocesso na proteção dos direitos trabalhistas, ao mesmo tempo em que reflete e reforça o projeto neoliberal de precarização do trabalho. A terceirização, longe de ser uma mera ferramenta administrativa, tornou-se um instrumento de transferência de riscos e responsabilidades para os trabalhadores, em detrimento de seus direitos fundamentais. Cabe ao Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico comprometido com a justiça social, resistir a essa tendência e buscar alternativas que garantam a efetiva proteção dos trabalhadores, em consonância com os princípios constitucionais da dignidade humana e da valorização do trabalho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Elementos da teoria geral da prova: A prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial.** São Paulo: LTr, 2013.

ARAÚJO, Anísio José da Silva. **Paradoxos da modernização: terceirização e segurança dos trabalhadores em uma refinaria de petróleo.** 2001. Tese (Doutorado) – Fiocruz, Rio de Janeiro, 2001.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **Grandes empresas de MG colaboraram com a ditadura militar**. 2023. Disponível em https://www.almg.gov.br/comunicacao/noticias/arquivos/Grandes- empresas-de-MG-colaboraram-com-a-ditadura-militar. Acesso em 08/03/2025.

BRASIL**. Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1967.

Sumário 1

índice

_____. **Decreto nº 86.215, de 10 de dezembro de 1981.** Regulamenta a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, que dispõe sobre o exercício da profissão de Técnico Industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 dez. 1981.

_____. **Fiat tinha sistema de espionagem e sala exclusiva para interrogar funcionários na ditadura**. Memórias Reveladas, 2023. Disponível em https://www.gov.br/memoriasreveladas/pt-br/assuntos/noticias/fiat-tinha-sistema-de-espionagem-e-sala-exclusiva-para-interrogar-funcionarios-na-ditadura. Acesso em 08/03/2025.

_____. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970.** Dispõe sobre o exercício da profissão de Técnico Industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 dez. 1970.

_____. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Dispõe sobre a extinção e liquidação de entidades da administração pública federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 abr. 1990.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

_____. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Autoriza o Poder Executivo a instituir como Autarquia o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 set. 1997.

_____. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017.** Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º abr. 2017.

_____. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2021.

_____. **Código de Processo Civil (CPC).** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). ADPF 324.** Julgamento em 30 de agosto de 2018. Relator: Ministro Roberto Barroso.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). RE 760931.** Tese 246 fixada na Tabela de Repercussão Geral em 26 de abril de 2017.

Sumário 1

índice

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). RE 1.298.647.** Leading case julgado em 13 de fevereiro de 2025. Relator: Ministro Nunes Marques. Afetado em 11 de dezembro de 2020.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho (TST). Súmula 331.** Dispõe sobre a responsabilidade solidária na contratação de trabalhadores por empresas interpostas.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho (TST). E-RR-925- 07.2016.5.05.0281.** Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator: Ministro Claudio Mascarenhas Brandão. DEJT 22 de maio de 2020

CANO, W. **Soberania e política econômica na América Latina**. São Paulo: Eds. da Unesp/Unicamp, 2000.

D'ARAÚJO, Maria Celina. **O Estado Novo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

G1. **Crescimento do mercado de terceirização no Brasil.** G1, 31 mar. 2023. Disponível em https://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/especial-publicitario/security-seguranca-e-servicos/noticia/2023/03/31/crescimento-do-mercado-de-terceirizacao-no-brasil.ghtml. Acesso em 09/03/2025.

GIGLIO, Wagner Drdla**. Direito Processual do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). **Três décadas de funcionalismo brasileiro (1986-2017)**. Brasília: Ipea, 2017. Disponível em https://www.ipea.gov.br/atlasestado/download/154/tres-decadas-de-funcionalismo-brasileiro-1986-2017. Acesso em 08 de março de 2025.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 45ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

PASCO, Mario. **Fundamentos do Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

Sumário 1

índice

PEDROSO, Eliane; FAVA, Marcos Neves. **Tema 1.118 inviabilizou a responsabilidade subsidiária dos entes públicos na terceirização.** Consultor Jurídico, 9 mar. 2025. Disponível em https://www.conjur.com.br/2025-mar-09/tema-1-118-inviabilizou-se-a-responsabilidade-subsidiaria-dos-entes-publicos-na-terceirizacao/. Acesso em 10/03/2025.

PORTAL DA INDÚSTRIA. **Sondesp 68 - Terceirização.** Portal da Indústria, 2017. Disponível em https://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/sondesp-68-terceirizacao/. Acesso em 09/03/2025.

REIS FILHO, Daniel Aarão. Ditadura e democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

REPÚBLICA. **Por que em 20 anos aumentou a contratação de temporários no serviço público?** República, 17 fev. 2025. Disponível em https://republica.org/2025/02/17/por-que-em-20-anos-aumentou-a-contratacao-de-temporarios-no-servico-publico/. Acesso em 09/03/2025.

RODRIGUES, Iram Jácome. **Um laboratório das relações de trabalho: o ABC paulista nos anos 90.** Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 14(1): 137-157, maio de 2002.

SCHIAVI, Mauro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Editora Jus Podvim, 2023.

SERASA EXPERIAN. **Brasil registra 22 mil pedidos de recuperação judicial em 2024, o maior número da série histórica, aponta Serasa Experian**. Sala de Imprensa, 2024. Disponível em https://www.serasaexperian.com.br/sala-de- imprensa/analise-de-dados/brasil-registra-22-mil-pedidos-de-recuperacao-judicial-em-2024-o-maior-numero-da-serie-historica-aponta-serasa-experian/. Acesso em 08/03/2025.

SILVA, Almiro do Couto. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul],** v. 27, nº 57, ou/dez, 2002.

Sumário 1

índice

PARTE 2

Reflexões em torno da resolução de conflitos nos processos estruturais

AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS RELACIONADAS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL EM PONDERAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL
Lilia Nunes Silva; Marcelo Pereira de Almeida

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ENCONTRO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COM SUAS BARREIRAS E A PROTEÇÃO DOS VULNERABILIZADOS
Francisco Alves da Cunha Horta Filho

PROCESSO ESTRUTURAL TRANSNACIONAL: PANORAMA SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS
Larissa Clare Pochmann da Silva; Marcelo Pereira de Almeida

O MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CONFLITOS ESTRUTURAIS: REFLEXÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL
Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro

SINAIS DE ALIJAMENTO À PARTICIPAÇÃO SOCIAL EM LITÍGIOS COMPLEXOS E ESTRUTURAIS: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL COM ENFOQUE NO AMICUS CURIAE E NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS
Bruna Duarte Teixeira Martins Oliveira

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO ELEMENTO DE PROPULSÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS
Gleison Heringer Vieira Domingues

DIREITO À SAÚDE NOS EUA: OS CASOS DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE OS PROGRAMAS MEDICARE E MEDICAID
Thauanne de Souza Gonçalves; Larissa Borsato da Silva

PROTEÇÃO DE DADOS COMO POLÍTICA PÚBLICA: MEDIDAS ESTRUTURANTES PARA UM CYBER ESPAÇO SEGURO
Pedro Henrique de Paula Morais

Retornar ao índice

AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS RELACIONADAS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL EM PONDERAÇÃO COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Lilia Nunes Silva[1]
Marcelo Pereira de Almeida[2]

Sumário: Introdução; 2. Propostas legislativas para uma nova Lei da Ação Civil Pública; 3. A Comissão do Senado para a elaboração do Anteprojeto de lei do Processo Estrutural e o PL n. 03/2025; 4. Os "processos estruturais" e o devido processo legal; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O processo coletivo no Brasil é objeto de estudos doutrinários relevantes e a legislação em vigor sobre o tema compõe o chamado microssistema processual coletivo, tratamento que chama a atenção de juristas de todo o mundo ocidental, tendo em vista a positivação ostensiva existente no país (e que não é comum em outros ordenamentos jurídicos).

[1]Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF) – bolsista CAPES. Mestra em Direito (Universidade Católica de Petrópolis), Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora/UFJF e Salamanca/USAL) e Direito Material e Processual do Trabalho (Faculdade Damásio de Jesus). Graduada em Direito (DOCTUM/JF). Professora de Direito Processual e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica no Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. Atua como pesquisadora no grupo interinstitucional de pesquisa "Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas" (UFF, Unilasalle/RJ e UCP) – linha de pesquisa "Processos estruturais e devido processo legal". Advogada. E-mail: lilianunes@id.uff.br – Lattes: http://lattes.cnpq.br/1765941139958947.

[2]Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ e Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF; Professor do PPGDIN da UFF (doutorado); Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Líder do grupo interinstitucional de pesquisa "Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas" (UFF, Unilasalle/RJ e UCP). Advogado. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br – Lattes: http://lattes.cnpq.br/0245213114864531.

Sumário 2
índice

Didier Jr. e Zaneti Jr., em obra dedicada ao processo coletivo, comentam que esse termo, microssistema processual coletivo, é defendido por Rodrigo Mazzei, que afirma ser esse microssistema caracterizado por ter formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas legais, e no Brasil é composto pelo Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078/90), Lei da Ação Civil Pública (lei n. 7.347/85) e demais corpos legislativos inerentes ao direito coletivo (2010, p. 49). A título de ilustração das legislações que também o integram, podem ser citadas: Lei da Ação Popular (lei n. 4.717/65); Estatuto da Criança e Adolescente/ECA (lei n. 8.069/90); Lei de Improbidade Administrativa (lei n. 8.429/92); Estatuto do Idoso (lei n. 10.741/03); Lei do Mandado de Segurança (lei n. 12.016/09) e; Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei n. 13.146/15).

Contudo, nos últimos anos há um movimento crescente sobre o tema e que vem alterando o foco de discussão no que tange ao processamento de diversas demandas coletivas – com destaque para aquelas manejadas à efetivação de direitos fundamentais sociais, pois, antes, muito se discutia sobre a necessidade de uniformização e codificação das normas processuais coletivas e, agora, passou a ser o incremento e utilização de técnicas procedimentais flexíveis pelos julgadores (sem previsão legal determinada que as ampare). Estas ideias estão sendo defendidas por parte da doutrina nacional, principalmente, em ações que postulam a intervenção em estruturas burocráticas públicas ou privadas.

Nas demandas que reclamam do Poder Judiciário a apontada intervenção, chamadas de processos estruturais, o objetivo precípuo é compelir os responsáveis pelas políticas públicas necessárias à efetivação de direitos fundamentais sociais desenvolvê-las satisfatoriamente (e, muitas vezes, pela omissão de sua atuação, a implementá-las), e daí que a propalada flexibilização procedimental surge como meio hábil a possibilitar atuação judicial “adequada” para tais litígios.

Sumário 2
índice

É importante esclarecer, preliminarmente, que os processos estruturais são considerados litígios coletivos, por cuidarem de interesses de coletividade, dotados de alta conflituosidade e complexidade, pois podem ser visualizados vários centros de interesse e a dificuldade de ajuste desses interesses em conflito aos modelos procedimentais tradicionais.

Assim, paralelamente à tendência apontada, existem três propostas legislativas em trâmite na Câmara dos Deputados para aprovação de uma nova lei da Ação Civil Pública (Projetos de Lei n. 4.441/2020, 4.778/2020 e 1.641/21), que é o principal meio desenvolvido pelo Ordenamento Jurídico brasileiro para veicular ações de natureza coletiva.

Neste contexto, além das propostas legislativas já em curso, foi instituída em 13.06.2024, pelo Senado Federal, Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil (CJPRESTR) que, em 31.10.2024, entregou o relatório final. O relatório contém proposta legislativa de regulação procedimental que pretende positivar um modelo dialogal, participativo e flexível para o manejo dos litígios estruturais e, logo em 31.01.2025, o Senador Rodrigo Pacheco apresentou o projeto no Senado Federal, registrado como PL n. 3/2025.

O que se observou no presente estudo é que há um ponto de convergência entre a tendência de flexibilização procedimental e os projetos de lei: a concessão de amplos poderes aos julgadores na condução dos litígios coletivos. E, ainda, a ação coletiva é tema afeto, senão central, dos chamados processos estruturais, visto serem litígios complexos que envolvem interesses de coletividades e a efetivação de direitos fundamentais sociais (como meio ambiente, saúde, educação, etc.).

Portanto, o objetivo proposto é analisar a essência dos projetos de lei que pretendem uma nova legislação para a Ação Civil Pública, assim como do Anteprojeto do Senado para regulamentar os processos estruturais – hoje denominado PL n. 3/2025 – e, a partir disso, realizar reflexões sobre o risco de ofensa ao devido processo legal.

Sumário 2
índice

E é este risco de ofensa ao devido processo que justifica a importância da discussão, observado ser o processo em si o garantidor, seja no âmbito administrativo ou judicial, do respeito às demais garantias materiais (direitos fundamentais) e processuais (provas, defesa, contraditório, recurso, imparcialidade/neutralidade, fundamentação). Ou seja, sem um processo que seja um real limite a eventual arbítrio estatal – especialmente do Estado Juiz – e respeite a liberdade e iguale as partes litigantes, os demais direitos passam a estar em jogo.

A metodologia da pesquisa, de caráter exploratório, utiliza-se de revisão bibliográfica e análise das propostas legislativas que envolvem ações coletivas e processos estruturais no Brasil.

Na primeira seção, são analisados os principais pontos dos três projetos de lei que propõem uma nova lei da ação civil pública e apontadas as mudanças relevantes no sistema de processamento e eventuais críticas pertinentes.

Na segunda seção, são tecidos comentários sobre a constituição e desenvolvimento da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil (CJPRESTR), os relatórios emitidos e também analisados os principais pontos do resultado do trabalho da comissão, qual seja, o projeto de lei que disciplina o processo estrutural. E, ao final, realiza-se análise crítica da proposta legislativa.

Na terceira seção, especialmente intitulada os "processos estruturais" e o devido processo legal – pois nela se procura cumprir o principal objetivo da pesquisa, é esclarecido o porquê da utilização de aspas no termo; e, são cotejadas as ideias centrais dos projetos de lei e respectivas mudanças/criações procedimentais com a ideia de (devido) processo, para assim refletir sobre o risco de ofensa (a ele) existente nas propostas legislativas.

2. PROPOSTAS LEGISLATIVAS PARA UMA NOVA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O primeiro Projeto de lei, registrado sob o n. 4441 de 2020, foi proposto pelo Deputado Paulo Teixeira (PT), que justificou a sua apresentação diante do

Sumário 2
índice

desenvolvimento do processo coletivo brasileiro nos últimos 35 anos e a necessidade de organizá-lo, fazendo-o com a reunião das diversas leis existentes; atos normativos do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público; práticas de sucesso e a vasta doutrina nacional sobre a matéria. As disposições do projeto, portanto, propõem melhorar a lei já existente e harmonizá-la com pontos enfrentados e ainda conflitantes ao longo dos anos.

Em síntese, cabe destacar os seguintes pontos do projeto: tímida ampliação dos legitimados (inserção das comunidades indígenas ou quilombolas); maior delimitação da competência territorial (em razão de dano local, estadual ou nacional); hipóteses de suspensão de ações individuais; previsão expressa de possível participação de *amicus curiae* e a intervenção de terceiros; ampliação da coisa julgada a nível nacional para a coletividade envolvida; delineamento do inquérito civil; previsão de autocomposição coletiva (pontos importantes para promoção de participação da sociedade; delineamento do Compromisso de Ajustamento de Conduta, com possibilidade de participação da sociedade, ou de Acordo Coletivo; celebração de negócios jurídicos processuais); priorização da indenização às vítimas do evento danoso nos direitos individuais homogêneos e reparação fluida de danos na tutela específica, quando o benefício para os membros individuais destes grupos for desproporcional ao custo de execução; possibilidade de criação infraestrutura ou entidade de direito privado com finalidade específica de conduzir atividades necessárias à implementação das medidas de reparação em litígios complexos e; possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva (que foi vetado no Código de Processo Civil de 2015).

Ao final, também estão previstas alterações no CPC/15: questões pontuais envolvendo causas de consumo; admissão de prova por amostragem ou estatística e; a inserção de um capítulo intitulado “Das audiências ou consultas públicas em processos judiciais”, bem como questões pontuais em leis específicas que tratam de demandas coletivas.

Sumário 2
índice

Uma questão importante a comentar no projeto, e que se repete nos demais que serão analisados a seguir, é a previsão da chamada representação ou legitimidade adequada, que consiste na aferição no caso concreto se o autor não tem conflito de interesses com o grupo e se a finalidade institucional é aderente à situação litigiosa e ao grupo lesado, além da prévia autorização estatutária ou assemblear[3]. E, ainda que tenham sido definidos critérios objetivos para verificar a adequação inicialmente, deixa ao magistrado esse controle das associações civis também de forma discricionária e por todo o procedimento.

Outro traço marcante são os poderes do magistrado no desenvolvimento do procedimento, tendencialmente aumentados e, na mesma linha em que se percebe o controle da legitimidade, podem ser citados: a faculdade de controlar sua própria competência; o controle quanto à desistência da ação e a possibilidade de alteração do prazo de resposta do réu.

Nestes termos, é possível resumir em uma palavra-chave a essência do projeto: Efetividade (ou Eficiência).

O segundo Projeto de lei, registrado sob o n. 4778 de 2020, consiste em proposta legislativa decorrente da reprodução do trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constituído por iniciativa do então presidente, Ministro Dias Toffoli (Portaria n. 152/2019) e coordenado pela Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues (integrante do Superior Tribunal de Justiça). Segundo o proponente, o objetivo foi trazer para a Lei de Ação Civil Pública conceitos de tutela coletiva dispersos em outras legislações, bem como introduzir linguagem mais simples e eficiente ao instrumento processual atualmente disciplinado na Lei n. 7347/1985, considerando, ainda, o alinhamento de seus dispositivos à jurisprudência dos Tribunais.

[3] É importante destacar que na lei n. 7347/85, atual Lei da Ação Civil Pública, não existe o requisito da prévia autorização estatutária ou assemblear das associações e, no âmbito dos tribunais superiores, majoritariamente as decisões dispensam a autorização nas ações civis públicas em geral, a exemplo do julgamento do Tema n. 1119 do STF e REsp 1649087/RS do STJ.

Sumário 2
índice

A coordenadora cita estarem as disposições auxiliando que “o mesmo agente econômico não seja sujeito passivo de infinitas ações coletivas com o mesmo objetivo, não se comprometendo, assim, a saúde econômica da sociedade e não se criando entrave à prosperidade do país”; a “desestimular aventuras judiciárias que, como se sabe, têm o condão de desacreditar o próprio instituto”; a equilibrar interesses do Estado, empresas e indivíduos, coibindo abusos de ambos os lados, “pois a proteção dos indivíduos não se pode dar em detrimento da prosperidade econômica da sociedade” (Brasil, 2020, p. 13-17).

Primeiro, notam-se muitas semelhanças com o primeiro projeto nos temas lá indicados, contudo, é bem mais simplório.

Em síntese, cabe destacar os seguintes pontos do projeto: a legitimidade, de fato, não é ampliada e são criados mais requisitos para atuação das associações (necessidade de representatividade adequada e prévia autorização estatutária ou assemblear); são delimitadas questões procedimentais em geral; possibilidade expressa da celebração de negócios jurídicos processuais; também interfere na competência territorial, simplificando genericamente para capitais (o que é não recomendável em muitos casos, como o local do dano, por exemplo); hipótese similar à legislação anterior sobre a ausência de litispendência da ação individual com a coletiva; admissão expressa da prova oficiosa e distribuição dinâmica do ônus da prova, caso o juiz entenda necessário; inserção da coisa julgada material *pro et contra* (mas sem contrapartida adequada de garantias para abranger as coletividades envolvidas neste caso); a prescrição não é suspensa para ações individuais em razão da ação coletiva; inadmissão de mais de uma ação coletiva com o mesmo objeto, mas autores diferentes; delineamento do Compromisso de Ajustamento de Conduta e; imposição da remessa necessária, exceto em caso de homologação de acordo.

No segundo projeto, igualmente é prevista a representação ou legitimidade adequada – e nos mesmos moldes, que consiste na aferição se, dentre os fins institucionais das associações como parte, estão a defesa dos direitos protegidos pela lei, e a indispensabilidade da prévia autorização estatutária ou assemblear. E, ainda que tenham sido indicados critérios objetivos

Sumário 2
índice

para verificar a adequação, deixa ao magistrado o controle das associações civis também de forma discricionária e por todo o procedimento.

Apesar da previsão sobre o tema ostentar o mesmo modelo nos dois projetos, o projeto n. 4778/2020 é mais rígido nesse controle, observando que está previsto antes da citação oitiva do Ministério Público para se manifeste acerca da representatividade adequada e, caso verifique a sua inexistência, é incumbido de propor ação de dissolução da associação (nos casos de atuação de associação com desvio de finalidade, propositura de pretensão contra a ordem jurídica ou que utilize o processo para alcançar objetivo ilegal). Além disso, na justificação do projeto é mencionada a necessidade de uma legislação equilibrada para coibir abusos dos dois lados – Estado/Empresas versus coletividades -, mas com o alerta de que a proteção dos indivíduos não pode ocorrer em detrimento da prosperidade econômica da sociedade, reforçando a constatação do endurecimento no controle da atuação da sociedade civil organizada.

Neste projeto, também é percebido o aumento os poderes do magistrado no desenvolvimento do procedimento, seja na possibilidade de alteração do prazo de resposta do réu; na admissão expressa da prova oficiosa; na distribuição dinâmica do ônus da prova, caso o juiz entenda necessário, como pelo próprio controle da legitimidade das associações por todo o *iter* procedimental.

Nestes termos, é possível resumir em uma palavra-chave a essência do projeto: Funcionalidade (ou Simplicidade)[4].

O segundo projeto, em especial, sofreu duras críticas doutrinárias e que serão ilustradas com os trabalhos publicados por Antônio Gidi (2021) e Suzana Costa/Gabriel Pedrozo (2022).

O professor Antônio Gidi entende que o chamado “projeto CNJ” pretendeu regular um assunto complexo, que vem amadurecendo ao longo de três gerações de juristas, de forma simplista e errada, impondo muitos

[4] Não se deixou de observar que a palavra eficiência também é marcante no projeto.

Sumário 2
índice

retrocessos às ações coletivas por beneficiar o poder econômico – grandes litigantes repetitivos – em detrimento dos grupos titulares de direitos (2021, p. 2).

Apesar de indicar alguns avanços, o artigo discorre sobre vários aspectos do projeto dignos de crítica, cumprindo destacar o apontado pelo autor como graves retrocessos e os que inviabilizarão as ações coletivas.

No primeiro aspecto, ao partir da comparação do projeto com a atual lei da Ação Civil Pública (LACP) e as disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) atinentes às ações coletivas – que são revogadas na proposta legislativa -, alerta que inúmeros dispositivos importantes ao atual sistema processual coletivo brasileiro são revogados e não supridos pelo projeto: a proibição do chamamento ao processo, do art. 88 do CDC; a condenação genérica, do art. 95 do CDC; o concurso de crédito, do art. 99 do CDC; a competência do domicílio do consumidor, do art. 101, I do CDC; a regra compelindo o Poder Público, do art. 102 do CDC; a lista dos direitos protegidos pela ação coletiva, do art. 1º da LACP; a autorização aos órgãos públicos legitimados a fazer um TAC, do art. 5º, § 6º da LACP; a eficácia de título executivo extrajudicial do TAC, do art. 5º, § 6º da LACP e; o inquérito civil, dos arts. 8º a 10 da LACP (2021, p. 18).

No segundo aspecto, explica as normas do projeto que considera representar um retrocesso à tutela coletiva (2021, p. 19-34): a manutenção da classificação tripartite dos direitos de grupo (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) no art. 2º, pela sua impropriedade e ausência de distinção procedimental entre eles; a inclusão da ideia de "predominância" na definição dos direitos individuais homogêneos no art. 2º, III, pela potencialidade de destruição do manejo das ações deste tipo; a exigência de que a associação obtenha prévia autorização assemblear no art. 4º, V, por ir de encontro à norma atual e Súmula 629 do STF; a previsão de um sistema de controle judicial da representação adequada, com critérios definidos em um rol exemplificativo no art. 5º, por burocratizar, dificultar e impedir a atividade do representante do grupo; a possibilidade da intervenção de outros legitimados coletivos como

litisconsortes (art. 4º, § 2º) ou assistentes litisconsorciais (art. 4º, § 5º), podendo até mesmo aditar o pedido inicial no prazo de 30 dias da intimação, mas o próprio autor originário não pode fazê-lo neste mesmo prazo e considera o período insuficiente para o participante conhecer a complexidade da causa coletiva proposta por outro; a necessidade de que o membro do grupo, para se valer do resultado da ação coletiva, desista da sua ação individual no art. 9º, parágrafo único, o que difere do previsto no art. 104 do CDC em que, para o membro se beneficiar da sentença coletiva, apenas precisaria requerer a suspensão do seu processo individual; a previsão de publicidade das ações coletivas no art. 11, mas sem medidas para efetivá-la beneficamente aos interessados; a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais em qualquer fase do processo no art. 13, contudo, sem nenhum poder de controle do juiz sobre a adequação dos seus termos (o direito tutelado não é do representante e sim de uma coletividade); a possibilidade de acordo entre autor e réu sobre a destinação dos valores a serem pagos pelo réu no parágrafo único do art. 13, pelo contrassenso do causador do dano poder decidir como compensar a coletividade; a previsão da competência "preferencial" de varas especializadas de ações coletivas e a competência para qualquer ação coletiva na capital do Estado, ambas no art. 14, pela impropriedade técnica (lei federal ditando regra de organização judiciária que cabe aos Estados) e malefícios da concentração de poder em um único juiz da primeira e, quanto à segunda regra, por desconsiderar a complexidade do problema da competência coletiva adequada (local do dano); a adoção da coisa julgada *erga omnes pro et contra* no art. 26, pois, como não proporciona controle eficaz da representação adequada nem notificação adequada do grupo, será prejudicial aos membros do grupo e; a mera previsão de que o acordo coletivo será "homologado" pelo juiz depois de uma audiência pública e manifestação do MP no art. 29, pela falta de critérios para a homologação (somente controle de validade e não de mérito), e ainda ser dispensável a audiência pública se a associação tem autorização dos seus membros para fazer acordos.

Ainda no segundo aspecto, mas considerando as normas do projeto que considera representarem um retrocesso que inviabilizará a tutela coletiva, indica

Sumário 2
índice

(2021, p. 34-39): a não-interrupção da prescrição com a propositura da ação coletiva no artigo art. 26, § 4º, ponderando ser uma verdadeira armadilha cruel para os membros do grupo que confiaram na ação coletiva e não propuseram suas ações individuais; as despesas e a sucumbência para as associações que passam a ser permitidas no artigo 35 (aliadas à exigência de prova da capacidade para as associações do art. 5º, II e autorização assemblear do art. 4º, V), mudando o regime instituído pelos artigos 87 do CDC e 18 da LACP, que previam a desnecessidade de adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, e que foram fundamentais para o desenvolvimento do processo coletivo no Brasil e; a sucumbência para o Ministério Público e a Defensoria Pública do artigo 35, parágrafo único, pois, presumidamente, cria ambiente de possível e enorme prejuízo para tais instituições (visto o conceito aberto do preceito normativo), além de instabilidade e insegurança, que são opostos à segurança jurídica que o projeto alegou buscar.

A professora e promotora vinculada ao Ministério Público do Estado de São Paulo Suzana Henriques da Costa e o advogado Gabriel Pereira Pedrozo, em vista das propostas legislativas para uma nova lei da Ação Civil Pública que propõem novos requisitos para aferição da legitimidade adequada de associações civis e o discurso corrente que imputa a elas, em alguns casos, atuação abusiva e predatória, desenvolveram levantamento empírico da atuação do Poder Judiciário na cidade de São Paulo no controle da representatividade adequada das associações, pois observaram a falta de embasamento empírico que sustente o alegado discurso de litigância predatória (2022, p. 2-3).

O estudo, de caráter predominantemente qualitativo, teve como amostra sentenças do ano de 2017 e 2018 em ações coletivas ajuizadas por associações civis perante o primeiro grau da justiça estadual da comarca de São Paulo (Estado de São Paulo), tendo justificado a escolha pela intenção de analisar o primeiro contato do juiz com uma ação coletiva; e por São Paulo ser a unidade federativa com o maior número de processos em trâmite no ano de 2017 (2022, p. 6).

Sumário 2
índice

Na amostra, com a filtragem das sentenças existentes no período de acordo com o objetivo da pesquisa, analisaram-se 121 sentenças e somente em 43 (35,5%) delas houve menção à aferição da legitimidade ativa e, dentre essas 43 sentenças, a ilegitimidade foi decretada em 10 ações. Já nas outras 78 decisões, nas quais não houve qualquer discussão sobre a questão, apurou-se a afirmação dos magistrados em 12 decisões de já terem resolvido as preliminares em outra fase do processo e, assim, tudo indica que em 66 ações os juízes não teriam enfrentado a questão em momento algum (2022, p. 7).

A conclusão dos autores, em vista dos resultados obtidos, foi de que "a atuação das associações de forma inidônea está longe de ser a regra no processo coletivo" (2022, p. 12-13). A afirmação se sustenta na demonstração, com dados concretos, de que a discussão sobre a legitimidade ativa de associações em demandas de natureza coletiva, especialmente quanto à representatividade adequada, é pequena e superficial, porque o tema foi abordado em somente 35,5% das sentenças; quando é debatido, em 93% dos casos selecionados se deu por provocação da parte contrária e/ou do Ministério Público; e em 44,1% das sentenças que enfrentaram a questão da legitimidade, os magistrados observaram apenas um critério, especialmente um daqueles previstos em lei (pré-constituição ânua ou pertinência temática).

Portanto, a conduta predatória se revelou excepcional e, nos casos em que os juízes a vislumbraram, foi possível – ainda que necessário um maior exercício hermenêutico – pelo uso de ferramentas eficientes como a análise dos atos constitutivos, conduta pretérita, dentre outros, impedir que a respectiva associação funcionasse como representante da coletividade. Assim, no objetivo de coibir condutas ilícitas em juízo, a discussão sobre a positivação do controle judicial da representatividade adequada deve pautar-se na eleição de critérios suficientes que garantam uma efetiva defesa dos interesses representados e, para essa finalidade, entenderam que o aparato normativo existente demonstrou já ser suficiente.

Especificamente sobre os projetos, expõem a preocupação de que, ao invés de fortalecer o instituto da representatividade adequada e a aferição da

Sumário 2
índice

real condição da entidade autora de porta-voz da coletividade e de seus interesses, a positivação dos requisitos tal como delineados, criará obstáculos ao acesso à justiça dos interesses metaindividuais veiculados por associações[5].

Os autores do presente artigo, no ensejo de também averiguar empiricamente sobre a legitimidade das associações civis, no âmbito do projeto interinstitucional "Mecanismos Processuais destinados a proporcionar eficiência na prestação jurisdicional em causas seriais", vinculado ao Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas"[6], que conta com a participação de pesquisadores do Centro Universitário Unilasalle-RJ, Universidade Católica de Petrópolis e Universidade Federal Fluminense, elaboraram no ano de 2023 um mapeamento sobre o tema[7].

A pesquisa, apresentada pelo grupo no "Seminário de Internacionalização Universidade Católica de Petrópolis - Universidade de Buenos Aires" em 16.06.2023, teve como amostra ações coletivas propostas entre 2018 e 2022 no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Comarca da Capital - Varas Empresariais). No universo da amostra que analisou 20 ações, foi apurado que: 81% das entidades autoras representam a sociedade civil organizada (associações privadas 69% e sindicatos 12%); a legitimidade delas sequer foi discutida em 59% das ações; e nos 41% onde a legitimidade ativa foi objeto de controvérsia, 29% dos casos obteve parecer favorável. Outra informação relevante é que não existiu ação com a constatação de litigância de má-fé ou extinção do processo por ilegitimidade ativa da parte, pois, na única ação em que o magistrado sentenciou extinguindo o processo por suposta ilegitimidade ativa, o Tribunal de

[5] Os autores exemplificam o posicionamento com o art. 5º do PL 4.778/20, que possui requisitos bastante rígidos para o reconhecimento da representatividade adequada das associações, incluindo a existência de especialistas no tema tratado na denúncia entre o rol de associados (inciso IV) e afirmam que o requisito não se justifica em termos racionais, pois ter ou não ter especialistas no rol de associados não significa que a associação vá defender bem os interesses metaindividuais em juízo (2022, p. 13).

[6] Cadastro CNPq: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3017269961556709.

[7] Além dos autores, os pesquisadores do grupo Alessandra Paula Baldner Rodrigues, Diogo de Castro Ferreira, Gabriela Jéssica da Silveira, Letícia Pereira de Araújo, Luís Coelho da Silva Júnior, Mariana da Rocha dos Santos, Priscila Oliveira de Paula e Vera Regina Fróes Villela participaram do levantamento.

Sumário 2
índice

Justiça do Rio de Janeiro reformou a decisão e ordenou o seguimento da instrução processual.

O estudo preliminar realizado pelo grupo, diante dos dados obtidos, concluiu ser o discurso sobre a litigância predatória de associações civis no manejo das ações de natureza coletiva, que vem sendo utilizado para sustentar as propostas de reforçar o controle judicial da representatividade adequada, de caráter retórico.

Prosseguindo, o terceiro Projeto de lei, registrado sob o n. 1641 de 2021, apresentado em homenagem à jurista Ada Pellegrini Grinover, consiste em proposta legislativa de uma comissão de juristas membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), que a desenvolveu para contribuir no aperfeiçoamento das outras duas propostas e, por isso, encampada pelo Deputado Paulo Teixeira. O substitutivo, segundo o deputado, buscou, dentro do possível, preservar e conjugar as previsões e opções das anteriores já encaminhadas ao Parlamento, mas contextualizar a futura legislação ao cenário jurídico nacional contemporâneo; conferir maior clareza/efetividade ao sistema brasileiro de tutela coletiva; aperfeiçoar/unificar o atual microssistema processual e harmonizá-lo às disposições mais recentes que cuidam da tutela coletiva extrajudicial (Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público; CPC/15 e lei da Mediação); e incorporar a jurisprudência consolidada pelos tribunais superiores relacionada ao processo coletivo.

Em síntese, cabe destacar os seguintes pontos do projeto: inserção de rol de princípios norteadores da tutela coletiva (não taxativo); maior delimitação do conceito de direitos individuais homogêneos; presunção de interesse público e a repercussão geral de qualquer questão constitucional; admissão de toda espécie de tutela jurisdicional e procedimentos, inclusive tutela meramente declaratória (mesmo ocorrida violação de direitos); ampliação do objeto das ações civis públicas; prioridade no processamento e julgamento, em todos os graus de jurisdição (salvo *habeas corpus* de réu preso), assim como presunção de representatividade da controvérsia em julgamento de casos repetitivos; ampliação rol de legitimados e, para a associações civis, não é mais obrigatório o

Sumário 2
índice

requisito temporal e a prévia autorização estatutária, assemblear ou individual dos associados; aperfeiçoamento das regras de competência anteriores; litispendência para qualquer outra ação coletiva que tenha o mesmo pedido, causa de pedir e grupo protegido, além de tornar possível a reunião de ações caso o conjunto de fatos possa gerar decisões conflitantes ou contraditórias entre elas; previsão de questões procedimentais (destaque para o dever de comprovar atividade probatória prévia na petição inicial e/ou outros meios similares; flexibilidade do pedido ou da causa de pedir; delineamento dos casos de prescrição; participação de outros sujeitos; e audiência de saneamento compartilhado); ação coletiva de produção antecipada de prova; ampliação das possibilidades de produção de prova técnica; previsão de remessa necessária em casos de improcedência ou de extinção sem resolução de mérito; inserção da coisa julgada material *pro et contra*; delineamento do procedimento administrativo/inquérito civil e da autocomposição coletiva; reparação fluida de danos na tutela específica, quando o benefício para os membros individuais destes grupos for desproporcional ao custo de execução, e reversão direta, quando for a solução mais adequada, às vítimas do evento para a tutela dos direitos individuais homogêneos; maior definição dos fundos; possibilidade de criação de infraestrutura ou entidade de direito privado para conduzir as atividades necessárias à implementação das medidas de reparação em casos complexos; possibilidade de conversão da ação individual em coletiva (que foi vetado no Código de Processo Civil de 2015); e previsão de ações de representação (o que é diferente da ação por substituição processual clássica).

Ao final, de maneira similar ao previsto no projeto n. 4441/2020, também estão previstas alterações no CPC/15, como a admissão de prova por amostragem ou estatística e; a inserção de um capítulo intitulado “Das audiências ou consultas públicas em processos judiciais”. Contudo, além de também de mudanças em questões pontuais de leis específicas que tratam de demandas coletivas, inclui alterações diretas no CDC.

No terceiro projeto, é prevista também a representação ou legitimidade adequada e, mesmo tendo sido excluído para as associações o requisito temporal e a prévia autorização estatutária, assemblear ou individual dos associados, ou

Sumário 2
índice

terem sido incluídos de forma mais coerente e sutil os critérios para verificar a adequação do legitimado – que parece ter sido direcionado a todos os legitimados e não somente às associações -, deixa ao magistrado um maior controle das associações civis, observados estarem os termos dos critérios mais voltados a esse legitimado, que operará de forma discricionária e por todo o procedimento ou grau de jurisdição.

Quanto aos poderes do magistrado, tal qual nos demais projetos, são aumentados, mas a proposta legislativa especialmente os incrementa, pois, além da ampliação do prazo de resposta do réu e controle da legitimidade, ao tratar de litígios complexos, prevê a possibilidade de requisição de informações escritas ou orais à autoridade responsável, ao Ministério Público ou à Defensoria Pública e órgãos de controle responsáveis (art. 14); o dever da sentença ou acordo prever a forma de execução e, se necessário, fazendo-o pela constituição de entidade de infraestrutura específica, além da possibilidade de determinar a alteração de estrutura institucional, pública ou privada, para adequar seu funcionamento aos parâmetros legais e constitucionais e/ou adequar a correção do estado de fato de violação sistemática de direitos (art. 26, §§); e na fase executiva, dispor que a formação da coisa julgada não impede que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, após prévio contraditório, possa adequar o meio de proteção do bem jurídico no decorrer da execução (art. 32, §7º).

É importante ponderar que se trata de projeto procedimentalmente bem elaborado, porém, foi mantido o perfil dos anteriores – até mesmo diante do seu objetivo de aperfeiçoamento deles – e possui a marca típica de grande parte dos processualistas nacionais, o viés instrumentalista, ou seja, optar pelo protagonismo do julgador ao longo dos procedimentos em detrimento da atuação das partes interessadas.

Em suma, ao analisar o conteúdo dos três projetos de lei para a Ação Civil Pública e suas respectivas justificativas, é nítida a intenção de contemporizar as normas relativas às ações coletivas e manter a lógica procedimental dominante na legislação processual pátria. Ademais, é marcante como perpassam a temática dos chamados processos estruturais (especialmente

Sumário 2
índice

o PL n. 1641/2021) e a tendência à limitação da sociedade civil organizada em atuar mais ostensivamente nos procedimentos, o que será objeto de análise mais detida na seção quatro.

3. A COMISSÃO DO SENADO PARA A ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DE LEI DO PROCESSO ESTRUTURAL E O PL N. 3/2025

Compreendida a essência dos projetos que visam à nova lei da Ação Civil Pública, que influenciam - direta ou indiretamente - na dinâmica dos processos estruturais, visto tratarem das ações coletivas, passa-se à análise do Projeto de Lei n. 3 de 2025 e que objetiva disciplinar o processo estrutural.

O projeto foi precedido da instalação pelo Senado, em 13.06.2024, por ato de seu presidente à época Rodrigo Pacheco, de uma comissão de juristas para elaborar o anteprojeto de lei do processo estrutural (CJPRESTR), composta de 22 especialistas e presidida pelo subprocurador-geral da República Augusto Aras, e que teve como característica aparente a pluralidade dos atores envolvidos: professores, procurador de justiça, promotora de justiça, desembargadores, juízes, ministros, advogada geral da união, defensor público, advogados e assessor jurídico da corte constitucional brasileira.

O trabalho da comissão se desenvolveu com a realização de reuniões dos membros e audiências públicas com transmissão ao vivo no sítio eletrônico do Senado, além de sugestões da sociedade civil e, após elaborado o relatório preliminar e proposição de emendas, foi entregue o relatório final em novembro de 2024[8].

Portanto, concluído o trabalho da comissão, o senador Rodrigo Pacheco apresentou a proposição legislativa em 31.01.2025 ao plenário do Senado Federal para tramitação do projeto e debate nas casas legislativas.

O Projeto de Lei n. 3 de 2025, que objetiva disciplinar o processo estrutural, segundo o proponente, buscou de modo sintético e objetivo estabelecer técnicas processuais adequadas para a tramitação do processo

[8] Vide descrição e conteúdo completo dos trabalhos da comissão em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2664/ (Acesso em 18.04.2025).

Sumário 2
índice

estrutural no Brasil, visto ser uma realidade que se consolidou a partir das disposições da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, para oferecer resultados mais satisfatórios do que as técnicas processuais, individuais e coletivas, até então aplicadas aos litígios dessa natureza. Pontuou ainda que o anteprojeto consolidou a experiência sob três aspectos fundamentais:

> a) ênfase no consenso e na construção compartilhada de soluções para litígios coletivos complexos; b) ampliação do contraditório e da participação dos grupos impactados no processo; c) atuação estrutural de forma gradual, prospectiva e duradoura, com segurança jurídica para todos os envolvidos. (Pacheco, PL n. 3/2025, p. 14).

Em síntese, cabe destacar os seguintes pontos do projeto: definição do que é um problema estrutural, caracterizando-o em rol não taxativo; delineamento de suas normas fundamentais; estabelecimento de normas de competência e prevenção; possibilidade de requisição pelo juiz, partes e/ou interessados da causa solicitar(em) ao tribunal a designação de mais juízes para condução e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, assim como de recursos humanos e materiais para auxiliar na instrução/solução da demanda; dever de indicação pelo autor do caráter estrutural da demanda para exercício preliminar do juízo sobre o tema e eventual providência decorrente; possibilidade de alteração do polo ativo caso haja defeito de legitimidade ou de capacidade processual adequada para evitar a extinção da demanda, o que também pode ser realizado em relação ao polo passivo; em caso de identificação de litígio estrutural em processo individual, ser dever do juiz ou Centro de Inteligência do Poder Judiciário oficiar os possíveis legitimados para, sendo o caso, propor a ação respectiva; a possibilidade de reconhecimento do caráter estrutural do litígio de forma consensual ou por decisão judicial, com previsão procedimental em caso de sê-lo por ato do juiz; necessidade de especificação do objeto da atuação estrutural sobre a qual recairá a atividade processual no acordo ou decisão judicial que reconhecer o caráter estrutural do litígio, mas possível a alteração por acordo entre as partes e, quanto às metas e indicadores da atuação, também podem ser alterados pelas partes, de comum acordo, ou por decisão judicial; previsão de técnicas procedimentais casuísticas a serem

Sumário 2
índice

adotadas ao longo da instrução processual, definidas pelo juízo com a participação das partes e, preferencialmente, mediante consenso entre elas, também no objetivo de promover maior participação da sociedade e publicidade ao caso; a direção do juiz para a elaboração de um plano de atuação estrutural pelas partes; descrição dos pontos obrigatórios que deverão constar desse plano de atuação estrutural, com possibilidade de especificação de seus elementos progressivamente e elaboração final para homologação realizada em audiência designada a este fim; a priorização do consenso como norte procedimental; previsão de monitoramento da implementação do plano de ação até ser demonstrada a adoção das medidas necessárias à proteção progressiva e concreta dos direitos violados; e a criação de base de dados pública sobre os processos estruturais e da atividade prestada por magistrados e membros do Ministério Público nestes processos.

Nestes termos, é possível resumir em três palavras-chave a essência do projeto: consensualidade, flexibilidade e participação.

Digno de nota que os termos da proposta legislativa se atêm a procedimentalizar pontos específicos do tema, os compreendidos de necessária distinção do que já está previsto na lei da Ação Civil Pública, deixando de lado, por exemplo, ampliação importante da legitimidade dos interessados – ou atingidos – para atuar diretamente no feito, pois, mesmo existindo a oportunidade de participação em vários momentos e sob diferentes formatos, ainda presente de maneira complementar o papel da sociedade civil.

Quanto aos poderes do magistrado, mais uma vez fica perceptível a sua potencialização. Por um lado, porque mantida a lógica de controle da legitimidade da parte (art. 5º, §3º e 4º), tal como prevista nos projetos versando sobre a Ação Civil Pública. De outro, por definir como base fundante a flexibilidade procedimental, instrumentalidade das formas e cooperação (art. 2º); possível alteração casuística do princípio do juiz natural (art. 4º) e permissão de atuação pessoal do magistrado em tentativas autocompositivas (art. 10, §1º).

Especificamente sobre a flexibilidade procedimental, o Projeto de lei n. 3 de 2025 é bem sucinto sobre a temática na exposição de motivos, contudo, no

Sumário 2
índice

primeiro relatório preliminar do anteprojeto que o originou, de caráter bem mais analítico, fica clara a abertura ao incremento de poderes do julgador com a maior elasticidade no procedimento. Ao justificá-la como inserta na terceira vertente das normas fundamentais, o relatório esclarece a necessidade de um procedimento flexível no processo estrutural, por refletir uma das suas principais características: a realidade inerentemente mutável e dinâmica, distinta do modelo clássico de adjudicação. E, assim, a intervenção decorrente não poderia ser definida em termos de lógica formal ou de subsunção, mas em termos de metas, indicadores e cronogramas, que naturalmente variarão à medida que forem se desenvolvendo (Relatório preliminar CJPRESTR, 2024, p. 18/19).

Pode ser considerada a grande aposta do projeto a consensualidade, dado o caráter dialógico do procedimento e a abertura de espaços para resolução consensual de questões materiais e/ou procedimentais em diversos momentos: nas normas fundamentais; na definição do caráter estrutural do litígio; na definição do objeto de cognição estrutural; nas técnicas processuais; e na elaboração do plano de atuação estrutural.

No que concerne aos idealizadores do projeto legislativo e participantes ouvidos nas audiências públicas realizadas durante os trabalhos no Senado Federal, verificou-se o perfil variado dos especialistas convidados para compor a comissão e dos juristas que falaram nas audiências, e todos expuseram suas preocupações e conhecimento sobre o tema. Entretanto, o resultado refletiu apenas a vertente estruturalista[9] e a visão publicista[10] do processo, que defendem a criação de um procedimento flexível, dialógico e participativo, sem considerar com a atenção devida críticas importantes expostas durante os debates, a exemplo do estrito respeito aos limites próprios das demandas

[9] A utilização do termo estruturalista, ou doutrina estruturalista, provém da compreensão de que há um conjunto de autores que defende a remodelação do processo em litígios estruturais, com atuação proativa dos magistrados, marcada pela flexibilidade procedimental, dialogicidade e participação de atores sociais envolvidos no litígio.

[10] Para melhor compreensão do termo: Aroca, Montero (Coord). **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.** Valencia (Espanha): Tirant lo Blanch, 2006; Greco, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo** (REPRO). Vol. 164, 2008, p. 29-56.

Sumário 2
índice

(congruência e estabilidade objetiva) que vigem no ordenamento brasileiro e a ampliação da legitimação da sociedade civil organizada.

O alerta é significativo e, nesse sentido, Geovana Faza discorre em tom crítico sobre o campo do direito brasileiro, que carece de "forte base empírica que permita a formulação de uma teoria prática capaz de orientar as políticas públicas de justiça e sua implementação" e a prática do autorreferenciamento[11] que, comum sobre todo tipo de assuntos jurídicos, também vem sendo utilizada em relação aos processos estruturais, amparada inicialmente no transplante acrítico e descontextualizado do raciocínio aplicável ao contexto norte-americano da década de 50/70 do século passado, para justificar a flexibilidade procedimental e de princípios (Fernandes, 2024, p. 51/53).

Ou seja, o produto final dos trabalhos da comissão pareceu ter-se confinado a bases doutrinárias unívocas em dado sentido, nas quais a prática de sustentação das ideias ocorre entre pensamentos similares e que se alimentam mutuamente.

A iniciativa do Senado Federal em desenvolver anteprojeto, com a ajuda de especialistas, no objetivo de regulamentar um perfil de demanda em crescimento constante no país é relevante e pertinente. Todavia, é igualmente importante que o produto do trabalho, o Projeto de Lei n. 3 de 2025, possibilite que a sociedade civil participe efetivamente dos assuntos que são do seu interesse no procedimento a ser legislado, assim como seja debatido nas casas legislativas - mediante participação real da sociedade e juristas de distintas correntes de pensamento - para aperfeiçoamento e atingimento dos anseios de sua criação.

[11] A autora citada esclarece que: "(...) o reverencialismo reforça uma tradição autorreprodutora na produção do conhecimento. Referenciam-se e reverenciam-se doutrinadores consagrados em determinada matéria. A disputa na sustentação de suas teses e na corrida por sua legitimação, em contraposição a outras "correntes", faz com que muitos autores selecionem doutrinas e teorias que corroboram suas posições" (Fernandes, 2024, p. 52).

Sumário 2
índice

4. OS "PROCESSOS ESTRUTURAIS" E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em primeiro, esclarece-se a razão da utilização de parênteses no termo "processos estruturais", pois a temática é sempre abordada com esta nomenclatura. A escolha se dá pela impropriedade do termo processo, uma vez que a concepção de processo é una e de natureza constitucional [12] [13]. Portanto, estruturais são os litígios, os procedimentos que poderão levar a aplicação de medidas estruturais ou estruturantes na decisão judicial, ou até mesmo o termo procedimento estrutural se acomodaria mais adequadamente. E daí poderia se cogitar a ocorrência de exagero de formalidade ou que a nomenclatura não é perfeita na terminologia, mas que a ideia é compreensível, porém, são esses pequenos equívocos que levam à erros graves de entendimento em temas complexos e, assim, delimitar a linha de pensamento que conduz a presente pesquisa tem relevância.

Em raciocínio alinhado à questão terminológica e sua relevância, Fernando Gama de Miranda Netto (2025, no prelo) alerta que "entende-se por jurisdição o poder de dizer o direito; já o processo constitui o sistema de garantias fundamentais que controla as atividades jurisdicional, administrativa, legislativa e ministerial", no sentido de estar sendo realmente tratado nas iniciativas legislativas um modelo de jurisdição estrutural ou poder jurisdicional estruturante e não um procedimento judicial estrutural (ou estruturante).

Fixado o ponto de partida da perspectiva proposta, importa relembrar os

[12] Segundo Adolfo Alvarado Velloso: "Al proceso lo defino ahora como un método de discusión pacífica, dialogal y argumentativa, para que dos personas claramente desiguales en la realidad de la vida no luchen físicamente o se maten entre sí para lograr el objetivo final de sus respectivas pretensiones, sino que discutan antagónicamente con argumentos tendientes a convencer a un tercero que actúa como director del debate y que, eventualmente o resuelve si es que no hay autocomposición previa de los propios interesados" (2023, p. 34). E especificamente no ordenamento pátrio, Eduardo José da Fonseca Costa esclarece: "o processo - sendo garantia do jurisdicionado contra eventuais arbítrios do Estado-jurisdição [CF/1988, art. 5º, LIV] - é um instituto de direito constitucional e, portanto, de direito material. Integra o seleto rol das garantias fundamentais do cidadão" (2021).

[13] Veja-se o artigo 5º, LV, CF/88: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". A referida garantia abrange todo e qualquer tipo de procedimento: civil, penal, administrativo, tributário, empresarial, familiar, laboral...enfim, é o limitador do exercício do poder estatal por excelência.

Sumário 2
índice

principais traços dos projetos, a fim de ponderar sobre as propostas legislativas e o devido processo legal.

Os projetos de lei visando uma nova Lei da Ação Civil Pública têm como característica primordial o aumento do poder dos julgadores, visto a permissão de controle em todas as fases do procedimento da ação coletiva – e a flexibilidade como uma de suas consequências principais.

Não passou despercebido o objetivo de contemporização e uniformização da legislação das ações coletivas; a diversificação dos meios de prova; o aumento do rol de legitimados; o incremento dos meios de participação e positivação de institutos úteis à sua efetivação no procedimento; e a criação de técnicas facilitadoras de consenso e da implementação das decisões (especialmente no caso dos litígios complexos ou estruturais). Apesar disso, é fato que os avanços podem não compensar os retrocessos para a coletividade potencialmente envolvida, que pode sofrer sérias limitações com a mudança legislativa.

E a questão é problemática sob dois prismas.

O primeiro, em razão da limitação de atuação direta (parte processual) da sociedade civil organizada decorrente da figura da representação ou legitimidade adequada, que potencializa o controle discricionário – ainda que enumere critérios objetivos, eles não são *numerus clausus* – e por todo o procedimento pelo magistrado, tanto quanto a possível legitimação do discurso de litigância predatória das associações civis – que não se sustenta do ponto de vista empírico, como visto em tópico próprio.

O segundo, pela limitação material do acesso aos direitos de natureza coletiva, como a possibilidade de formação da coisa julgada material *pro et contra*, isto é, a sentença de mérito de procedência ou improcedência da demanda faz coisa julgada *erga omnes* em todo o território nacional, inclusive se decorrer da insuficiência de provas (mudando o regime vigente); ou as alterações no regime de prescrição das ações individuais quando existir ação coletiva sobre o objeto da demanda.

Quanto ao Projeto de Lei do "processo estrutural", é perceptível que caminha no sentido de complementação das propostas de contemporização da

Sumário 2
índice

legislação em âmbito procedimental coletivo, por tratar de demandas com alta abrangência social e nas quais se reclamam providências prospectivas, graduais e duradouras, sendo esta a lógica proposta para que ocorra a real pacificação do conflito existente [14].

O projeto prevê técnicas procedimentais diferenciadas para litígios complexos, numa grande aposta na consensualidade e no diálogo, por meio de procedimentalização aberta e flexível, e que se esforça em delimitar, mas não de maneira conceitual fechada, as principais matérias que envolvem estes conflitos.

Aqui, mais uma vez, e de forma subentendida, os poderes judiciais são robustecidos, pois o discurso é que se busca exatamente o contrário, tanto que o objetivo é participação dos interessados e atingidos e busca de consensos. No entanto, veja-se que o magistrado pode controlar quase livremente os polos; atuar diretamente nas tentativas autocompositivas e julgar caso não obtido acordo entre os interessados; alterar decisões já prolatadas caso a situação fática mude no decorrer do procedimento e; acaso não funcione a fórmula consensual, dialogal e compartilhada, detém o poder de definir casuisticamente as técnicas procedimentais.

Neste ponto, onde se verifica a manutenção e a potencialização do poder judicial, que a visão garantista do processo entra em ponderação com as propostas.

A compreensão do processo, que se materializa faticamente nos procedimentos adequados à tutela dos mais diversos direitos, como instituição de garantias dos jurisdicionados e matriz de contenção ao arbítrio estatal; como método e não meta; como expressão genuína da possibilidade de discussão pacífica e dialogal entre partes desiguais na realidade e que se equiparam no ambiente processual em busca de suas pretensões, necessariamente se perfecciona e se legitima com a figura de um terceiro imparcial, impartial e independente para resolver o conflito de interesses e promover a pacificação social, devendo agir como mero diretor do debate havido entre as partes.

[14] Que decorre da ameaça iminente ou lesão a direitos fundamentais sociais que são efetivados, essencialmente, por políticas públicas.

Sumário 2
índice

Dessa forma, quanto ao primeiro ponto destacado dos projetos, o modelo de controle da legitimidade – representação adequada - da sociedade organizada, não se coaduna ao ideal descrito, observando que, se as coletividades são os maiores interessados, e tratando-se de direitos fundamentais sociais, não faz sentido a participação seguir limitada, mesmo com a criação de mecanismos importantes de atuação dos atingidos no procedimento coletivo.

Em relação ao modelo procedimental contido no projeto dos "processos estruturais", vislumbram-se contradições quase inconciliáveis com o devido processo. A possibilidade de atuação direta do magistrado na obtenção do consenso entre as partes (artigo 10, §1º) e, pelo silêncio da proposta, que possa seguir atuando na lide caso não o alcance, fere a imparcialidade e equidistância imprescindíveis ao julgamento posterior e isento do conflito. Já a providência de designação de outros juízes para que o processo seja conduzido e julgado, em primeiro grau de jurisdição, de forma colegiada (artigo 4º, I), fere o princípio do juiz natural, ou seja, a prévia competência estabelecida em lei. No mesmo sentido a instituição da flexibilidade procedimental como uma das normas fundamentais (artigo 2º, VII), por ferir o jogo democrático que garante prévio procedimento legal, ou seja, os litigantes, ao buscar a tutela judicial de seus direitos, têm garantido o conhecimento dos trâmites aos quais serão submetidos. Por último, a previsão de adoção de decisões parciais/provisórias e a revisão de decisões/acordos em qualquer fase do procedimento (artigo 10, §§2º, 3º e 5º), demonstra que, de fato, não há coisa julgada formal e um regime de preclusões estável, o que afronta os limites da demanda e a congruência processual definidas pelo ordenamento jurídico.

Silva, Almeida e Souza (2024, p. 217), ao comentar sobre as intenções do anteprojeto que deu origem ao atual Projeto n. 3 de 2025, que expôs expressamente o objetivo de respeito à capacidade institucional dos agentes tomadores de decisão no procedimento estruturante e a positivação de procedimento que delimite com precisão a atividade judicial, advertem que a construção normativa não demonstra convergência ao referido discurso:

Sumário 2
índice

> (...) ao prever a alteração do objeto da atuação estrutural ao longo do procedimento e decisões mutáveis de acordo com as circunstâncias fáticas supervenientes, o dispositivo proposto deixa alguns parâmetros em aberto, o que pode corroborar com interpretações que reverberem ainda mais os poderes ativistas do julgador. É relevante pontuar que a disposição legal tal como proposta não deixa clara a informada ocorrência de preclusão *pro judicato* (por exemplo) das decisões, de maneira que permanece no mesmo cenário de imprevisibilidade anterior ao Anteprojeto, posto que mantido o poder decisório discricionário do juiz na ausência de acordo entre as partes, e mais, aberto o procedimento sem respeito à estabilização da demanda – essencial à previsibilidade e segurança jurídica.

Estas são algumas questões que terão de ser enfrentadas no campo doutrinário e legislativo, e sob o viés do devido processo, pois ausente nas propostas a concreta contrapartida de garantias processuais, visto que a previsão de observância do contraditório efetivo e a vedação às decisões surpresa (artigos 9 e 10, CPC/15) são insuficientes para solucioná-las.

A ideia de um juízo cooperativo, já preconizada pelo CPC/15 (artigo 6º) para os procedimentos individuais de natureza civil e colocada como norma fundamental no Projeto n. 3 de 2025 (artigo 2º, XI), vai de encontro ao papel do julgador como diretor do debate, com aptidão para resolver o conflito de interesses na maior imparcialidade, impartialidade e independência possíveis. Assim, por estas legítimas razões, não pode comparticipar, sob pena de subversão das ditas garantias.

Um último tema que sobressai quanto aos projetos é da falta de pluralidade efetiva de pensamentos doutrinários que embasaram as propostas legislativas, visto que elas refletem a vertente instrumentalista do pensamento processual, conjuntura esta que tem o potencial de permitir que grupos hegemônicos, onde hoje naturalmente se localiza o interesse do mercado e grupos econômicos que cada dia mais ditam as normas criadas e até mesmo o entendimento jurisprudencial, influenciem decisivamente em temas que deveriam ser essencialmente jurídicos. É o que se consegue vislumbrar no projeto do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo.

Sumário 2
índice

Claro está que os avanços são relevantes, e a constatação é inegável, porém, há de observar se os objetivos da alteração legislativa atendem aos ditames da ordem jurídica, de uma sociedade plural e aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição, sejam eles materiais e/ou processuais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica perceptível a missão complexa e difícil dos possíveis genitores da novel legislação em conciliar interesses dos diversos grupos (sociais, econômicos, doutrinários) no que tange ao procedimento adequado aos conflitos coletivos, pois, ao se falar em demandas que veiculam litígios complexos e estruturais, a tendência, por tratar da efetivação de direitos fundamentais de alta relevância social, é a permissão de mais poder ao julgador, quando este deveria ser mero diretor do debate e não participante direto na resolução do conflito.

A mirada garantista, ao compreender o processo como matriz de contenção ao arbítrio estatal, dentre eles o próprio poder judicial, é amparada na *supragarantia* do devido processo legal e aclara a importância de o caminho procedimental obedecer ao sistema de garantias fundamentais de natureza constitucional para uma legítima pacificação social dos conflitos de interesses.

A consensualidade é um bom caminho ao conceder protagonismo às partes. Contudo, pela cultura e tradição processual brasileira, mesmo o próprio CPC/15 já tendo visado esse protagonismo em muitos dispositivos, a exemplo dos negócios jurídicos processuais, o magistrado pode manter uma postura ativa que muitas vezes sufoca essa "virada de chave", amparada em tantos outros dispositivos que ainda permitem um poder judicial amplo. Ademais, foi alertado na comissão que elaborou o projeto de lei dos "processos estruturais" sobre o fato das entidades burocráticas (públicas e privadas) não se abrirem com facilidade ao diálogo e, assim, a manutenção de amplos poderes ao juiz como um caminho pode acabar sendo a "solução" sugerida – mantendo-se a tradição nacional.

A ampliação da participação dos atingidos/interessados nos procedimentos coletivos é outra medida de excelência. Sem embargo, não pode

Sumário 2
índice

ser a única via para maior inserção da sociedade nas demandas, estando o modelo de controle da legitimidade ou representação adequada, tal como delineado, dissonante ao objetivo participativo.

Por outro lado, a questão da separação de poderes e autonomia de gestão e possibilidades dessas entidades como fator impeditivo dessa possível e (porque não?) aclamada atuação ativa do magistrado é questão de relevo que não pode ser desconsiderada.

Em suma, é importante que a discussão dos envolvidos nos projetos esteja atenta no equilíbrio entre possibilitar a proteção de direito fundamentais sociais sem a ofensa a direitos fundamentais de natureza processual, que, como visto, são igualmente relevantes aos bens jurídicos em jogo.

REFERÊNCIAS

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **El fracaso de la justicia - la incoherencia normativa y el decisionismo judicial en América Latina y una deuda aún pendiente: el proceso adversarial puro en todos los fueros judiciales** (Coleccíon textos jurídicos). 1. Ed. Rosario (Argentina): Ediciones AVI, 2023.

BRASIL. Senado Federal. **CJPRESTR - Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei do Processo Estrutural no Brasil**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2664/ Acesso em 14/12/2024.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 4441/2020**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261966. Acesso em 04/11/2020.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 4778/2020**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263651&fichaAmigavel=nao. Acesso em 04/11/2020.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 1.641/2021**. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2279806. Acesso em 27/06/2021.

_____. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 3/2025**. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166997. Acesso em 18/03/2025.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A GARANTÍSTICA PROCESSUAL E A «TUTELA DO DIREITO MATERIAL». **Empório do Direito** (coluna garantismo processual). 22.03.2021. Disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/96-a-garantistica-processual-e-a-tutela-do-direito-material. Acesso em 02/12/2024.

COSTA, Susana Henriques da; PEDROZO, Gabriel Pereira. O controle da representatividade adequada de associações civis em processos coletivos. In: **Revista de Processo**. vol. 330. Ano 47. p. 213-236. São Paulo: Ed. RT, agosto 2022 (versão eletrônica).

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo** (vol. 4). 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. **ANÁLISE DA CIRCULAÇÃO INTERNACIONAL DE IDEIAS NO CAMPO DO PROCESSO ESTRUTURAL: IMPACTO DOS "TRANSPLANTÁVEIS" DO DIREITO NORTE-AMERICANO NO DESENHO DO PROCESSO ESTRUTURAL BRASILEIRO**. Orientador: Fernando Gama de Miranda Netto. 2024. Tese (Doutorado Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2024, 682f.

GIDI, Antonio. O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 25–75, 2021. Disponível em: https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/223.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama. Notas sobre o conceito de processo e de poder jurisdicional estruturante (2025, no prelo).

SILVA, Lilia Nunes; SILVA, Larissa Borsato; ALMEIDA, Marcelo Pereira. A abordagem de processos estruturais no Projeto de Lei n. 1.641/21 e as garantias processuais para efetivação de direitos fundamentais sociais. **Anais do VII Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais. Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão**. Niterói: PPGDIN/UFF, 2021. v. 3, p. 11-27.

SILVA, Lilia Nunes; *et al*. A legitimidade na ação civil pública: análise crítica sobre os rumos da tutela coletiva brasileira. *In*: **Seminário de Internacionalização Universidade Católica de Petrópolis - Universidade de Buenos Aires**, Apresentação de Trabalho no "GT2 - Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos", 16.06.2023, Petrópolis/RJ.

Sumário 2

índice

SILVA, Lilia Nunes; ALMEIDA, Marcelo Pereira de; SOUZA, Simone de Oliveira. Flexibilidade procedimental e decisória no relatório preliminar do Anteprojeto de Lei dos Processos Estruturais. In: **Anais VII Seminário Interinstitucional e Internacional para a Efetivação dos Direitos Humanos na Contemporaneidade**. Petrópolis: UCP, 2025, p. 212-218.

UFF PPGDIN

Sumário 2
índice

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ENCONTRO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COM SUAS BARREIRAS E A PROTEÇÃO DOS VULNERABILIZADOS

Francisco Alves da Cunha Horta Filho[1]

Sumário: Introdução; 2. A teoria do estado de coisas inconstitucional; 2.1. Breves considerações sobre o novo constitucionalismo latino-americano; 2.2. A origem da teoria: as decisões do Tribunal Constitucional da Colômbia; 2.3. Tentativa de conceituação do instituto e delimitação dos requisitos para a sua aplicação ao caso concreto; 3. A aplicação da teoria no direito brasileiro; 3.1. É possível falar em uma doutrina no estado de coisas inconstitucional no Brasil?; 3.2. O sistema carcerário brasileiro: como mecanismo de controle de indesejados, seus problemas estruturais históricos e a imposição constitucional de uma execução de pena humanizada; 4. A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347 e o emprego do estado de coisas inconstitucional no Brasil; 4.1. Breve estudo da Ação de Descumprimento Fundamental nº 347/DF; 4.2. A importância da decisão do Supremo Tribunal Federal a partir das consequências práticas do *lead case;* Considerações Finais; Referências

Sumário 2

índice

INTRODUÇÃO

É cada vez mais corriqueiro o impacto que as decisões do Supremo Tribunal Federal produzem na mídia, e, nesse sentido, aquela que reconheceu a massiva violação de direitos fundamentais das pessoas presas no Brasil. Diante do fato, a necessidade de superação dessa realidade assumiu notoriedade.

O objetivo desta pesquisa é analisar a relevância da decisão proferida na Ação de Descumprimento Fundamental nº 347/DF – o primeiro precedente na experiência jurídica brasileira que reconheceu o estado de coisas inconstitucional na realidade do sistema carcerário do nosso país –, notadamente, se ela conseguiu construir um espaço de diálogo e ação entre as diversas esferas do poder constituído para a superação da situação de

[1] Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

violação de diversos direitos fundamentais das pessoas presas.

A pesquisa, que segue o método dedutivo, fará uma revisão bibliográfica qualitativa e, ao mesmo tempo, analisará decisões e dados disponibilizados em bases de acesso público para uma abordagem empírica da questão.

A fundamentação teórica do artigo será topograficamente dividida em três partes. Na primeira delas, será apresentada a teoria do estado de coisas inconstitucional, em especial suas origens e conexões com o novo constitucionalismo latino-americano, da mesma forma que se buscará estabelecer uma noção geral do instituto. Na segunda parte, o trabalho abordará a aplicação do instituto no Brasil, com ênfase na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, reconhecido como o primeiro caso em que o estado de desconformidade constitucional foi aplicado entre nós. Por fim, a pesquisa abordará as consequências da decisão do Supremo Tribunal Federal sob diversos aspectos.

2. A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Como em qualquer pesquisa que emprega o método dedutivo, é essencial para a finalidade a que se propõe este artigo e, ao fim, responder a hipótese lançada na introdução, determinar algumas linhas gerais sobre o instituto que serve como pano de fundo, qual seja, o estado de coisas inconstitucional.

Assim, ao longo deste tópico, a pesquisa cuidará de demonstrar as origens do instituto que, como se verá, não deita as suas raízes em solo brasileiro, mas na bem-sucedida experiência do Direito Constitucional Colombiano, a partir de uma série de julgados. Por esse motivo, inclusive, serão dedicadas algumas linhas à introdução do movimento, apelidado pela doutrina de novo constitucionalismo latino-americano, em que estão inseridos o Brasil, a Colômbia, a Venezuela, o Equador e a Bolívia.

Também será nesta parte da pesquisa que se apresentará um conceito do instituto e serão catalogadas as suas características primordiais.

Sumário 2
índice

2.1. Breves considerações sobre o novo constitucionalismo latino-americano

Em um artigo que pretende se dedicar ao exame do estado de coisas inconstitucional como um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais dos grupos vulnerabilizados, é impositivo que se faça uma abordagem, ainda que breve, sobre o movimento que foi denominado neoconstitucionalismo latino-americano, considerando que a gênese daquele instituto finca as suas raízes, como se verá no próximo tópico, em uma decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia e, já nos anos 2000, transplantada para o cenário constitucional brasileiro.

Em que pese o transplante de institutos jurídicos ser um fenômeno corriqueiramente criticado, na medida em que o Direito, como um produto cultural, não pode ignorar as vicissitudes de cada realidade sociológica em que ele manifestará o potencial normatizador de condutas a partir do seu legítimo surgimento, no caso do estado de coisas inconstitucional, é algo que deve ser celebrado, visto que significa um encontro dos países da América Latina com a riqueza das suas produções intelectuais, reconhecendo as semelhanças históricas que aproximam os países colonizados e as diferenças que os afastam dos países do norte global.

O processo de dominação vivido pelos povos originários da América Latina não ficou limitado à exclusiva preocupação com os interesses econômicos do colonizador, mas também se fundou na violência que levou à diáspora forçada de diversas comunidades que foram retiradas dos seus territórios de origem, à escravização dos seus membros e ao genocídio de grupos tradicionais, e revela a sua face, mesmo após o rompimento dos vínculos formais com a metrópole europeia, como consequência da imposição cultural, cujo objetivo não é outro senão o de manter a situação de sujeição no eixo norte-sul global.

Assim, a colonialidade se consubstancia na perpetuação de uma relação de domínio a partir do conhecimento em que os países do norte, detentores do monopólio da sua produção científica, exportam aos países do sul que devem a ele aderir. Afinal, como ressalta Galeano (2012, p. 71), observado por uma perspectiva eurocentrista – alargada para abraçar a experiência estadunidense –,

Sumário 2
índice

são povos que detêm, tão somente, dialetos, superstições, artesanato e folclore, aquilo que é suficiente para descaracterizá-los como seres humanos em detrimento da objetificação de recursos humanos que servem aos valores do capitalismo egoístico. O racismo epistêmico, no esteio do que falam Santoro e Paiva (2020, p. 200), "descredibiliza os conhecimentos não-ocidentais e não-brancos, considerando-os como inferiores aos conhecimentos ocidentais", razão pela qual o sul global não é concebido como um produtor de conhecimento, mas, apenas, um consumidor acrítico e obediente.

A colonialidade é representada, de forma muito ilustrativa, pela Legião Urbana em "Geração Coca-Cola", quando fala que "quando nascemos, fomos programados a receber o que vocês nos empurraram como os enlatados dos U.S.A., de nove às seis".

Não se pode ignorar que a produção científica vinda do norte global assume inegável relevância na construção do pensamento latino-americano e, como qualquer outra experiência cultural, deve ser agregada para a elaboração de um modelo próprio de pensar. Seria absurdo ignorar, por exemplo, a valiosa contribuição norte-americana no controle de constitucionalidade difuso, no desenho federalista ou na elaboração de um sistema de separação de poderes com freios e contrapesos ou, ainda, as ideias vindas da Alemanha de força normativa da constituição, elaborada por Konrad Hesse, ou da hermenêutica procedimental, de Peter Häberle. O que se pretende, por outro lado, é reconhecer que uma teoria jurídica própria do sul global precisa ser elaborada e, principalmente, difundida nos cursos de Direito, uma vez que as situações de crise jurídica que serão por ela enfrentadas demandam a exata compreensão das vicissitudes na construção da realidade dos países ali localizados.

Partindo da constatação de que a aplicação de um modelo de pensamento imposto pela Europa e pelos Estados Unidos se presta à preservação de pequenas elites e à suscetibilidade de determinados grupos marginalizados à violação dos seus direitos a partir da naturalização da condição de subalterno, operando-se, nesse sentido, uma nova roupagem do colonialismo, Moreira, Almeida e Corbo (2022, p. 88) explicam a teoria decolonial:

> Esse processo, afirmam os estudiosos dessa área, tem permitido a representação das epistemologias produzidas na Europa como os meios primordiais de percepção da realidade em escala global, o que tem sido viabilizado em função do colonialismo do saber. A teoria decolonial procura expor esse mecanismo e formular outras formas de epistemologias mais compatíveis com os interesses dos povos subordinados em alcançar a emancipação. Mais do que denunciar relações de dominação, é importante mudar as formas como os debates sobre como os mecanismos de dominação política operam.

É nesse contexto que surge o constitucionalismo latino-americano, como destacam Martinez Dalmau e Viciano Pastor (2010, p. 3-4), "*es un fenómeno surgido en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional*".

Entre aqueles que se dedicam ao estudo do tema, há consenso no que diz respeito ao que se considera como marco inicial desse movimento. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e a *Constitución Política de la República de Colombia*, de 1991, representam o primeiro ciclo; a *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, de 1999, é a referência para o segundo ciclo, em que pese ela tenha se revelado como vocacionada a sustentar um governo que não traduz uma democracia; e a *Constitución de la República del Ecuador*, de 2008, e a *Constitución Política del Estado Boliviano*, de 2009, são consideradas como o terceiro ciclo desse movimento.

Dentre as características que permitem incluir essas constituições como expoentes do constitucionalismo latino-americano se destacam: i) elas decorrem de processos constituintes democráticos, ao contrário do que era usual na região, marcada, especialmente a partir dos anos 1960, por governos ditatoriais de natureza civil-militar; ii) Assis e Vieira (2020, p. 37) apontam a instalação de tribunais dialógicos que recebem a incumbência de promover a democracia e os seus valores baseados no controle sobre os demais poderes constituídos e na superação das violações de direitos fundamentais; iii) a previsão de extensas cartas de direitos, com destaque para aqueles que são voltados a propiciar um cenário de material igualdade entre os indivíduos, e, por conta disso, estão direcionados a grupos mais vulneráveis da população e demandam a implementação de políticas públicas estruturadas para a sua entrega aos

destinatários constitucionais de tais prestações; iv) o reconhecimento da normatividade das disposições constitucionais; v) a presença de mecanismos de democracia participativa, como a iniciativa popular de lei e a realização de plebiscitos e referendos; e vi) a preocupação central com a superação do quadro de desigualdades sociais que foi provocado pelo regime colonial imposto a esses povos.

A noção geral do movimento é apresentada por Assis e Vieira (2020, p. 20- 21) como aquele que "busca positivar direitos pluralistas e democráticos, com foco no diálogo social, como forma de garantir uma ordem pautada na igualdade, levando em consideração uma sociedade plural e multicultural e como as decisões judiciais refletem na sociedade". Apenas para tornar essa noção praticamente exaustiva, talvez fosse interessante inserir aquilo que parece ser o núcleo central desse modelo de pensamento constitucional do sul global: nunca olvidar do processo de colonização, suas violências e imposições aos povos, inclusive de âmbito cultural, e a necessidade de se romper com o raciocínio impregnado pela colonialidade e pelo eurocentrismo.

Nesse sentido, o constitucionalismo latino-americano alvorece uma epistemologia própria dos povos do sul global e direcionada a enfrentar as suas diversas questões.

2.2. A origem da teoria: as decisões do Tribunal Constitucional da Colômbia

A importância de apresentar, ainda que em linhas gerais, o movimento do novo constitucionalismo latino-americano se explica pelo fato de que o instituto objeto desta pesquisa, o estado de coisas inconstitucional, foi criado no âmbito da *Corte Constitucional de Colombia* a partir de alguns julgamentos e, nos anos que se sucederam, acabou sendo amplamente difundida na América do Sul, inclusive no Brasil.

Além da Colômbia e do Brasil, registram-se menções à teoria do estado de coisas inconstitucional nas experiências jurisdicionais do Peru e da Argentina. Neste ponto, é interessante observar como o neoconstitucionalismo do sul

Sumário 2
índice

global tem se expandido, porque os estudos costumam apontar como marcos desse movimento as constituições do Brasil, da Colômbia, da Venezuela, do Equador e da Bolívia, em ordem cronológica, pouco se registrando quanto ao Peru e à Argentina, não obstante suas ordens constitucionais vigentes tenham sido vocacionadas a superar governos de cunho ditatorial.

Apesar de boa parte dos estudos disponíveis em língua portuguesa sobre a teoria do estado de coisas inconstitucional tenha, como referência, o caso julgado pela *Corte Constitucional de Colombia* quanto à grave situação de violação aos direitos das pessoas em situação de privação da liberdade por decisão penal naquele país, o que, em mero juízo especulativo, pode ser creditado ao fato que a Ação de Descumprimento Fundamental n° 347 aborda, justamente, o mesmo tema, a construção desse mecanismo se deu a partir de um conjunto de precedentes.

O primeiro caso no âmbito da *Corte Constitucional de Colombia* em que o estado de coisas inconstitucional foi utilizado é o da *Sentencia de Unificación* SU-559, de 1997, que, segundo Andréa (2021, p. 32), tratou de questões previdenciárias afetas a professores do município de Maria La Baja e Zambrano, que apesar dos descontos em seus pagamentos, não foram filiados ao Fundo Nacional de Prestações do Magistério. No caso mais divulgado entre nós, que tratou de graves falhas no sistema carcerário colombiano, o Tribunal Constitucional daquele país reconheceu que a situação de superlotação das unidades penitenciárias, aliada a severas condições climáticas, à restrição ao uso de água potável e ao controle dos estabelecimentos pelo crime organizado que, por sua vez, praticavam todas as espécies de violência contra as pessoas em situação de privação de liberdade, caracterizavam um evidente estado de coisas inconstitucional pela inobservância de diversos direitos fundamentais.

É interessante observar, principalmente quando se recorre à leitura da íntegra do julgado que está acessível na *internet*, que a gênese do instituto se dá mais por uma questão de defesa dos interesses do próprio Poder Judiciário do que para salvaguardar a legítima pretensão dos professores em ver preservado o seu acesso ao sistema previdenciário para o qual contribuíam regularmente. Isso

se deu porque, ao longo do voto, o Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz é enfático em destacar que a solução deve ser dada pela Corte Constitucional daquele País, sob pena de milhares de ações idênticas chegarem em curto espaço de tempo e, dessa maneira, acabar inviabilizando a atividade judiciária.

Desde então, na experiência jurídica colombiana, em diversas ocasiões, a Corte Constitucional empregou o mecanismo do estado de coisas inconstitucional, com destaque para os seguintes casos: i) SU-559, de 1997, quando apreciou o caso dos professores e a violação dos seus direitos previdenciários; ii) T-068, de 1998, quando analisou a demora na Caixa Nacional de Previdência em atender às solicitações dos beneficiários quanto ao reajustamento e pagamento das verbas a eles devidas; iii) T-153, de 1998, e, T-257, de 2000, ambas apreciando a situação do sistema penitenciário colombiano e as péssimas condições de custódia de pessoas com restrição de liberdade por decisão penal; iv) C-955, de 2000, que voltava o seu olhar para a violação do direito à moradia dos devedores hipotecários diante da cobrança de juros de mora sobre os contratos firmados com os financiadores; e v) SU-1.150, de 2000, e, T-025, de 2004, nas quais se manifestou acerca do problema de deslocamento forçado de pessoas por conta da grave situação de segurança pública causada pelas FARC.

Pode-se dizer que esse conjunto de decisões foi o responsável por consolidar no Constitucionalismo colombiano a sua mais expressiva criação.

Segundo a concepção original da *Corte Constitucional de Colombia*, Rêgo (2020, p. 64) aponta que o estado de coisas inconstitucional se consubstanciaria na averiguação dos seguintes elementos:

> (i) é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado (na hipótese, não basta uma proteção insuficiente); ii) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falha estrutural das instâncias políticas e administrativas (isto é, não

Sumário 2
índice

> basta, para caracterizar o Estado de Coisas Inconstitucional a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade); iii) existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e, iv) há a necessidade de a solução ser construída pactuada (solução dialógica) pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo em que envolve uma pluralidade de providências – é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando á adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação ou remanejamento de recursos públicos, obrigações de fazer ou de não fazer, etc.).

A despeito de os requisitos para a configuração de um estado de coisas inconstitucional serem objeto de abordagem minuciosa no tópico seguinte, quando será buscada uma noção conceitual do instituto, desde já, é importante destacar que o estado de coisas inconstitucional não foi objeto de um mero transplante jurídico, empregada a expressão no sentido que é oferecido por Watson (1974, p. 21) como a introdução literal de uma regra extraída de um ordenamento jurídico para outro ignorando as suas diferenças, mas, como bem atenta Andréa (2021, p. 62), foi objeto de uma adequação ao sistema do Peru: se originalmente é indispensável uma vulneração massiva, generalizada e grave de direitos fundamentais, na realidade peruana, o que se exige é o dano a um ou mais direitos fundamentais de um grupo determinado ou determinável de pessoas; e, se no Peru é possível a configuração do estado de coisas inconstitucional por conta da interpretação de uma norma jurídica, na Colômbia impõe-se a demonstração de um ato comissivo ou omissivo concreto de diversos órgãos do Estado que acabem por violar um direito fundamental.

Assim, tem-se que o estado de coisas inconstitucional tem a sua origem no constitucionalismo colombiano, e, diante da pertinência do mecanismo na contemporaneidade, diversos países da América Latina, dentre os quais o Brasil, o incorporaram em suas experiências jurídicas com as devidas adaptações.

2.3. Tentativa de conceituação do instituto e delimitação dos requisitos para a sua aplicação ao caso concreto

Depois de estabelecer que a teoria do estado de coisas inconstitucional

Sumário 2
índice

se consubstancia como um exemplo exitoso do reconhecimento da importância do pensamento do sul global, tendo em vista que foi originado na experiência colombiana e, depois, exportado para diversos países da América Latina, dentre os quais o Brasil, à guisa de um fechamento desta parte da pesquisa, é importante estabelecer, em linhas, gerais, aquela que será considerada como a noção conceitual para todos os fins neste artigo.

A importância dessa tarefa se justifica pelo fato de que, a partir da sua noção geral, será possível determinar, de acordo com a nossa experiência constitucional, aqueles que são os requisitos essenciais para que, em um caso concreto, se possa dizer que estamos diante de um estado de coisas inconstitucional.

É necessário fazer um esclarecimento de natureza metodológica: como dito há algumas linhas, ao incorporarem o instituto aos seus respectivos ordenamentos jurídicos, cada país cuidou de definir as necessárias adaptações às suas realidades. Com o Brasil, não foi diferente e, por esse motivo, todos os referenciais adotados no presente artigo levarão em consideração a produção acadêmica nacional.

Dentre os autores que se dedicaram a estudar o tema e que estipulam um conceito para o estado de coisas inconstitucional, destaca-se Fonteles (2018, p. 260), com o seguinte:

> reputa-se estado de coisas inconstitucional uma realidade violadora da Constituição, assim reconhecida por uma decisão judicial, originada de uma inconstitucionalidade por omissão qualificada por um bloqueio perene (falha estrutural), que conspurca direitos fundamentais de uma coletividade.

Dessa definição, merece destaque o ponto em que trata o estado de coisas inconstitucional como uma realidade e não como um fato isolado. Diversamente do que ocorre com uma omissão inconstitucional, para que se possa suscitar a aplicação do instituto à violação aos direitos fundamentais, deve se dar por conta de uma inatividade do poder público que consubstancie uma verdadeira forma de agir do Estado. É uma forma leniente de atuar, no que tange à adoção das medidas necessárias para a realização dos direitos fundamentais.

Sumário 2
índice

Rêgo (2020, p. 55) fala em uma "inércia absoluta do Estado acontecendo, para tanto, uma estagnação política e administrativa à realidade no que diz respeito às direções constitucionais em relação aos direitos fundamentais", acrescentando, ainda, que essa situação deve se prolongar ao longo do tempo.

Ainda que uma decisão judicial não seja a arena ideal para o desenvolvimento de conceitos jurídicos, o que se explica por diversas razões, investigando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na decisão liminar da Ação de Descumprimento Fundamental n° 347/DF, subscrita pelo Ministro Marco Aurélio, originariamente designado como relator do processo no Pretório Excelso, é encontrada uma definição do instituto. Ela foi vazada como: "quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária" (Brasil, 2023, Ementa).

A partir dessa definição, é possível extrair os requisitos determinados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para que seja possível o emprego do estado de coisas inconstitucional: i) uma grave e persistente violação a direitos que estejam estabelecidos em norma constitucional; ii) que esses direitos sejam titularizados por um grupo de indivíduos, em geral, grupos que vivenciam uma situação de vulnerabilidade social ou, ainda pior, que são alvo de estigmas e processo de marginalização; iii) a constatação de que os poderes constituídos se omitem em estabelecer as políticas públicas que seriam adequadas à superação do quadro de violação de direitos; iv) a superação do quadro de violação de direitos exigirá uma atuação concertada entre os órgãos do Estado, de tal forma que a ação isolada de apenas um deles não será suficiente para resolver os problemas; e v) a necessidade de que a atuação do poder público para enfrentar o problema estrutural envolva a alocação de verbas orçamentárias, a disponibilidade de recursos humanos e a elaboração de políticas públicas voltadas a essa finalidade.

Sumário 2
índice

Lira (2021, p. 18-19), ao tratar das características da violação que justifica a mobilização da Corte Constitucional no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, ainda traz uma constatação interessante que pode, sem qualquer dúvida, ser inserida como um requisito para configurar a incidência do instituto, qual seja, a possibilidade de que a violação dos direitos inviabilize a adequada atuação do Poder Judiciário. O que ela sustenta, com acerto, é que, em um estado de coisas inconstitucional, a violação aos direitos fundamentais é tão expressiva, no aspecto quantitativo e qualitativo, que, se porventura os lesados recorrerem ao Poder Judiciário, acabarão inviabilizando o exercício da função, notadamente, dado o grande número de demandas que serão ajuizadas.

A gravidade da violação de direitos, o número de lesados e, ainda, a necessidade de diálogo entre as esferas do poder constituído são os traços que qualificam uma omissão prejudicial a direitos fundamentais como suscetível à utilização do estado de coisas inconstitucional, razão pela qual, é comum em todos os estudos sobre o tema, a fala no sentido de que não é qualquer omissão que enseja o mecanismo, mas casos excepcionais. Disso, decorre que o processo estrutural é o local processual adequado para que estas questões sejam tratadas, visto que, seguindo aquilo que Didier Júnior e Zaneti Júnior (2023, p. 605) pontuam: "o processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal", considerando, ainda, o problema estrutural como aquele que "se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação)".

Vale destacar, neste momento, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n° 736/2015, que tem como escopo alterar o Código de Processo Civil para deixar expresso o estado de coisas inconstitucional em nosso ordenamento jurídico positivo, considerando, como já mencionado, se trata de uma importação jurisprudencial e doutrinária que, por tal razão, desperta críticas em relação à sua utilização. Consta, na atual versão do projeto, a possibilidade de que o mecanismo do estado de coisas inconstitucional seja empregado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários, inserindo em nossa Lei dos Ritos o art. 1.041-A. Em que pese o

Sumário 2
índice

Recurso Extraordinário tenha, atualmente, a necessidade de demonstração da repercussão geral da matéria questionada, não restam dúvidas de que o desfecho do projeto, tal como se encontra, poderá fazer com que a preservação da adequada atuação jurisdicional, para evite que demandas seriais cheguem ao Pretório Excelso, acabe frustrada.

Dessa maneira, para os fins desta pesquisa, considera-se como estado de coisas inconstitucional uma situação conjuntural que perdura por significativo espaço de tempo, em que a omissão do Estado em criar ou implementar as políticas públicas adequadas acaba por violar direitos fundamentais reconhecidos, como regra aos grupos vulnerabilizados socialmente, sendo certo que, a superação dessa condição é possível, apenas, mediante a atuação dialógica dos poderes constituídos.

3. A APLICAÇÃO DA TEORIA NO DIREITO BRASILEIRO

Depois de apresentar as origens da teoria do estado de coisas inconstitucional e a tentativa de fixação de um conceito do instituto, ao menos para os fins a que se propõe esta pesquisa, principalmente para extrair as suas características essenciais e requisitos para a utilização, impõe-se a sua investigação na realidade jurídica brasileira.

A partir deste momento, além de responder à indagação que é veiculada por uma voz isolada na academia acerca da possibilidade de se falar em uma doutrina do estado de coisas inconstitucionais no Brasil diante da sua aplicação à uma hipótese pontual, o artigo voltará o seu olhar à análise do que foi assentado no precedente extraído da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF, sobre o sistema carcerário brasileiro.

1. É possível falar em uma doutrina no estado de coisas inconstitucional no Brasil?

Antes de apresentar como o Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF, utilizou-se do estado de coisas inconstitucional para apreciar a demanda apresentada pelo Partido

Sumário 2
índice

Socialismo e Liberdade acerca da situação do sistema penitenciário brasileiro, é importante mencionar o posicionamento crítico de Magalhães (2019) em artigo de referência obrigatória sobre o tema.

O artigo reflete, é conveniente destacar desde já, um posicionamento isolado do autor a respeito do estado de coisas inconstitucional e o seu acolhimento pelo Direito brasileiro. Contudo, diante da pertinência dos seus argumentos, a presente pesquisa seria lacunosa se não trouxesse ao debate essa opinião.

O ponto central do seu artigo é debater acerca da correção de se falar quanto a uma doutrina do estado de coisas inconstitucional no Brasil se, ao menos até àquele momento, em apenas uma ocasião, o Supremo Tribunal Federal havia se utilizado desse mecanismo específico para solucionar a gravíssima situação de violação de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário do país.

De antemão, vale dizer que, apesar de a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF representar o primeiro precedente em que o Supremo Tribunal Federal empregou o estado de coisas inconstitucional para solucionar um caso concreto, não é correto dizer que, até aquele momento, a Corte não tenha lançado os seus olhos sobre a conveniência de utilizar-se do mecanismo trazido pelo constitucionalismo colombiano: nos debates havidos por ocasião da decisão afeta à modulação dos efeitos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 4.357 e 4.425, que tratou do pagamento de precatórios judiciais pelos estados- membros, o Ministro Luís Roberto Barroso, em março de 2015, recomendou a utilização do mecanismo, mas acabou vencido nesse tocante.

Dessa maneira, embora a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF seja notabilizada por ter sido o primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal utilizou o estado de coisas inconstitucional para decidir um caso que lhe foi apresentado, o Pretório Excelso já havia aventado essa possibilidade. Nunca é demasiado recordar, como já se disse, que não é qualquer violação de direitos fundamentais que mobilizará o mecanismo, mas

Sumário 2
índice

apenas aquelas que sejam qualificadas como graves, perenes e estruturais, demandando a atuação organizada de diversas esferas governamentais, razão pela qual o seu uso jamais será corriqueiro.

Magalhães (2019, p. 32) sustenta que:

> A incorporação jurisprudencial de teorias pouco desenvolvidas ou equivocadas (diálogos institucionais, capacidades institucionais, função pedagógica das cortes, litígio de interesse público etc.) demonstram uma preocupante confusão entre o papel da ciência do direito e sua prática, especialmente quando o STF "adota" uma "teoria" criada para explicar uma realidade constitucional estrangeira para justificar decisões que parecem extrapolar suas competências constitucionais, além de não fornecer indícios para a formulação de uma dogmática capaz de compreender o instituto incorporado.

No artigo citado, o autor analisa os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que participaram do julgamento da Medida Cautelar que foi pleiteada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF para, a partir desse ponto, dizer que é impossível estabelecer, na experiência jurídica brasileira, uma doutrina do estado de coisas inconstitucional, na medida em que não foram precisos em indicar quais os requisitos para a configuração da hipótese entre nós, inclusive, desprendendo-se dos parâmetros fixados na Corte Constitucional da Colômbia.

Sem a delimitação de bases objetivas para o estado de coisas inconstitucional no Brasil, seria impossível pautar uma doutrina, motivo pelo qual, tal como se deu o julgamento, ao que parece, a sua aplicação ficaria restrita à situação do sistema penitenciário, não obstante outras violações de direitos fundamentais também pudessem, em tese, despertar a mobilização do mecanismo.

Essa visão crítica acerca do estado de coisas inconstitucional perdeu muito da sua força na contemporaneidade, haja vista que, desde a publicação do estudo, registram-se outras demandas em trâmite no Supremo Tribunal Federal que são voltadas ao reconhecimento da figura excepcional.

Sumário 2
índice

Em uma pesquisa nos bancos de dados do Pretório Excelso, podem ser destacados os seguintes novos casos: i) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 655/DF e 786/DF, cujo objeto é o desatendimento aos dispositivos constitucionais afetos á capacidade contributiva e igualdade, no que tange à alta carga de impostos sobre o consumo; ii) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF, que teve como escopo um conjunto de ações e inações do governo federal no gerenciamento da pandemia da COVID-19, o que incrementou o risco de contágio e, por conseguinte, de eventos fatais no que tange aos povos originários; e iii) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708/DF, que tem como pano de fundo a omissão do governo federal na adoção das medidas para a implementação efetiva do Fundo Clima. Essas ações, vale dizer, foram ajuizadas no curso do ano de 2020.

O que se percebe com isso é que a crítica lançada contra o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional como um instrumento importante da jurisdição constitucional brasileira para a solução de graves problemas estruturais que provocam um cenário de violação aos direitos fundamentais perdeu a razão de ser, na medida em que a Ação de Descumprimento Fundamental nº 347/DF, e, principalmente, os seus efeitos sobre a situação do sistema carcerário, teve um papel de destaque, conduzindo à pauta pública o seu necessário debate, além de promover medidas capazes de superar a grave situação fática apresentada.

Dessa maneira, surge, a partir da Ação de Descumprimento Fundamental nº 347/DF, a doutrina do estado de coisas inconstitucional no Brasil.

3.2. O sistema carcerário brasileiro: como mecanismo de controle de indesejados, seus problemas estruturais históricos e a imposição constitucional de uma execução de pena humanizada

Uma vez enfrentado o argumento que rejeita considerar o estado de coisas inconstitucional no Brasil como uma doutrina e levando-se em consideração que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, caso mais emblemático da sua utilização, versa sobre os graves

Sumário 2
índice

problemas presentes no sistema penitenciário brasileiro de longa data, é interessante compreender como ele se consubstancia em um modelo de gestão de pessoas indesejadas ao convívio da coletividade, que inobserva direitos fundamentais, em que pese a execução penal nos tempos atuais não poder ser desvinculada de um viés humanizante.

É importante dizer que a deficiência das políticas públicas que envolvem o sistema de gestão das pessoas em situação de encarceramento não reflete um problema pontual do Brasil, tampouco dos nossos dias. Além da experiência colombiana, que culminou com a decisão T-153 oriunda da sua Corte Constitucional e que se consubstancia como um dos principais precedentes do estado de coisas inconstitucional, Roig (2022, p. 433-434) traz uma série de casos em que a Corte Europeia de Direitos Humanos impôs censura a diversos países integrantes do bloco, destacando os casos Mursic v. Croácia, Torregiani e outros v. Itália, Vlassov v. Rússia e IstvánGáborKóvacs v. Hungria, por violações aos direitos que são assegurados às pessoas privadas da liberdade ambulatorial. Da mesma forma, não reflete um problema típico dos nossos dias, o que se constata quando Harding (1998, p. 10) relata que, em meados dos anos 1950, foi necessário o ajuizamento de um conjunto de ações, conhecidas como *prison reform cases*, para que fossem assegurados direitos básicos das pessoas presas, ante a ausência de políticas públicas adequadas para tanto.

Esse generalizado déficit de concretização dos direitos fundamentais que atinge o sul global, os Estados Unidos e a Europa, infelizmente, encontra a sua explicação no fato de que o sistema penitenciário é um dos mecanismos empregados pelas sociedades para a gestão de minorias marginalizadas, o que fica muito evidente na experiência brasileira quando se constata a partir da análise do perfil social daqueles que estão submetidos ao cárcere e do quadro de racismo estrutural que atinge a todos nós.

O Brasil possui uma população de pessoas em situação de prisão de 644.316 indivíduos, segundo o Relatório de Informações Penais com base no segundo semestre do ano de 2023, disponibilizado pela Secretaria Nacional de

Sumário 2
índice

Políticas Penais, dentre os quais apenas 170.960 se autodeclaram brancos. Nesse universo, apenas 12.527 possuem escolaridade de nível superior, ainda que incompleto, e 358.786 tiveram acesso à educação formal apenas até o nível fundamental. Desse quadro, extrai-se que a população carcerária brasileira é composta em sua maioria por homens não-brancos e com acesso à educação formal, no máximo, até o nível fundamental.

Percebe-se que o sistema penitenciário possui um público-alvo bem delineado: grupos minoritários que são alvo de uma série de estigmas sociais que os tornam suscetíveis a atuação das forças de segurança e os afastam da maior parte das oportunidades formais de ascensão social. Por tal motivo, ganha destaque a compreensão de que os problemas do sistema carcerário devem ser analisados sob o viés da teoria crítica da raça.

Aliás, não há qualquer novidade na constatação de que a mobilização dos mecanismos criminais se dirige a uma parcela bem definida da população, como não nos deixam esquecer Moreira, Almeida e Corbo (2022, p. 281-288) em percuciente análise em que, a partir da instrumentalização de importantes elementos da teoria crítica da raça, apontam que o Direito Penal mobiliza diversos mecanismos que protegem grupos dominantes privilegiados em detrimento dos subalternizados, especialmente aqueles que vivenciam essa condição historicamente, por meio da imposição cultural de estereótipos criminosos que impedem o acesso à educação formal e às oportunidades no mercado de trabalho para viabilizar a sua subsistência digna. Esse cenário assume um tom de maior dramaticidade, quando se percebe que uma quantidade significativa dos agentes que colaboram para esse sistema se origina, justamente, nessas minorias marginalizadas. Delgado e Stefancic (2021, p. 130) remetem à filtragem racial e à discriminação estatística, segundo as quais a polícia mobiliza os seus esforços para vigiar o comportamento das minorias estigmatizadas, sob a crença de que elas estão mais propensas à prática de condutas criminosas, e, com isso, acabam aviltadas em seus direitos civis mais essenciais.

Sumário 2
índice

O déficit de direitos no sistema penitenciário é apenas um prolongamento do quadro de ausência de políticas públicas adequadas à concretização dos direitos sociais que, em sua maioria, tem como seus principais destinatários esses grupos vulnerabilizados. Pode-se dizer que o estado de coisas inconstitucional é apenas um prolongamento natural do processo de invisibilidade que é imposto a determinados grupos, principalmente aos indivíduos não-brancos e periféricos, haja vista que, se eles não possuem seus direitos efetivados quando usufruem da liberdade, o que dirá quando submetidos à prisão.

Inobstante a execução penal estar submetida, como qualquer manifestação do poder estatal, à observância do princípio da dignidade da pessoa, o que, de forma inexorável, conduz à sua humanização e à vedação de qualquer prática que se assemelhe à tortura, os seus problemas são diversos e o desatendimento aos parâmetros da Lei nº 7.210/1984, uma realidade.

O já mencionado relatório da Secretaria de Políticas Penitenciárias traz dados preocupantes, em especial, um déficit de 156.281 vagas nas unidades estaduais e federais do Brasil, o que impede que a pessoa presa tenha condições salubres de estadia, além da escassez de vagas de emprego para que ela possa acessar, por exemplo, o direito à remição pelo trabalho.

No âmbito do estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a Defensoria Pública ajuizou uma série de ações civis públicas visando ao reconhecimento de violações havidas no sistema penitenciário e que deveriam ensejar a estruturação de políticas públicas adequadas para o seu enfrentamento: i) a garantia de que as pessoas presas levadas para as audiências tivessem o acesso à uma alimentação suficiente para suprir as suas necessidades biológicas mínimas, haja vista que foi constatado que muitas delas chegavam aos diversos atos judiciais submetidas a um quadro de jejum, assemelhando-se a uma situação de tortura; ii) a regularização do transporte das pessoas presas, haja vista que os veículos disponibilizados pelo estado não atendiam às mínimas condições de segurança e impunham um risco ainda mais acentuado em caso de um acidente de trânsito no trajeto desde a unidade de custódia até os edifícios

Sumário 2
índice

sede do Poder Judiciário; iii) a proibição de revistas vexatórias às pessoas que se dirigiam às unidades do sistema penitenciário para visitar os seus parentes e amigos ali presos, o que fulminava a dignidade da pessoa e o direito à privacidade em seu viés mais fundamental, qual seja, o de não ser obrigado a despir-se na frente de quem quer que seja; iv) a proibição de que, no momento da prisão, a pessoa fosse obrigada a ter o seu cabelo cortado, o que incluía a barba e o bigode, causando uma desfiguração do indivíduo que não se justificava sob o argumento da preservação da higiene na unidade prisional; e v) a obrigatoriedade de que as unidades prisionais tenham à disposição água aquecida para o banho das pessoas presas.

Esse cenário evidencia a necessidade de que diversas medidas sejam adotadas pelo poder público para solucionar ou, ao menos, mitigar os inúmeros direitos das pessoas presas que são vulnerados de forma reiterada pela omissão dos agentes estatais em suas diferentes esferas de competência, fruto, sem dúvidas, do descaso habitual com a proteção dos grupos vulnerabilizados socialmente e que, por uma conjunção de situações, acaba sendo o público-alvo do sistema penitenciário.

4. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 347 E O EMPREGO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Estabelecido, em linhas gerais, o esboço teórico sobre o estado de coisas inconstitucional, é necessário compreender o seu desenvolvimento na experiência jurídica brasileira, o que desafia a pesquisa a abordar a Ação de Descumprimento Fundamental n° 347 e, principalmente, os efeitos práticos sentidos na situação do sistema carcerário brasileiro após o precedente.

1. Breve estudo da Ação de Descumprimento Fundamental n° 347/DF

Como já se desctacou em outro momento neste artigo, a declaração de um estado de coisas inconstitucional não começa com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n°. 347/DF. No entanto, é nela que

Sumário 2
índice

se registra a primeira vez em que a ideia trazida da Corte Constitucional Colombiana é efetivamente utilizada na experiência jurídica brasileira e, por tal motivo, impõe-se, como em qualquer trabalho que se debruça sobre o assunto, que se apresente o precedente, ainda que de forma sucinta.

Em maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental por meio de uma petição inicial que foi respaldada, por sua vez, em robusta pesquisa levada a cabo pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pelas conclusões que constaram no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito realizada pela Câmara dos Deputados e que teve como objeto as violações de direitos ocorridas no âmbito do sistema penitenciário do país, dentre outros elementos.

É importante destacar, desde já, que a utilização de forte base empírica de dados deu substância à ação, já que, como visto, o estado de coisas constitucional se consubstancia em uma realidade de fato e, portanto, não é suficiente para a sua demonstração uma argumentação jurídica, por melhor elaborada que seja. A mobilização do mecanismo de origem colombiana exige a apresentação de um cenário de fato e, nesse ponto, as pesquisas que respaldaram o pleito do partido político foram valiosas para a formação da convicção judicial em torno das violações de direitos fundamentais, mesmo que fosse uma situação de domínio público.

Dentre os direitos das pessoas presas que eram – e ainda são – violados pela atuação omissiva dos poderes constituídos no desenho de uma política adequada a atender às demandas do sistema carcerário, destacam-se os seguintes:

i) déficit de vagas para atender à população que tem crescido em progressão geométrica, ao menos, no último par de décadas; ii) o direito à integridade física e psíquica da população encarcerada, na medida em que, as condições insalubres e propícias à proliferação de violência provocam graves vulnerações a esses direitos; iii) as condições do sistema penitenciário conduzem a um autêntico cenário de tratamento desumano e equiparado à tortura; iv) a inexistência

Sumário 2
índice

de acesso universal ao trabalho e à educação formal, bem como as limitações ainda mais severas às políticas de saúde pública afetam estes direitos que são reconhecidos pelos arts. 6º e 7º, *caput*, da Constituição Federal; e v) o óbice ao acesso efetivo à ordem jurídica justa, a partir do atendimento de um sistema de Defensoria Pública estruturado para atender às demandas das pessoas presas.

Com base nessas evidências, o autor da demanda mencionou, de forma explícita, a possibilidade de emprego do estado de coisas inconstitucional, nos mesmos moldes do que já faziam outras Cortes na América Latina, e, ao final, pediu que : i) fosse determinado ao governo federal a elaboração de um plano nacional que fosse capaz de superar o estado de inconstitucionalidade, dentro de um prazo de 3 anos, inclusive, submetendo-o à análise do Conselho Nacional da Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Pública Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e de outros órgãos e instituições que tenham o interesse em se manifestar a seu respeito, inclusive, com o emprego das Audiências Públicas como instrumento de participação ampla da sociedade; ii) uma vez apresentado esse projeto, que o mesmo se exigisse dos estados e do Distrito Federal, no âmbito das suas respectivas competências, seguindo a mesma sistemática de ampla participação de atores institucionais e da sociedade civil; e iii) se monitorasse a implantação dos respectivos planos pelos governos federal, estadual e distrital, da mesma forma, viabilizando a participação de instituições públicas e da sociedade organizada.

O pedido de medida liminar foi apreciado pelo Ministro Marco Aurélio, a quem incumbiu a relatoria do processo, tendo sido deferido em parte para determinar aos juízes e tribunais que observassem a necessidade de realização das audiências de custódia, na forma do que estatui o art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, devendo a pessoa ser apresentada ao juiz em até 24 horas do momento da prisão, e que o Fundo Penitenciário Nacional tivesse o seu saldo liberado pela União Federal para que ele seja destinado ao fim a que se propôs com a sua criação.

Sumário 2
índice

A medida cautelar, que perdurou por quase uma década, expressava a preocupação com a superlotação das unidades de custódia, porque as audiências realizadas logo após a prisão não atendem aos casos em que a ausência de vaga se verifica em prisões destinadas às pessoas que já tenham sido condenadas e que enfrentam, da mesma maneira, um cenário de ausência de vagas. Assim, nem de longe apresentava a aptidão para solucionar o problema.

No que tange à liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional, criado por meio da Lei Complementar n° 79/1994 com o escopo de viabilizar recursos financeiros necessários para a modernização e o aprimoramento do sistema penitenciário nacional, o Supremo Tribunal Federal assume a necessidade de uma decisão estruturante para que o problema retratado na petição inicial pudesse ser adequadamente enfrentado. Como qualquer política pública, a solução dos danos aos direitos fundamentais causados às pessoas presas pela omissão deliberada dos poderes constituídos exige o manejo de recursos econômicos e humanos.

No ano de 2023, o Ministro Luís Roberto Barroso assumiu a Presidência do Supremo Tribunal Federal e, em seu discurso de posse, com forte simbolismo, dado o sentimento de sobrevivência das instituições democráticas após os duros ataques sofridos nos anos anteriores e cujo ponto de culminância foi a barbárie da tentativa de golpe levada a cabo em 8 de janeiro de 2023, enfatizou em seu discurso que um dos eixos norteadores do exercício do seu mandato seria a proteção dos direitos fundamentais, explicitados por ele como os direitos humanos internalizados em nossa ordem jurídica e sobre os quais a Corte estaria buscando “empurrar o País na direção certa”.

Em 4 de outubro de 2023, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal submeteu a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF a julgamento pelo Plenário, podendo este ser considerado como o primeiro julgamento de processo estruturante com nítida vocação para a preservação de direitos fundamentais apreciado pelo Pretório Excelso naquela que, por analogia ao que fazem os estadunidenses, pode ser chamada de Corte Roberto Barroso.

Sumário 2
índice

Em importante estudo, Rodriguez (2013, p. 82) aponta, a partir de uma sólida pesquisa empírica, que nos casos em que a atenção da mídia e da coletividade é despertada de forma mais aguçada, nos julgamentos colegiados, como é o caso de uma ação de descumprimento de preceito fundamental, cada um dos juízes se sente compelido a apresentar um voto próprio, em geral impregnado por elementos que podem trazer a impressão de erudição ou reforçados por argumentos de autoridade que, não raras vezes, remonta ao próprio prolator do voto, ainda que todos eles caminhem em um mesmo sentido. Esse fenômeno, percebido com o início das transmissões da TV Justiça, tem apenas se intensificado nos últimos anos, com extensas coberturas jornalísticas sobre casos que, em geral, envolvem questões de difícil solução ou autoridades da alta estrutura do poder constituído. O ato de julgar se torna, praticamente, uma ode a si mesmo.

Essa anotação se faz pertinente, pois, ao estudar o inteiro teor do acórdão e os votos que foram apresentados por cada um dos dez Ministros que participaram da votação no órgão fracionário de maior estatura da Suprema Corte, pouca – ou nenhuma – diferença existe em torno dos fundamentos que foram empregados por cada um deles para justificar a decisão que reconheceu o estado de coisas inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, dessa maneira, reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, tendo em vista que a inexistência de uma política pública eficiente, estabelecida e executada pelo governo federal, pelos dos estados e do distrito federal, impõe às pessoas submetidas ao cárcere a violação de diversos direitos fundamentais, o que, de forma evidente, conspira contra a dignidade da pessoa e dessa maneira determinou:

> 1. reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro; 2. determinar que juízes e tribunais: a) realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; b) fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, sempre que possíveis,

> tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário; 3. ordenar a liberação e o não contingenciamento dos recursos do FUNPEN; 4. determinar a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação; 5. estabelecer que o prazo para apresentação do plano nacional será de até 6 (seis) meses, a contar da publicação desta decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano; 6. estabelecer que o prazo para apresentação dos planos estaduais e distrital será de 6 (seis) meses, a contar da publicação da decisão de homologação do plano nacional pelo STF, e implementado em até 3 anos, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano local; 7. prever que a elaboração do plano nacional deverá ser efetuada, conjuntamente, pelo DMF/CNJ e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos termos explicitados acima e observada a importância de não alongar excessivamente o feito; 8. explicitar que a elaboração dos planos estaduais e distrital se dará pelas respectivas unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o diálogo com o DMF, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional; 9. prever que em caso de impasse ou divergência na elaboração dos planos, a matéria será submetida ao STF para decisão complementar; 10. estabelecer que todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo Tribunal Federal, de forma a que se possa assegurar o respeito à sua decisão de mérito; 11. determinar que o monitoramento da execução dos planos seja efetuado pelo DMF/CNJ, com a supervisão necessária do STF, cabendo ao órgão provocar o Tribunal, em caso de descumprimento ou de obstáculos institucionais insuperáveis que demandem decisões específicas de sua parte; 12. estipular que os planos devem prever, entre outras, as medidas examinadas neste voto, observadas as diretrizes gerais dele constantes, sendo exequíveis aquelas que vierem a ser objeto de homologação final pelo STF em segunda etapa (Brasil, 2023).

Da decisão, percebe-se nitidamente o caráter estruturante da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF, haja vista que, ao reconhecer uma violação reiterada a direitos fundamentais de um grupo especialmente vulnerável, determinou uma série de providências que devem ser adotadas não apenas por órgãos do Poder Judiciário, mas por diversos atores institucionais de todas as esferas dos poderes constituídos, inclusive, com a explícita exortação da sociedade civil organizada a participar da construção da solução que será apresentada. Além disso, interferiu em questões orçamentárias,

Sumário 2
índice

quando estabelece que os recursos do Fundo Penitenciário Nacional serão destinados a viabilizar a adoção das providências.

O Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que reconhece a destacada violação de direitos fundamentais das pessoas presas, impõe a necessidade de uma ação articulada entre diversos atores institucionais e da sociedade civil, sob uma espécie de coordenação que seria por ele exercida, para a superação desse cenário.

4.2. A importância da decisão do Supremo Tribunal Federal a partir das consequências práticas do *lead case*

É inegável o simbolismo da decisão do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional que se abate sobre o sistema carcerário brasileiro, evidenciando a plena compatibilidade do instituto trazido da experiência da Colômbia para a nossa realidade jurídica. Contudo, para que o mecanismo revele a sua aptidão para a proteção de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, é indispensável avaliar quais as consequências da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF.

Naturalmente, não se pode esperar que um problema que já perdurava por décadas encontraria sua solução imediata, mas como a situação evoluiu até aqui?

A Portaria nº 229 da Secretaria Nacional de Política Penitenciária, datada de 7 de março de 2024, vinculada ao Ministério da Justiça, instituiu o grupo de trabalho incumbido de elaborar o plano estratégico que será apresentado aos atores institucionais e à sociedade civil organizada para deliberação.

O plano recebeu o nome de “Pena Justa”, sendo certo que, até a conclusão deste artigo, ainda estava em debate e, por tal motivo, ainda não é possível perceber qualquer alteração na realidade que tenha sido por ele provocada.

Retomando o que restou decidido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, uma detida leitura dos votos nos permite

Sumário 2
índice

concluir que a existência de um déficit de vagas nas unidades prisionais para receber uma população que tem crescido em um ritmo de progressão geométrica é reputada como o problema primordial da violação dos direitos fundamentais das pessoas presas. Assim, a Corte expressou, de forma muito clara, a sua preocupação com a política de encarceramento que tem sido agravada, em especial nos últimos anos, com o surgimento de uma legislação voltada cada vez mais a atender aos anseios punitivistas de uma parcela significativa da sociedade.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a superlotação do sistema carcerário, que provoca a incapacidade do Estado em oferecer às pessoas que estão ali inseridas o acesso aos direitos fundamentais reclamados na petição inicial, ocorre pelo ingresso desproporcional de novos indivíduos, muitos dos quais, sem um histórico criminal censurável e acusados de fatos penais de menor relevância, ali permanecem por tempo superior ao previsto na decisão que legitima o encarceramento.

Em outras palavras, o estado de coisas inconstitucional surge pelo fato de que o uso excessivo da prisão e a demora injustificada na concessão de benefícios durante a execução da pena inviabilizam que as vagas do sistema carcerário atendam a parâmetros de qualidade, mesmo diante do alto custo que cada uma delas implica para a sociedade.

Nesse ponto, a responsabilidade pelo estado de desconformidade constitucional é das instituições do sistema de justiça, afinal, percebe-se uma injustificada resistência, principalmente do Poder Judiciário e do Ministério Público, em identificar que a prisão deve ser utilizada como medida de última necessidade e não como a cautelar que preferencialmente deverá ser empregada em todo e qualquer processo-crime.

A lei, vale dizer, conta com alguns instrumentos que, se fossem adequadamente manejados, poderiam mitigar os efeitos da superlotação carcerária no Brasil. Vejamos alguns deles.

O art. 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal estabelece a obrigatoriedade do juiz, ao proferir uma sentença condenatória, de considerar o

Sumário 2
índice

tempo que o acusado esteve submetido à prisão provisória para estipular o regime inicial para o cumprimento da pena imposta. O intuito da legislação é muito simples: quando o requisito temporal para uma eventual progressão de regime já tenha sido atingido com a contagem do tempo de prisão provisória, submeter o condenado a prisão em regime mais gravoso converteria a execução da sentença em constrangimento ilegal, pois, por mais célere que fosse o trâmite no juízo da execução penal, o simples ingresso na unidade mais restritiva à liberdade já seria uma ilegalidade manifesta.

Na prática, o que se vê é que esse poderoso instrumento para redução da superlotação carcerária não é utilizado, visto que, sob o argumento de que a progressão do regime será melhor analisada pelo juízo da execução, deixam a cargo deste dizer a respeito. Assim, por exemplo, mesmo já tendo ficado preso tempo o suficiente para fazer jus ao regime semiaberto, muitos juízes obrigam que a pessoa ingresse no sistema prisional em uma unidade que atenda às regras do regime fechado para, somente após, ver deferido o direito a que já fazia jus, a partir da interpretação do dispositivo legal.

O mesmo se diga quanto ao art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que determina a nova avaliação acerca da permanência dos motivos que deram ensejo a decretação da prisão preventiva a cada 90 dias. A interpretação que se deu ao dispositivo legal é a de que não se trata de uma imposição processual apta a ensejar a ilegalidade da prisão imposta à pessoa acusada.

O que se tem, de forma muito clara, é que a interpretação judicial tem caminhado no sentido de frustrar o esforço dos demais poderes, no caso, do Poder Legislativo, para solucionar o grave quadro de violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário, privilegiando, nitidamente, aquelas soluções que dificultam a liberdade das pessoas processadas criminalmente ou condenadas.

Esse problema, aliado à sobrecarga de trabalho nas varas que possuem competência para a execução penal, cria um entrave para que os benefícios a que as pessoas presas façam jus possam ser deferidos em prazo razoável.

Sumário 2
índice

Segundo as informações disponibilizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para analisar os processos de execução penal de quase 60.000 pessoas presas, há 8 juízes de direito, o que significa, em um cálculo simplificado, que cada um deles tem sob sua responsabilidade 7.500 pessoas presas.

É importante dizer, neste ponto, que aos juízes com competência de execução penal não recai apenas a responsabilidade de atuar nos processos avaliando os pedidos que são submetidos pelas partes, mas, de acordo com o art. 66, inciso VII da Lei nº 7.210/1984, devem inspecionar mensalmente as unidades prisionais da sua respectiva jurisdição, além do atendimento aos advogados públicos e privados, como se dá com qualquer magistrado.

Incumbe ao Poder Judiciário, dessa maneira, enfrentar o problema do excesso de trabalho nas varas de execução penal, de tal forma que os benefícios, principalmente a progressão do regime para outro menos restritivo de liberdade, possam ser analisados com maior celeridade.

Como se vê, boa parte do problema demanda a adoção de providências no âmbito do Poder Judiciário.

Ainda no que toca ao sistema de justiça, dessa vez, lançando o olhar para a necessidade de que se garanta às pessoas presas que tenham o acesso à ordem jurídica justa é importante compreender como a Defensoria Pública tem respondido ao estado de desconformidade constitucional. Nesse aspecto, importa salientar que a pesquisa se debruça, com exclusividade, sobre os dados disponibilizados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Em sua estrutura administrativa, a Defensoria Pública Fluminense conta com um núcleo de defensores que fica exclusivamente incumbido de prestar o atendimento nas unidades prisionais do estado, recolhendo dados acerca das necessidades das pessoas presas para atuar em duas frentes: a postulação de benefícios nos processos de execução penal, bem como a propositura de ações coletivas para a solução de problemas estruturantes. Todas as unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro contam com a presença de, ao menos, um defensor público.

Sumário 2
índice

No que diz respeito à atuação dos defensores públicos, para garantir a independência funcional necessária para a defesa dos interesses de qualquer grupo em situação de vulnerabilidade, o Núcleo do Sistema Penitenciário conta com 37 profissionais, com suas respectivas equipes, compostas por acadêmicos de Direito em estágio e funcionários que compõem a carreira de apoio ao trabalho dos membros.

É importante salientar que o art. 61, inciso VIII da Lei nº 7.210/1984 alçou a Defensoria Pública ao *status* de órgão da execução, o que permite, inclusive, que os seus membros monitorem pessoas presas que são representadas por advogado particular regularmente constituído e, se for o caso, postulem benefícios em seu favor, como bem destaca Roig (2022, p. 235).

Essa realidade, é bom dizer, deve estar presente em todas as instituições que compõem o sistema de Defensoria Pública brasileiro, o que, como se sabe, ainda é uma realidade distante, mormente em virtude da escassez de recursos humanos.

O problema de mais difícil solução, ao que parece, é a questão dos recursos financeiros que deverão ser empregados no sistema carcerário brasileiro para viabilizar que as pessoas presas consigam ter acesso aos serviços de saúde, educação formal e trabalho. Em primeiro lugar, pelo fato de que o Brasil enfrenta, ao menos nos últimos 10 anos, um grave quadro de crise econômica que traz à tona reiteradamente o discurso de corte de custos públicos nos mais diversos setores. Em segundo lugar, porque inexiste interesse da classe política em materializar os direitos das pessoas presas, considerando que essa pauta repercute de maneira negativa em determinados setores da sociedade que se afeiçoam ao populismo penal.

No que diz respeito ao serviço de saúde, em consulta ao sítio da Secretaria Nacional de Políticas Penitenciárias do Ministério da Justiça, não se observa qualquer alteração no quadro preexistente à decisão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, já que indica, tão somente, providências que foram adotadas desde o ano de 2014.

Em relação ao trabalho, vale dizer, algumas inovações legislativas têm

Sumário 2
índice

buscado solucionar o problema, notadamente para atender às necessidades dos egressos. O art. 25, parágrafo 9º, da Lei nº 14.133/2021, que dita as regras gerais sobre licitações e contratações públicas, estabelece a possibilidade de que, nos contratos que tenham a previsão do fornecimento de mão de obra em regime de exclusividade, uma parte dos postos formais de emprego sejam destinados aos egressos do sistema penitenciário.

Percebe-se, dessa forma, que se o intuito do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional é viabilizar a atuação concertada dos poderes constituídos, inclusive, com a participação de atores sociais relevantes. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF tem desempenhado essa função, mesmo diante da abordagem de uma pauta que, repita-se até a exaustão, não conta com o apoio de uma parcela significativa da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, desde meados dos anos 1980, surge em diversos países da América do Sul, dentre os quais o Brasil e a Colômbia, um movimento que se origina fora do cenário acadêmico e depois acaba acolhido por diversos professores, que se autoproclama o novo constitucionalismo latino-americano, segundo o qual as relações de colonialidade não podem ser desconsideradas nas construções teóricas, sob pena de manutenção do *status* de submissão cultural que é imposta a esses países. Surge daí, uma influência recíproca da produção acadêmica desses países que, apesar das suas diferenças, são mais semelhantes do que se considerados os Estados Unidos e a Europa.

A marca desse constitucionalismo latino-americano é a fundação da ordem jurídica por uma constituição democrática e que tenha em seu conteúdo uma extensa previsão de direitos fundamentais, em especial, aqueles que exigem uma atuação do Estado – direitos prestacionais ou de 2ª dimensão – para mitigar a situação de desigualdade histórica que afeta alguns grupos vulneráveis, como é o caso das pessoas não-brancas e das mulheres. Todavia, percebe-se um descompasso, em alguns casos, entre os direitos reconhecidos como fundamentais e a sua concretização, na medida em que, infelizmente, é perceptível a inaptidão das políticas públicas que possuem este escopo.

Sumário 2
índice

A Corte Constitucional da Colômbia, em diversos casos, reconheceu que a ausência de políticas públicas enseja uma violação duradoura e sem perspectiva de superação dos direitos fundamentais que afetam grupos numerosos de pessoas e, sem que se estabeleça a obrigação de um arranjo institucional entre diversos atores que compõem as esferas do poder constituído, essa situação de desconformidade com o texto constitucional permanecerá. Surge daí, o mecanismo do estado de coisas inconstitucional, utilizado para acolher os pedidos de reconhecimento de que grupos vulneráveis eram afetados pela omissão estatal, com destaque para a situação dos deslocados forçados e das pessoas em situação de prisão.

Em que pese tenha sido mencionado em ocasião anterior, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF, que buscava o reconhecimento da violação massiva aos direitos fundamentais das pessoas em situação de privação de liberdade por decisão judicial em processo-crime, é considerado o *lead case* no emprego do estado de coisas inconstitucional em terras brasileiras. Desde 2015, mesmo por uma decisão monocrática baseada na urgência, o Supremo Tribunal Federal reconhece a pertinência do instituto delineado na Colômbia para proteger grupos vulneráveis e impor que o Estado atue na concretização do texto constitucional.

Em 2023, com o advento da decisão de mérito e o reconhecimento, em definitivo, de que o Estado brasileiro viola, por uma omissão generalizada, os direitos fundamentais que são reconhecidos às pessoas que estão inseridas no sistema carcerário brasileiro, uma série de providências foram definidas no julgado para a superação desse estado de desconformidade constitucional que, nunca é demais lembrar, é de domínio público há décadas.

A decisão, que estabeleceu metas a serem atingidas pelas diversas esferas de poder, inclusive com a participação da sociedade civil organizada – aqui há mais um traço característico do constitucionalismo latino-americano –, fugiu ao estigma do ativismo judicial, por mais que fossem acolhidas opiniões em sentido diverso, ao assumir tão somente a posição de fomentadora do debate a partir do ideal iluminista de uma Corte Constitucional.

Sumário 2
índice

De fato, a decisão se imiscuiu em questões orçamentárias, quando determinou a liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional para a efetivação das providências a serem adotadas para a superação do estado de coisas inconstitucional. Entretanto, deixou a cargo principalmente do Poder Executivo a construção da política pública a ser implementada.

O que se tem, até aqui, é que a teoria do estado de coisas inconstitucional exerceu a finalidade a que se propôs no *lead case* brasileiro, haja vista que, a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, as diversas esferas do poder constituído estão mobilizadas para o enfrentamento da grave situação que assola, de longa data, o sistema carcerário.

A expectativa é que o bom emprego da teoria colombiana do estado de coisas inconstitucional se intensifique no Brasil para viabilizar a defesa de grupos vulneráveis, como a população LGBTQIAPN+, que tem os seus direitos fundamentais vulnerados de forma perene pelo vácuo de políticas públicas em seu benefício.

REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ASSIS, Fábio José Silva de; VIEIRA, José Ribas. Do neoconstitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: um processo de luta das minorias. *In*: SOUSA, Adriano Corrêa; LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina (org.). **Constitucionalismo Latino-americano:** teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Gratidão, Justiça e o País que queremos:** discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/RobertoBarroso/Discu rsos/Proferidos/1248661.pdf. Acesso em 15/06/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Custodiado – Integridade Física e Moral – Sistema Penitenciário – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Adequação. Cabível é a arguição [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 4 out. 2023. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=77355325 6; https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20347%22&b=. Acesso em 16/06/2024.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. **Teoria crítica da raça: uma introdução**. Tradução Diógenes Moura Breda. 3ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

FONTELES, Samuel Sales. O inconstitucional estado de coisas: ficção e realidade. *In*: **Revista de Processo Comparado**, ano 4, v. 7, jan.-jul. 2018, p. 253-280.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Tradução Eric Nepomuceno, 2ª ed. Porto Alegre: LP&M, 2012.

HARDING, Roberta M. *The enforcement of prisoners' rights in the United States: an access to the Court issue*. *In*: **Coventry University Law Journal**. v. 3. Issue 1. maio 1998. Disponível em https://core.ac.uk/download/pdf/232566852.pdf. Acesso em 12/06/2024.

LIRA, Adriana Costa. **O Processo Coletivo Estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, v. 14, n. 3, e32760, set./dez. 2019. Disponível em https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760. Acesso em 06/06/2024.

MARTINEZ DALMAU, Rubén; VICIANO PASTOR, Roberto. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? *In*: CONGRESSO MUNDIAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2010. **Anais Eletrônicos** [...]. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2010. Disponível em https://latinoamerica.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/134/2015/01/Viciano-Pastor-Articulo.pdf. Acesso em 28/05/2024.

MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Philippe Oliveira de; CORBO, Wallace. **Manual de educação jurídica antirracista**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O Estado de Coisas Inconstitucional:** entre o constitucionalismo e o Estado de Exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

Sumário 2

índice

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; PAIVA, Lívia de Meira Lima. **História crítica da positivação dos direitos humanos:** ensaios para uma crítica decolonial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

WATSON, Alan. **Legal transplants:** an approach to comparative law. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

UFF PPGDIN

Sumário 2

índice

PROCESSO ESTRUTURAL TRANSNACIONAL: PANORAMA SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS[1]

Larissa Clare Pochmann da Silva[2]
Marcelo Pereira de Almeida[3]

Sumário: Introdução. 1. O processo estrutural e seu espectro transnacional. 2. Previsões normativas. 3. Casos. 4. Reconhecimento e execução da sentença: perspectivas e propostas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os processos estruturais têm como enfoque a reestruturação de uma instituição pública ou privada, através de um plano de médio a longo prazo, tendo em vista que sua atuação causa, fomenta ou viabiliza um litígio estrutural, que causa, gera ou potencializa violações de direitos, sobretudo de direitos fundamentais. Seu embasamento na atualidade está ligado ao fortalecimento da jurisdição constitucional, à ampliação dos poderes do

Sumário 2
índice

[1] O presente texto foi publicado em Clare Pochmann da Silva, Larissa; Pereira de Almeida, Marcelo. PROCESSO ESTRUTURAL TRANSNACIONAL: PANORAMA SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS. In: Renato Cerceau. (Org.). Coletânea de estudos avançados em direito - Turma 2024: Programa de Pós-doutorado em Direito Instituições e Negócios do PPGDIN/UFF. 1ed. Rio de Janeiro: Cerceau, 2025, v. 1, p. 75-94.

[2] Pós-Doutora em Direito Processual pela UERJ. Pós-Doutora em Direito pelo Programa de Direito, Instituições e Negócios da UFF. Doutora e Mestre em Direito pela UNESA. Professora da UNESA. Advogada. E-mail larissacpsilva@gmail.com. Lates http://lattes.cnpq.br/2580346811153197.

[3] Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ e Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF; Professor do PPGDIN da UFF (doutorado); Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Líder do grupo interinstitucional de pesquisa "Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas" (UFF, Unilasalle/RJ e UCP). Advogado. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0245213114864531.

juiz na condução do processo, consagrados no artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015, à flexibilização procedimental e à releitura do princípio da congruência.

Porém, em um mundo globalizado, os danos transnacionais de massa, como desastres ambientais e violações massivas de direitos humanos, exigem uma abordagem jurídica complexa que transcende as fronteiras nacionais. Inclusive, os fluxos migratórios e os danos transnacionais são relevantes indicadores que, na contemporaneidade, o processo estrutural pode ter um importante espectro transnacional.

Nessa perspectiva, o presente trabalho objetiva analisar o espectro transnacional dos processos estruturais. Para isso, através da análise bibliográfica e documental, com um tratamento qualitativo das informações obtidas, inicia contextualizando a relevância do tema na atualidade, prossegue com a análise das, se existentes, previsões legislativas sobre o espectro transnacional, analisa casos e finaliza tentando construir propostas para a temática mais sensível: o reconhecimento e a execução de uma sentença em um processo estrutural transnacional, concebendo, para isso, uma proposta de requisitos mínimos a serem observados em prol da efetividade de sua implementação.

Sumário 2
índice

1. O PROCESSO ESTRUTURAL E SEU ESPECTRO TRANSNACIONAL

O manuseio de processos estruturais vem ganhando cada vez mais espaço no Supremo Tribunal Federal, através da instauração do Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC, enquanto a doutrina fortalece seu aporte teórico a partir de uma perspectiva nacional (Almeida; Deus, 2019, p. 269-287) e comparada (Puga, 2014, p. 41-82). Para se conceituar o cenário tratado, trabalha- se com a ideia de processo estrutural (Almeida; Pinto, 2022, p. 581) como aquele em que se busca reestruturar uma instituição pública ou privada cujo comportamento causa, fomenta ou viabiliza um litígio estrutural, que gera ou potencializa violação de direitos, sobretudo de direitos fundamentais.

O conceito de processo estrutural pressupõe um problema estrutural (Didier Jr., Zaneti Jr., Oliveira, 2020, p. 48), a existência de

> um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação).

O estado de desconformidade não é necessariamente um ilícito, mas sim uma situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante (Casimiro, 2024, p. 84). Existindo um estado de desconformidade, a solução do problema não pode dar-se com apenas um único ato, havendo a necessidade de intervenção para promover uma reorganização ou uma reestruturação da situação (Arenhart; Osna; Jobim, 2021, p. 31).

Por isso, a reestruturação conectada a um processo estrutural envolve a elaboração de um plano de médio a longo prazo para alteração do funcionamento da instituição e sua implementação (que se dá por meio da execução estrutural), mediante providências sucessivas e incrementais, que possam garantir o alcance dos resultados almejados, sem provocar efeitos colaterais indesejados ou minimizando-os (Jobim, 2022, p. 287). As etapas do plano são cumpridas, avaliadas e reavaliadas continuamente do ponto de vista do avanço que proporcionam e o estímulo ao consenso é fundamental para alcançar um resultado mais adequado ao esperado.

O processo estrutural caracteriza-se, portanto, por um estado de desconformidade, buscando sua transição do estado de desconformidade para o estado ideal de coisas, através de um procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido.

Para isso, a doutrina estruturalista fomenta o discurso de que o processo civil tradicional deve ser remodelado, passando a se amoldar à realidade

Sumário 2
índice

estrutural, que é marcada pela necessidade de um procedimento flexível, que visa a resolver conflitos complexos e multipolares.

Além disso, é mister que haja a ampla e necessária possibilidade de diálogo entre todos os atores direta ou indiretamente envolvidos (Rodrigues, Strätz, 2024, p. 453-492), com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária (Santiago; França, 2021, p. 118-143).

Não se pode deixar de pontuar, ainda, a relevância da consensualidade (Didier Jr; Fernandez, 2024, p. 419-452), uma das apostas desse seguimento doutrinário e jurisprudencial para a construção da solução mais adequada no plano (Vitorelli, 2021, p. 71) para fazer cessar em definitivo a situação de desconformidade.

Essa contextualização torna-se ainda mais relevante ao se deparar com o cenário globalizado. No cenário contemporâneo, tanto na esfera pública como na privada, as relações de massa expandem-se continuamente, fruto da concentração urbana, da globalização, da produção e do consumo em escala de massa, da padronização de contratos, da elaboração desenfreada de normas pelo Estado, aliados às inovações tecnológicas e à rápida difusão da informação, com intenso fluxo de informações, mercadorias e pessoas, com a multiplicação de lesões decorrentes de circunstâncias de fato ou de relações jurídicas comuns (Mendes, 2014, p. 35), capazes de proporcionar danos de massa, que afetam um grande número de indivíduos (Nagareda, 2007, p. VIII). Essas lesões não se restringem mais às fronteiras delineadas para cada Estado, perpetuando-se por diversos territórios e atingindo diversas pessoas que, pertencentes a diversas culturas (Taruffo, 2001, p. 291-343) e sob a tutela de diversos ordenamentos, tentam buscar a reparação.

No âmbito estrutural, a realidade não é distinta. Acentuam-se a multipolaridade típica dos processos estruturais, com multiplicidade dos interesses envolvidos sobre o objeto do processo, além de situações que afetam tanto a esfera individual como a esfera coletiva e que são naturalmente

Sumário 2
índice

complexas, ensejando múltiplas soluções. Há dois escopos concretos que deixam latente a transnacionalidade dos processos estruturais: um referente ao fluxo migratório e outro referente à diversidade ambiental.

A Agência Nacional da Organização das Nações Unidas lançou, no dia 7 de maio de 2024, o Relatório Mundial sobre Migração de 2024 (ONU, 2024), com dados recentes que revelam a intensidade da migração em todo o mundo. Basta destacar que as remessas internacionais tiveram um aumento de 650%, passando de 128 bilhões para 831 bilhões de dólares entre 2000 e 2022; as remessas de migrantes ultrapassam os investimentos estrangeiros diretos no aumento do PIB das nações em desenvolvimento e o mundo alcançou, em 2024, 281 milhões de migrantes, havendo 164 milhões de migrantes a mais do que em 2022.

Por sua vez, não há dados da posição do Brasil no ranking migratório mundial, mas, de 2010 a 2024, segundo dados do Boletim das Migrações (SENAJUS, 2024), divulgado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), por meio da Secretaria Nacional de Justiça (SENAJUS), de 2010 a agosto de 2024, o Brasil registrou a entrada de 1.700.686 migrantes, entre residentes permanentes, temporários e fronteiriços. Além disso, o País reconheceu 146.109 pessoas como refugiadas e recebeu 450.752 solicitações de reconhecimento da condição de refugiado. Portanto, o fluxo migratório, nesse período, foi de cerca de 2,3 milhões de pessoas.

Do mesmo modo, há a imigração de brasileiros para o exterior, especialmente em períodos de instabilidade política ou econômica. Com isso, questões como tráfico de pessoas e condições de trabalho de brasileiros contratados como empregados no exterior emergem como potenciais problemas estruturais. Segundo o Senado Federal, entre 2012 e 2019, foram registradas 5.125 denúncias de tráfico de pessoas e 3.601 denúncias de tráfico de crianças e adolescentes nos canais de atendimento do Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania (Senado Notícias, 2023).

Já na outra seara, da diversidade ambiental, cumpre destacar que o Brasil (Ministério do Meio Ambiente e Mudanças do Clima, 2024) ocupa quase metade

Sumário 2
índice

da América do Sul e é o país com a maior biodiversidade do mundo. São mais de 116.000 espécies animais e mais de 46.000 espécies vegetais conhecidas no País, espalhadas pelos seis biomas terrestres e três grandes ecossistemas marinhos. Suas diferentes zonas climáticas do Brasil favorecem a formação de biomas (zonas biogeográficas), a exemplo da Floresta Amazônica, maior floresta tropical úmida do mundo; o Pantanal, maior planície inundável; o Cerrado, com suas savanas e bosques; a Caatinga, composta por florestas semiáridas; os campos dos Pampas; e a floresta tropical pluvial da Mata Atlântica.

As questões ambientais tendem a adquirir um aspecto transnacional. Inclusive, Flavia Pereira Hill (Hill, 2025, p. 161-182) exemplifica que, em agosto de 2024, a Bolívia pediu ajuda ao Brasil para combater incêndios florestais na fronteira, diante do risco de chegar ao lado brasileiro do Pantanal, especialmente em Mato Grosso e Mato Grosso do Sul e, em 2022, a ADPF nº 708, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese:

> O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º, c/c o art. 9º, § 2º, LRF).

As temáticas migratória e ambiental são apenas dois destaques do espectro e da relevância da transnacionalidade do processo estrutural na contemporaneidade, que exige ações coordenadas de autoridades e externaliza a importância do diálogo e da cooperação.

2. PREVISÕES NORMATIVAS

As previsões normativas sobre o processo estrutural transnacional acabam, no Brasil e no mundo, voltadas para as legislações falimentares, ainda concentrando o caráter estrutural do processo de falência (Paula, 2020), sem se preocupar com outras questões sensíveis, como a migração e a

Sumário 2
índice

questão ambiental trazidas neste trabalho.

No Brasil, a Lei nº 11.101, de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, foi alterada pela Lei nº 14.112, de 2020, regulou a insolvência transnacional, adotando as disposições da Lei Modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL, de 1997, para auxiliar o desenvolvimento, no âmbito dos países, de regimes jurídicos próprios de insolvência, ajustados aos parâmetros internacionais.

A Lei nº 14.112, de 2020, trouxe como objetivo a cooperação internacional entre juízes e demais autoridades competentes do Brasil e de outros países; a segurança jurídica para o desenvolvimento econômico; a proteção do interesse coletivo dos credores; a maximização do valor dos ativos do devedor; a preservação de empregos; dentre outros (Cavalcante; Maciel, 2024).

O próprio texto aprovado no Senado Federal em outubro de 2024 para uma legislação sobre processo estrutural consagra três características para o processo estrutural no Brasil: a) flexibilidade do procedimento; b) contraditório ampliado, com diálogo envolvendo setores da sociedade civil, entes públicos e empresas privadas e c) maior grau de horizontalidade entre os sujeitos envolvidos, com um agir mais criativo e dialógico do julgador.

Nesse contexto, as previsões transnacionais acabam sendo registradas na União Europeia e são voltadas para o processo coletivo, de forma mais ampla, sem uma referência específica ao processo estrutural.

A Recomendação da Comissão Europeia, de 11 de junho de 2013 (Mendes; Silva, 2015, p. 195-211), relativa aos princípios comuns que regem os mecanismos de tutela coletiva por mandado judicial e a tutela compensatória a nível dos Estados-Membros em relação a violações dos direitos garantidos pelo bloco trouxe um tratamento tímido para as ações coletivas transnacionais.

No artigo 17.º da recomendação, devem ser destacados dois aspectos. Existe uma definição que é fornecida para litígios transfronteiriços, como o que

Sumário 2
índice

"afeta *pessoas singulares ou coletivas de vários Estados-Membros*". Além disso, as regras nacionais relativas à admissibilidade e à capacidade jurídica dos agrupamentos estrangeiros de demandantes ou das entidades representativas pertencentes a outras ordens jurídicas nacionais não se opõem à propositura de uma única ação coletiva perante a mesma jurisdição.

O artigo 18 do regulamento, por outro lado, dá a qualquer entidade representativa a legitimidade para atuar perante os tribunais em favor da proteção de danos transfronteiriços massivos. Esta ampla disposição da legitimidade das entidades associativas garante que os danos para além das fronteiras geográficas não ficam sem reparação.

A recomendação não contém disposições sobre a eficácia da decisão proferida em ação coletiva transnacional, devendo ser buscadas as disposições não específicas da Instrução Normativa nº 1.215 de 2012.

Ainda no contexto da União Europeia, outro regulamento importante é a Diretiva (UE) 2020/1828. Embora a referida Diretiva precise ser transposta para cada país, ela abre a perspectiva da possibilidade de ações coletivas de compensação no campo do consumo, o que já era muito comum na América, especialmente nos Estados Unidos (Hensler, 2017, p. 972), trazendo uma pequena aproximação entre os modelos.

A diretiva define o que é a ação coletiva transfronteiriça e tem várias disposições relevantes, uma vez que contempla a possibilidade de proteção compensatória para os consumidores.

O artigo 3.º, n.º 7, da diretiva define a ação coletiva transfronteiriça como uma ação coletiva proposta por uma entidade qualificada noutro Estado-Membro que não aquele em que a entidade qualificada foi designada. Para ser designada como entidade qualificada, a entidade deve cumprir os requisitos do artigo 4.º, n.º 3, da diretiva. Além disso, a entidade deve constar em uma lista específica, pois contém o item 32.

Outro ponto é a possibilidade de os Estados-Membros criarem uma base de dados de entidades qualificadas a nível nacional e transfronteiriço (ponto 63 da diretiva).

Sumário 2
índice

Tendo em conta o disposto no artigo 5.º, n.º 1, da diretiva, que previa que cada Estado-Membro devia comunicar à Comissão, até 26 de dezembro de 2023, uma lista dessas entidades qualificadas que tinha previamente designado para propor ações coletivas transfronteiriças, incluindo o nome e o objeto social dessas entidades qualificadas, já existe hoje uma lista dessas entidades na União Europeia qualificado até mesmo para litígios transnacionais.

Além disso, o artigo 20.º, n.º 4, prevê a colaboração dos Estados-Membros e a divulgação de boas práticas para a reparação de danos, tanto a nível nacional como transfronteiriço. O artigo 23.º, n.º 1, da diretiva contém uma disposição importante para o controle em situações transfronteiriças, uma avaliação que, de acordo com o artigo 23.º, n.º 3, deve ter lugar antes de 26 de junho de 2028.

Especificamente sobre a execução, não há qualquer previsão específica sobre o reconhecimento e a execução de uma sentença proferida em processo estrutural, sendo a regulação sobre o reconhecimento e a execução da sentença coletiva em geral. Trata-se da legislação espanhola, a Lei n.º 29/2015, sobre cooperação jurídica internacional em matéria civil (Inchausti, 2015, p. 158-187). O reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras estão previstos especificamente no artigo 47.º da legislação. Para que uma sentença estrangeira produza efeitos em Espanha, estão previstos três requisitos: a) notificação: a ação coletiva estrangeira deve ter sido comunicada ou publicada em Espanha por meios equivalentes aos da legislação nacional; b) As vítimas que se encontrem fora do território estrangeiro devem ter as mesmas possibilidades de se inscreverem no processo coletivo ou de se dissociarem das que se encontram no território nacional; c) juízo competente.

3. CASOS

Apesar da carência normativa, alguns casos se destacam no cenário do processo estrutural transnacional.

O tema inicia-se com a referência a um caso que, embora não constitua um processo estrutural transnacional, estabelece uma premissa relevante para a

Sumário 2
índice

necessária dialeticidade desses processos. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.212.272-AL, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25 de setembro de 2024. Nesse julgamento, reconheceu-se a admissibilidade de *amicus curiae* estrangeiro em ações que envolvem direitos humanos, considerando o caráter universal desses direitos.

Tratando-se de um processo transnacional, como relatam Carlos Henrique Bezerra Leite e Graziela Zaneti (Bezerra Leite; Zaneti, 2022, p. 216-218), o caso Odebrecht teve início quando o Ministério Público do Trabalho ajuizou a ação civil pública nº 10230-31.2014.5.15.0079 perante a 2° Vara do Trabalho em Araraquara, pleiteando, em síntese, a condenação da Construtora Norberto Odebrecht S/A., da Olex Importação e Exportação S.A. e da Odebrecht Agroindustrial S.A. (antes denominada ETH Bioenergia), em obrigações de fazer e de não fazer, bem como o pagamento de danos morais coletivos por contratação irregular arregimentar trabalhadores de forma irregular e por manter trabalhadores em Angola, em desrespeito a direitos trabalhistas e com cerceamento da liberdade de ir e vir, mediante violência , bem como pelo beneficiamento irregular de financiamento do BNDES para aplicação em obras em Angola.

Neste caso, uma parte dos danos (aliciamento e tráfico internacional de trabalhadores) ocorreu no Brasil e a outra parte em Angola (submissão de trabalhadores à condição análoga a de escravo). Em Angola, cerca de 2.100 empregados angolanos e brasileiros (cerca de 400) foram submetidos à situação degradante nas obras para a implantação da usina de açúcar em 2014, pertencente, formalmente, à empresa angolana Biocom/Companhia de Bioenergia de Angola Ltda.

Após a condenação das empresas rés em primeiro grau de jurisdição, acordaram as partes, no dia 3 de março de 2017, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, para fim de dar quitação à indenização pleiteada na inicial da ação civil pública, que as empresas pagariam, de forma solidária, R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), além da assunção de obrigações de não fazer.

Sumário 2
índice

Um caso mais recente é *Verein Klimaseniorinnen Schweiz v. Suíça*, julgado em 9 de abril de 2024 pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Na decisão, a Corte analisou a demanda de uma associação de mulheres idosas da Suíça, que alegavam que sua saúde estava ameaçada por ondas de calor intensificadas pela crise climática. A CEDH reconheceu que a Suíça violou o direito à proteção efetiva contra os impactos adversos graves das mudanças climáticas, afetando a vida, a saúde, o bem-estar e a qualidade de vida dessas mulheres.

O caso permitiu que as fronteiras estatais não fossem barreiras para o problema estrutural ao meio ambiente, trazendo maior efetividade na solução de problemas estruturais.

4. RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA: PERSPECTIVAS E PROPOSTAS

A execução dos processos estruturais envolve dois momentos importantes (Arenhart; Osna, 2021, p. 256-257): um, vinculado à decisão que reconhece o estado de desconformidade da situação discutida e outro, que se pretende estruturar as instituições para que possam aperfeiçoar seu comportamento em outros casos, fomentar as condições para que elas possam se reestruturar.

Um processo desenhado para alterar uma realidade institucionalizada exige instrumentos capazes de tornar a solução efetiva, logrando a efetiva modificação trazida na sentença. Se esse desafio já é grande no cenário nacional, torna-se ainda maior ao se tratar de um cenário transnacional.

Para isso, para além dos requisitos de homologação e execução de uma sentença estrangeira, deve-se observar as peculiaridades do monitoramento e implementação do plano de ação (Casimiro, 2024, p. 258) inerente ao processo estrutural para além das fronteiras estatais.

Para isso, é preciso pontuar que não se pretende, ao construir uma proposta buscando o reconhecimento e a homologação de sentenças proferidas

Sumário 2
índice

em processos estruturais, suprimir e as ideias, valores e normas compartilhados pelos grupos sociais, englobando crenças cognitivas e normativas, de diferentes países. A harmonização se limita a requisitos mínimos para o tratamento mais efetivo de questões comuns transnacionais e pode tornar a previsão nacional mais efetiva (Nylund, 2019, p. 241) , até mesmo porque, até o momento, muitas legislações nacionais são silentes sobre o tema.

Os requisitos mínimos devem, sem dúvida, respeitar as garantias fundamentais do processo (Picó i Junoy, 2012, p. 12). Nessa perspectiva, a necessidade de garantir a reparação as vítimas não devem fazer nenhuma distinção em relação ao valor ou ao tipo de obrigação a ser cumprido, aplicando-se a todas as obrigações a serem observadas.

Porém, o primeiro ponto é o respeito ao devido processo legal (Oteiza, 2009, p. 183) , respeitando-se os seus corolários do contraditório e da ampla defesa, de forma que haja oportunidade de manifestação sobre a sentença no local em que se pretende efetivá-la para além da fronteira do Estado em que foi proferida.

Ademais, o processo estrutural precisa ser democrático, pautando-se pela ampla possibilidade de participação e pela publicidade, todos os afetados por decisões públicas devem participar do processo decisório, diretamente ou através de seus representantes e a decisão proferida deve resultar de um processo argumentativo público entre cidadãos livres e iguais, comprometidos em justificar suas concepções e abertos a analisar as concepções divergentes (Casimiro, 2024, p. 93).

Tal como previsto no cenário espanhol para o processo coletivo em geral, o juízo que proferiu a sentença deve ser competente e é importante acrescentar requisito lá não previsto: o conteúdo da sentença não deve ofender o ordenamento nacional.

Por fim, mas não menos importante, tem-se a valorização do consenso. É fundamental o papel do consenso para a implementação do plano de ação para além das fronteiras estatais, especialmente porque poderá haver uma mutabilidade das condições do litígio, com impossibilidade de resolução total pela via da coisa julgada (Vitorelli, 2018, p. 273-310).

Sumário 2
índice

Nesse sentido, o desenho de solução de disputas (DSD) (Faleck, 2018), um modelo de trabalho para propor um sistema com combinação de métodos de solução de conflitos, priorizando a produção de soluções consensuais, ao manter um diagnóstico, a partir da análise desde as partes envolvidas, passando pelos recursos e métodos, até chegar à proposta de métodos de tratamento do conflito, permitirá um espaço de consenso fundamental para a adaptação do plano de ação que será implementado para além das fronteiras estatais.

CONCLUSÃO

Em um mundo globalizado, revela-se cada vez mais latente a necessidade de se analisar o processo estrutural a partir de seu espectro transnacional. O intenso fluxo migratório e os danos ambientais fazem com que a reestruturação intrínseca ao processo estrutural, com a transformação da realidade, precise ser feita para além das fronteiras físicas dos Estados.

Nessa perspectiva, apesar da escassa previsão legislativa sobre o tema, alguns casos já indicam essa realidade, inclusive envolvendo diferentes continentes, como é o caso da Construtora Norberto Odebrecht S/A. e *Verein Klimaseniorinnen Schweiz v. Suíça*.

O reconhecimento e a execução da sentença estrutural proferida em um país em outro revela-se, porém, um grande desafio, sobretudo pela grande possibilidade de mutabilidade na implementação no plano de ação.

Para isso, a fim de garantir a economia processual, mas garantir a amplitude da necessária reestruturação inerente aos processos estruturais, deve-se fundamentalmente observar as garantias fundamentais do processo, com a observância ao devido processo legal, a ampla possibilidade de participação e publicidade, a competência do juízo que proferiu a sentença e uma extensiva valorização do consenso, sobretudo através do desenho de solução de disputas (DSD).

Sumário 2
índice

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira; DEUS, F. B. **Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequado**. Revista de Processo, v. 289, mar. 2019, p. 269-287.

ALMEIDA, Marcelo Pereira; PINTO, Adriano Moura da Fonseca. **Reflexões e Perspectivas sobre os Processos Estruturais**. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; ALMEIDA, Marcelo Pereira (Orgs). Temas Contemporâneos de Direito Processual. Londrina: Thoth, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: RT, 2021.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; ZANETI, Graziela Argenta. **Caso Odebrecht em Angola: autocomposição em processo coletivo transnacional**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 23, 2022, p. 213-235.

CASIMIRO, Matheus. **Processo estrutural democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

CASIMIRO, Matheus; NAVARRO, Trícia; CAMPOS MELLO, Patricia Perrone. **O processo estrutural no STF: quando e como encerrá-lo?** Disponível em https://www.jota.info/artigos/o-processo-estrutural-no-stf-quando-e-como-encerra-lo. Acesso em 16/02/2024.

CAVALCANTE, Josivânia R.; MACIEL, Valentina Nery Antunes. **A Insolvência Transnacional regulada pela lei 14.112/20**. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/355016/a-insolvencia-transnacional-regulada-pela-lei-14-112-20. Acesso em 12/12/2024.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Dez Senões do Processo Estrutural**. Empório do Direito. Coluna ABDPRO, 16 jun. 2021. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural. Acesso em 10/12/2024.

DIDIER JR., F.; ZANETI JR. H.; OLIVEIRA, R. A. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 303, mai. 2020, p. 45 – 81.

DIDIER JR., F.; FERNANDEZ, Leandro. **Processo estrutural e justiça multiportas.** SUPREMA– Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 4, n. 2, jan.-jul. 2024, p. 419-452.

Sumário 2

índice

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional"**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, ano 1, n.º 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

HENSLER, Deborah. **From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally**. Kansas Law Review, 65, 2017.

HILL, Flavia Pereira. **Processos estruturais e litígios transnacionais**. In: AMORELLI, Carla; PEIXOTO, Danielle; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Estudos sobre o Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2025, p. 161- 182.

INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.** Cuadernos de Derecho Transnacional. Outubro de 2015), vol. 7, nº 2, p. 158- 187.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na jurisdição constitucional**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 4.ed., 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A Recomendação da União Europeia, de 11.06.2013, sobre as ações coletivas**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2015, v. 239, p. 195-211.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇAS DO CLIMA. **Biodiversidade e Bioma**. Disponível em https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade-e-biomas#:~:text=O%20Brasil%20ocupa%20quase%20metade,e%20tr%C3%AAs%20grandes%20ecossistemas%20marinhos. Acesso em 10/12/2024.

NAGAREDA, Richard. **Mass Torts in a World of Settlement**. Chicago: Oxford University, 2007

NYLUND, Anna (coord.); STRANSBERG, Magne (coord.). **Civil Procedure and Harmonisation of Law**. Cambridge: Intersentia, 2019

Sumário 2

índice

NUNES, D; BAHIA, A. G. M. F. de M.; GOMES, R.; ASSIS, R. **Processo estrutural e litigância de interesse público**. In: NUNES, D. et al (Org.). Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais (recurso eletrônico). Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 379-406.

ONU. **Relatório Mundial sobre Migração de 2024**. Disponível em https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbdl1496/files/documents/2024-05/world-migration-report-2024.pdf. Acesso em 10/12/2024.

OTEIZA, Eduardo. **El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina**. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 34, n. 173. jul. 2009.

PAULA, Guilherme Dalmonechi Thompson de. **A falência como processo estrutural para a tutela coletiva: uma releitura do papel a ser desempenhado pelo Ministério Público enquanto legitimado constitucional extraordinário no requerimento de falência**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo, 2020.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantias constitucionales del processo**. Barcelona: Bosch Editor, 2012.

PUGA, M. **El litigio estructural**. Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo. Año I, n. 2, nov. 2014, p. 41-82.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; STRÄTZ, Murilo. **Processos estruturais e diálogos institucionais: por uma dogmática sem dogmas**. SUPREMA– Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 4, n. 2, jul. – dez. 2024, p. 453-492.

RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 211-237.

SANTIAGO, Flavia Danielle; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. **Processo coletivo, estrutural e dialógico: o papel do juiz-articulador na interação entre os partícipes na ação civil pública**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 25, n. 50, 2021, p. 118-143.

SENADO NOTÍCIAS. **Tráfico de pessoas, exploração sexual e trabalho escravo: uma conexão alarmante no Brasil**, 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2023/07/trafico-de-pessoas-exploracao-sexual-e-trabalho-escravo-uma-conexao-alarmante-no-brasil Acesso em 10/12/2024.

SENAJUS. **Boletim das Migrações**. Disponível em https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/secretaria-nacional-de-justica-senajus/boletim-da-migracao-no-brasil_10102024_versao-agosto-final-10-out-2024-1.pdf. Acesso em 10/12/2024.

TARUFFO, Michele. **Dimensões transculturais da justiça civil**. Revista da Esmape, Recife, v. 5, n. 11, jan./jun. 2000, p. 291-343.

VITORELLI, Edilson. **Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados significativos.** Revista de Processo, vol. 275, 2018, p. 273- 310.

_____ . **Processo estrutural**. Teoria e Prática. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

Sumário 2

índice

O MINISTÉRIO PÚBLICO NOS CONLFITOS ESTRUTURAIS: REFLEXÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro[1]

Sumário: Introdução; 2. Breves considerações sobre conflitos coletivos estruturais. 2.1. Posicionamento clássico sobre a atuação do membro do Ministério Público em inquéritos civis e ações civis públicas. 2.2. O princípio da independência funcional (§ 1º do artigo 127 da Constituição Federal/1988). 2.3. Posicionamento alternativo em torno da necessidade de participação dos titulares dos direitos transindividuais violados ou ameaçados no âmbito de conflitos estruturais: uma leitura do princípio constitucional do devido processo legal. 2.3.1. A ideia de relação processual. 3. Um novo argumento para o debate. 3.1. A verdade como resultado de uma ação intersubjetiva. Uma visão habermasiana. 3.2. A participação e a teoria da ação comunicativa. Conclusão. Referências.

Sumário 2

índice

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de refletir a respeito do princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, atualmente previsto no artigo 127, § 1º da Constituição Federal de 1988, no âmbito dos conflitos coletivos estruturais e na perspectiva do direito à participação daqueles que figuram como titulares dos direitos e interesses em jogo.

Como se sabe, o Ministério Público, por força do inciso III do artigo 129 da Carta Magna, tem legitimidade ativa para instaurar e presidir inquérito civis e para deflagrar ação civil pública visando à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses públicos e coletivos. Trata-se de legitimidade processual ativa definida pelo próprio texto constitucional em razão do *status* de "instituição de garantia" (Guimarães, 2023, p. 211) conferido ao

[1] Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito de Lisboa. Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócio da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Email: barbosaribeiro@id.uff.br.

Ministério Público brasileiro pelo Poder Constituinte originário, em certa medida justificado pela necessidade de se designar na própria Carta Magna ente público competente para a defesa dos interesses coletivos dos mais vulneráveis, sem sujeitá-lo a critérios de conveniência e oportunidade do legislador ordinário.

Entendeu-se importante, naquele contexto histórico - marcado por preocupações em torno da efetividade das normas constitucionais -, garantir constitucionalmente, independentemente da existência de lei, representação processual dos titulares dos direitos materiais por meio do Ministério Público, instituição integrada por membros com independência funcional para reivindicar em juízo (e fora dele) a reparação de danos causados a direitos transindividuais, especialmente aqueles de natureza fundamental.

Nas palavras de Rodrigo Guimarães, "*o acesso ao Ministério Público pelo cidadão, assim como o direito fundamental do acesso à Justiça, deve ser encarado como garantia fundamental disponibilizada aos cidadãos, que buscam na instituição meios instrumentais de proteção e garantia dos direitos fundamentais.*" (2023, pp. 209/210). Com efeito, o Ministério Público é visto aqui como meio (instrumento) de acesso a direitos fundamentais titularizados por terceiros; trata-se, portanto, de uma atribuição constitucional baseada na visão segundo a qual o membro do Ministério Público, dotado de todas as garantias para decidir com independência, reúne os atributos técnicos para tutelar ele próprio direitos coletivos de terceiros. Aos representados, substituídos processualmente pelo Ministério Público, não se exigiria necessariamente qualquer participação nas discussões em torno de seus direitos ou em eventual estratégia de atuação, já que tal tutela já contaria com os esforços de instituição habilitada tecnicamente para esse fim.

Subjacente a essas ideias, prevaleceu o entendimento segundo o qual as populações mais vulnerabilizadas, com menor capacidade de mobilização e de se fazer representar processualmente (uma espécie de "inimputabilidade social"), dependeriam da atuação do Ministério Público para garantir seu acesso à Justiça e a direitos fundamentais, sendo, portanto, despicienda sua participação efetiva nas tomadas de decisão, que caberiam à instituição ministerial (em fase pré-processual) e ao Poder Judiciário (após o ajuizamento de eventual demanda),

Sumário 2
índice

entes com condições técnicas para interpretar o Direito e tutelar integralmente os interesses envolvidos[2].

Do ponto de vista exclusivo do Ministério Público, a presença deste tipo de previsão constitucional, muito fundada na lógica da representação de interesses, acabou funcionando como uma garantia de acesso coletivo à Justiça, imune às conveniências políticas da atividade do legislador infraconstitucional, a quem deixou de ser juridicamente possível limitar no presente e no futuro as atribuições ministeriais previstas na Constituição Federal.

Ocorre que, passados mais de trinta anos da vigência da Constituição Federal brasileira, sobretudo a partir da identificação pela dogmática processualista brasileira de conflitos coletivos caracterizados por sua alta complexidade, conflituosidade e irradiação de efeitos, tornou-se cada vez mais oportuno refletir acerca da adequação de um modelo de atuação ministerial muito centrado na instituição e na sua capacidade técnica de representar, com base nas convicções de seus membros, os reais titulares dos direitos violados. Por isso, tem- se intensificado discussões em torno da necessidade de maior diálogo entre o Ministério Público (representante) e os titulares de direitos coletivos (representados), de modo a possibilitar que os membros da instituição compreendam melhor as realidades e perspectivas socioculturais daqueles que representa antes de definir sua estratégia de atuação.

Sobre isso, uma indagação nos parece fundamental: ainda faz sentido na atualidade a tese segundo a qual o membro do Ministério Público estaria, com fundamento no princípio constitucional da independência funcional, livre para deixar de incluir seus representados, no âmbito de conflitos coletivos estruturais, nos processos de tomada de decisão que envolvam seus próprios

[2] "Nesta toada, a falta de instrução de grande parcela da população atinge necessariamente sua autonomia pessoal, comprime o seu poder de tomar decisões e influencia, sobremaneira, na liberdade de escolha de seus próprios caminhos, para além de ocasionar negativamente decisões sob a perspectiva da participação política, circunstância que gera, por conseguinte, a falta de autodeterminação, prejudicando significativamente a noção de cidadania numa ordem democrática...Nesta vereda, os aspectos mencionados caracterizam como fatores preponderantes para se atribuir, como feito pela CRFB, elevado grau de independência funcional ao Ministério Público, órgão que, muitas vezes, se vê obrigado constitucionalmente a representar e substituir, processualmente, parcela da população mais carente, excluída ou socialmente desguarnecida..." (Guimarães, 2023, p. 97)

interesses, negando-lhes qualquer tipo de participação?

É o que se pretende responder.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CONFLITOS COLETIVOS ESTRUTURAIS

Litígio coletivo, apesar de não definido em nosso ordenamento jurídico, é aquele em que a dimensão coletiva dos interesses envolvidos prevalece sobre aspectos estritamente individuas (Barros; Vitorelli, 2022, p. 20). Tais litígios passam a ser considerados estruturais quando seu objeto, além de complexo, recai sobre múltiplas causas violadores de direitos transindividuais – especialmente direitos fundamentais – a exigir ampla reestruturação de instituições, organizações, políticas públicas, empresas, comunidades, municípios etc. (Ribeiro, 2024, p. 412). Ou seja, problemas estruturais, normalmente multidisciplinares, multipolares e provocados por causas diversas, revelariam um "estado de desconformidade" (Didier Jr.; Oliveira; Zaneti Jr., 2020, pp. 02/03), cuja reorganização passaria a depender da adoção de medidas estruturantes resultantes de uma cooperação entre todas as instituições que atuam no âmbito da Justiça, como é o caso do Ministério Público, e da própria sociedade civil. Seu objetivo principal, de índole pragmática, é remover um "estado de desconformidade" com o objetivo de perquirir um "estado de coisas ideal" (Didier Jr.; Oliveira; Zaneti Jr., 2020, p. 04).

No caso desse trabalho, usaremos a nomenclatura "conflitos estruturais" para designar as controvérsias entre instituições públicas e privadas e os titulares dos direitos materiais em torno de problemas estruturais identificados num certo contexto de tempo e espaço. Esta opção deve-se ao fato de que conflitos estruturais, enquanto fato social mais genérico, precedem o ajuizamento de ações judiciais pelo Ministério Público (e a formação de litígios estruturais), exigindo da instituição uma atuação pré-processual de proteção dos direitos materiais em jogo, sem a necessidade de interação com o Poder Judiciário (sem lide). Essa atuação, muitas vezes recomendável, já se insere no objeto de reflexão deste trabalho, na medida em que o membro do Ministério Público, em nome do princípio da independência funcional, já poderá conduzir,

em tese, o tema de diversas maneiras, seja promovendo a participação de todos os envolvidos, seja atuando de modo absolutamente individual por meio do ajuizamento de ação civil pública, da celebração de termo de ajustamento de conduta ou até promovendo o arquivamento de inquérito civil.

Portanto, a reflexão sobre o significado do princípio da independência funcional em contexto de conflitos estruturais deve acontecer, não só no âmbito de litígios judiciais (lide), mas sobretudo em fase extrajudicial, quando o membro do Ministério Público, a depender da sua leitura sobre o mencionado princípio, poderá até mesmo encerrar qualquer discussão sobre o assunto.

Feito esse parêntese, é importante registrar que os conflitos estruturais têm raízes históricas nos EUA da década de cinquenta do século passado, tendo, em muitos casos, se transformado em litígios coletivos no âmbito da Suprema Corte americana; o embrião dos processos judiciais ditos estruturais surgem naquele contexto para solucionar graves problemas associados a instituições educacionais, prisionais e policiais estadunidense, sempre com um enfoque na superação da segregação racial naquele país (Didier Jr.; Oliveira; Zaneti Jr., 2020, p. 02).

No Brasil da atualidade há também muitos exemplos de conflitos estruturais. O rompimento da barragem do Fundão, de propriedade da sociedade empresária Samarco Mineração S/A, em Minas Gerais, é um caso desses; além de ter provocado a perda imediata de dezenove vidas humanas, tal desastre ambiental eliminou grande parte da fauna e flora da região, bem como causou enormes impactos sociais, culturais e econômicos, atingindo muitas comunidades, grupos e subgrupos de pessoas. Diversos problemas estruturais surgiram a partir desse acontecimento, passando a exigir do Ministério Público forte intervenção, judicial e extrajudicialmente, na defesa dos direitos fundamentais atingidos.

Há ainda muitas outras hipóteses de problemas estruturais em análise no Poder Judiciário: mortes de populações indígenas em decorrência da pandemia da Covid/19 (ADPF 709/DF), superlotação carcerária, rompimento da barragem de Brumadinho/MG, letalidade em operações policiais e demarcação de terras

Sumário 2
índice

indígenas (Ação Popular n. 3388/RR) são ainda bons exemplos de conflitos estruturais que foram modernamente judicializados - registre-se que, antes de se tornarem oficialmente litígios em apreciação no Poder Judiciário, tais conflitos já existiam enquanto fato social e, por essa razão, já podiam contar com a intervenção do Ministério Público em fase extrajudicial.

Em razão da ausência de definição/regulação desse fenômeno - a ordem jurídica brasileira apenas define no Código do Consumidor brasileiro direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos -, os conflitos coletivos estruturais ainda desafiam a comunidade jurídica brasileira. Isto porque, além de conjugar normalmente direitos transindividuais de mais de uma natureza numa mesma hipótese concreta, são realidades que se caracterizam pela sua alta complexidade[3], conflituosidade[4] e difusão irradiada de efeitos[5], exigindo muitas vezes para a sua pacificação a adoção de uma plêiade de ações aptas a remover problemas quase sempre perenes e de dificílima resolução, e que resultam num verdadeiro estado de coisas inconstitucional.

Adicionalmente, é preciso registrar que, por força de toda essa complexidade, os problemas estruturais subjacentes aos conflitos a eles inerentes quase sempre despertam forte acirramento e divergências a respeito das soluções a serem adotadas, muitas com implicações político-ideológicas, morais, culturais etc., circunstância a exigir, em razão da necessidade de compreender todas essas variáveis, uma dose relevante de comunicação entre os envolvidos, sem a qual se tornaria dificílimo o seu enfrentamento e, por

[3] "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. O litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são cogitáveis, juridicamente...Assim a complexidade é exógena ao grupo, enquanto a conflituosidade é endógena." (Barros; Vitorelli, p. 26).

[4] "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...Ademais, se os modos como as pessoas são atingidas pelo litígio são diferentes, é provável que elas tenham divergências acerca do modo como ele poderá ser resolvido. Como as pessoas tendem a preferir soluções que favoreça, suas próprias situações, a diversidade de impactos fará com que elas passem a divergir entre si acerca de qual seria o resultado desejável do litígio." (Barros, Vitorelli, 2022, pp. 24/25).

[5] "Os litígios estruturais são espécie dos litígios de difusão irradiada e decorrem de um dano que é distribuído de maneira diferente entre os integrantes da sociedade." (Ribeiro, 2024, p. 412)

Sumário 2
índice

consequência, a sua pacificação (Didier Jr.; Oliveira; Zaneti Jr., 2020, p. 06). Isto porque os problemas estruturais, por natureza, despertam em todos os envolvidos intensos debates sobre o sentido e alcance dos direitos envolvidos, dando ensejo ao surgimento de uma pluralidade de posicionamentos a desafiar a atuação do Ministério Público, que, como já se falou, ainda se encontra muito centrada na ideia de independência funcional.

Em suma, a realidade tem produzido uma quantidade expressiva de conflitos coletivos estruturais, os quais têm destinado às instituições legitimadas, com especial destaque para o Ministério Público, um relevante papel na representação dos interesses dos titulares dos direitos violados e, por consequência, no dimensionamento dos danos e de suas consequências. Neste contexto, afigura-se absolutamente necessário refletir de que modo a relação processual entre legitimados ativos e passivos deve se desenvolver, bem como em que medida os substituídos processuais devem ou não participar das discussões que envolvam seus interesses e de que maneira o membro do Ministério Público com atribuição deve permitir que esse tipo de influência aconteça, mesmo diante de sua independência funcional para decidir.

2.1. Posicionamento clássico sobre a atuação do membro do Ministério Público em inquéritos civis e ações civis públicas

Conforme já mencionado, a legitimidade ativa do membro do Ministério Público na seara da tutela coletiva decorre do próprio texto constitucional, mais precisamente do inciso III do artigo 129 da Carta Magna, o qual confere àqueles que detenham atribuição legal na matéria a prerrogativa de presidir inquéritos civis e deflagrar ações civis públicas visando à proteção do patrimônio público e social, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e todos os demais direitos difusos e coletivos.

Ao contrário dos demais colegitimados ativos - cuja legitimidade processual ativa decorre dos incisos do artigo 5º da Lei Federal n. 7347/85 ou de outras leis infraconstitucionais -, a autorização conferida aos membros do Ministério Público para defender em nome próprio direitos e interesses de

terceiros deflui do próprio texto constitucional, garantindo, com isso, um grau maior de proteção àqueles que são tutelados pela instituição ministerial, os quais continuariam sendo representados judicial e extrajudicialmente mesmo na ausência de qualquer norma jurídica infraconstitucional.

Do ponto de vista processual, a hipótese de atuação do Ministério Público em matéria de litígios coletivos é de legitimação processual extraordinária, isto é, o membro da instituição atua em nome próprio na defesa de interesses alheios, nomeadamente na tutela judicial ou extrajudicial de direitos transindividuais titularizados por terceiros (Pinho; Porto, 2021, p. 276). Em que pese o Novo Código de Processo Civil não mais definir o sentido do instituto da legitimação ativa extraordinária, a hipótese continua presente no ordenamento jurídico brasileiro que, em legislações esparsas, ainda confere a certos sujeitos a prerrogativa de tutelar processualmente direitos de outrem. É o caso do artigo 5º da Lei Federal n. 7347/85, norma jurídica que admite a deflagração de ação civil pública por parte de entes federativos, instituições públicas e associações civis, sempre com foco na defesa dos interesses transindividuais.

Conforme se depreende do instituto da legitimação processual extraordinária, o legislador – no caso do Ministério Público, o Poder Constituinte originário – baseou sua decisão política na ideia de representação, ou seja, na capacidade de certas instituições e membros representarem fielmente os interesses de seus representados. Assim como o parlamentar e gestor público atuam, uma vez eleitos, de acordo com as pretensões e expectativas de seus eleitores, entendeu-se também que os membros do Ministério Público, se dotados de independência funcional, reuniriam condições para, com base na técnica jurídica, tutelar com acuidade direitos difusos e coletivos daqueles mais vulneráveis. A essa modalidade de legitimação extraordinária, parte da doutrina denomina de legitimidade ativa autônoma, por meio da qual o seu titular goza da prerrogativa de atuar em juízo ou fora dele independentemente da vontade do titular do direito material (Pinho; Porto, 2021, p. 277).

Com efeito, tal modelo de representação processual não teria, dentro dessa perspectiva clássica, outra natureza diversa da jurídica. Ou seja, ao membro do Ministério Público caberia apenas, no âmbito da tutela coletiva, analisar juridicamente hipóteses concretas e apresentar soluções tecnicamente viáveis. Dentro dessa visão, a ciência jurídica, quando associada à ideia de independência funcional - entendida aqui como garantia de uma interpretação do Direito marcada pela neutralidade técnica -, permitiria ao membro do Ministério Público representar corretamente, em seu próprio nome, os direitos difusos e coletivos de terceiros, sem considerar variáveis políticas, culturais etc., próprias dos ambientes não-jurídicos.

2.2. O princípio da independência funcional (§ 1º do artigo 127 da Constituição Federal/1988)

É neste contexto de extrema confiança na capacidade de interpretação do Direito por parte do membro do Ministério Público que se insere o sentido clássico do princípio da independência funcional.

Sem tratar especificamente do tema desse trabalho, qual seja, o princípio da independência funcional em conflitos estruturais, a doutrina clássica tem entendido majoritariamente que o membro da instituição, aprovado em rigoroso concurso público de provas e títulos, reúne, sempre que lhe é garantida independência para atuar, condições técnicas incontestáveis para interpretar o Direito com independência e liberdade, sempre conferindo às normas jurídicas sentido juridicamente possível. Embora não se esteja afirmando com isso que a atuação do Ministério Público sempre se dará num único sentido, sem margem de interpretação - como se cada membro da instituição fosse capaz de encarnar o juiz-Hércules de Dworkin -, tal entendimento aposta claramente na capacidade de o membro da instituição se posicionar juridicamente, mesmo em nome de terceiros, fazendo valer seu entendimento sobre qualquer tema jurídico, salvo má- fé ou fraude.

Embora o princípio da independência funcional não assegure ao membro da instituição liberdade absoluta para decidir em qualquer sentido, o que configuraria arbítrio, tal prerrogativa, no sentido aqui empregado, garantiria ao membro alta dose de liberdade para interpretar o Direito de acordo com a sua consciência, dentro de balizas conferidas pelo próprio ordenamento jurídico (Jatahy, 2021, p. 22). No campo da tutela coletiva, onde a legitimidade extraordinária autônoma conferida ao Ministério Público descola-se da vontade dos titulares dos direitos materiais, o sentido clássico conferido ao princípio da independência funcional contribui para a legitimação da atuação ministerial sem qualquer participação.

Tradicionalmente, o princípio constitucional em análise teria surgido para impedir que fatores exógenos, especialmente aqueles relacionados a pressões promovidas pelos "detentores do poder" (Garcia, 2018, p. 146), externas ou não à instituição, influenciassem negativamente os seus membros em suas manifestações processuais, evitando uma espécie de "censura ideológica" (Garcia, 2018, p. 148). Livres destas pressões, o membro do Ministério Público, nas palavras de Jatahy (2021, p. 22), "*enquanto bem exercer seu mister, não se encontra submetido à vontade de quem quer que seja*", até mesmo em face de ocupantes de cargos na Administração Superior da instituição.

Submetidos apenas à hierárquica institucional no âmbito administrativo, os membros da instituição, do ponto de vista funcional, não estariam sujeitos a pressões internas ou externas, quer de outras autoridades, quer dos próprios titulares dos direitos defendidos pelo Ministério Público, passando a gozar da prerrogativa de interpretar a Constituição e as normas jurídicas com "ampla liberdade" (Jatahy, 2021, p. 22). Residiria aqui, na necessidade de se garantir neutralidade técnica à atuação ministerial, a principal justificativa para se conferir independência aos seus membros, evitando, com isso, que influências estranhas ao trabalho hermenêutico desviassem os membros do Ministério Público de sua rota[6].

[6] "O ofício ministerial deve ser livremente exercido, somente rendendo obediência ao ordenamento jurídico e à consciência do membro do Ministério Público. A importância dessa garantia é indiscutível." (Garcia, 2018, p. 149)

Claramente, o posicionamento clássico (e majoritário) que se tem dado ao tema do princípio da independência funcional tem foco no sujeito, o membro do Ministério Público, e na sua capacidade, quando livre para decidir, de conferir sentido e significado corretos às normas por meio do domínio da técnica jurídica, independentemente da vontade dos titulares dos direitos materiais (legitimidade extraordinária autônoma)[7]. Há, nesses argumentos, clara inspiração positivista. Aposta-se na capacidade do sujeito, que interpreta com neutralidade técnica e independência funcional regras e princípios, definindo o sentido das normas, entendidas aqui como objeto de uma atuação científica. A relação, portanto, entre os membros do Ministério Público e as normas jurídicas insere-se dentro de uma relação tradicional sujeito-objeto, cujo êxito das respostas e soluções apresentadas baseia-se na crença de uma atuação absolutamente neutra e desinteressada, por meio da qual o membro da instituição purifica-se de si mesmo[8], deixando de lado todas as suas crenças, valores e pré-compreensões para, em razão da independência conferida, interpretar o Direito de forma isenta e independente.

Tal posicionamento clássico, exatamente por fazer uma aposta na capacidade técnica do membro do Ministério Público (sujeito) de interpretar com neutralidade o Direito (objeto), apresentando as soluções para os conflitos coletivos sobre os quais encontra-se debruçado, não pressupõe qualquer diálogo com os titulares dos direitos violados, os quais poderão participar do debate em torno de seus próprios interesses apenas quando tal iniciativa for considerada relevante pelo legitimado ativo extraordinário, dono da palavra final acerca das medidas que serão adotadas. Somente essa linha de argumentação torna capaz

[7] "A primeira das garantias, a verdadeira nobreza da instituição, é a de que, desde o promotor substituto até o procurador-geral, todos os membros do Ministério Público gozam de independência no exercício de suas funções. No Brasil, em vez de hierarquia, há liberdade no exercício das funções institucionais." (Mazzilli, 2007, p. 94)

[8] "A partir dessa singela constatação, torna-se possível afirmar que o principal prisma de análise desse importante princípio deve ser a sua associação à atividade finalística da instituição, pressuposto de concretização do interesse público. Com isso, o plano de aferição deve ser afastado da pessoa do agente, sendo irrelevantes seus sentimentos e aspirações, legítimos ou não, a ele inerentes, não devendo ser confundidas a vaidade da pessoa do agente com a prerrogativa do cargo por ele ocupado." (Garcia, 2018, p. 149)

de justificar, no campo de tutela coletiva, a desnecessidade de se considerar a vontade dos titulares do direito material e a adoção de um modelo de legitimação ativa absolutamente autônomo.

Assim, embora o princípio da independência funcional não inviabilize a influência dos titulares dos direitos difusos ou coletivos violados no processo de interpretação do Direito, a ausência de qualquer interação ou diálogo mantém-se ainda em consonância com o sentido majoritariamente conferido ao supracitado princípio constitucional, e que consagra a figura do legitimado ativo autônomo. Isto porque se o membro do Ministério Público está livre para dialogar com os titulares dos direitos violados, a independência funcional igualmente lhe garante liberdade para ignorá-los solenemente, de modo a adotar as soluções que tecnicamente lhe parecer melhor. A influência externa dos "detentores do poder" ou dos próprios titulares dos direitos violados parece ser vista, dentro dessa perspectiva clássica, como um obstáculo ao desempenho eficiente e técnico do membro do Ministério Público, que, para atuar bem terá que se manter afastado de tudo e todos (como se isso fosse possível), manifestando-se de acordo exclusivamente com a sua consciência.

2.3. Posicionamento alternativo em torno da necessidade de participação dos titulares dos direitos transindividuais violados ou ameaçados no âmbito de conflitos estruturais: uma leitura do princípio constitucional do devido processo legal

Em paralelo à visão clássica em torno da atuação do Ministério Público em matéria de litígios coletivos, resultado da conjugação das noções de legitimação extraordinária autônoma e independência funcional dos membros da instituição, tem surgido com grande força posicionamentos, sobretudo no campo do processo civil brasileiro, defendendo a necessidade de participação dos titulares dos direitos violados nas discussões em torno destes direitos.

Sem fazer considerações diretas em relação ao sentido empregado ao princípio constitucional da independência funcional dos membros do Ministério Público (§ 1º do artigo 127 da Constituição Federal), esta corrente do pensamento, liderada sobretudo por Edilson Vitorelli e Jose Ourismar Barros,

percorre do ponto de vista argumentativo outros caminhos, os quais, ao final, irão apontar para necessidade de se estabelecer um diálogo entre os legitimados extraordinários ativos – e, neste ponto, o Ministério Público está incluído sem ressalvas – e os titulares dos direitos lesados em litígios coletivos, sempre que a participação (em sentido amplo) se apresentar como algo benéfico aos direitos materiais em disputa.

Portanto, essa corrente do pensamento jurídico brasileiro, sem discordar que a hipótese é mesmo de legitimação extraordinária - ou seja, há, em conflitos coletivos estruturais, a defesa processual por outrem de direitos de terceiros -, centraliza sua argumentação na natureza dessa relação jurídico-processual e na participação como elemento essencial. Para seus defensores, embora a legitimação extraordinária seja uma forma de representação processual, por meio da qual pessoas indicadas pela lei passariam a gozar da prerrogativa de defender em juízo direitos de terceiros, a interação, por meio da comunicação entre representantes e representados, constitui elemento instrumental para o aperfeiçoamento da relação processual que se forma entre eles (Barros; Vitorelli, 2022, p. 63).

Segundo esse entendimento, a participação é elemento definidor do princípio constitucional do devido processo legal coletivo, sem a qual o resultado de qualquer decisão judicial careceria de qualquer validade (Barros; Vitorelli, 2022, p. 47), salvo se outros valores constitucionais em tensão recomendassem sua exclusão[9]. Ou seja, todo interessado, em causas individuais ou coletivas, tem, como regra, que influenciar, se isso for de fato relevante, o resultado de processo de seu interesse, sob pena de, ao ser excluído de qualquer contexto

[9] "O direito à participação orbita na esfera do devido processo legal, direito processual fundamental garantido pela Constituição brasileira e, no âmbito coletivo, o diálogo entre legitimados e atingidos figura como parte essencial das soluções negociadas extrajudicialmente." (Almeida; e Silva, 2024, p. 654).

[10] "Estabelecer o valor da autonomia como fundamento da participação no marco dos litígios coletivos tem como objetivo reivindicar que as pessoas ocupem o centro epistemológico do microssistema coletivo. Tal reivindicação existe para que as metodologias e procedimentos considerem os indivíduos no contexto dos litígios coletivos enquanto afetados pela efetivação ou omissão da tutela dos direitos transindividuais, sepultando a máxima de que esses direitos são de todos e de ninguém ao mesmo tempo." (Barros; Vitorelli, 2022, p. 81)

decisório, deixar de ser considerado como "ser autônomo"[10] ou sujeito de direitos. Alguns autores, chegam a falar em "contraditório social" para expressar a necessidade de se manter aberto um canal de comunicação com os titulares dos direitos materiais em situações de conflitos estruturantes (Pinho; Porto, 2021, p. 165).

Por tudo isso, tal posicionamento caminha no sentido de garantir, em alguma medida, a participação de todos os interessados em conflitos estruturais, passando a defender a ideia de que a integração/diálogo entre substitutos e substituídos processuais constitui elemento definidor do princípio constitucional do devido processo legal e, no seu elemento autonomia, da própria dignidade humana (Almeida; Silva, 2024, p. 655). Em apertada síntese, a ampla participação (Pinho; Porto, 2021, p. 107) figuraria como uma espécie de subprincípio informador de outro princípio mais amplo, o do devido processo legal coletivo, cuja finalidade precípua seria a de dar maior legitimidade às decisões adotadas judicial ou extrajudicialmente.

Na linha deste entendimento, decisão recente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no bojo da ADPF 709/DF, determinou que a Administração Pública Federal, durante a pandemia da COVID-19, submetesse seu plano de contingência de combate ao vírus em territórios indígenas aos povos originários afetados, impedindo, com isso, que decisões com enorme impacto em suas vidas fossem tomadas sem que estes, titulares dos direitos envolvidos, tivessem qualquer oportunidade de influenciar nas decisões a serem adotadas. A partir do estabelecimento de um diálogo institucional entre o Poder Judiciário, a Administração Pública, o Ministério Público e as populações atingidas, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito destes últimos de influenciar decisões a respeito de seus próprios interesses.

[10] "Estabelecer o valor da autonomia como fundamento da participação no marco dos litígios coletivos tem como objetivo reivindicar que as pessoas ocupem o centro epistemológico do microssistema coletivo. Tal reivindicação existe para que as metodologias e procedimentos considerem os indivíduos no contexto dos litígios coletivos enquanto afetados pela efetivação ou omissão da tutela dos direitos transindividuais, sepultando a máxima de que esses direitos são de todos e de ninguém ao mesmo tempo." (Barros; Vitorelli, 2022, p. 81)

Sumário 2
índice

2.3.1. A ideia de relação processual

A par da questão constitucional que envolve o sentido dos princípios constitucionais do devido processo legal e da dignidade humana, o supracitado posicionamento alternativo avança ainda sobre o próprio conceito de relação processual e seus elementos. Com efeito, toda relação, processual ou não, pressupõe a existência de vínculo ou bilateralidade. Portanto, desse vínculo deve resultar alguma forma de interação/conexão, do contrário, não se estaria diante de uma relação em sua acepção correta. Portanto, para que essa relação processual produza seus regulares efeitos torna-se necessária, dentro dessa visão, a abertura de comunicação entre as partes, de modo que, com a descentralização do processo decisório, todos os envolvidos possam de alguma forma influenciar na decisão a ser adotada. É a partir do compartilhamento das diversas experiências e visões sobre determinada questão que a relação se institui como tal, dialogicamente.

Imaginar que membros do Ministério Público, com base no princípio da independência funcional e na noção de legitimidade ativa autônoma, estariam autorizados a ignorar seus representados violaria, dentro dessa linha de pensamento, a ideia de relação processual, bem como de complementariedade entre representação e participação, por meio da qual as perspectivas dos legitimados ativos sempre se cruzariam com as perspectivas dos titulares dos direitos[11].

Além disso, os defensores desta tese estabelecem como elementos essenciais da participação a informação e a procedimentalização.

Sobre o primeiro elemento, Vitorelli ensina que a única forma de se participar de qualquer processo decisório de forma segura e efetiva, com possibilidade de exercer algum tipo de influência qualificada, pressupõe que estes participantes saibam exatamente tudo que está em debate, até mesmo aspectos estritamente técnicos sobre o quais geralmente leigos não têm familiaridade (2022, p. 83). Portanto, é preciso informar todos aqueles cujos

[11] "Representação é uma atividade que pressupõe juízo de valores por parte do representante, perdendo qualquer sentido caso se considere que ele tem a prerrogativa de afirmar verdades em nome de terceiros, ou, em outro extremo, fazer, em seu nome, escolhas completamente voluntaristas" (Barros; Vitorelli, 2022, pp. 68/69).

Sumário 2
índice

direitos estão em jogo para que, munidos destas informações, possam participar do processo decisório. Do contrário, a participação dos titulares dos direitos envolvidos servirá apenas para cumprir alguma formalidade legal, sem que de fato tenha sido suficiente para dar substância à relação processual entre legitimados ativos e passivos em conflitos coletivos.

Noutras palavras, os participantes devem ter a exata compreensão do problema e todas as suas nuances, técnicas ou não, jurídicas ou não. Com essa mobilização, que deve ser real e não meramente formal, os entes com legitimação ativa poderão se deixar influenciar pelo conteúdo da participação e tomar decisões que, em alguma medida, tenham correlação com os interesses dos reais titulares dos direitos violados.

Sobre a necessária procedimentalização, Vitorelli ainda sustenta que somente a definição de um procedimento capaz de organizar a forma de participação e todo o seu rito, garantindo assim a influência de todos ou, numa linguagem habermasiana, uma "situação ideal de fala" para cada grupo ou subgrupo atingidos, tornará efetiva esta interação (2022, p. 98). Sem isso, tornar- se inviável qualquer tentativa de cruzamento das diversas perspectivas em debate, incluindo aqui aquela assumida pelo membro do Ministério Público, assegurando- se, com isso, maior legitimidade às soluções apresentadas.

Por fim, cumpre registrar que para que esse cenário se realize no mundo prático será preciso que o legitimado extraordinário, por meio de procedimento que assegure a influência efetiva dos representados, se permita modificar, alterar ou até reafirmar as suas convicções inicialmente estabelecidas a partir das manifestações de outros sujeitos, deixando de se socorrer do princípio da independência funcional para decidir com fundamento apenas nas suas próprias convicções.

3. UM NOVO ARGUMENTO PARA O DEBATE

Em que pese a coerência e o acerto do posicionamento acima apontado, segundo o qual a participação dos titulares dos direitos violados constitui elemento da própria relação jurídica processual e uma espécie de subprincípio

Sumário 2
índice

derivado do princípio constitucional do devido processo legal, pretendemos agora apresentar, nos estreitos limites deste trabalho, novos argumentos em defesa da ampliação do debate no âmbito dos conflitos estruturais, incluindo nesta discussão o Ministério Público e o princípio da independência funcional de seus membros.

Tal estratégia argumentativa faz-se necessária em razão do *status* constitucional do princípio da independência funcional e da possibilidade, sempre real, de o membro do Ministério Público negar acesso aos seus representados com base na alegada liberdade para definir a sua estratégia de atuação e para interpretar o Direito vigente segundo suas próprias convicções. Ao avaliar o entendimento destacado nos tópicos anteriores, fica a impressão de que o princípio da independência funcional, em confronto com o princípio do devido processo legal, deve sofrer alguma dose de limitação em razão da presença de um direito instrumental à participação no âmbito de conflitos estruturais. Embora essa tese não tenha sido expressamente apresentada, parece-nos possível entender que como para esses autores a interação é um elemento da própria relação processual, a qual pressuporia o diálogo entre representantes e representados, o membro do *Parquet*, neste contexto, não teria a prerrogativa de, em nome de sua autonomia, obstaculizar essa participação. Postura como essa estaria, dentro dessa visão, além dos limites permitidos pelo Direito e, portanto, da independência funcional.

Sem pretender discordar dos argumentos apresentados por esta posição, mas aprofundá-la a partir da inserção do princípio da independência funcional no debate, afigura-se igualmente relevante agregar a essa discussão um novo argumento: a participação como elemento intrínseco do processo de interpretação do Direito. Noutras palavras, além de se entender a participação como um subprincípio (ou um direito instrumental) dos princípios constitucionais do devido processo legal coletivo e da dignidade da pessoa humana (em seu elemento autonomia), pretendemos refletir sobre a defendida interação entre o Ministério Público e seus representados, notadamente no que se refere aos conflitos coletivos estruturais, como um pressuposto do próprio processo de interpretação das normas jurídicas.

Sumário 2
índice

Dentro deste propósito, iremos nos socorrer da obra do sociólogo Jürgen Habermas, autor que contribuiu sobremaneira para esse debate.

3.1. A verdade como resultado de uma ação intersubjetiva. Uma visão habermasiana

A partir do pensamento de Jürgen Habermas e de sua teoria da ação comunicativa,[12] faz-se necessário refletir sobre a contribuição do autor para a discussão objeto deste trabalho, sobretudo para a compreensão, em um primeiro momento, da participação como elemento essencial para o estabelecimento da verdade e do entendimento.

Assim, diante da obra desse autor em especial, passa-se agora a apurar se no pensamento habermasiano a participação da sociedade civil nos processos de decisão pública constitui ou não um de seus elementos definidores.

Com efeito, Habermas, sem se afastar completamente de Kant, defende que a formação da subjetividade pressupõe formas de interação intersubjetiva. Portanto, para ele, o processo de descoberta da verdade é comunicativo (intersubjetivo), jamais alicerçado no sujeito, como defendem aqueles que adotam posicionamento clássico a respeito do sentido do princípio da independência funcional; seu foco de interesse está na esfera pública, lugar adequado para o entrecruzamento das diversas perspectivas a respeito de temas de interesse geral. Por conta disso, a participação dos concernidos - entendidos como aqueles que de algum modo são afetados numa discussão/debate - no procedimento comunicativo dirigido ao entendimento é, do ponto de vista do autor, elemento essencial para se alcançar a verdade. Sem participação, não haveria, em Habermas, como compartilhar no mundo factual as diversas posições a respeito de um tema; do mesmo modo, sem esse compartilhamento não haveria agir comunicativo, elemento fundamental para a definição da verdade e para a construção de um espaço público de discussão (Cittadino,

[12] "No caso da ação comunicativa, as operações interpretativas de que se compõem os processos cooperativos de interpretação representam o mecanismo de coordenação da ação; a ação comunicativa não se esgota no ato de entendimento efetuado na interpretação (...). A ação comunicativa designa um tipo de interação que é coordenada por meios de atos de fala, mas não coincide com eles." (HABERMAS, 2022, p. 181).

Sumário 2
índice

2020, p. 126). É por esta razão que, para o autor, a realização de uma "situação ideal de fala" dependeria, além de outras condições, da ausência de qualquer limitação quanto à participação de interessados (Cittadino, 2020, p. 123).

Dentro dessa lógica, se considerarmos que o debate em torno de problemas estruturais também é um debate público, no bojo do qual diversos temas conflitantes serão ali discutidos, uma visão tradicionalista do princípio da independência funcional, segundo o qual o membro do Ministério Público reuniria condições técnicas para apresentar as soluções jurídicas cabíveis sem interação, não teria, inicialmente, qualquer apoio na teoria habermasiana.

Com efeito, o autor alemão aposta na construção de um tipo de imparcialidade dirigida à solução de conflitos reais, próprios de uma sociedade plural e complexa, dos quais poderão ser definidas, sob certas condições, regras universais (Cittadino, 2020, p. 126). Parte-se do "mundo vivido", ou seja, de uma dimensão pragmática, para, a partir daí, se buscar padrões universais (pragmático- transcendental), os quais, no universo do Direito, se confundirão com as noções de direitos fundamentais ou princípios gerais existentes independentes de sua contextualização fática[13].

Desta forma, percebe-se que as premissas habermasianas sobre a racionalidade humana e sobre a definição da verdade encontram-se intrinsicamente atreladas à existência de procedimentos comunicativos dos quais participam efetivamente os concernidos, procedimentos estes que se desenvolverão no campo pragmático-factual, ou seja, no mundo real ou vivido, independentemente da natureza da discussão. Assim, parece-nos, até mesmo do ponto de vista lógico, impossível não compreender que a participação social não seja elemento essencial na formatação do pensamento habermasiano no campo das ciências sociais e, por consequência, do Direito.

[13] "Os direitos fundamentais, que integram as constituições de todas as sociedades democráticas contemporâneas, são, para Habermas, um bom exemplo de uma moralidade universalista. Como veremos mais adiante, os direitos fundamentais constituem, neste sentido, aspectos estruturais da "vida digna" que podem, no entanto, ser separados da concretude de formas de vida específicas, configurando princípios universais de qualquer processo de socialização comunicativa." (CITTADINO, 2020, p. 129)

Sumário 2
índice

Sem perder o fio da meada, o papel do Ministério Público, como agente capaz de ampliar e desenvolver canais de comunicação com a sociedade civil, diante de problemas estruturais - marcados, como já se mencionou, pelo tensionamento entre moral, política, técnica, Direito etc. - afigura-se absolutamente imprescindível, dentro de uma perspectiva habermasiana, para a construção das soluções jurídicas aptas a pacificar os conflitos e reorganizar as instituições, organizações ou políticas públicas envolvidas.

3.2. A participação e a teoria da ação comunicativa

Ainda que se admita como verdadeira a premissa estabelecida no tópico anterior, segundo a qual a participação dos afetados por uma discussão é elemento essencial da teoria habermasiana da ação comunicativa, parece-nos ainda necessário acrescentar novas contribuições teóricas previstas na obra do autor que tenham por escopo demonstrar a sua relação com o processo de interpretação do Direito.

Afinal, Habermas, quando elabora a teoria da ação comunicativa, tem a intenção de inserir no universo do Direito práticas comunicacionais, tornando-as exigíveis juridicamente?

Naturalmente, Habermas não limita sua abordagem sobre participação à teoria da ação comunicativa, a qual abrange, do ponto de vista epistemológico, mais de um campo do saber, não se vinculando exclusivamente ao universo do Direito. Para avançar nesse campo, o autor, especialmente na obra “Faticidade e Validade” (1992), apoia-se em um argumento central para justificar a participação no campo do Direito: a noção de cooriginalidade entre soberania popular e direitos humanos (Habermas, 2021, p. 177), elementos indispensáveis para a compreensão do conceito de autonomia jurídica do cidadão.

Contrapondo-se radicalmente ao positivismo jurídico normativista de Hans Kelsen - o qual condiciona a concessão de direitos à prévia produção normativa, desvinculando-os de qualquer noção de justiça -, o autor alemão, em sua teoria discursiva, considera que ambas as noções, as quais também podem ser traduzidas como autonomia política (soberania popular) e autonomia privada

Sumário 2
índice

(direitos humanos), “acontecem” no mesmo momento da formação de um estado democrático. Por consequência, não haveria democracia sem cidadãos dotados de autonomia jurídica, ou seja, impedidos de exercer, no plano empírico-pragmático, uma cidadania emancipatória[14], caracterizada pela efetiva participação e influência no debate público[15]. Nesse sentido, o modelo tradicional de democracia representativa, com concessão de direitos *a posteriori*, apenas dialogaria com uma espécie de “vontade geral hipotética”, fruto da presunção das expectativas dos cidadãos, sem revelar maiores preocupações com a “vontade geral empírica”, esta sim extraída de procedimentos comunicativos capazes de fazer emergir, por meio da interação intersubjetiva entre os concernidos, a vontade real dos cidadãos (Silva; Melo, 2021, p. 18).

Revendo sua posição anterior de corte weberiano, Habermas passa a se preocupar em aplicar sua teoria discursiva à práxis jurídica, negando que a ordem jurídica se destinaria unicamente à dominação da sociedade civil, sem qualquer compromisso com o valor da justiça. Noutras palavras, Habermas abandona a ideia de que o sistema de elaboração das normas jurídicas, formado por uma elite fechada em si mesma, existiria para exercer exclusivamente o controle dos cidadãos, os quais pouca ou quase nenhuma participação teriam no debate público, para passar atribuir ao Direito a função emancipatória de também promover o valor da justiça[16].

[14] “Dessa forma é que a Teoria Crítica enceta a tratar de uma filosofia do direito e do Estado, conforme alertado no início desse breve estudo, sem esquecer da dimensão emancipatória, que, agora, tem no direito elemento responsável de levar a cabo uma teoria jurídica em forma discursiva, em clara reconstrução do sistema de direito. A teoria do discurso assume a função de poder estabelecer, de fato, a emancipação social, atribuindo ao direito um novo e profícuo papel: o de garantir os meios procedimentais de participação democrática na gênese democrata das leis, garantindo a legitimidade do direito moderno.” (HAMEL; HANSEN, 2011, p. 85).

[15] “A ideia fundamental de Habermas é que a conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública não pode ser estabelecida caso os cidadãos não reconheçam a existência de um sistema de direitos quando pretendem legitimamente regular as suas relações através do direito positivo. Este sistema de direitos é, segundo ele, integrado por cinco categorias distintas: os direitos a iguais liberdades positivas; os direitos que resultam do *status* de membro de associação voluntária; os direitos a igual proteção legal; os direitos políticos de participação; e os direitos de bem-estar e segurança sociais que tornam possível a utilização dos demais direitos.” (CITTADINO, 2020, p. 184).

[16] “Mesmo mantendo uma filosofia do direito diferenciada de uma teoria jurídica, em Habermas parece claro que uma depende da outra, ou seja, que uma implica em outra, pois, em “Direito e Democracia”, não há filosofia do direito sem teoria da justiça e, tampouco, teoria da justiça sem a respectiva filosofia do direito, em clara relação de complementaridade.” (HAMEL; HANSEN, 2011, p. 85).

Sumário 2
índice

A partir então da publicação da obra "Facticidade e Validade", o autor alemão inicia um processo de "reconciliação" com o Direito, passando a lhe atribuir uma "dupla face", a saber: o sistema de normas, sem se livrar de seu potencial de dominação política, teria também a vocação de promover o valor da justiça. Para este fim, Habermas passa a defender, com especial apoio em sua teoria da ação comunicativa, a participação como elemento essencial para a definição do sentido dos direitos, a serem efetivados por meio da institucionalização de procedimentos deliberativos aptos a conectar o tradicional sistema político representativo e a sociedade civil, de maneira a ampliar a esfera pública política. Para ele, somente dessa forma o cidadão, autor do direito (Cittadino, 2020, 218), torna-se capaz de se sentir democraticamente conectado com o "resultado de sua própria atuação histórica" (Cittadino, 2020, p. 188), passando a cumprir o papel de autorregular a si mesmo[17].

Portanto, Habermas, ao abandonar o ceticismo de Weber em relação ao Direito, passando a lhe conferir a função de promover a justiça, passa a compreender que a participação, como uma decorrência da imprescindibilidade de se inserir a sociedade civil na esfera pública política, deflui do seu conceito de Estado democrático, tornando absolutamente desnecessária sua definição expressa numa carta de direitos positivada. Com isso, a participação da sociedade civil, elemento essencial do pensamento teórico habermasiano, adquire, com a adoção de uma concepção de Direito vinculada ao conceito de justiça, *status* de pressuposto da própria democracia – com características participativas.

Com efeito, Habermas considera que a formação do Direito (e dos sistemas de normas que o compõe) deve contar de alguma forma com a participação efetiva da sociedade civil, a qual deve influenciar decisivamente as

[17] "Para o filósofo e sociólogo alemão, uma ordem legal é legítima quando salvaguarda a autonomia de todos os cidadãos a um nível igual, ou seja, os cidadãos são autônomos, tão-somente, se os dirigentes da lei também se puderem ver como seus autores. E, dessa forma, os seus autores são livres apenas enquanto participantes em processos legislativos que são regulados de tal maneira e tomam lugar em formas de comunicação tais que todas as pessoas podem presumir que os regulamentos aprovados dessa forma merecem uma provação motivada geral e racionalmente." (HAMEL; HANSEN, 2011, p. 83).

decisões públicas, sobretudo aquelas de natureza legislativa. O Direito pressuporia, necessariamente, em decorrência do denominado princípio do discurso, a participação social como atividade apta a dotar os cidadãos de capacidade de autorregulação, por meio da qual passaria a exercer sua autonomia política plena, influenciando os processos de tomada de decisão pública (Habermas, 2021, p. 173).

Essa ordem de ideias, somada ao fato de que Habermas considera filosoficamente a verdade um conceito compartilhado que decorre da interação entre sujeitos, e não de um único sujeito, reforça a tese segundo a qual é da consulta ao "mundo da vida", isto é, da participação efetiva dos concernidos, que será possível conferir legitimidade às decisões públicas.

Neste ponto, Habermas, em alguma medida, aproxima-se da tese adotada por aqueles que enxergam a participação em conflitos coletivos estruturais como um subprincípio do princípio da dignidade da pessoa humana, sem a qual os titulares dos direitos violados passariam a existir como seres sem autonomia para decidir a respeito dos assuntos que lhes digam respeito. Isto porque a solução de problemas estruturais que afetam a todos (ou a um número indeterminado de pessoas) passaria a ser apresentada por um único sujeito, no caso deste trabalho, o membro do Ministério Público.

Da mesma forma que Habermas se opõe ao modelo de representação política tradicional, marcado por desconexão entre representantes e representados, os mesmos argumentos utilizados por ele para defender a participação da sociedade civil na esfera pública podem/devem ser utilizados aqui para justificar uma maior interação entre legitimados ativos (Ministério Público) e passivos no âmbito de conflitos estruturais, fenômenos sociais que apenas podem ser compreendidos e pacificados com ação comunicativa, ou seja, com a participação de todos os interessados.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, com características de ensaio, foi possível discorrer a respeito do princípio constitucional da independência funcional dos

Sumário 2
índice

membros do Ministério Público no âmbito de conflitos estruturais na perspectiva do direito à participação.

De plano, é importante registrar que os dois posicionamentos apresentados (clássico ou alternativo) não enfrentaram, ao menos de modo direto e cumulativo, os dois temas aqui abordados: o princípio da independência funcional no âmbito do Ministério Público e os conflitos estruturais. Enquanto a doutrina mais tradicionalista, ao se referir ao princípio da independência funcional, não trata especificamente da participação dos titulares dos direitos no âmbito da tutela coletiva, os defensores do mencionado posicionamento alternativo também silenciam a respeito de uma necessária compatibilização entre o direito à participação e a supracitada prerrogativa dos membros do Ministério Público.

Portanto, a intepretação que se fez desses posicionamentos defluiu muito mais das entrelinhas dos argumentos apresentados do que de posições expressas sobre o tema. Diante desse silêncio, o presente trabalho buscou se apresentar como uma oportunidade para se dar início a uma discussão mais direta sobre o assunto, de modo a conectar todos os pontos da discussão: o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, visto tradicionalmente como liberdade para interpretar o Direito de acordo com a própria convicção, e a possibilidade de se conceder aos titulares de direitos transindividuais no contexto de conflitos estruturais o direito de participarem de discussões em torno de seus interesses.

Em que pese a possibilidade de se compatibilizar os dois entendimentos (clássico e alternativo) a partir da utilização, de certa forma simplista, do argumento da ponderação de interesses, segundo o qual o princípio da independência funcional passaria a sofrer restrição severa em razão de um eventual direito à participação, subprincípio do devido processo legal coletivo, o presente trabalhou pretendeu, sem discordar totalmente desse entendimento, explorar uma nova camada argumentativa, a saber: a participação como elemento intrínseco do processo hermenêutico.

Sumário 2
índice

Sobre esse tema, nossa conclusão é no sentido de que, em conflitos estruturais, caracterizados, em razão da permanente presença de acirrados debates sobre o sentido de regras e princípios constitucionais, quase sempre associados a direitos fundamentais em constante tensionamento, a abertura de canais de comunicação com os titulares dos direitos violados (e seus grupos e subgrupos) constitui elemento absolutamente imprescindível para a construção compartilhada de soluções jurídicas capazes de pacificar os conflitos, bem como resolver problemas estruturais em instituições, organizações, governos etc. O sentido tradicional empregado ao princípio da independência funcional diante dessas realidades, o qual garante ao membro do Ministério Público liberdade para interpretar o Direito, dispensando a participação de seus representados no debate em torno de problemas estruturais que afetam a todos, parece estar em dissonância, não somente com o princípio constitucional do devido processo legal coletivo, mas também com a ideia de que, em temas que envolvam direitos fundamentais, o processo hermenêutico deve se desprender do sujeito – e de sua capacidade de sozinho revelar a verdade – visando a ampliação do debate por meio de sua participação.

Naturalmente, tal entendimento para ser considerado válido deve se descolar de uma visão tradicionalista de matriz jurídico-filosófica positivista, a qual, conforme já dissemos, centra-se na figura do sujeito que interpreta o Direito a partir de si mesmo e de seu repertório cultural, moral, social e até político. Compreender problemas estruturais vai muito além de subsumir regras jurídicas a casos concretos; exige atribuir sentido a direitos fundamentais em colisão, compreender desacordos morais subjacentes, disputas políticas, divergências entre atingidos, controvérsias técnico-científicas entre experts, dominar métodos alternativos de consensualidade e mediação, negociar prazos e condições por força de entraves financeiros e orçamentários etc. Não é, portanto, tarefa de um homem só.

Por tudo isso, torna-se absolutamente necessária a discussão sobre o tema da participação – ou da inclusão do outro - como elemento do próprio processo de interpretação e aplicação do Direito em situações de conflitos estruturais. Interpretar normas deve ser visto como uma ação que vai além da

própria subjetividade, uma prática intersubjetiva, fruto do debate entre aqueles que, de algum modo, são afetados pela decisão final a ser tomada. A participação aqui deve ser vista, não só como um subprincípio do devido processo legal coletivo, mas como forma de se garantir a influência dos reais titulares dos direitos violados no processo de interpretação e aplicação do Direito, dentro do qual o Ministério Público, na condição de legitimado ativo extraordinário, deverá adotar medidas concretas para assegurar essa interação, evitando tomar decisões com base apenas na sua própria experiência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; SILVA, Lilia Nunes. **A importância da interação entre legitimados e interessados na elaboração do termo de ajustamento de conduta: a consensualidade como suporte essencial à resolução de conflitos coletivos.** In Desjudicialização: atualidades e novas tendências. Organizadores Ana Claudia Rodrigues Theodoro; Flávia Pereira Hill e Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Londrina: Thoth, 2024.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. **A Ética Comunicativa segundo Habermas**. In: Ética. Leda Miranda Hühne (organizadora). Rio de Janeiro: UAPÊ e SEAF, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 5ª edição. Andradina: Meraki, 2020.

DIDIER Jr., Fredie; de OLIVEIRA, Rafael Alexandria; Zaneti Jr., Hermes. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 303, pp. 45-81, 2020 (DTR/2020/6787).

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUIMARÃES, Rodrigo de Figueiredo. **O Ministério Público como instituição de garantia protegida pela cláusula pétrea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria da Ação Comunicativa**, volume I. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2022.

_____. **Faticidade e validade. Contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Tradução e apresentação Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. 2ª edição. São Paulo: UNESP, 2021.

HAMEL, M. R.; HANSEN, Gilvan Luiz. **Filosofia do Direito e teoria jurídica em Habermas: implicações reconstrutivas para uma teoria da sociedade**. Porto Alegre: Veritas, v. 56, p. 85, 2011.

HANSEN, Gilvan Luiz e HANSEN, Gilvan Luiz Junior. **Democracia, Estado de Direito e Fundamentalismo**. In: FERNANDES, Eder; NEVES, Edson Alvisi; HANSEN, Gilvan Luiz Democracia, estado de direito e cidadania: enfoques e reflexões. 1. ed. Niterói: Light Editora, 2014.

HANSEN, Gilvan Luiz. **A razão entre a violência e a emancipação: um enfoque habermasiano**. In: Justiça, Ética e Filosofia Política. Volume 52, n. 1. Porto Alegre: editora Veritas, 2007, Doi: https://doi.org/10.15448/1984-6746.2007.1.

JATAHY, Carlos Roberto de C**. Princípios institucionais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2021.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello Porto**. Manual de Tutela Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2021.

RIBEIRO, Michelle Bruno. **Os litígios estruturais nas portas do sistema de justiça**. In: Acesso à Justiça e os desafios do nosso tempo. Organização: Rogério Pacheco Alves e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

SILVA, Felipe Gonçalves e MELO, Rúrion. **Apresentação à edição brasileira de Faticidade e Validade. Contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia.** 2ª edição. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora UNESP, 2021.

VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e Direito à participação. Técnicas de atuação interativa em litígios complexos**. São Paulo: JusPodvim, 2022.

Sumário 2

índice

SINAIS DE ALIJAMENTO À PARTICIPAÇÃO SOCIAL EM LITÍGIOS COMPLEXOS E ESTRUTURAIS:

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL COM ENFOQUE NO AMICUS CURIAE E NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Bruna Duarte Teixeira Martins Oliveira[1]

Sumário: Introdução; 1. Análise conceitual dos litígios coletivos, complexos e estruturais; 2. Da participação dos interessados: sinais de alijamento, obstáculos à efetividade; 3. Amicus curiae e audiências públicas como garantias do contraditório: uma análise comparativa entre a administração e o judicial; 3.1. Das audiências públicas; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Diante da complexidade presente nas sociedades modernas, um dos desafios que se tem é o de lidar com questões que transcendem a esfera individual e alcançam a coletividade. Isto porque tais questões apresentam, em uma de suas vertentes, como uma de suas principais características a multiplicidade de atores com perspectivas e conhecimentos distintos num entrelaçamento de direitos. Uma nova racionalidade que desafia as premissas do tratamento dos conflitos bipolares nos quais figuram autor e réu.

Entre o litígio individual e o coletivo a distinção reside na própria natureza da relação jurídica e dos sujeitos envolvidos, vez que enquanto no individual o conflito se estabelece entre indivíduos com base em relações jurídicas individualizadas, o litígio coletivo surge quando a lesão atinge um grupo de pessoas enquanto sociedade, sem especificidade e, de regra manifestado como um litígio complexo.

[1] Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, Negócios e Instituições da Universidade Federal Fluminense. E-mail brunadtm@gmail.com.
Lattes: https: /lattes.cnpq.br/8048066329558291

Sumário 2
índice

Dita complexidade deriva de aspectos como a multiplicidade de interesses, a própria dificuldade que se apresenta na definição da tutela e a poliarticulação. E é nesse contexto que o litígio coletivo pode evoluir para um litígio estrutural, que decorre do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, se apresenta, seja na esfera pública ou privada. De forma que o litígio estrutural é uma situação de fato que pode ensejar a atuação tanto judicial quanto extrajudicial.

A observação concernente aos litígios estruturais, nos permite identificar que a lesão apontada é vista como resultado do modo como a estrutura opera, e, portanto, para a solução efetiva do problema, surge a necessidade de mudança em seu funcionamento, caracterizado pela causalidade estrutural. Por outro lado, a afetação de diversos grupos sociais de maneiras distintas, sem uma perspectiva social unificada demonstra o quão irradiado é o litígio em questão.

Diante desse quadro, identificado o problema na própria estrutura burocrática e a multiplicidade de atores em perspectivas distintas, a necessidade de restruturação para fins de evitar a perpetuação da violação se faz premente.

No cenário jurídico brasileiro, os litígios complexos estruturais trazem consigo a necessidade de enfrentamento desses problemas sistêmicos e de larga escala com afetação em diversos setores da sociedade, e abre caminho para se pensar o processo estrutural, embora a esfera judicial não seja a única, tampouco a melhor, para a solução desses litígios. Um tipo de processo complexo e multifacetado, cuja finalidade reside em mitigar violações a direitos fundamentais decorrentes destas falhas estruturais em políticas públicas ou práticas institucionais enraizadas.

Conquanto a dificuldade desses litígios resida em problemas policêntricos, os sistemas voltados à resolução de litígios complexos frequentemente enfrentam o desafio de incluir a participação efetiva de todos os interessados. Por conseguinte, a não inclusão de partes relevantes nesses processos pode comprometer a legitimidade, a justiça e a eficácia das decisões.

Sumário 2
índice

Apesar dos benefícios evidentes, para além da falta de transparência e barreiras institucionais que dificultam a inclusão de grupos sociais diversos, há uma tendência de restrição de acesso e de desconsideração das contribuições recebidas, limitando a profundidade do envolvimento cívico. As audiências públicas são, não raras vezes, vistas apenas como eventos formais, não necessariamente refletindo o sentimento público.

Nessa perspectiva, o presente artigo tem por objeto investigar como a participação social pode ser alijada do processo de busca de solução para esses litígios complexos. Para tanto propõe-se identificar e analisar os sinais desse alijamento, a partir de uma análise comparativa entre as esferas administrativa e judicial e suas respectivas consequências. Ademais, o estudo volta-se a perquirir a importância de mecanismo como o *amicus curiae* e as audiências públicas como garantias fundamentais do contraditório e da legitimidade das decisões.

A metodologia empregada na pesquisa se desenvolve por meio de levantamento bibliográfico, com o uso de livros e artigos científicos sobre a temática, bem como análise da legislação brasileira existente e estudo de casos sobre a participação popular no contexto judicial e administrativo no cenário brasileiro.

No primeiro capítulo, discutimos as premissas conceituais dos litígios coletivos abordando sua classificação e dimensões de conflituosidade e complexidade. No segundo capítulo traçamos a importância da participação em perspectiva comparada entre as esferas administrativa e judicial, em contraponto aos sinais de alijamento observados e suas consequências para o processo decisório.

O terceiro capítulo traz como ponto central de análise o papel do *amicus curiae* e das audiências públicas como mecanismos de garantia do contraditório, apontando para o aprimoramento desses mecanismos como meio de fortalecimento da participação social e ampliação da legitimidade das decisões judiciais.

Sumário 2
índice

1. ANÁLISE CONCEITUAL DOS LITÍGIOS COLETIVOS, COMPLEXOS E ESTRUTURAIS

Na década de 70, a pesquisa desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 49-66) sobre acesso à justiça, por meio do Projeto Florença[2], já alertava para a importância de salvaguardar os interesses coletivos, ao destacar a "segunda onda" de reformas para o acesso à justiça como um movimento focado na representação dos interesses difusos. Estabelecendo, assim, o campo do litígio coletivo que envolve uma multiplicidade de sujeitos, os quais compõem um grupo, uma sociedade (Vitorelli, 2018, p. 2).

A sociedade moderna, caracterizada por relações complexas e multifacetadas, como destaca Pizzol (2020), se afasta do individualismo do século XIX e se move em direção a uma consciência coletiva. Cenário que reflete o surgimento de novos direitos que passam a abranger grupos, comunidades e o público em geral, tais como os direitos transindividuais – também denominados de **metaindividuais**[3], "direitos que consagram os princípios da fraternidade e da solidariedade. Transcendem o indivíduo e incluem o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, dentre outros (Oliveira, 2011, p. 38).

Ao mesmo tempo em que surgem esses novos direitos, uma reformulação do sistema jurídico também se faz presente, uma vez que estruturado tradicionalmente em torno da resolução de conflitos individuais, ineficaz para lidar com os conflitos coletivos. Isso fez com que o poder Judiciário, ganhasse espaço e destaque, passando a figurar como um órgão responsável por suprir, por vezes, a inércia do poder Legislativo e do Executivo na não efetivação de direitos à população, em especial os constitucionalmente garantidos (Batista, 2022, p.17).

---

[2] O Projeto Florença (Florence Access-to-Justice Project) reuniu uma grande equipe multidisciplinar de advogados, sociólogos, antropólogos, economistas e formuladores de políticas, originários de quase trinta países diferentes. O resultado final dessa pesquisa comparativa foi condensado em um tratado de cinco volumes intitulado "Access to Justice" (1978-81). Para conhecer mais detalhes do projeto acesse https: /globalaccesstojustice.com/historical-background/?lang=pt-br. -

[3] O Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 – estabelece o conceito de direitos transindividuais no art. 81, I como os de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Decerto que em um cenário caracterizado por tais relações cada vez mais complexas, em que um mesmo evento é passível de acarretar interações envolvendo vários indivíduos ou grupos, uma multiplicidade de direitos entrelaçados marcados por diferentes interesses e perspectivas (Pizzol, 2020), torna-se fundamental analisar os litígios complexos e estruturais para melhor compreender as dinâmicas judiciais e extrajudiciais voltadas à resolução dos conflitos coletivos. Para tanto, importante se faz definir suas premissas conceituais, a fim de evitar que se tenha por sinônimos contextos diferentes desses litígios.

Nas lições de Vitorelli (2018), litígios coletivos envolvem conflitos que impactam uma multiplicidade de sujeitos, organizados em torno de direitos e de regras, interesses comuns, mas que variam em termos de alcance e intensidade. Classificando-os quanto à sua conflituosidade e complexidade.

No que concerne a conflituosidade desses litígios, Vitorelli (2018, p. 2-3) categoriza em três tipos principais. Os globais, de pouca conflituosidade, ocorre quando os direitos violados afetam uma coletividade de forma ampla, mas sem provocar grande impacto na vida individual dos membros do grupo. Como ocorreu, por exemplo com as ações civis públicas[4] voltadas a buscar indenização da empresa META (Facebook) pelo vazamento de dados de seus usuários. Embora o ocorrido tenha afetado uma coletividade, o tratamento da questão pode se traduzir em uma demanda judicial antieconômica diante do impacto causado ao indivíduo que, sequer demonstraria interesse na causa. A indenização sob o enfoque individual, estaria aquém dos danos efetivamente causados pelo infrator à comunidade.

Os litígios locais, por sua vez, apresentam conflituosidade moderada e serão vistos quando a lesão for significativa para um grupo específico de pessoas, unidas por uma solidariedade social ou comunitária. “A identidade de perspectivas sociais, fornece um elemento de união, que impede que as divergências entre essas pessoas, embora existentes, sejam elevadas o bastante

[4] Veja TJ-MG. ACP nº: 5127283-45.2019.8.13.0024, distribuída em 16/07/2020, 29ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Sentença disponível em https: /static.poder360.com.br/2023/07/setenca-Facebook-danos-morais-TJMG.pdf.

para ofuscar o objetivo comum". (Vitorelli, p. 2). Nesse sentido, podemos pensar a título de exemplo, na ação coletiva nº 0010767-32.2023.5.15.0040[5], movida pelo Sindicato dos tecnólogos, técnicos e auxiliares em radiologia, diagnóstico por imagens e terapia no estado de São Paulo em face da Santa Casa de Misericórdia de Cruzeiro, em virtude do não recolhimento do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS). O caso em comento nos permite observar que a multiplicidade de pessoas se cinge a um grupo específico, unidos por um objetivo comum.

A terceira categoria apontada pelo autor diz respeito aos conflitos irradiados, de alta conflituosidade. Nesse tipo de litígio, o impacto ocorre sobre diferentes subgrupos, sem uma unidade de identidade ou perspectiva social comum, o que aumenta a complexidade e as divergências entre os envolvidos (2018, p. 2). Voltaremos ao assunto.

Outro fator que pode variar nos litígios coletivos é a sua complexidade, uma vez que podem ser classificados como simples ou complexos, a depender da facilidade com que se define a medida reparatória para solução da violação do direito material (Vitorelli, 2018, p. 3). Os Litígios simples apresentam uma solução é clara e direta.

Como se verifica na ação civil pública nº 0058165-71.2019.8.19.0001, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra a Azul Linhas Aéreas, embora presente uma pluralidade de consumidores, sua resolução cinge- se a adequação de regras e compensação financeira. É, pois, um caso que traduz a existência de um litígio coletivo simples, no qual o Ministério Público alegou ofensa aos direitos básicos do consumidor ao constatar que a empresa aérea divulgava tarifas como insuscetíveis de serem objeto de reembolso/cancelamento, bem como naquelas onde era possível o reembolso, havia retenção de valor por parte da empresa, sem que houvesse qualquer ressalva na informação.

[5] Veja TRT-15ª Região. Sentença disponível em https: /www.sintaresp.com.br/Store/Arquivos/sentenca-01merged.pdf.

Sumário 2
índice

Dessa forma requereu que a empresa adequasse suas regras de reembolso e cancelamento de passagens em consonância com o previsto na Resolução ANAC nº 400, no sentido de que o esclarecimento aos consumidores fosse compatível juridicamente, além da devida restituição e reparação dos danos causados. Conquanto presente a coletividade, a complexidade presente no caso, não implica maiores desdobramentos.

Por outro lado, as questões que se apresentam nos litígios complexos são mais difíceis de serem resolvidas. São permeadas de múltiplas soluções possíveis, em que cada uma apresenta diferentes implicações de custo e benefício. Nos litígios complexos, a análise se distancia do simples julgamento de licitude ou ilicitude e exige uma abordagem que leva em consideração fatores políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento. Os problemas são multifacetados, com diversidade de atores, e nem sempre há uma solução preestabelecida em lei, tornando o papel do Judiciário ainda mais desafiador (Vitorelli, 2018, p. 3), notadamente quando esses litígios complexos se desdobram em litígios estruturais.

Embora todo litígio estrutural seja complexo, nem todo litígio complexo será estrutural. Estes decorrem do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera (Vitorelli, 2018, p. 5). Assim, sua resolução caracteriza-se por meio de um processo coletivo que busca reorganizar estruturas burocráticas ou institucionais que perpetuam violações sistêmicas, como forma de reformular o funcionamento de uma estrutura responsável pela violação dos direitos. Por outro lado, há litígios coletivos que, apesar de envolverem grandes grupos e múltiplos interesses, não demandam essa intervenção estrutural. Tais litígios, embora complexos pela quantidade de partes afetadas e pela organização das reparações, não necessitam de mudanças institucionais de longo prazo.

A ACP do carvão e o desastre de Mariana são casos que bem ilustram os litígios complexos irradiados.

Sumário 2
índice

A Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, conhecida como a ACP do carvão[6], retrata um caso emblemático no tocante ao uso do processo coletivo para lidar com litígios ambientais complexos e de grande escala, visto como uma referência de litígio estrutural (Arenhart, 2017), no qual se verificou múltiplos interesses e uma forte necessidade de reparação ambiental e indenização social. A ação tinha como objetivo a recuperação dos passivos ambientais gerados entre o ano de 1972 até o ano de 1989 e, dada a complexidade, a decisão judicial foi além da declaração de lícito/ilícito, condenado os réus a apresentarem um projeto de recuperação ambiental para toda a região (Zanette Netto, 2016, p. 68). Ao longo dos anos, a ACP do Carvão resultou em diversas determinações no sentido realização de medidas de mediação e recuperação ambiental, o que incluiu programas de tratamento de resíduos, recuperação de áreas degradadas e monitoramento ambiental contínuo.

O "desastre de Mariana[7]" é outro caso que ilustra os litígios irradiados, cujo impacto humanitário, ambiental e econômico causados, não só demonstra o quão irradiado é o litígio que se delineia, mas, como distintas foram as lesões acometidas a direitos, a gerar potenciais pretensões diferenciadas.

> 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. [...] Os problemas são policêntricos e sua solução não está preestabelecida na lei, o que acarreta grandes dificuldades para a atuação jurisdicional. (Vitorelli, 2018, p. 3).

[6] A ação tramitou perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, autuada em 05/04/1993, contou ao todo com 24 (vinte e quatro) réus, entre empresas carboníferas, seus diretores e sócios majoritários, a Cia Siderúrgica Nacional, o Estado de Santa Catarina e a União Justiça Federal. Para visualização completa do andamento judicial no site do Portal Unificado da Justiça Federal da 4ª Região. Acesse https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=19937204000533 1&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=S&txtChave=. Acesso em 18/01/2023 Para aprofundamento de pareceres técnicos veja ACP do Carvão

[7] O rompimento da barragem de Fundão controlada pela empresa Samarco, localizada no distrito de Bento Rodrigues, na cidade de Mariana, Minas Gerais, ocorrido em novembro de 2015 liberou uma grande quantidade de rejeitos de mineração, resultando em uma tragédia humanitária, ambiental e econômica. O caso ultrapassou fronteiras e em 2018, o escritório Pogust Goodhead (PG) pediu abertura de um processo em Londres, onde fica a sede da BHP, pedindo indenização a princípio de 200 mil vítimas. Para conhecer mais detalhes acesse https: /pogustgoodhead.com/pt- br/casos/mariana-dam-disaster-netherlands/. Veja também: BRANDÃO, Raquel; VIRI, Natalia. Especial: Nove anos após o desastre de Mariana, um acordo tão perto (e tão longe). In Exame, 11 de junho de 2024. Disponível em https: /exame.com/insight/especial-nove-anos-apos-o-desastre- de-mariana-um-acordo-tao-perto-e-tao-longe/p. Acesso em 03/10/2024.

Outros exemplos ainda podem ser apontados como a ADPF 347[8] voltada à solucionar um litígio estrutural de reiterada violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, a perpetuar condições degradantes dos presos.

Resta claro, portanto, que os litígios complexos estruturais, são, em essência, policêntricos, o que quer dizer que envolve múltiplos centros de interesse. Logo, necessitam de uma abordagem que integre diversos setores da sociedade, promovendo uma solução inclusiva e representativa que considere a multiplicidade de perspectivas envolvidas.

Revelam em si a necessidade de uma avaliação abrangente das consequências da ação ou omissão, considerando a diversidade de interesses e, ao mesmo tempo o alcance de soluções que atendam à multiplicidade de atores, consubstanciado na reestruturação do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, buscada tanto por meio da esfera administrativa quanto da esfera judicial (Vitorelli, 2018, p. 6).

Independente da via escolhida na busca de solução – administrativa ou judicial – evidencia-se como crucial a participação social para a efetividade dessas decisões, especialmente nos casos em que a resolução implica mudanças institucionais ou políticas. Dessa forma, a autoridade decisora deve privilegiar uma atuação coletivizada, o que significa respeito ao princípio do efetivo contraditório, consubstanciado, inclusive, na participação direta e ampla de todos dos atores envolvidos e na influência de suas vozes no provimento das eventuais decisões. Tema do qual passaremos a tratar.

[8] A ADPF 347 foi impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL para fins de que a Suprema Corte declare a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, tendo em vista o cenário de grave e massiva violação de direitos fundamentais dos presos e, determine um conjunto de medidas para reduzir a superlotação das prisões e promover a melhoria das condições de encarceramento. Para aprofundamento acesse https: /portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560.

2. DA PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS: SINAIS DE ALIJAMENTO, OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE

O princípio da efetividade, de natureza constitucional (Zavascki,1997, p. 64), não se limita à eficácia do cumprimento da norma, mas busca garantir a plenitude dos direitos e a resolução dos problemas sociais que os litígios complexos envolvem. A participação social ocupa, portanto, papel central nesse princípio, uma vez que possibilita a inclusão de perspectivas diversas, essenciais para compreender a complexidade desses conflitos.

Conquanto inserida na capacidade de a decisão produzir resultados concretos e transformadores, que realmente impactem a realidade social e promovam a concretização dos direitos envolvidos, a efetividade é consubstanciada também na participação dos interessados, marcada pela crise da representatividade. Dita crise é traduzida na ausência do sentimento de participação e representatividade em relação aos representantes eleitos, originada, entre outros fatores, pela inércia desses mesmos representantes na defesa, tutela e efetivação, de fato, dos direitos e interesses dos representados. Nesse sentido,

> [...] observa-se que os parlamentos, por se dedicarem a uma atuação cada vez mais voltada à satisfação de interesses terciários (entendidos como os dos próprios partidos políticos em sua atuação na busca de poder), vão com isso produzindo resultados que, não obstante formalmente democráticos – um aspecto que poderia ser suficiente sob uma óptica juspositivista – em nada servem à sua clássica missão de conferir o que se possa qualificar de uma autêntica legitimação democrática quanto à substância – entendida sob a óptica ampliada e pós-positivista da juridicidade (Moreira Neto, 2016, p. 256)

Embora mecanismos voltados à participação – como o amicus curiae, consultas e audiências públicas – estejam previstos na legislação, sua implementação, não raras vezes, reproduz as desigualdades existentes, porquanto o desenho das regras institucionais é feito por aqueles que já detêm o poder, limitando a participação efetiva de atores externos (Alencar [et.al], 2013, p. 120).

Sumário 2
índice

De igual modo, o predomínio de linguagem técnica tende a percepção natural de que as contribuições sigam no mesmo formato, o que por vezes intimida os participantes que não se encaixam no padrão (Guimarães, 2020, p. 260-261). Manifesta de diversas formas nos processos participativos, a desigualdade apontada, cria barreiras que impedem a participação plena e efetiva de todos os grupos sociais envolvidos. Mas não apenas.

Questões como ausência de transparência, caracterizada por decisões tomadas a portas fechadas, sem a devida comunicação ou acesso à informação para todos os envolvidos (Borges, 2013, p. 10); restrição de acesso de certos grupos ou indivíduos no processo decisório por meio de obstáculos burocráticos e legislativos; e, ainda, a desconsideração das contribuições, uma vez que opiniões e informações fornecidas pelos interessados são frequentemente ignoradas ou minimizadas (Gomes Filho, 2022, p. 64), permeiam alguns dos fatores que contribuem para a compreensão dos sinais de alijamento da participação social.

Não obstante a Lei nº 9.784/99, trazer a previsão, no âmbito da administração pública, da adoção de instrumentos de participação popular como consultas e audiências públicas, o verbo "poderá" faz com que a discricionariedade dos órgãos públicos em decidir pela abertura de consultas prevaleça e, por conseguinte, se exclua, frequentemente, a sociedade de debates importantes. Além disso, o ruído de uma comunicação pouco clara sobre os resultados dessas consultas e audiências e a falta de sistematização e divulgação das contribuições recebidas, dificulta a compreensão do impacto da participação social (Borges, 2013, p. 9).

Também documentos decisórios fundamentais, como estudos técnicos, pareceres e relatórios, muitas vezes não são amplamente divulgados, o que gera por consequência limitação de acesso à informação e inviabiliza uma postura crítica e construtiva da sociedade. Como ponderar o que não é conhecido? Para o alcance do objetivo almejado com a participação, é primordial que a transparência deva permear todo o processo, como visto no procedimento da

Sumário 2
índice

audiência pública 121/2011[9] da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT),

> "[...] o procedimento da ANTT foi exemplar. Informações sobre prazos, metodologia, contribuições, documentos de referência, atas, entre outros elementos importantes foram disponibilizados no site da agência. Isso foi essencial para que os interessados tivessem uma participação mais informada e fosse gerado um sentimento de confiança da sociedade para com o órgão governamental (Fonseca [et.al.], p. 23)

Mas a ausência de transparência também se verifica no âmbito judicial. Como explicado por Guimarães (2020, p. 261), problemas como falta de critérios claros para a habilitação de participantes em audiências públicas, ausência de listas de participantes, omissão e falta de clareza nas justificativas para indeferimento da habilitação de interessados contribuem para a desigualdade no acesso e na viabilidade de participação social.

Não se pode olvidar da discricionariedade que norteia o ato de convocação para as audiências públicas, estando sujeito à vontade do relator ou presidente do tribunal, fato que pode limitar a amplitude do debate público (Guimarães, 2020, p. 261).

Por óbvio, tais óbices não estão cingidos tão somente a comprometer percepção da justiça, mas também a qualidade do processo decisório, uma vez que prejudica a busca por soluções eficazes a problemas sistêmicos caracterizados pelos litígios complexos. Desse modo, resta evidenciada a necessidade de estruturas mais inclusivas que permitam de maneira efetiva, o acesso e a contribuição dos diversos grupos nos processos decisórios, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

As consequências do alijamento da participação social transcendem a dimensão processual e alcançam o cerne da legitimidade das decisões administrativas e judiciais. Afastar do processo de solução vozes relevantes,

[9] Para aprofundamento veja AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (Brasil). Relatório Anual 2011. ano 9, n. 05, ANTT, 2012. Disponível em https: /www.gov.br/antt/pt-br/acesso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/prestacao-de-contas-anuais/2011/relatorio-anual-2011.pdf. Acesso em 04/09/2024.

quer seja por formalismos excessivos, quer seja pela falta de transparência ou desconsideração das contribuições recebidas, torna o processo decisório vulnerável a críticas quanto à sua representatividade e eficácia. A exclusão sistemática de grupos sociais marginalizados apenas perpetua desigualdades e acentua a descrença nas instituições, afastando a sociedade do debate público e enfraquecendo os pilares da democracia participativa (Batista, 2022, p. 24).

Uma vez que os mecanismos de participação demonstram a ausência de efetividade, não apenas restará comprometida a legitimidade das decisões, como a qualidade e a eficácia das políticas públicas e das soluções judiciais estarão reduzidas.

Vitorelli (2018, p. 3) observa que em litígios complexos e estruturais, a análise das soluções exige uma abordagem que leve em consideração não apenas os aspectos jurídicos, mas também os impactos econômicos, sociais e políticos das decisões. As múltiplas perspectivas presente nesses litígios, uma vez não incorporadas devidamente, implicará em um resultado deficitário que, por certo, prejudicará a implementação das soluções além de aumentar o risco de novos conflitos.

A legislação brasileira traz diversas previsões no sentido de ampliar o diálogo entre as instituições públicas e a sociedade, como exemplificado pela Lei nº 9.784/1999. Ao prever sobre o processo administrativo federal, a lei em comento aduz que a consulta e as audiências públicas podem ser utilizadas para garantir maior participação dos interessados, especialmente em temas de relevância coletiva.

De toda sorte, um olhar mais acurado nos permite observar que a redação da norma citada, ao utilizar o termo “podem ser”, evidencia a discricionariedade na adoção desses mecanismos, e, portanto, traz a possibilidade de limitar o alcance da participação. O mesmo ocorre com a redação do artigo 138 do código de processo vivil (Lei 13.105/2015). Ao disciplinar a figura do amicus curiae, embora destaque sua relevância como meio de exercício do contraditório em processos judiciais de grande repercussão, deixa a critério do julgador a decisão sobre sua admissibilidade, ato discricionário, portanto. Logo, aqui

Sumário 2
índice

também, pela dicção da norma, resta clara a possibilidade de restrição da efetiva participação em situações concretas.

Para superar, ou ao menos minimizar esses sinais de alijamento, necessário se faz que a regulamentação desses instrumentos seja acompanhada por mudanças institucionais e culturais. Nesse sentido, Moreira Neto (2016) enfatiza a importância da transparência e da acessibilidade como elementos cruciais para garantir que a participação social nos processos decisórios não se reduza a uma mera formalidade.

É preciso que instrumentos que fomentem essa inclusão da sociedade sejam estruturados de forma a permitir a influência real de suas contribuições. A legitimidade substancial das decisões depende de que se permita a influência efetiva das contribuições apresentadas, especialmente em contextos de litígios complexos e estruturais, onde as soluções envolvem uma variedade de grupos atingidos e mudanças sistêmicas de grande alcance.

Ademais, a exclusão de atores sociais relevantes tende a comprometer a capacidade de as decisões atenderem à pluralidade de interesses em jogo. A ausência de critérios claros para a seleção de participantes em audiências públicas ou a utilização de linguagem técnica inacessível reforçam as assimetrias de poder e marginalizam grupos que, embora diretamente afetados, têm dificuldades para acessar os espaços de participação. Como defendido por Moreira Neto (2016) dita prática perpetua o desequilíbrio na formulação das soluções, favorecendo grupos já privilegiados e aprofundando as desigualdades sociais.

O autor (2016, p. 160) ressalta que a redução da inibição e a confiança como elemento propulsor da convergência social e do desenvolvimento se concretizam quando os cidadãos se sentem parte dos processos decisórios. Um bom exemplo se verifica na Lei nº 12.527/2011, que ao assegurar o acesso a informações públicas mediante a realização de audiências ou consultas públicas, e incentivar a participação popular reforça o papel do Estado na promoção de uma governança participativa e transparente.

Sumário 2
índice

Desta feita, superar os sinais de alijamento apontados alhures, implica um esforço contínuo de aprimoramento legislativo e institucional. Não só. É preciso esse esforço estar alinhado a mudança de cultura no sentido de valorização da participação social como um elemento central da construção de decisões legítimas e eficazes, notadamente diante de litígios complexos. Integrar os diversos atores e suas perspectivas ao processo decisório torná-lo-á mais representativo e capaz de atender às demandas de uma sociedade plural e em constante transformação. Para tanto, mecanismos como *amicus curiae* e audiências públicas podem ser de grande valia, tema ao qual passaremos a tratar.

3. AMICUS CURIAE E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E O JUDICIAL

Consolidados como mecanismos essenciais para o fortalecimento da participação social, tanto em processos administrativos quanto judiciais, o *amicus curiae* e as audiências podem ser traduzidos como meio de garantia da ampliação do efetivo contraditório. Para além disso, visam a democratização do acesso às decisões de modo a serem incorporadas as diversas perspectivas de todos os envolvidos e promover maior legitimidade e eficácia nos resultados alcançados.

De origem inglesa (Silvestri,1997, p. 679) a figura do *amicus curiae* foi adaptando-se às necessidades político-institucionais de cada sistema jurídico, e, no Brasil, a gênese do instituto data da época imperial, com o Decreto 6.142/1876, ao prever no artigo 6, § 2º[10], a permissão da participação da Ordem dos Advogados, Tribunais do Comércio e de "Jurisconsultos[11] de melhor notas".

Nas lições de Didier Jr. e Souza (2013, pp. 413-414), a atuação dos entes descritos no decreto, "pode ser enquadrada como intervenção de amici curiae: destinada a auxiliar o juízo no conhecimento das repercussões de suas decisões

[10] Art. 6. [...] § 2º O Tribunal poderá tambem ouvir, quando julgue conveniente, o Instituto da Ordem dos Advogados, os Tribunaes do Commercio e Jurisconsultos de melhor nota.
[11] Pessoa versada na ciência do Direito, conhecedora das leis e de sua interpretação, que dá pareceres sobre questões controversas de natureza jurídica que lhe são submetidas. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri [org.]. Dicionário técnico jurídico. 15ª ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 406.

e na consideração dos melhores argumentos passíveis de interferir em seu julgamento por meio de opiniões qualificadas". Nesse sentido, ao trabalhar o *amicus curiae* no direito brasileiro, Bueno (2012, p. 143) explica que,

> Tal intervenção justificou-se, do ponto de vista histórico, pela necessidade de que conhecimentos estranhos ao juízo fossem levados à sua presença, pouco importando em que consistiam esses conhecimentos. O passado da figura revela, com clareza, o ânimo de neutralidade que inspirou o instituto e seu intuito de, agindo no processo, aproximar o juiz dos fatos relevantes para julgamento, independentemente da iniciativa das partes.

Apenas em 1978, um século após, teríamos uma nova lei a permitir, especificamente, a participação de um terceiro no processo, dada a sua expertise. A redação do artigo 31[12] da Lei 6.385/76, incluída pela Lei 6.616/78, previa a participação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais relacionados ao mercado de valores mobiliários. Do mesmo modo, o artigo 89[13] da Lei 8.884/94 previa a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na qualidade de assistente[14].

Como se observa, tanto a CVM como o CADE eram, portanto, figuras voltadas a "cooperar, em alguma medida, para o proferimento da decisão jurisdicional, no sentido de fornecer ao magistrado elementos e informações úteis para a apreciação da questão litigiosa" (Bueno, 2008, p. 144). Nos termos atuais, terceiros intervenientes ao processo, para fins de levar, aos autos, sua contribuição concernente ao conhecimento específico da matéria. Assim,

[12] Art. 31 - Nos processos judiciários que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.
[13] Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.
[14] O uso do termo assistente foi criticado uma vez que se tratava de uma modalidade de terceiro que não coadunava com a natureza do instituto previsto no CPC/73 (art. 50 a 55). A intervenção do CADE, conforme prevista estava cingida ao conhecimento aprofundado que lhe era peculiar no sentido de esclarecimento ao julgador, tal qual a figura do amicus curiae, sem qualquer interesse subjetivo na causa, enquanto a assistência, como modalidade de intervenção de terceiros, trazia como um dos requisitos dito interesse que configurava a viabilidade de assistir uma das partes envolvidas (Bueno, 2008, p. 144-145). Veja também CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. In Revista de Direito Administrativo. Vol. 234, pp. 111-142, out/dez 2003, p. 125-126. Disponível em https: /periodicos.fgv.br/rda/issue/view/2467. Acesso em 08/10/2024.

embora restrita, a dicção da norma inaugurou uma nova perspectiva sobre a participação de terceiros especializados nos processos decisórios judiciais.

Desde então, a adoção da figura do *amicus curiae* no âmbito jurisdicional foi sendo ampliada pela legislação. No ano de 1999, duas leis voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade foram editadas, a saber: a Lei 9.868 e a Lei 9.882[15]. Ambas as leis permitiam ao relator designar audiência pública para oitiva de experts na matéria objeto do julgamento[16].

Tais normativas foram propulsoras e seguiram até o advento do CPC no ano de 2015 por meio do artigo 138, o qual menciona expressamente o termo *amicus curiae*, atribui-lhe natureza de intervenção de terceiros, amplia sua participação para além das cortes superiores – até então restrita – e permite sua atuação por iniciativa própria.

A figura do amicus curiae, consolidada no processo judicial, também encontra respaldo no âmbito administrativo, especialmente como meio de fortalecer o contraditório e a participação em processos decisórios. O processo administrativo, como visto, foi regulado pela Lei 9.784/1999, e, embora não mencione expressamente a figura do amicus curiae, abre espaço ao oportunizar "a realização de consultas e até audiências públicas, além de admitir a manifestação escrita de terceiros que não se confundem com os interessados diretamente no resultado (Cabral, 2003, p. 126).

Sumário 2
índice

[15] A Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, voltava-se a regular o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), enquanto a Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999, atendendo ao comando constitucional previsto no art. 102, § 1º, regulamentava o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

[16] Lei 9.868/99: Art. 7º [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Artigo 9. [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Lei 9.882/99: Art. 6º [...] § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Ademais reconhecem a manifestação quando a matéria debatida no processo envolver assunto de interesse geral (art. 31[17]).

Sob esse prisma, o princípio do diálogo das fontes, amplamente discutido por Grinover (2016), permite que normas processuais civis, como o artigo 138 do CPC, sejam aplicadas supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo, consolidando a atuação do *amicus curiae* neste espaço de decisão pública. Leciona a autora (2016, p. 10):

> Milita a favor da transposição do artigo do Código não só a regra expressa de sua aplicação subsidiária, mas também o princípio do diálogo das fontes, segundo o qual deve ser sempre possível a adoção de uma regra oriunda de outra disciplina jurídica, desde que compatível com as regras próprias de outro sistema. Também a analogia pode ser aplicada no caso da intervenção do *amicus* no processo administrativo, que apresenta frequentemente os requisitos indicados pelo CPC para sua aplicação: "A relevância da matéria, a especificidade do objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia".

Conforme destaca Didier Jr. (2020), o papel do amicus curiae em processos administrativos ganha relevância particular na formação de precedentes administrativos obrigatórios, dado que buscam assegurar isonomia e segurança jurídica ao trato dos administrados pela administração pública. Nesse contexto, a atuação desse terceiro se faz essencial para qualificar os debates e promover uma análise mais ampla e democrática sobre temas, normalmente eivados de complexidade técnica ou repercussão social. Dessa forma, alinha-se aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pilares de uma administração pública transparente e participativa.

É perceptível que o objetivo do *amicus curiae* vai muito além da simples apresentação de sua expertise, uma vez que opera como um elemento de pluralização do debate e de qualificação do contraditório, notadamente diante de temas de alta complexidade técnica e/ou relevância social.

A título de ilustração, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem admitido

[17] Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

Sumário 2
índice

a participação de amicus curiae, com aplicação subsidiária do artigo 138, do CPC/2015, como de depreende no julgamento do Acórdão 9323/2016[18] e no Acórdão 1659/2016[19], em que admitiu o ingresso de associações como *amici curiae* em processo que tratava de questões ambientais, ressaltando os "*benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos 'amigos da Corte'*".

Não se pode olvidar, contudo, os desafios que acometem a atuação do *amicus curiae* apesar dos avanços normativos. Não raras vezes supostos intervenientes se deparam com dificuldade de acesso por óbices no reconhecimento de sua representatividade e na admissão por parte do órgão decisor. Os EDcl no EREsp 1.645.719[20] ilustra bem a questão. Embora o objeto em debate fosse a delimitação dos critérios objetivos para fixação de honorários advocatícios sucumbenciais, o pleito de ingresso como amicus curiae feito

[18] TCU. Processo n. 032.564/2011-2. AC 9323/2016, Segunda Câmara. Ministro Relator Vital do Rêgo. Data da Sessão 16/08/2016. Considerando que esta Corte de Contas tem admitido o ingresso de associações em processos de interesse coletivo, na condição de **amicus curiae**, a exemplo do que foi decidido no Acórdão 1659/2016-TCU-Plenário; Os Ministros do Tribunal de Contas da União, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 32, inciso I e 33 da Lei 8.443/1992, e nos arts. 143, inciso IV, alíneas "a" e "b" e § 3º; 277, inciso I; e 285, caput e § 2º, do Regimento Interno do TCU, de acordo com os pareceres emitidos nos autos, em: [...] não conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores nos Serviços Portuários dos Portos do Estado do Rio de Janeiro (peça 70), por inexistência de legitimidade e de interesse recursal, admitindo a entidade como **amicus curiae** e, em consequência, recebendo a documentação por ela trazida a título de contribuição técnica para deslinde da questão tratada nestes autos. Disponível em https:/pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A9323%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 16/09/2024.

[19] TCU. Processo n. 014.624/2014-1. AC 1659/2016, Plenário. Ministra Relatora Ana Arraes. Data da Sessão 29/06/2016. ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com fundamento nos art. 146, §2º, e 289 do Regimento Interno, em: 9.1. conhecer do agravo e negar-lhe provimento; 9.2. indeferir o pedido da Associação de Terminais Portuários Privados de admissão nos autos como interessada, com o consequente indeferimento de seu pleito de exercício de outras prerrogativas processuais, admiti-la como **amicus curiae,** fixar prazo de 15 (quinze) dias para que apresente sua contribuição técnica para deslinde da questão tratada nestes autos e encaminhar-lhe cópia deste processo. Disponível em https:/pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1659%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em 16/09/2024.

[20] STJ. Terceira Turma. EDcl no Recurso Especial n. 1.645.719 – RJ. Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe: 30/05/2018. Disponível em https:/www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1702982&tipo=0&nreg=201401652536&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180530&formato=PDF&salvar=false. Acesso em 22/09/2018.

pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), foi indeferido sob o argumento sua manifestação tenderia a favorecer uma das partes, o que acarretaria desequilíbrio processual, em detrimento da parte contrária (Gonzalez; Coppini, 2022).

Além disso, a prevalência de grandes organizações na qualidade de *amicus curiae*, suscita preocupações sobre o desequilíbrio na pluralidade de vozes representadas. O fato de essas entidades possuírem recursos e acesso político para sustentar sua participação e, no mais das vezes, pode mascarar seu real objetivo de fazer prevalecer o entendimento que lhe é desejado. Nesse sentido,

> [...] importa saber os limites e as capacidades dos amici curiae no processo constitucional enquanto condições objetivas que permitem – ou impedem – exercer influência qualitativa nas decisões e pluralizar o debate constitucional. Isso definira, em grande medida, a potencialidade dos amici curiae para o litígio estratégico (Almeida, 2019, p. 681).

Conquanto desafios precisem ser enfrentados, não se pode negar as contribuições ao aprimoramento técnico e legitimação social das decisões. Aprimoramentos estruturais para superar as limitações existentes, são fundamentais no sentido de que o instituto alcance efetivamente seus objetivos de pluralizar o debate, garantir o contraditório e fomentar a transparência decisória tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

3.1. Das Audiências Públicas

No tópico anterior, vimos que a figura do *amicus curiae* permite que terceiros, com conhecimento especializado, forneçam insights valiosos ao tribunal, auxiliando o julgador na tomada de decisões mais informadas. Por sua vez, as audiências públicas é a garantia de que todas as vozes interessadas possam ser ouvidas, com vistas a promover um processo decisório mais democrático.

Desse modo, as audiências púbicas, são mecanismos de participação coletiva voltados a possibilitar o diálogo entre órgãos públicos e cidadãos sobre

temas de relevância social. Sua importância no âmbito da administração pública como instrumento de realização dos direitos, notadamente difusos e coletivos, é ressaltada por César (2011, p.359), ao dispor que,

> A audiência pública administrativa é um instrumento colocado à disposição dos órgãos públicos para, dentro de sua área de atuação, promover um diálogo com os atores sociais, com o escopo de buscar alternativas para a solução de problemas que contenham interesse público relevante. Também pode servir como instrumento para colheita de mais informações ou provas (depoimentos, opiniões de especialistas, documentos, etc.) sobre determinados fatos. Nesse evento, também podem ser apresentadas propostas e críticas.

O caráter democrático das audiências públicas reside na própria transformação da democracia representativa para uma democracia participativa[21], em que diferentes atores sociais podem discutir questões de interesse público e colaborar na construção de soluções mais coesas com a realidade. Assim,

> Possível é afirmar que as audiências públicas exercem também um duplo papel informativo. De um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de outro, habilitam o órgão administrativo "decididor", tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, pois estabelece um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa (Oliveira, 1997, p. 277).

Nessa linha de pensamento, Agustín Gordilho (2014, 451-452) associa a audiência pública ao Tratado de San José de Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), especialmente no que tange ao artigo 23.1. O autor argumenta que a participação, inclusive por meio de audiências públicas, é uma obrigação dos Estados prevista em normas supranacionais e internacionais. Essa participação está vinculada ao exercício de direitos políticos e ao devido processo, aspectos que a audiência pública reforça no contexto democrático e de proteção dos direitos dos administrados.

[21] A democracia participativa tem como primeiro fundamento a reivindicação de espaços participativos ampliados para atores sociais política, social e economicamente mais fracos, os quais são geralmente excluídos dos processos decisórios (ainda que formalmente incluídos) e buscam formas alternativas de participação em condições de igualdade (Gaspardo, 2018, p. 73). Para aprofundamento no tema veja SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Sumário 2
índice

Com raízes no sistema anglo-saxão e no modelo francês (Do Prado e Silva et al., 2003, p. 238). As audiências públicas foram inseridas no Brasil por meio da Resolução nº 01/1986[22] do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), artigo 11, § 2º[23], com a finalidade de debater e conferir transparência aos Relatórios de Impacto Ambiental (RIMA) regulando no ano seguinte seu procedimento, com a edição da Resolução nº 09/1987[24].

No período pré promulgação da Constituição de 88, embora com carater informativo, a audiência pública como arena de debate, foi apontada no Regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte, como explica Do Prado e Silva et al. (2003, p. 239),

> Ainda em 1987, o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte previu, em seu art. 14, a realização de audiência pública nas subcomissões temáticas, com o objetivo de ouvir "entidades representativas de segmentos da sociedade". Nesse caso, há um caráter meramente informativo dessas audiências. A Constituição Federal de 1988 passou a prever a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil em ambas as casas do Congresso Nacional, conforme disposto em seu art. 58, §2º, II. Esse dispositivo foi regulamentado pelo Regimento Interno do Senado Federal (arts. 93 a 95) e pelo Regimento interno da Câmara dos Deputados (arts. 255 a 258).

A inclinação para adoção de audiências públicas, reverberou em legislações posteriores, cuja previsão se fez presente na Lei Orgânica do

[22] BRASIL, Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução CONAMA n. 001, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em https: /www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF. Acesso em 11/06/2023.

[23] Artigo 11 - Respeitado o sigilo industrial, assim solicitando e demonstrando pelo interessado o RIMA será acessível ao público. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas da SEMA e do órgão estadual de controle ambiental correspondente, inclusive o período de análise técnica. [...] § 2º - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o órgão estadual competente ou o IBAMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA,

[24] BRASIL, Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução CONAMA n. 009, de 3 de dezembro de 1987. Disponível em https: /www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF. Acesso em 11/06/2023.

Ministério Público[25] de 1993, a qual ampliou o uso para a defesa de direitos constitucionais; na Lei Geral de Licitações[26], na Lei de concessões e permissões de serviços públicos (8.987/95), bem como na lei sobre as Parcerias Público-Privadas (11.079/04). No âmbito regulatório, as audiências também foram instituídas, como se vê, por exemplo, nas leis 9.427/96 que instituiu a a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e 9.478/97 que instituiu a Agência Nacional de Petróleo (ANP), assegurando a participação dos usuários em decisões administrativas (Do Prado e Silva et al., 2003, p. 239-240).

Embora sinalizada em uma variedade de normas, o marco normativo a impactar, de fato, a adoção das audiências públicas pelos órgãos públicos, veio com o advento da Lei 9.784/99. Isso porque, ao regular o processo administrativo federal trouxe a previsão das audiências públicas (artigos 32 a 35) como instrumento subsidiário. Ou seja, na ausência de lei especifica a dispor sobre um procedimento administrativo específico, a lei em comento passa a ser aplicada. Logo, a possibilidade de realização de audiências públicas é ampliada (Do Prado e Silva et al., 2003, p. 240).

A partir daí, diversas foram as leis que destacaram a relevância da audiência pública, tais como a Lei 9.868/99 (ADI e ADC) e Lei 9.882/99 (ADPF), a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) ao estabelecer normas gerais para assegurar o direito fundamental de acesso à informação na promoção do dever de transparência e participação popular.

Ademais, a Lei 13.105/2015, ao instituir o novo ordenamento processual civil, trouxe, dentre outras de igual monta, a previsão do artigo 927 § 2º com

[25] Lei 8.625 de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em https: /www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.625%2C%20DE%2012%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201993.&text=Institui%20a%20Lei%20Org%C3%A2nica%20Nacional,Estados%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em 11/06/2023.

[26] A Licitação, inicialmente regulada pela Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, sofreu alterações significativas no ano de 2021 com o advento da Lei 14.133, que passou a regular Licitações e Contratos, revogando assim, a lei anterior. Dita lei trouxe previsão expressa quanto as regras procedimentais para a realização de audiência pública, em seu artigo 21, estipulando prazos mínimos de convocação, bem como a possibilidade de realização de forma presencial ou eletrônica.

Sumário 2
índice

vistas a garantir uma ampla discussão e consideração de diversos pontos de vista antes que uma nova orientação jurisprudencial seja estabelecida.

Não obstante a vasta normatização existente, os desafios relacionados à efetividade desse instituto são amplamente discutidos na literatura (Costa et al., 2023; Robert; Menezes, 2021). As audiências públicas são amplamente utilizadas na esfera administrativa, frequentemente em processos como licenciamento ambiental, formulação de políticas públicas e planejamento de grandes empreendimentos, funcionando como espaços de debate técnico e político. Entretanto, não raras vezes, o acesso aos interessados é obstaculizado.

Vejamos, por exemplo, o caso de Belo Monte em que as audiências públicas, apesar de realizadas, enfrentaram severas críticas pela exclusão de populações indígenas e ribeirinhas diretamente impactadas pelo empreendimento[27].

Embora fossem os principais grupos afetados, o acesso às discussões fora dificultado em razão não só de barreiras logísticas, mas da ausência de mecanismos que garantissem sua participação efetiva, evidenciando a limitação da representatividade (Costa; Xavier, 2017, p. 217-218). O mesmo cenário foi observado no processo de desestatização da CEDAE, no estado do Rio de Janeiro, em que audiências públicas debateram a modelagem da concessão dos serviços de saneamento, mas foram marcadas por críticas quanto ao alcance limitado do diálogo com as comunidades diretamente afetadas (PGE-RJ, 2021, p. 12).

No âmbito judicial, as audiências públicas ganharam relevância a partir de 2007, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a analisar a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), por intermédio da ADI 3510[28], tendo por pano de fundo a questão das células-tronco, a partir da tese de que "a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação" (Medeiros, 2007, p. 41).

[27] O progresso vindo com as Usinas que acabou com as águas do Xingu foi documentado pela TV Cultura que apresenta todo o impacto causado à população indígenas e ribeirinhas. Veja Documentário Belo Monte: Usina de Problemas. Canal oficial Jornalismo TV Cultura, YOUTUBE, 2021. Disponível em https: /www.youtube.com/watch?v=VWE3tkef3Ts.

[28] STF. Plenário. ADI 3510 / DF - Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Ayres Britto. J. 29/05/2008. Publ. 28/05/2010. Disponível em https: /jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false. Acesso em 18/10/2024.

Por óbvio que a designação da primeira audiência pública no bojo da ADI, para permitir a participação da sociedade civil na discussão do tema, ratificou seu carater democrático de conferir à sociedade a possibilidade de contribuir na formação do pensamento decisório. De igual modo nutrir sua utilização como instrumento de legitimidade democrática (Medeiros, 2007, p. 43).

Processos que lidam com questões de grande complexidade técnica e impacto social, como o julgamento das pesquisas com células-tronco demonstraram o potencial do instituto para pluralizar o debate e enriquecer a base informacional da Corte. Afinal, "é imprescindível, para o alcance da efetividade democrática, que se valorize o debate, a argumentação e a construção de decisões coletivas" (Costa et al., 2023, p. 1837).

No entanto, um problema recorrente é a superficialidade com que as contribuições apresentadas nessas audiências são incorporadas às decisões finais. A questão é que, muitas vezes, as manifestações servem apenas para cumprir formalidades, sem exercer influência substancial nos julgamentos, ou sequer serem, de fato ouvidas (Strapasson; Barboza 2022, p. 4) o que limita a eficácia do instituto como ferramenta de democratização constitucional.

Em perspectiva comparada, em ambientes administrativos as audiências públicas são frequentemente utilizadas para debater grandes projetos de infraestrutura, políticas ambientais ou mudanças regulatórias significativas. Visam implementação e aperfeiçoamento de políticas públicas em geral cujos efeitos recaiam sobre a população. Cabe, pois, ao Poder Público, na" fase instrutória dos processos correspondentes, ampliar as possibilidades de fornecer e angariar informações úteis, necessárias, inclusive, para o correto desempenho da função administrativa" (Oliveira, 1997, p. 277)

Essas sessões podem levar ao ajuste de planos para mitigar impactos na sociedade. Nesse contexto, as audiências públicas servem como uma plataforma para garantir que todas as partes interessadas, incluindo cidadãos, especialistas e grupos de interesse, possam expressar suas preocupações e sugestões. Ademais, a legitimidade das ações do Estado reside na legalidade positivada e na aceitação social das normas, de forma que a participação social em audiências públicas legitima materialmente as ações administrativas.

Sumário 2
índice

Não se pode negar que, embora muitos aspectos positivos sejam verificados, a efetiva participação da sociedade nas audiências públicas ainda é muito tímida e incipiente. E talvez, fatores como a novidade do instituto, a pouca afinidade com a democracia participativa e, notadamente a falta de publicidade das audiências, estejam a corroborar para esse cenário.

A seu turno, as audiências públicas no âmbito judicial podem ser menos comuns, mas igualmente importantes, especialmente em casos que envolvam questões de grande interesse público, como direitos civis, grandes disputas corporativas ou meio ambiente. Nesses casos, as audiências públicas podem fornecer ao tribunal insights valiosos sobre as implicações sociais de suas decisões, que vão além dos argumentos legais apresentados pelas partes diretamente envolvidas no litígio, tal como perícia.

Esse contraste reflete as distintas finalidades institucionais de cada esfera, mas também evidencia pontos de convergência, como o risco de instrumentalização do instituto para atender interesses predefinidos e a exclusão de atores sociais relevantes.

No contexto ambiental, a introdução de audiências públicas virtuais, acelerada pela pandemia de Covid-19, trouxe novos desafios. Embora tenha ampliado o acesso para alguns grupos, a digitalização evidenciou a exclusão digital de comunidades que não dispõem de infraestrutura tecnológica adequada, ressaltando a necessidade de ajustes para garantir acessibilidade e equidade (D'Oliveira & Costa, 2024).

Diante desses desafios, as propostas de aprimoramento das audiências públicas devem ser direcionadas à superação de barreiras estruturais e à ampliação de sua eficácia como ferramenta democrática. No âmbito administrativo, é essencial estabelecer critérios mais rigorosos e transparentes para a convocação e a condução das audiências, assegurando que todos os segmentos sociais impactados sejam adequadamente representados. Medidas como a criação de protocolos de acessibilidade, tanto física quanto digital, podem contribuir para tornar o instituto mais inclusivo.

Sumário 2
índice

No Judiciário, por sua vez, é necessário investir na sistematização das contribuições colhidas durante as audiências, garantindo que elas sejam efetivamente consideradas nas decisões finais. Para além disso, o uso estratégico de mecanismos complementares, como o *amicus curiae*, pode ampliar a pluralidade de argumentos apresentados, enriquecendo o processo deliberativo.

Como propõe Costa et al. (2023, p. 1839), a reorganização das audiências sob a forma de debates públicos mais inclusivos e amplos fortaleceria não apenas a qualidade das decisões, mas também sua legitimidade democrática. Nesse sentido, exemplos como as audiências promovidas pela ANS, ainda que alvo de críticas, demonstram que avanços são possíveis quando há esforços institucionais para incluir efetivamente os diversos setores impactados pelas decisões.

Conquanto permaneçam as audiências públicas como um dos principais mecanismos de participação social em processos administrativos e judiciais, notadamente em litígios estruturais, para que cumpram o papel à elas destinado, é indispensável enfrentar os desafios relacionados à representatividade, à inclusão e à efetividade. Reformas institucionais e esforços para democratizar verdadeiramente os processos participativos podem garantir que o instituto não apenas sobreviva às críticas, mas também se consolide como um pilar do Estado Democrático de Direito, promovendo decisões mais justas, legítimas e alinhadas às demandas da sociedade.

Sumário 2
índice

CONCLUSÃO

Ao longo da investigação, foi possível observar a presença de sinais que alijam a efetiva participação, em especial óbices de acesso, mitigação da influência e ausência de transparência, tendentes a comprometer a legitimidade e a eficácia das decisões.

Não obstante, restringir acesso ao amicus curiae, retira a possibilidade de agregar um conhecimento que poderia servir de alicerce para uma melhor compreensão do julgador e, por conseguinte, conferir mais qualidade à decisão.

Da mesma forma que as dificuldades enfrentadas por múltiplos atores afetados e/ou interessados na solução do litígio complexos, como ocorrido em Belo Monte e Mariana, para além de silenciar vozes, acarretar descrença e desinteresse, gera, não raras vezes, decisões ineficazes que acabam por desembocar em novos conflitos ou no desmembramento do conflito inicial.

Sob perspectiva comparada, a análise revelou que tanto na esfera administrativa quanto na judicial, persistem sinais claros de alijamento da participação social, traduzidos em barreiras institucionais, tecnicismo excessivo, falta de transparência e discricionariedade na admissão de contribuições externas.

Necessário se faz adotar critérios mais claros, alinhados a práticas que incentivem a participação efetiva de grupos diversos. Assegurar que todos possam participação ativamente na busca de solução diante de litígios complexos e estruturais, não é apenas uma exigência jurídica, mas uma condição indispensável para decisões mais justas, representativas e alinhadas aos desafios de uma sociedade plural.

Sumário 2

índice

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (Brasil). **Relatório Anual 2011**. ano 9, n. 05, ANTT, 2012. Disponível em https://www.gov.br/antt/pt-br/acesso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/prestacao-de-contas-anuais/2011/relatorio-anual-2011.pdf. Acesso em 04/09/2024.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. **Capacidades institucionais dos amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência**. In Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro. Vol. 10, n. 1, 2019, p. 678-707. Disponível em https://www.scielo.br/j/rdp/a/8rQ5qDWyw9xHhLWmP9JxMQN/?format=pdf &l ang=pt. Acesso em 22/09/2024.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; DEUS, Fernando Barroso de. **Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequado**. In Revista de Processo. vol. 289/2019. p. 269 – 287, Mar/2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos Estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir da ACP do carvão**. In Revista TRF1, Brasília v. 29 n. 1/2, jan./fev. 2017. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109152/processos_estruturais_direi to_arenhart.pdf. Acesso em 18/12/2022.

BATISTA, Fernando Natal. **Breves Considerações sobre o Processo Estrutural à Luz da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e das Proposições Previstas no PLS 1.641/2021**. In Revista ANNEP de Direito Processual, vol. 3, n. 1, Art 100, jan-jun/2022, pp. 16-33. Disponível em https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/100. Acesso em 09/10/2024.

BORGES, Ana Paula Dutra. **Processo administrativo e participação popular: consulta pública, audiência pública e conselhos de gestão de políticas públicas**. In Revista Direito e Realidade, v.2, n.1, p.1-15, 2013. Disponível em https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/direito-realidade/article/view/362. Acesso em 04/09/2024.

BRASIL IMPÉRIO. **Decreto Lei n. 6.142 de 10 de março de 1876**. Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html. Acesso em 13/09/2024.

BRASIL. **Código de ProcessoCivil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 18/03/2015.

_____. **Lei 8.884 de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em 13/09/2024.

_____. **Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 18/09/2023.

_____. **Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 08/06/2023.

_____. **Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em 08/06/2023.

_____. **Lei n. 6.385 de 7 de dezembro de1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em 13/09/2024.

_____. **Lei n. 6.616 de 16 de dezembro de1978**. Acrescenta artigos a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.616%2C%20DE%2016,a%20Comiss%C3%A3o%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios. Acesso em 13/09/2024.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial**. In Revista de Processo. Ano 29, n. 117, pp. 9-41, set/out 2004. Disponível em https://www.academia.edu/1514437/Pelas_asas_de_Hermes_a_interven%C3%A7%C3%A3o_do_amicus_curiae_um_terceiro_especial_O_amicus_e_o_Vertreter_d es_%C3%B6ffentlichen_Interesses. Acesso em 08/10/2024.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CÉSAR, João Batista Martins. **A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais**. In Revista do Mestrado em Direito. Brasília, v. 5, n. 2, p. 356-384, Jul-Dez, 2011. Disponível em https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/3124. Acesso em 08/08/2023.

COSTA, Davi Oliveira; [et.al]. **O caráter democrático (?) das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**. In Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro. Vol. 14, n. 3, 2023, p. 1836-1873. Disponível em https://www.scielo.br/j/rdp/a/S9TqTLXHS3Yhdv6wyMv4FJC/. Acesso em 30/09/2024.

COSTA, Nayara Mota; XAVIER, Fernando César Costa. **O esquecido caso de "Belo Monte": análise constitucional e convencional**. In Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 17, n. 33; 211-229, jul.-dez. 2017. Disponível em https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.33.10.pdf. Acesso em 14/09/2024.

DIDIER JR., Fredie. **Intervenção de amicus curiae em processo apto a formação de precedente administrativo obrigatório**. In Civil Procedure Review. v. 11, n. 2, mai-ago 2020. Disponível em https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/211. Acesso em 08/10/2024.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **Formação do precedente e amicus curiae no Direito Imperial brasileiro: o interessante Decreto nº. 6.142/1876**. Revista de Processo. Ano 38, n. 220, junho de 2013. Disponível em https://www.academia.edu/25470657/Forma%C3%A7%C3%A3o_do_precedente_e_amicus_curiae_no_Direito_Imperial_brasileiro_o_interessante_Decreto_no_6_142_1876. Acesso em 13/09/2024.

DO PRADO E SILVA, Laís Sales; SANTOS, Murillo Giordan; PAULINO, Virgínia Juliane Adami. **Audiências públicas: histórico, conceito, características e estudo de caso**. In Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 237-257, out./dez. 2015. Disponível em https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/40. Acesso em: 18 nov. 2024.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt; COSTA, Mateus Stallivieri da Costa. **Participação popular e audiência pública virtual no licenciamento Ambiental**. In Consultor Jurídico. 2024. Disponível em https://www.conjur.com.br/2024-jun-18/participacao-popular-e-audiencia-publica-virtual-no-licenciamento-ambiental/. Acesso em 19/10/2024.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade**. In Revista de Direito Administrativo. Vol. 230, pp. 237-250. Out/Dez 2002. Disponível em https://periodicos.fgv.br/rda/issue/view/2463. Acesso em 19/03/2022.

FONSECA, Igor Ferraz; REZENDE, Raimer Rodrigues; OLIVEIRA, Marília Silva de; PEREIRA, Ana Karine. **Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal**. In Revista do Serviço Público. Brasília v. 64, n. 1, pp. 7-29, jan/mar 2013. Disponível em https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/113. Acesso em 04/09/2024.

GASPARDO. Murilo. **Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios**. In Estudos Avançados. Vol. 32, n. 92, pp. 65-88. 2018. Disponível em https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/146438. Acesso em 17/10/2024.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **O amicus curiae no Tribunal de Contas da União**. In JOTA, 2019. Disponível em https://www.jota.info/artigos/o-amicus-curiae-no- tribunal-de-contas-da-uniao#sdfootnote4sym. Acesso em 08/10/2024.

Sumário 2

índice

GOMES FILHO, Frederico Augusto Auad de. **A prática da audiência pública nas funções administrativa e legislativa: análise empírica da desestatização da CEDAE como crítica pontual à dogmática**. Monografia apresentada no Universidade Federal do Rio de Janeiro para obtençao do grau de bacharel em Direito. Orientador Professor Doutor Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes. 2022. Disponível em https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/22810. Acesso em 04/09/2024.

GONZALEZ, Anselmo Moreira; COPPINI, Paula Regina Peres. **A importância do amicus curiae para a composição das decisões judiciais**. In Migalhas. nov/2022. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/376642/importancia-do-amicus-curiae-para-a-composicao-das-decisoes-judiciais. Acesso em 22/09/2024.

GORDILHO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado. 10ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2014. Disponível em https://gordillo.com/tomo2.php. Acesso em 03/07/2023.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri [org.]. **Dicionário técnico jurídico**. 15ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

GUIMARÃES, Lívia Gil. **Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas**. In Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro. Vol. 11, n. 01, 2020, p. 236-271. Disponível em https://www.scielo.br/j/rdp/a/rkLGdSHZpZHBHnXv7cm87WB/. Acesso em 03/10/2024.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. **Processo coletivo, estrutural e dialógico: o papel do juiz-articulador na interação entre os partícipes na ação civil pública**. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 21, n. 84, p. 169–198, 2021. Disponível em: https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1366. Acesso em 09/10/2024.

MARRARA, Thiago. **Consultas Públicas: o que mudou com a LINDB?** In Revista Digital de Direito Administrativo. vol. 11, n. 1, pp. 44-59, 2024. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/378056565_Consultas_publicas_o_qu e_mudou_com_a_LINDB. Acesso em 08/10/2024.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história**. In Revista Jurídica. Presidência da República, Brasília. v. 9, n. 84, pp. 41-46, abr/maio, 2007. Disponível em https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/304/297. Acesso em 08/10/2024.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Audiências Públicas**. In Revista de Direito Administrativo, v. 210, 11–23, 1997. Disponível em https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47084. Acesso em 08/10/2024.

_____. **Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos**. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro**. In Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 34 n. 135 jul./set. 1997. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/280/r135-31.pdf. Acesso em 20/04/2023.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. **Considerações sobre os direitos transindividuais**. In Revista Jurídica Cognitio Juris. João Pessoa, ano 1, n. 2. Agosto/2011, pp. 37-49. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3711056. Acesso em 09/10/2024.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões** [versão digital]. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (PGE). **Parecer Conjunto n. 01/2021** - AHPSWM/FAG. SEI-150001/006709/2021. Voto Procurador Geral do Estado Bruno Dubex. Disponível em https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTU0MDA%2C. Acesso em 14/09/2023.

ROBERT, Wilken Almeida; MENEZES, Rafael da Silva. **Da efetividade das audiências públicas como instrumento de deliberação no âmbito do Poder Judiciário**. In Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 66, n. 1, p. 169-196, jan./abr. 2021. Disponível em https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/74385. Acesso em 30/09/2024.

SILVESTRI, Elisabetta. **L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè,1997, pp. 679/698. Disponível em https://www.academia.edu/845763/L_amicus_curiae_uno_strumento_per_La_tutela_degli_interessi_non_rappresentati. Acesso em 13/09/2024.

Sumário 2

índice

STRAPASSON, Kamila Maria; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A influência das audiências públicas e dos amicus curiae na construção da resposta certa pelo Supremo Tribunal Federal**. In Sequência: Estudos jurídicos e políticos. Vol. 43, n. 91, 2022. Disponível em https://www.scielo.br/j/seq/a/RqXfPLR59sdK6X3R84gFpgS/?format=pdf&lang = pt. Acesso em 12/10/2024.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

_____. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo Coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo, vol. 284/2018, p. 333-369, Out/2018. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/L E VANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20(1).pdf. Acesso em 14/06/2024.

ZANETTE NETTO, Eduardo. **Um estudo sobre recuperação ambiental de áreas degradadas na mineração do carvão em Santa Catarina com ênfase na ação civil pública nº. 93.80.00533-4**. Trabalho de conclusão de curso de especialização em Direito Ambiental do curso de Pós-graduação em Direito Ambiental, Departamento de Economia Rural e Extensão, Setor de Ciências Agrárias da Universidade Federal do Paraná. 2016. Disponível em https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/52258. Acesso em 11/06/2024.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

Sumário 2

índice

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO ELEMENTO DE PROPULSÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Gleison Heringer Vieira Domingues[1]

Sumário: Introdução. 1. Direito à saúde. 2. Processos estruturais. 3. Processos estruturais e estado de coisas inconstitucional: análise de precedentes. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O Sistema Único de Saúde (SUS), estampado na Constituição Federal de 1988, bem como na Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e demais instrumentos normativos federais, estaduais e municipais, visa à universalização do acesso com abordagem holística, integral, hierarquizada e regionalizada com adstrição de clientela em território-processo.

Assim, a Lei Orgânica da Saúde apresenta uma leitura que engloba no conceito de saúde um conjunto de ações públicas que assegurem uma vida digna e autonomia dos sujeitos beneficiários.

Impende registrar que a Constituição cidadã conferiu à saúde o *status* de direito de todos e dever do Estado, atribuindo-lhe os princípios da universalidade, equidade e integralidade. A saúde passou, então, a ser responsabilidade do poder público, cuja efetivação se consubstancia por meio de uma prestação positiva. Logo, a materialização desse direito fundamental depende da implementação de políticas públicas e de serviços eficazes pela Administração Pública.

[1] Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios - PPGDIN-UFF; Mestre em Justiça Administrativa - PPGJA-UFF; Especialista em Direito Público e Privado – EMERJ; Especialista em Direito Processual – UFF; Especialista em Direito Constitucional – UCAM. Bacharel em Direito – UFF. Advogado. Currículo disponível em: http: /lattes.cnpq.br/5762513420564772.

Sumário 2
índice

De mais a mais, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública emergem como importantes atores desse eixo estratégico, na medida em que a adoção de mecanismos jurídicos de proteção legal constitui forma de exigibilidade dos direitos que foram violados.

Parte-se do pressuposto de que, conforme os ensinamentos de Luís Roberto Barroso[2], o constitucionalismo pressupõe limitação do poder e supremacia da lei, não bastando a existência de uma ordem jurídica qualquer, mas que ela seja dotada de legitimidade. Nesse sentido, consubstanciam-se limitações materiais, que se revelam por meio de valores básicos e direitos fundamentais que devem ser preservados; limitações processuais, que exigem a observância do devido processo legal pelos órgãos do poder; bem como limitações orgânicas sintetizadas na expressão *checks and balances*.

Não obstante, a Constituição da República de 1988 vincula os direitos fundamentais por meio da força normativa de seus princípios. Assim sendo, ao estabelecer, no artigo 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, a Carta Política reconhece o direito à saúde como um direito social, impondo aos poderes públicos sua implementação por meio de políticas públicas.

É preciso considerar que a Constituição não tem caráter meramente descritivo das instituições, mas sim a pretensão de influenciar sua ordenação. Por tudo isso, o Poder Judiciário, provocado, é um ator de relevância ímpar na consecução e implantação da política pública de saúde, assim como por seu acompanhamento e controle, contribuindo para que o cidadão tenha acesso a um serviço de qualidade em todos os seus instrumentos e oportunidades.

Destarte, a conjectura da sociedade contemporânea trouxe questões multipolares no campo dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando o Constituinte trouxe ao Estado a missão de promover a assistência à toda a sociedade.

[2] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. P. 27.

Sumário 2
índice

A consequência direta desta atribuição constitucional proporcionou alguns contornos na promoção de políticas públicas pelo Poder Executivo, que nem sempre dá conta de atender aos anseios da sociedade em geral.

Como decorrência do princípio da inafastabilidade da atuação judicial, face à lesão ou ameaça de lesão a direitos, tornou-se corriqueiro o ajuizamento de ações pleiteando a implementação de uma ou outra política pública.

Ocorre que o processo civil clássico não deu conta de produzir as respostas necessárias, razão pela qual, doutrina e jurisprudência se ocuparam de fomentar a instituição de um procedimento especial para resolução destas demandas, naquilo que se intitulou de processo judicial estrutural, cuja principal característica é a exaltação dos princípios da cooperação e do diálogo, em detrimento das raízes engessadas do processo comum ordinário.

Não se discute a possibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir no implemento de políticas públicas, já que se trata de uma função reformulada e decorrente do novo modelo democrático de direito, atrelado à máxima promoção dos direitos fundamentais. Não obstante, a legitimidade das decisões proferidas em processos estruturais será sempre proporcional à qualidade do debate travado no processo e da preocupação com a voz dos reais detentores do poder, o povo.

Nesse tanto, somente serão legítimas, por reflexividade, as decisões estruturais em políticas públicas que espelhem vetores dos princípios fundamentais das normas constitucionais.

2. DIREITO À SAÚDE

Conforme ensina Fernandes[3], "o direito à saúde se relaciona de forma direta com o direito à vida". Nesse sentido, acrescenta o autor que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o conceito de saúde a concebe como "estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades".

[3] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional – 10. Ed. – Salvador: JusPODIVM, 2018. P. 762.

Sumário 2
índice

O SUS constitui-se num complexo e dinâmico sistema de saúde, tendo por escopo a promoção de uma atenção abrangente e universal, preventiva e curativa, por meio da gestão e prestação descentralizadas de serviços de saúde, promovendo a participação da comunidade em todos os níveis de governo.[4]

Todavia, existe um grande hiato entre o que está regulamentado nas leis que versam sobre políticas públicas de saúde e o que a população realmente tem vivenciado nos hospitais e postos públicos de saúde. Essa realidade que assola grande parte da população é a principal responsável pela crescente demanda judicial de ações que visam a assegurar esse direito constitucional fundamental.

Destarte, com fulcro no princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário e, consequentemente, da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), este tem sido provocado cada vez mais a atuar compelindo o Estado a adimplir suas obrigações constitucionais e infraconstitucionais.

É preciso considerar que as políticas públicas se destinam a racionalizar a prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades de saúde da população, de forma a promover a justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos sociais.

Dessa forma, Marques e Dallari sustentam que as políticas públicas estabelecidas em matéria de assistência à saúde devem ser conhecidas pelo Poder Judiciário ao garantir efetivamente o direito à saúde nos casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pois, desta maneira, seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos.

É importante registrar que a judicialização da política ocorre quando o Poder Judiciário, tendo como base a própria Constituição, é provocado a manifestar-se sobre um determinado conflito que envolve decisões de um poder político, dirimindo o litígio de forma resolutiva.

[4] PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MACINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. The Lancet. Londres, 2011. Disponível em http://www.trf2.gov.br/cursos/PAIM,%20Jairnilson.pdf. Acesso em 20/07/2024. P. 11.

Sumário 2
índice

Ao se permitir essa ingerência sobre outros Poderes, sobretudo no Executivo, há notório protagonismo do Poder Judiciário frente aos demais. Assim sendo, por judicialização da saúde, compreende-se a análise e decisão, em sede judicial, de questões que envolvam variadas prestações de saúde.

Nesse mister, desde 1999, o Supremo Tribunal Federal assumiu um posicionamento favorável ao deferimento de pretensões em saúde. Sobremodo, com fundamento no artigo 23, II, da CR/88, afirmou a responsabilidade solidária dos entes da Federação no que tange ao direito fundamental à saúde[5].

De fato, a judicialização da saúde produz sérias consequências em âmbito jurídico, político e social, haja vista que os recursos inicialmente destinados ao financiamento de programas e serviços públicos de saúde são realocados para atenderem a demandas particulares e isoladas.

Com efeito, essa realocação de verbas tem causado enormes prejuízos ao SUS, motivo pelo qual torna-se imperioso realizar uma profunda reflexão crítica sobre o papel que vem sendo desempenhado pelos operadores do direito, sobretudo os magistrados.

Por isso mesmo, as decisões judiciais emanadas devem ser proferidas de forma racional e em estrita observância às leis e políticas públicas de saúde vigentes e não de forma individualizada[6].

É mister anotar que ao entregar a prestação da tutela jurisdicional no campo da saúde pública, o Judiciário influencia diretamente a atividade estatal, considerando que, inequivocamente, haverá uma inversão dos recursos destinados à coletividade sendo redirecionados em prol de parte específica da população. Todavia, em sentido inverso, assegurará à parte que teve seu direito fundamental à saúde violado pela Administração Pública a oportunidade de vê-lo materializado.

Sumário 2
índice

[5] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional – 10. Ed. – Salvador: JusPODIVM, 2018. P. 762. P. 764.
[6] SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 587-599.

Contudo, em um sistema jurídico em que os tribunais judiciais detêm amplo poder de controle das autoridades, a ausência de especialização da jurisdição administrativa pode levar também à ausência de credibilidade da Administração Pública em relação às sentenças judiciais e, portanto, a uma resistência ainda maior que ela propicie, por sua própria conta, efeito geral a uma sentença que tenha reconhecido uma questão de interesse geral em um caso individual.

Consoante, o princípio da inafastabilidade da jurisdição merece ser integralmente assimilado como garantia constitucional de justiça, assumindo a dicção do artigo 5º, XXXV, do texto constitucional, alcançando desdobramentos vinculados à manutenção dos objetivos fundamentais do Estado, funcionando, em última instância, como veículo de resgate da própria democracia, ao outorgar a efetiva e legítima inserção da população no seu discurso.

Consente-se, nesta perspectiva, que havendo direito subjetivo amparado e alegação de lesão a este direito, a jurisdição tem o encargo constitucional de desempenhar sua função típica, possibilitando a discussão democrática sobre a ofensa a direitos fundamentais sociais pelo Estado.

Considerando, aliás, que o centro de decisões politicamente relevantes no Estado Democrático contemporâneo sofre sensível deslocamento do Executivo e Legislativo em direção ao Poder Judiciário, o processo que se instaura mediante a propositura de ações desta natureza social e dimensão constitucional acaba despontando como um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania.

Não obstante, a judicialização indiscriminada da saúde, em primeiro plano, enfraquece o princípio da separação dos Poderes ao desconsiderar a função constitucional do Poder Executivo de definir políticas públicas, submetendo-as ao crivo do Poder Legislativo. Assim, um provimento jurisdicional que ordene o atendimento público de determinada necessidade médica individual age em desfavor de toda a coletividade, pois atende a uma necessidade individual em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema e subverte, portanto, os próprios direitos fundamentais que, a princípio, pretendeu garantir.

Sumário 2
índice

A professora Ana Paula Barcelos ensina que em alguma medida, é natural que haja um descompasso entre realidade e normas: o direito existe afinal para transformar a realidade; para que tudo permaneça como é, não haveria necessidade de editar norma alguma.

De outra parte, porém, é também certo que o direito não é portador de palavras mágicas capazes de, por sua mera enunciação, transformar o mundo real. A transformação efetiva da realidade na linha do que consta das normas é em geral o objetivo da norma, mas, como regra, não se segue a ela de forma automática ou imediata.

Paralelamente à edição de normas pelo Legislativo e Executivo, a doutrina jurídica brasileira dedicou-se, nas últimas décadas, a desenvolver uma dogmática voltada para a expansão da eficácia jurídica e da efetividade da Constituição como um todo e dos direitos fundamentais de forma específica.

A jurisprudência tem seguido na mesma linha, em todos os ramos do Poder Judiciário e graus de jurisdição, e sequer há necessidade de enumerar exemplos de decisões nesse sentido. O Supremo Tribunal Federal, em múltiplas ocasiões, tem destacado a centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade humana no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

Todos esses esforços — normativos, doutrinários e jurisprudenciais — pretendem, em última análise, garantir, proteger e promover os direitos fundamentais. E parece certo que eles são efetivamente importantes para a realização dos direitos nos Estados contemporâneos, embora não sejam suficientes. Nada obstante, é preciso reconhecer que a edição de normas, a produção doutrinária e mesmo a prolação de decisões judiciais não garantem, por si, a realização de direitos.

As decisões judiciais são apenas um ponto de partida, não de chegada, quando se trata de políticas públicas, no que se inclui a estruturação de sistemas de monitoramento. Inevitavelmente, as políticas públicas serão levadas a cabo por decisões do Legislativo e do Executivo, e os mecanismos de sanção de que o Direito dispõe dificilmente são capazes de compelir as instâncias majoritárias a

.

Sumário 2
índice

agirem em determinado sentido caso elas não tenham interesse político de fazê-lo.

A despeito de suas prováveis limitações, as decisões judiciais podem ter um importante papel de desencadear o debate público e pautar a agenda política, colocando em discussão temas que, sem as decisões judiciais, talvez não atrairiam a atenção da mídia, dos grupos sociais e do público em geral. Ainda que a decisão judicial não seja capaz de, sozinha, produzir o resultado pretendido, ela pode ajudar a desencadear o processo e, em conjunto com outros elementos, gerar estímulos para a construção dos meios necessários à proteção e promoção dos direitos.

3. PROCESSOS ESTRUTURAIS

Cumpre, inicialmente, trazer à baila conceitos que são imprescindíveis para o estudo do assunto. Nesse diapasão, entende-se que o litígio coletivo pode ser definido como o conflito de interesses de um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, tratado pela parte contrária como um conjunto.

Edilson Vitorelli[7] ensina que o litígio coletivo pode ser global, local ou irradiado. O litígio coletivo global é aquele que afeta a sociedade de uma maneira homogênea. De outro lado, o litígio coletivo local é aquele que atinge interesses de um grupo de pessoas determinadas, que comungam algum tipo de laço de solidariedade social. Já o litígio irradiado designa o conflito no qual as lesões causadas à sociedade afetam diferentes subgrupos sem uma perspectiva social comum.

Nessa toada, o autor ensina que o litígio estrutural é espécie de litígio coletivo irradiado decorrente do modo como a estrutura burocrática opera, e que promove violação que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada.

[7] VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 284, out. 2018a, p. 3.

Sumário 2
índice

Os litígios estruturais são complexos, policêntricos. Colocam em rota de colisão múltiplos interesses sociais dignos de tutela sem que a solução para tais problemas esteja preestabelecida.

Nos litígios estruturais, a causa da violação reside no funcionamento de uma estrutura, de maneira que, caso a lesão seja objeto de cognição judicial de forma pontual, nos moldes do modelo de um processo bipolar — individual ou coletivo não estrutural —, a resolução do problema será tão somente aparente, uma vez que não se incursiona sobre o funcionamento das instituições — públicas ou privadas —, que permanece inalterado. Exige-se que a própria lógica de funcionamento das instituições seja reestruturada para a superação da lesão sistêmica de direitos fundamentais.

Configurado um problema estrutural, em que pese não seja obstada a atuação individual, o seu enfrentamento de modo estrutural inibe a proliferação de demandas e a falta de sintonia entre as decisões adotadas, permitindo uma coordenação mais abrangente das ações a serem desenvolvidas[8].

Para enfrentar o litígio estrutural faz-se necessária a deflagração de um processo estrutural. Logo, o litígio estrutural é o próprio conflito policêntrico — que se vincula ao mundo dos fatos —, enquanto o processo estrutural é o instrumento jurídico disponibilizado para a buscar, pela via judicial, a resolução desse questionamento — logo, vinculado às relações normativas.

Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira definem, de modo amplo, o processo estrutural como aquele por meio do qual se pretende a alteração de um

> estado de desconformidade estruturada", que, embora não decorra necessariamente de condutas ou situações ilícitas, "se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação)", a revelar um "rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas.[9]

[8] NETO, Francisco de Barros e Silva. Breves considerações sobre os processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos estruturais*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 450.

[9] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). Processos estruturais. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 463.

Portanto, segundo os autores, o objetivo imediato do processo estrutural é a transição para esse estado ideal. Nessa linha, Matheus Souza Galdino assevera que no processo estrutural a dimensão teleológica — afeta à relação entre meios e fins — prepondera sobre uma relação de causalidade — entre causa e efeito[10]. Conclui-se que os autores enfatizam no processo estrutural o aspecto de um estado ideal de coisas a ser alcançado.

De outro lado, Edilson Vitorelli formula definição mais restrita, que enfatiza a reestruturação das instituições. Assim, ressalta o processo estrutural como espécie de processo coletivo destinado à reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona.[11]

Diante da complexidade de reordenar o funcionamento de uma instituição, o processo estrutural se desenvolve com vista à elaboração de um plano de ação e sua ulterior implementação. Assim, a decisão estrutural pode ser definida como aquela que busca implementar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos, partindo da constatação de um estado de desconformidade para um estado ideal de coisas.

Nessa perspectiva, a decisão judicial busca não a solução de um conflito de interesses ocorrido entre duas partes, mas visa superar uma lesão decorrente de condutas estatais relacionadas à operacionalização de políticas públicas.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a ascensão institucional do Poder Judiciário, desenhou-se um movimento de

[10] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos estruturais*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 461.
[11] VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 284, out. 2018a, p. 8.

judicialização de demandas que, por serem relevantes do ponto de vista político ou social, passaram a ser levadas à cognição judicial, com vista à realização do projeto constitucional e à salvaguarda de direitos. O Poder Judiciário recebeu posição de destaque no desenho institucional a fim de assegurar a efetividade da previsão normativa da Constituição.

Dentro dessa perspectiva, o ativismo judicial identificado pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, além de dialógico, é também estrutural pois o órgão da justiça constitucional debruça-se sobre questões relativas ao campo de atuação das demais instituições com vista a consecução de metas orientadas a alcançar um estado de coisas ideal.

Nessa linha, ao Poder Judiciário cumpre preservar a intangibilidade dos direitos fundamentais ante os excessos e omissões estatais, sem que a sua atuação venha a suprimir a atividade dos Poderes Legislativo e Executivo, mas tão somente remover bloqueios políticos e institucionais que inviabilizam o acesso a determinados bens, por meio da reestruturação do funcionamento das instituições burocráticas.

Assim, a utilização de mecanismos que permitam os diálogos institucionais entre o Poder Judiciário e as demais instituições, dos quais é exemplo o estado de coisas inconstitucional, não só reforça a legitimidade das decisões judiciais, como também tem a possibilidade de incrementar a efetividade da decisão no plano dos fatos, a fim de alterar a realidade.

O processo estrutural, de outro lado, caracteriza-se por envolver conflitos multipolares de elevada complexidade e conflituosidade, em que os atores envolvidos não assumem posições necessariamente antagônicas, mas “oposições e alianças parciais”.

Diante da multiplicidade de possíveis posições jurídicas, o modelo bipolar de processo revelar-se-ia insuficiente para tutelar de modo adequado tais relações, uma vez que, “nesse tipo de litigância, não se questiona um ato isolado, mas sua institucionalização e reprodução”, e a estrutura tradicional do processo

impede“uma visão completa do problema e, consequentemente, uma decisão adequada da controvérsia”.

Ademais, no modelo de processo bipolar, em regra o que se busca é uma reparação ou compensação pelos danos sofridos, sendo atividade voltada ao passado, ao passo que, no processo estrutural, o que se pretende é implementar uma reforma das instituições, sendo atividade voltada ao futuro, o que demandaria um procedimento diferenciado, possivelmente até mesmo com uma base teórica própria.

Assim é que, por meio do processo estrutural, o órgão jurisdicional não impõe coercitivamente determinado resultado às partes, mas busca, por meio de uma decisão judicial que se limita a fixar diretrizes gerais (“decisão núcleo”), viabilizar a reorganização do poder , servindo o processo como instrumento para a negociação política entre a sociedade e os diversos órgãos e autoridades envolvidos no litígio, mudando seu curso a depender dos resultados aferidos concretamente, por meio de decisões sucessivas, o que Sérgio Cruz Arenhart denomina como “decisões em cascata”.

As novas decisões, visando o implemento gradual e progressivo da decisão- núcleo, adequam a tutela judicial às peculiaridades, necessidades e dificuldades surgidas no curso do cumprimento do julgado, “em técnicas semelhantes à negociação e à mediação”, razão pela qual o autor destaca a necessidade da construção de um contraditório amplo em tais processos.

Logo, a fim de evitar a surpresa do autor e do réu, é necessário que, em observância ao dever de cooperação, as partes sejam previamente ouvidas antes de uma possível releitura da petição inicial pelo órgão jurisdicional.

Nesse sentido, conforme apontam Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, a decisão estrutural tem “conteúdo complexo:” em uma primeira parte, prescreve uma “norma jurídica de conteúdo aberto”, indicando os fins a serem alcançados, nos moldes de uma norma-princípio; e, em uma segunda parte, dispõe sobre os meios para a consecução das metas projetadas, ou seja, sobre as “condutas que precisam ser observadas ou evitadas

Sumário 2
índice

para que o preceito seja atendido e o resultado alcançado," assumindo feições de uma norma- regra.

Contudo, de acordo com Edilson Vitorelli, um processo não se torna estrutural simplesmente pelo fato de a execução da decisão "ser complexa, dividida em fases, demandar a cooperação do executado ou a participação de diversos atores", mas, de outro lado, pela sua finalidade de buscar "reordenar uma instituição pela via da jurisdição", isto é, a "reorganização do comportamento institucional que causa, permite, fomenta ou perpetua o ilícito, como forma de evitar que seus resultados se repitam, no futuro."

Logo, a fim de que as instituições burocráticas passem a operar em conformidade com a Constituição, por meio da modificação de seus processos internos, a decisão judicial fixa um plano de ação ao qual se segue uma série de novas decisões, que visam a implementação do julgado.

Nesse diapasão, para operar com os processos estruturais, o sistema jurídico deve admitir alguma permeabilidade e atenuação do princípio da demanda, a fim de "permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado". Sobre esse aspecto, Sérgio Cruz Arenhart assevera que "é muito difícil que o autor da demanda possa, já ao desenhar a sua pretensão, ter a exata dimensão daquilo que no futuro será necessário para atender adequadamente ao direito protegido", de modo a se cogitar "maior amplitude para a atividade jurisdicional."

Diante da necessidade de ampliação do contraditório e da flexibilização do princípio da demanda, convém registrar possíveis dificuldades alusivas à intangibilidade da coisa julgada nos processos estruturais, uma vez que, como decorrência da imprevisibilidade de comportamentos, que marca tais processos, exsurge a necessidade de que "a sentença assuma também uma menor carga de densidade, consignando o estado de coisas almejado (necessário para a preservação dos bens jurídicos em jogo) e as diretrizes adotadas para o seu processo de implementação."

Sumário 2
índice

Pelo exposto, as categorias tradicionais do processo devem ser objeto de adaptação ou flexibilização para se amoldarem adequadamente ao deferimento de tutelas estruturais, ante a inexistência de procedimento específico que regule a tramitação de processos dessa natureza, em consonância com as suas necessidades .

4. PROCESSOS ESTRUTURAIS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ANÁLISE DE PRECEDENTES

O Supremo Tribunal Federal, em sede da ADPF 347 fixou a tese de que o sistema carcerário brasileiro é responsável por violação massiva de direitos fundamentais dos presos e isso demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.

A situação de grave violação em massa de direitos fundamentais dos presos enseja o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. A superação desse problema de natureza estrutural exige do Poder Público a elaboração de um plano nacional e de planos locais que prevejam um conjunto de medidas e a participação de diversas autoridades e entidades da sociedade.

A proteção dos direitos fundamentais é inerente à condição humana. Nesse contexto, a superlotação dos presídios, o descontrole na entrada e as condições da saída do sistema prisional, e a má qualidade das vagas disponibilizadas impedem a prestação de serviços e bens essenciais que integram o mínimo existencial. Essas circunstâncias comprometem a capacidade do sistema em cumprir seus fins de ressocialização e de funcionar a favor da segurança pública.

Com base nesses e outros entendimentos, o Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente a ADPF para:

> a. reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro; b. determinar que juízes e tribunais: (b.1) realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do

Sumário 2
índice

momento da prisão; (b.2) fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário; c. ordenar a liberação e o não contingenciamento dos recursos do FUNPEN; d. determinar a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação; e. estabelecer que o prazo para apresentação do plano nacional será de até 6 (seis) meses, a contar da publicação desta decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano; f. estabelecer que o prazo para apresentação dos planos estaduais e distrital será de 6 meses, a contar da publicação da decisão de homologação do plano nacional pelo STF, e implementado em até 3 anos, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano local; g. prever que a elaboração do plano nacional deverá ser efetuada, conjuntamente, pelo DMF/CNJ e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos termos explicitados acima e observada a importância de não alongar excessivamente o feito; h. explicitar que a elaboração dos planos estaduais e distrital se dará pelas respectivas unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o diálogo com o DMF, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional; i. prever que, em caso de impasse ou divergência na elaboração dos planos, a matéria será submetida ao STF para decisão complementar; j. estabelecer que todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo Tribunal Federal, de forma a que se possa assegurar o respeito à sua decisão de mérito; k. determinar que o monitoramento da execução dos planos seja efetuado pelo DMF/CNJ, com a supervisão necessária do STF, cabendo ao órgão provocar o tribunal, em caso de descumprimento ou de obstáculos institucionais insuperáveis que demandem decisões específicas de sua parte; e l. estipular que os planos devem prever, entre outras, as medidas examinadas neste voto, observadas as diretrizes gerais dele constantes, sendo exequíveis aquelas que vierem a ser objeto de homologação final pelo STF em segunda etapa.

Almeida[12], analisando a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana – CCC -, demonstra uma evolução do processo estrutural com o amadurecimento das instituições e, sobretudo, das decisões judiciais voltadas ao processo estrutural.

[12] ALMEIDA, Luis Renato Ribeiro Pereira de. Estado de coisas inconstitucional e a pandemia da covid-19: a adoção do instituto como proposta decisória estrutural em contextos de crise. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2023.

Sumário 2
índice

Inicialmente, na *SU*-559, que tratava de direitos previdenciários a CCC determinou a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; já na *Sentencia* T-153, que tratava da superlotação do sistema carcerário submetendo presos a condições desumanas e degradantes, a Corte expediu ordens de natureza diversa destinadas a diversas autoridades; na *Sentencia* T-025, referente aos deslocamentos forçados decorrentes da violência urbana promovida pela ação da FARC, a CCC adotou posição inclinada ao diálogo institucional, em substituição a uma postura de supremacia judicial que havia adotado por ocasião da *Sentencia* T-
153. Nesse último caso, a Corte expediu ordens flexíveis no sentido da formulação de novas políticas públicas a diversos atores estatais.

Percebe-se da comparação entre os casos da superlotação carcerária e dos deslocamentos internos forçados um nítido amadurecimento institucional da postura da CCC, além de um refinamento da técnica decisória da Corte com a adoção de ordens flexíveis conjugada à implementação de um verdadeiro sistema de monitoramento de implementação da decisão com abertura para o diálogo institucional envolvendo todos os Poderes do Estado e a sociedade civil.

Por fim, na *Sentencia* T-760, pertinente à saúde pública, a CCC buscou implementar uma reforma no sistema de saúde, determinando às instituições do Estado a aprovação de políticas públicas para a superação do quadro que ensejou o elevado número de demandas judiciais.

Pelo exposto, a experiência colombiana ensina que, no processo estrutural deflagrado pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, é preferível às Cortes Constitucionais – cientes de suas limitações e da incapacidade de resolver um problema de dimensão estrutural exclusivamente por meio de sua atuação – a opção por ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória do órgão de cúpula da justiça constitucional, em detrimento de ordens detalhadas.

Isso porque, ao expedir ordens flexíveis, a Corte respeita a margem de discricionariedade das instâncias decisórias do Estado ordinariamente vocacionadas à elaboração de políticas públicas. Sem detalhar condutas, mas indicando parâmetros, diretrizes e eventual prazo, as Cortes Constitucionais não

Sumário 2
índice

substituem a atividade deliberativa reservada às instâncias políticas quanto aos melhores meios para alcançar a diretriz traçada.

Portanto, a maior abertura ao diálogo institucional com os Poderes Legislativo e Executivo parece se revelar mais profícua, de modo que se passa a abordar a dimensão dialógica da técnica decisória.

CONCLUSÃO

A acelerada globalização é, sem dúvida, a justificativa para o surgimento de novos desafios na contemporaneidade, de forma que nem sempre é possível ao poder público exibir projetos de políticas públicas que atendam a todos os direitos sociais previstos constitucionalmente.

Uma alternativa seria o envolvimento do Poder Judiciário na elaboração e implementação de um plano de médio ou longo prazo para alteração do funcionamento da instituição burocrática, pública ou privada, cujo comportamento causa, fomenta ou viabiliza o litígio estrutural.

Essa participação judicial ocorreria mediante providências sucessivas que garantissem que os resultados visados seriam alcançados. Só nessa hipótese haveria a implementação de medidas estruturais pela via do processo estrutural.

Conforme anteriormente demonstrado, se o texto constitucional garante uma série de direitos ao cidadão, atribuindo a tais normas a eficácia imediata, exigindo a atuação do juiz sempre que tais direitos forem reivindicados, não há razão para se falar em ilegitimidade da intervenção jurisdicional na implementação de direitos fundamentais. A questão de maior relevância está na definição do melhor modo de intervenção.

Em razão da sistemática omissão estatal em concretizar direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário brasileiro tem sido instado a efetivar tais prestações positivas, pela via da tutela jurisdicional, cotidianamente.

Saliente-se que a democracia não só não veda a intervenção judicial voltada à implementação dos direitos sociais, como, em verdade, a impõe, sobretudo em ambiência de grave exclusão social como a brasileira.

Sumário 2
índice

Diante do exposto, conclui-se que o processo estrutural caminha no sentido de ser mais uma tentativa de garantir o direito à saúde, entre outros, no ordenamento jurídico. Trata-se, por óbvio, de atuação contramajoritária aperfeiçoada em razão da inefetividade do modelo até então vigente e voltada para assegurar aquilo que deveria compor o rol de atribuições administrativas.

É preciso conceber com a devida cautela qualquer alteração processual voltada a reger políticas públicas. Por mais que se apresente como solução, toda manifestação do ordenamento destinada a alterar a ordem institucional ordinária, ainda que em atuação conjunta, precisa passar pelo crivo da legitimidade e observar o princípio do consequencialismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, M. P.; DEUS, F. B. **Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequado**. Revista de Processo.

ALMEIDA, Luis Renato Ribeiro Pereira de. **Estado de coisas inconstitucional e a pandemia da covid-19: a adoção do instituto como proposta decisória estrutural em contextos de crise**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2023.

AMARAL, G. **Direitos, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (orgs.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BROOCKE, Bianca M. Schneider Van Der. **Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas**. Londrina, PR: Thoth, 2021.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**.Trad.de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1998.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. **A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo**. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101- 107, 2007.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MACINKO, James. **O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios**. The Lancet. Londres, 2011. Disponível em http://www.trf2.gov.br/cursos/PAIM,%20Jairnilson.pdf. Acesso em 20/07/2024.

PERLINGEIRO, R. et al. **Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERLINGEIRO, Ricardo. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SALDANHA, Rafael Meireles. **Os Limites da Intervenção Judicial nas Políticas Públicas: o debate entre procedimentalistas e substancialistas sobre o modelo contemporâneo de interpretação constitucional**. In: DOMINGUES, Eduardo Garcia Ribeiro Lopes (Org.). Direito e Políticas Públicas: estudos e pesquisas. Rio de Janeiro: Autografia, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12.ed. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre: 2015.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquema de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengag Learning, 2013.

Sumário 2

índice

SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes; ALVES, Carla Almeida. **Modelos Assistenciais em Saúde: desafios e perspectivas**. In: MOROSINI, Márcia Valéria G. C; CORBO, Anamaria D. (Org.) Modelos de atenção e a saúde da família. EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 27-43.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais**. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 587-599.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, ano 8, n.16, jul/dez, Porto Alegre: UFRGS, 2006.

UFF PPGDIN

Sumário 2

índice

DIREITO À SAÚDE NOS EUA: OS CASOS DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE OS PROGRAMAS MEDICARE E MEDICAID

Thauanne de Souza Gonçalves[1]
Larissa Borsato da Silva[2]

Sumário: Introdução; 2. Direito e Saúde nos EUA; 3. O Sistema de Saúde dos EUA; 4. O Judiciário dos EUA e os casos sobre *Medicare* e *Medicaid* na Suprema Corte; 4.1. O Judiciário dos EUA; 4.2. Os casos sobre *Medicare* e *Medicaid*; 4.2.1. *Medicaid*; 4.2.2. *Medicare;* 5. Direito à Saúde comparado entre Brasil e EUA; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O modelo de proteção social e o sistema de saúde dos Estados Unidos são amplamente reconhecidos por seu caráter predominantemente privado, no qual o Estado assume um papel residual, destinado a proteger apenas uma parcela da população que atende a critérios de vulnerabilidade. Esse modelo, classificado como de Assistência Social, prioriza o mercado como principal meio de satisfação das demandas sociais, transferindo aos indivíduos a responsabilidade de buscar serviços e bens conforme sua capacidade financeira. Os serviços e bens financiados publicamente ou por caridade são, portanto, de caráter residual, destinados a grupos sociais incapazes de acessar as ofertas do mercado, que precisam comprovar sua condição de vulnerabilidade para obter benefícios (Fleury, 1994).

[1] Doutoranda em Saúde Coletiva no Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências pela Fundação Oswaldo Cruz. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Graduada em Enfermagem pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.
[2] Doutoranda em Saúde Coletiva no Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis; Pós-graduada em Direito Processual Civil e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Sumário 2
índice

Como destacam Fleury e Ouverney (2012, p.33) “o fato de receber um benefício, [...] não transforma o indivíduo em possuidor de um direito. Isto porque a concessão do benefício sempre dependerá de sua condição de carência e do poder discricionário de um funcionário que analisará a solicitação”. Essa lógica se reflete no sistema de saúde americano, que, como parte do modelo de proteção social residual, oferece cobertura apenas para segmentos populacionais mais vulneráveis. Para os grupos elegíveis, dois programas principais organizam essa cobertura residual: *Medicare* e *Medicaid*.

A Lei de Seguro Social dos EUA, aprovada em 1965 após intensos debates sobre a seguridade social e o acesso universal à saúde (este último nunca concretizado no país), estabeleceu os programas *Medicare* e *Medicaid*. O *Medicare* foi criado para atender às necessidades de saúde dos idosos, e posteriormente expandido para incluir pessoas com deficiências específicas e doenças renais. Por sua vez, o *Medicaid* foi instituído como resposta à insuficiência dos serviços de saúde pública, tornando-se a principal fonte de financiamento para cuidados médicos da população de baixa renda (Hoffman; Klees; Curtis, 2000).

Os EUA é de uma federação caracterizada pela ampla autonomia legislativa de cada um de seus estados. O Poder Judiciário Federal, definido no Artigo III da Constituição, tem competência para resolver casos e controvérsias relacionados a leis federais, enquanto os judiciários estaduais lidam com questões envolvendo legislações locais. Na área da saúde pública, a judicialização ocorre de múltiplas formas, desde a declaração de inconstitucionalidade de leis ou ordens de saúde pública até a aplicação de sanções por violações dessas normas, passando pela autorização ou modificação de decisões de agências governamentais (Stier; Nicks, 2006).

No entanto, ao analisar a judicialização da saúde nos EUA com países que possuem sistemas universais de saúde, observa-se um volume menor de processos judiciais, especialmente em relação a medicamentos e insumos. A judicialização existente está mais comumente associada a ações de responsabilidade civil, como casos de erro médico, por exemplo (Reis *et al*., 2019).

Um marco histórico nesse contexto são as ações judiciais propostas em face de empresas produtoras de tabaco, que há décadas mobilizam o Poder Judiciário e a saúde pública americana (Vidal; Asensi, 2023).

Considerando as especificidades do direito à saúde e da judicialização da saúde nos EUA, este artigo tem como objetivo analisar os principais casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos entre 2009 e 2022 relacionados aos programas *Medicare* e *Medicaid*. Para isso, foram coletados casos relevantes a partir de uma "casoteca" e de revisão bibliográfica.

2. DIREITO E SAÚDE NOS EUA

É importante reconhecer a interseção entre os campos do direito e da saúde pública, compreendendo historicamente como o seu desenvolvimento esteve interligado e valorizando suas conexões para o progresso futuro desses campos. Reconhecer a dependência do campo da saúde pública em relação ao Direito é mais simples do que o contrário. Primeiro, pela atuação dos profissionais da saúde pública, que em sua maioria trabalham no setor público, logo seu exercício profissional compreende aplicação e elaboração de legislação e normas de saúde pública. Além disso, é a própria lei que estrutura a compreensão sobre a saúde pública.

A interseção a e interligação entre saúde e Direito é de suma importância, haja vista que a saúde pública é um esforço coletivo que busca alcançar objetivos para toda a população, é o direito que fornece as estruturas sociais e normas necessárias para atingir esses objetivos (Parmet, 2006).

Apesar de não tão evidente, a saúde pública também afeta significativamente o Direito. Isto porque, é essencial que haja minimamente uma saúde pública estabelecida para o funcionamento de uma sociedade, logo das leis e do Direito.

Ademais, nos EUA os Tribunais de justiça utilizaram amplamente a saúde pública como uma das formas de distinguir os poderes federais dos estaduais e os direitos públicos dos individuais, desempenhando papel fundamental também no desenvolvimento do direito constitucional. Saliente-se, que a necessidade de

especialização da saúde pública também foi importante para o desenvolvimento das organizações burocráticas e do direito administrativo (Ibidem).

Assim como em qualquer área da vida em sociedade, especialmente na contemporaneidade, em que o ocidente é marcado pela globalização e expansão do Poder Judiciário, as disputas da área da saúde pública chegam aos Tribunais, demandando resoluções eficientes, porém cautelosas. Tal fato faz com que os profissionais de saúde pública acabem tendo maior conhecimento do sistema Judiciário e das leis, e que os juízes compreendam ou busquem conhecimentos sobre questões técnicas da saúde pública (Stier; Nicks, 2006).

Atualmente, a União Europeia e a Organização das Nações Unidas (ONU) reconhecem saúde e o direito à saúde como um direito humano (Jones; Kantarjian, 2019).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, positivou constitucionalmente, de forma expressa, o direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado, trazendo a característica da universalidade para o sistema público de saúde do país. Diferentemente, nos EUA não há qualquer previsão constitucional acerca do acesso universal à saúde, optando-se pela seguridade eminentemente privada.

3. O SISTEMA DE SAÚDE DOS EUA

A observação do sistema de saúde dos EUA expõe uma dialética importante sobre o setor de saúde. O país tem o maior PIB em dólares americanos do mundo (*International Monetary Fund*, 2024), além do maior gasto em saúde (OECD, 2024) e indicadores de saúde inferiores à média da OCDE, como expectativa de vida, mortalidade por causas evitáveis e prevalência de doenças crônicas, o que indica que a eficiência dos serviços de saúde é muito baixa.

Diferente dos de muitos países desenvolvidos, inexiste um sistema público universal de saúde nos EUA, o que faz com que um percentual importante da população não possua nenhuma cobertura ou a tenha de forma insuficiente. O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de número 3 da

Sumário 2
índice

Organização das Nações Unidas, traz como meta 3.8: “Alcançar a cobertura universal de saúde, incluindo proteção contra riscos financeiros, acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos” (UN, 2024).

No século XX ocorreram movimentos em direção à criação de um sistema público de saúde nos EUA. Na década de 1930, é relatado que a maioria da população desejava algum tipo de seguro de saúde, especialmente para proteger- se de custos médicos imprevisíveis e emergenciais. No entanto, havia o questionamento se o seguro de saúde deveria ser financiado de forma privada ou pública. Por fim, a seguridade privada prevaleceu (Hoffman; Klees; Curtis, 2000).

A partir da Segunda Guerra Mundial, a cobertura de seguro de saúde privado foi sendo ampliada devido à limitação que o governo fez em relação aos salários durante a Guerra, resultando em aumento dos benefícios adicionais e na expansão do modelo de seguro privado baseado nos seguros de empregadores (Hoffman; Klees; Curtis, 2000; Jones; Kantarjian, 2019).

Nesse período, médicos e hospitais americanos, além de sindicatos, associações de agricultores e sociedades de ajuda mútua, iniciaram uma estratégia de cobrança mensal de serviços de saúde com grupos de especialidades múltiplas. Contudo, a Associação Médica Americana (AMA) se contrapôs a esse modelo de serviços temendo a perda da autonomia médica, o que levou ao *lobby* pela defesa do sistema de pagamento por serviço por meio de seguros privados. A AMA ainda atuou na realização de *lobby* contra as propostas legislativas de saúde universal, promovendo a construção do mito da “medicina socializada” e da existência de um “complô comunista”, que foi propagado nos EUA quando os presidentes Truman e Roosevelt fizeram tentativas de oferecer cobertura universal de saúde no país (Jones; Kantarjian, 2019). Essa campanha à época foi considerada o esforço mais caro de *lobby* da história (St. Onge, 2015). Propostas de seguro de saúde nacional financiadas por impostos sobre a folha de pagamento foram apresentadas durante a década de 1940, mas não chegaram a ser votadas (Jones; Kantarjian, 2019).

Sumário 2
índice

Em contrapartida, em 1950, o Congresso americano atuou na implementação da cobertura residual para pessoas em situação de vulnerabilidade econômica. Foi o primeiro passo no sentido da participação federal no financiamento dos pagamentos estaduais feitos aos prestadores de cuidados médicos pelos custos relacionados à assistência pública. Além dos mais pobres, o Congresso americano percebeu a necessidade de oferecer algum tipo de assistência aos idosos e em 1960 foi aprovada legislação inicial nesse sentido (Hoffman; Klees; Curtis, 2000).

Mas foi em 1965, no governo do presidente Lyndon Johnson que a iniciativa mais importante relacionada à assistência pública em saúde ocorreu: a aprovação dos programas *Medicare* e *Medicaid*, como parte da Lei de Seguridade Social.

Nas quatro décadas e meia seguintes, além desses programas, pouco foi realizado na direção de ampliar o acesso à saúde. Foi somente em 2010, com o *Affordable Care Act* de Barack Obama que ocorreu a maior reforma na assistência à saúde no país (Jones; Kantarjian, 2019).

O *Medicaid* consiste em um programa conjunto dos estados e do governo federal, em que é competência do governo federal a maior parcela de financiamento e o estabelecimento das regras para elegibilidade, cobertura e reembolso. Aos estados compete o financiamento adicional e a administração do programa, com ações obrigatórias e opcionais, o que gera diferenças relevantes do programa entre os estados. Inicialmente, o *Medicaid* foi disponibilizado somente para aqueles que eram beneficiários ou eram elegíveis para assistência social financeira, o que incluía idosos, pessoas com deficiência e membros de famílias com crianças em que houvesse a ausência ou incapacidade por parte de um dos genitores.

Porém, ainda excluía parte importante da população pobre e vulnerável. Entre os anos 1980 e 1990, algumas mudanças legislativas ampliaram o alcance do programa, mas foi apenas a partir do *Affordable Care Act* (ACA) que sua elegibilidade se estendeu para adultos de baixa renda em geral (Buchmueller; Ham; Shore-Sheppard, 2015).

Sumário 2
índice

Por sua vez, o *Medicare* é um programa de seguro saúde destinado especialmente a pessoas idosas. Na sua implementação cobria a maior parte dos indivíduos com mais de 65 anos. Foi ampliado em 1973 para incluir alguns grupos de beneficiários da Previdência Social ou de seguros por invalidez e doentes renais em estágio terminal.

Tradicionalmente, o *Medicare* consiste em duas partes: seguro hospitalar, também conhecido como Parte A, e seguro médico suplementar, também conhecido como Parte B (Hoffman; Klees; Curtis, 2000).

O *Medicare* também foi modificado por intermédio do ACA. Para além do *Medicare* e do *Medicaid*, o ACA causou uma ampla reestruturação no mercado de seguros privados individuais de saúde (Gaffney; McCormick, 2017).

As evidências demonstram que a cobertura providenciada pelo *Medicare* tem impacto muito positivo na saúde dos beneficiários. Assim, a expansão do *Medicare* para todos os americanos (*Medicare for all*) e a inclusão de indivíduos entre 50-55 (*Medicare for more*), são tópicos popular e altamente debatido entre os americanos e os candidatos à presidência (Jones; Kantarjian, 2019).

Na pandemia, a insuficiência estrutural da saúde pública no país tornou-se ainda mais evidente. A resposta da saúde pública à Covid-19 foi considerada lenta, sem transparência e insuficiente (Dixon; Caine; Halverson, 2020).

Isto porque, além da alta demanda pressionando o sistema de saúde, pelo fato da saúde pública ser restrita a grupos específicos, muitas foram as situações em que a população apenas buscou assistência quando já se estava perante casos graves, que demandavam maiores esforços e cuidados.

4. O JUDICIÁRIO DOS EUA E OS CASOS SOBRE *MEDICARE* E *MEDICAID* NA SUPREMA CORTE

A atuação do Poder Judiciário dos Estados Unidos tem sido fundamental na definição dos limites e responsabilidades dos programas federais *Medicare* e *Medicaid*. Em um sistema federativo com forte autonomia estadual e supremacia constitucional federal, a Suprema Corte (SCOTUS) é frequentemente chamada a resolver e dirimir questões envolvendo ambos os programas de saúde.

Sumário 2
índice

4.1. O Judiciário dos EUA

A Constituição dos Estados Unidos da América foi redigida no ano de 1787 e complementada pela *Bill of Rights* redigida e aprovada nos anos seguintes. Assim criou-se a lei superior do país que persiste até o dia de hoje (Fallon Jr, 2013).

Os Estados Unidos são caracterizados pelo seu forte federalismo, com ampla autonomia dos cinquenta estados e características bastante distintas entre eles. Antes da Constituição Federal, cada estado possuía seu próprio sistema judicial (Kaplan, 2015).

O federalismo estadunidense constitui uma característica estruturante do modelo constitucional norte-americano, marcado pela repartição de competências entre a União e os estados federados. Embora subordinados à Constituição Federal, os estados gozam de ampla autonomia legislativa, administrativa e jurisdicional, o que lhes confere competência para legislar sobre matérias não atribuídas expressamente à União. A dualidade normativa federal e estadual gera uma sobreposição de esferas legislativas que, por vezes, exige a atuação das Cortes para dirimir conflitos de competência e assegurar a supremacia da Constituição Federal, conforme previsto na *Supremacy Clause*.

Além disso, cláusulas da Décima Quarta Emenda impõem limites substanciais à atuação dos estados, especialmente no tocante à proteção dos direitos fundamentais. Esse arranjo federativo implica uma complexa teia de interações normativas que permeia todas as esferas do Direito, refletindo-se na atuação cotidiana das Cortes responsáveis por aplicar tanto o direito estadual quanto o federal, conforme o caso concreto. Assim, o federalismo norte-americano não se limita a uma divisão territorial de competências, mas configura uma arquitetura institucional dinâmica, que influencia diretamente a forma como se estruturam os litígios e a proteção de direitos nos Estados Unidos (Hazard et al, 2023, p. 49 e 50).

Durante os debates na Convenção da Filadélfia, que originaram a Constituição de 1787, ocorreu por um lado a defesa da preponderância da Constituição Federal com o objetivo de garantir a unidade da federação,

instituindo controle sobre leis estaduais e federais. Os “Pais Fundadores” discordaram entre si sobre a necessidade de criar um sistema judicial federal. No texto final da Constituição prevaleceu o reconhecimento da supremacia do texto constitucional, com a manutenção dos sistemas estaduais de justiça.

Contudo, nos anos seguintes essa temática continuou sendo debatida conforme a *SCOTUS* era mobilizada para deliberar sobre a constitucionalidade de leis. Apenas em 1803 a questão foi pacificada, quando foi definida teoria de *judicial review*, ou controle de constitucionalidade. Com a decisão de Marshall sobre o caso *Marbury v. Madison*, foram estabelecidos os princípios de limitação dos Poderes e da supremacia constitucional, a prerrogativa dos juízes da *SCOTUS* de interpretar as leis conforme a Constituição e o poder de revisar atos que contrariem a ordem suprema (Kaplan, 2015; Santiago, 2015).

Pode-se dizer que a relação entre o direito federal e o direito estadual é regida por um modelo federativo que combina autonomia legislativa local com a supremacia normativa da Constituição Federal, já que em caso de conflito normativo prevalece direito federal sobre o estadual. Apesar disso, os estados norte-americanos mantêm constituições próprias e possuem autonomia para legislar sobre matérias residuais, além de poderem estabelecer garantias individuais mais amplas do que aquelas previstas na Constituição Federal (Hazard et al, 2023, p. 54).

No que tange ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, prevalece o modelo clássico de controle difuso, no qual qualquer Tribunal federal ou estadual possui competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis ou decretos. Esse sistema permite que questões constitucionais sejam apresentadas no curso de ações ordinárias, diferentemente dos sistemas concentrados, nos quais as matérias constitucionais são levadas diretamente a um Tribunal Constitucional em processos abstratos (Cappelletti, 1992; Rosenn, 2004).

Além disso, o controle de constitucionalidade é incidental à função dos Tribunais, que só podem decidir casos reais e concretos entre partes adversas. Ademais, a Suprema Corte exige que os litigantes demonstrem uma "lesão de fato" (*injury in fact*), que exige que o autor de uma ação demonstre que sofreu ou está

Sumário 2
índice

prestes a sofrer um prejuízo real, concreto e específico, para ter legitimidade, reforçando o caráter concreto do sistema.

Embora as decisões de inconstitucionalidade tecnicamente tenham efeitos interpartes, ou seja, restrito às partes do processo, a doutrina do *stare decisis* (estabelece que as decisões judiciais anteriores devem ser respeitadas e seguidas em casos semelhantes no futuro) confere a essas decisões o status de precedentes vinculantes, ampliando seu impacto para casos futuros (Rosenn, 2012). O Poder Judiciário estadunidense, portanto, combina a flexibilidade do controle difuso com a força normativa dos precedentes, consolidando-se como um modelo importante no estudo do controle de constitucionalidade.

O Artigo III, Seção 1, da Constituição americana, determina a criação da Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS), sendo este o único tribunal especificado constitucionalmente. Os demais foram criados pelo Congresso, como autorizado pelo Artigo I, Seção 8 da mesma Constituição. Na atualidade, o sistema judicial federal é composto pela SCOTUS, 13 Cortes de Apelação e 94 Cortes Distritais (Kaplan, 2015).

A Suprema Corte é constituída na atualidade por nove juízes, um Chefe de Justiça e oito Juízes Associados. A SCOTUS não é uma instância do sistema judicial, ela tem discricionariedade para escolher quais os casos serão aceitos. Para ingressar com um processo de revisão de decisão de uma Corte de apelação, deve- se apresentar um mandado de *certiorari*. À SCOTUS cabe decidir sobre disputas que somente podem ser resolvidas por sua competência (Ibidem).

As Cortes distritais consistem na primeira instância do sistema federal, por isso as ações judiciais federais são inicialmente apresentadas a esses tribunais, onde será decidida por um juiz ou com um acordo entre as partes. Cada estado tem no mínimo um Tribunal distrital. A definição sobre a quantidade de tribunais e juízes por estado é baseada no tamanho de sua população (Ibidem).

A apelação sobre uma decisão de uma Corte distrital deverá ser realizada na segunda instância do sistema judicial federal, que consiste nas Cortes de apelação, onde será julgada por um painel de três juízes. Doze dos treze

Sumário 2
índice

tribunais de apelação estão distribuídos pelo país para julgar os recursos dos tribunais distritais, enquanto o décimo terceiro tem jurisdição nacional sobre comércio internacional, contratos governamentais, propriedade intelectual e benefícios para veteranos de guerra (Ibidem).

Pode-se dizer que no sistema norte-americano, existe interdependência entre normas constitucionais, leis legislativas e decisões judiciais que, conjuntamente sustentam e moldam a atuação do Estado. No âmbito constitucional, os princípios previstos pela Constituição Federal, estabelecem uma base normativa que orienta a edição das leis e a atividade judicial. Por sua vez, as leis federais e estaduais complementam e detalham as normas constitucionais, regulando temas específicos. Por fim, há as decisões judiciais, que têm o papel de interpretar, esclarecer e muitas vezes ampliar o alcance das disposições constitucionais e legais, ajustando-as às demandas sociais e aos novos contextos históricos e jurídicos.

As Cortes, portanto, são fundamentais não só para garantir o cumprimento das normas constitucionais e legais, mas também para fornecer interpretações capazes de orientar futuras decisões.

4.2. Os casos sobre *Medicare* e *Medicaid*

Asensi e Silva (2023) organizaram um livro que apresenta a maior parte dos casos julgados pela SCOTUS entre 2009 e 2022 relacionados ao direito à saúde. Dentre esses, para o presente artigo foram selecionados os que tinham como temática principal os programas *Medicaid* e *Medicare*, que somavam cinco casos, respectivamente dois do primeiro tema e três do segundo. A esses, foi acrescentado o caso emblemático sobre o *Affordable Care Act*, identificado na revisão de literatura como essencial para ser aqui apresentado. Todos os casos estão organizados no quadro 1 e podem ser acessados pela pesquisa disponível no endereço virtual da SCOTUS (USA, [*s. d.*]), além do blog da SCOTUS.

Quadro 1. Casos da Suprema Corte dos EUA entre 2009 e 2022 com a principal temática *Medicaid ou Medicare*

Caso	Anos	Disputa em questão	Fontes
		Medicaid	
Universal Health Services v. United States	2015 a 2016	Violação à False Claims Act (FCA)	Asensi e Silva (2023, pp. 240 a 243) SCOTUSblog (c2025a)
Gallardo v. Marstiller	2021 a 2022	Compensação de reembolso de taxas da *Medicaid* em utilizações futuras	Asensi e Silva (2023, pp. 174 a 182) SCOTUSblog (c2025b)
		Medicare	
National Federation of Independent Business v. Sebelius	2011 a 2012	Constitucionalidade do *Affordable Care Act* (Obamacare)	SCOTUSblog (c2020)
Sebelius, Secretary Of Health and Human Services v. Auburn Regional Medical Center et al.	2012 a 2013	Possibilidade dos hospitais recorrerem das determinações de reembolso após três anos	Asensi e Silva (2023, pp. 216) SCOTUSblog (c2025c)
Azar, Secretary of Health & Human Services v. Allina Health Services et al.	2018 a 2019	Prazo para ciência e manifestação quanto aos reembolsos às instituições de saúde	Asensi e Silva (2023, pp. 124 a 130) SCOTUSblog (c2025d)
Becerra, Sec. of H&Hs v. Empire Health Foundation	2021 a 2022	Legalidade de regra que altera a forma de cálculo de reembolso do *Medicare*	Asensi e Silva (2023, pp. 131 a 140) SCOTUSblog (c2025e)

4.2.1. *Medicaid*

Os casos Universal Health Services v. United States e Gallardo v. Marstiller ilustram tensões entre os direitos individuais, a responsabilidade do Estado e as exigências relacionadas aos prestadores de serviços que recebem financiamento do programa.

No caso Universal Health Services v. United States (2016), a Suprema Corte analisou a aplicação da False Claims Act (Lei de Reivindicações Falsas) a fraudes cometidas por prestadores de serviços de saúde que recebem recursos do *Medicaid*. O caso envolveu uma clínica de saúde mental que supostamente violou regulamentações ao empregar profissionais não qualificados e não

supervisionados adequadamente, resultando em cobranças indevidas ao programa. A Corte decidiu que a clínica poderia ser responsabilizada por fraude, mesmo que as violações não tivessem sido explicitamente declaradas como condições para o pagamento.

Enquanto isso, Gallardo v. Marstiller (2022) tratou de uma questão específica relacionada ao reembolso de despesas médicas pelo *Medicaid*. A questão central era se o programa poderia se apropriar de parte de uma indenização judicial recebida por uma beneficiária do *Medicaid* para cobrir custos futuros de cuidados médicos, além dos gastos já reembolsados. A Corte decidiu que o *Medicaid* tem o direito de recuperar fundos para cobrir custos futuros, ampliando a capacidade do programa de garantir a sustentabilidade financeira.

Ao comparar os dois casos, observa-se que ambos envolvem disputas sobre a alocação de recursos e a responsabilização no âmbito do *Medicaid*, mas abordam aspectos distintos da judicialização da saúde. Enquanto Universal Health Services focou na responsabilização de prestadores de serviços por fraudes, Gallardo centrou-se nos direitos dos beneficiários e na recuperação de custos pelo Estado. Ambos os casos refletem a complexidade de equilibrar a sustentabilidade financeira do *Medicaid*. E demonstram a centralidade da questão de pagamento com central nos casos que chegam à SCOTUS sobre a saúde pública, que são demarcadores de um sistema de saúde majoritariamente privado, em que até a proteção residual é fornecida por prestadores de serviço privados. E o Estado pode se apropriar de outras formas de indenização para cobrir os gastos médicos dos indivíduos, pois o acesso aos programas não é universal, ele é condicional e possui exigências de reembolso individuais, à depender da situação.

Sumário 2
índice

4.2.2. *Medicare*

Os casos National Federation of Independent Business v. Sebelius (2012), Sebelius, Secretary of Health and Human Services v. Auburn Regional Medical Center et al. (2013), Azar, Secretary of Health & Human Services v. Allina Health Services et al. (2019), e Becerra, Secretary of Health & Human Services v. Empire Health Foundation (2022), julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, abordam questões envolvendo disputas sobre a constitucionalidade de políticas, a interpretação de regulamentações e a alocação de recursos no sistema de saúde, considerando que este programa é o mais amplo de assistência em saúde no país.

O caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) é um dos mais emblemáticos da história recente da Suprema Corte, pois tratou da constitucionalidade do *Affordable Care Act* (ACA), conhecido popularmente como *Obamacare*. A questão central era se o mandato individual, que era uma exigência de que os cidadãos adquirissem seguro saúde ou pagassem uma multa, era constitucional sob a Cláusula do Comércio. A Corte decidiu que o mandato não poderia ser justificado sob a Cláusula do Comércio, mas sim como um exercício do poder de tributação do Congresso, sendo considerada constitucional com essa consideração. Além disso, o caso abordou a expansão do *Medicaid*, na qual a Corte limitou o poder do governo federal para obrigar os estados a aderirem à expansão, considerando inconstitucional a obrigatoriedade de os estados adotarem a expansão para continuar recebendo fundos. Esse caso teve um impacto profundo no sistema de saúde dos EUA, consolidando o ACA e, ao mesmo tempo, reafirmando os limites do poder federal sobre os estados.

Por sua vez, o caso *Sebelius, Secretary of Health and Human Services v. Auburn Regional Medical Center et al*. (2013) tratou de disputas sobre pagamentos retroativos a hospitais que servem um número desproporcional de pacientes de baixa renda. A questão era se os hospitais poderiam contestar os cálculos de pagamentos feitos pelo Departamento de Saúde e Serviços Humanos (HHS) após o prazo estabelecido. A Corte decidiu que o prazo para contestação era

estritamente aplicável, limitando a capacidade dos hospitais de buscar ajustes retroativos. Esse caso destacou os desafios enfrentados por instituições que dependem de financiamento público e a rigidez dos processos administrativos no *Medicare*.

No caso *Azar, Secretary of Health & Human Services v. Allina Health Services et al*. (2019), a Suprema Corte analisou se o HHS precisava seguir procedimentos formais de notificação e consulta pública ao alterar fórmulas de pagamento do *Medicare*. A Corte decidiu que o HHS não seguiu os procedimentos adequados ao fazer mudanças que afetaram os pagamentos a hospitais, reforçando a importância da transparência e do devido processo na regulamentação de programas de saúde. Esse caso reforçou a necessidade de *accountability* no processo de formulação de políticas de saúde.

Por fim, o caso *Becerra, Secretary of Health & Human Services v. Empire Health Foundation* (2022) envolveu disputas sobre cálculos de pagamentos do *Medicare* para hospitais que atendem muitos pacientes de baixa renda. A questão central era como o HHS deveria calcular os pagamentos adicionais para esses hospitais, especificamente em relação ao tratamento de pacientes elegíveis para *Medicare* e *Medicaid* (conhecidos como "*dual eligibles*"). A Corte decidiu em favor do HHS, validando sua metodologia de cálculo.

Esses casos refletem a tensão entre a necessidade de um sistema de saúde eficiente e sustentável e a proteção dos direitos dos beneficiários e provedores de serviços. Enquanto *National Federation of Independent Business v. Sebelius* teve um impacto abrangente ao consolidar o ACA e redefinir os limites do poder federal, os outros casos focaram em questões mais técnicas, como cálculos de pagamentos, procedimentos regulatórios e disputas financeiras no *Medicare*.

5. DIREITO À SAÚDE COMPARADO ENTRE BRASIL E EUA

A análise dos casos da Suprema Corte dos Estados Unidos exemplifica como o controle de constitucionalidade no sistema jurídico norte-americano é

Sumário 2
índice

predominantemente incidental e concreto. Em contraste, a judicialização do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro ocorre em um contexto marcado por um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, que combina elementos difusos e concentrados. No Brasil, o STF pode atuar tanto no julgamento de casos concretos quanto em processos abstratos, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), que permitem a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos com efeitos *erga omnes* (Rosenn, 2002).

Uma análise como a de Asensi e Silva (2023) não seria possível se aplicada ao STF com a mesma metodologia, que inclui praticamente todos os casos relacionados à saúde deliberados pela SCOTUS em mais de uma década. Este número no Brasil demandaria uma análise quantitativa ou a seleção muito específica de um subgrupo de casos, considerando a dimensão de dezenas de milhares de casos resultantes desse tipo de busca. Somente os casos relacionados à covid-19 somaram mais de 16 mil, sendo em grande parte ações de controle concentrado de constitucionalidade, tratando de temáticas diversas e centrais para a política, as medidas de combate à pandemia, a vacinação e a proteção de minorias (Gonçalves; Silva; Asensi, 2024; Gonçalves, 2025).

A carga processual do STF experimentou um aumento expressivo após a Constituição de 1988. Rossen (2002) descreve que em 1989, o tribunal julgou 17.432 casos e publicou 1.886 acórdãos. Uma década depois, em 2000, os números saltaram para 105.307 recursos recebidos e 86.138 casos decididos. Em comparação, a SCOTUS registrou, entre 1999 e 2000, apenas 2.413 processos distribuídos, dos quais 115 foram julgados. Essa disparidade reflete, em grande parte, a adoção do mecanismo do *writ of certiorari* pela SCOTUS, que permite ao tribunal selecionar os casos de maior relevância para julgamento, evitando sobrecarga. Enquanto a SCOTUS pouco exerce sua competência originária, concentrando-se em recursos filtrados pelo *certiorari*, o STF atua como instância inicial em uma ampla gama de casos. Os casos aqui analisados exemplificam este aspecto, pois todos tratam de revisão de decisões anteriores de outros tribunais. Nenhum deles foi proposto como ação de competência originária da SCOTUS.

Sumário 2
índice

Ainda, é importante ressaltar que o contexto socioeconômico e a estrutura dos sistemas de saúde de cada país também influenciam a judicialização. Nos EUA, onde o sistema de saúde é majoritariamente privado, a judicialização da saúde pública na SCOTUS trata de casos relacionados aos programas assistenciais e sua funcionalidade. No Brasil, o sistema de saúde é público, e a judicialização da saúde pública no STF ocorre de forma muito ampla, pois a grande maioria das questões de saúde no país envolvem o SUS.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos casos acima revela os aspectos principais da judicialização da saúde na Suprema Corte em um sistema majoritariamente privado. Decisões como *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (2012) e *Gallardo v. Marstiller* (2022) mostram a SCOTUS como árbitra de disputas constitucionais e regulatórias, ligadas à regulação de programas assistenciais, equilibrando sustentabilidade financeira, direitos individuais e responsabilização de prestadores. Esses casos refletem o caráter residual do sistema de saúde americano, focado em grupos vulneráveis, enquanto a maioria da população depende de seguros privados.

No Brasil, o STF opera em um contexto de sistema público universal. Enquanto a SCOTUS se concentra na constitucionalidade de leis e interpretação de regulamentos, o STF enfrenta uma carga processual massiva, com milhares de casos que vão desde demandas individuais por medicamentos até questões estruturais de financiamento e gestão do SUS. Essa diferença reflete não apenas os modelos de controle de constitucionalidade — difuso nos EUA, híbrido no Brasil —, mas também as disparidades socioeconômicas e falhas na implementação de políticas públicas de saúde. A ausência de um mecanismo como o *writ of certiorari* no STF contribui para a sobrecarga do tribunal.

É interessante perceber que ambos os modelos enfrentam desafios: nos EUA, a judicialização é limitada pela natureza residual do sistema; no Brasil, a sobrecarga do Judiciário e a judicialização excessiva podem comprometer a eficiência do SUS.

Sumário 2
índice

REFERÊNCIAS

ASENSI, F.; SILVA, L. B. da. **Judicialização da saúde nos Estados Unidos** Deerfield Beach: Pembroke, 2023.

BUCHMUELLER, T.; HAM, J. C.; SHORE-SHEPPARD, L. D. The *Medicaid* Program.
Economics of Means-Tested Transfer Programs in the United States, Volume 1. University of Chicago Press, 2015. p. 21–136. Disponível em https://www.nber.org/books-and-chapters/economics-means-tested-transfer-programs-united-states-volume-1/*Medicaid*-program. Acesso em 15/05/ 2024.

CAPPELLETTI, M. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparad**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

DIXON, B. E.; CAINE, V. A.; HALVERSON, P. K. Deficient Response to COVID-19 Makes the Case for Evolving the Public Health System. **American Journal of Preventive Medicine**, v. 59, n. 6, p. 887–891, dez.2020. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7448961/. Acesso em 20/06/2024.

FALLON JR, R. H. Introduction. *In*: FALLON JR, R. H.**The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice**. 2nd edition. New York: Cambridge University Press, 2013.

FLEURY, S. **Estado sem Cidadãos: seguridade social na América Latina**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1994. Disponível em http://books.scielo.org/id/jm5wd. Acesso em 15/05/2024.

FLEURY, S.; OUVERNEY, A. M. Política de Saúde: uma política social. *In*: GIOVANELLA, L. *et al*.**Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2a ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro, RJ: Editora Fiocruz: Centro Brasileiro de Estudos da Saúde, 2012.

GAFFNEY, A.; MCCORMICK, D. The Affordable Care Act: implications for health- care equity. **The Lancet**, v. 389, n. 10077, p. 1442–1452, abr. 2017. Disponível em https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0140673617307869. Acesso em 20/06/2024.

GONÇALVES, T. de S.; SILVA, L. B. da; ASENSI, F. D. A pandemia de covid-19, os conflitos federativos e o Supremo Tribunal Federal: Os casos da ADI 6341 e da ADPF 672. **Revista Derecho y Salud**, v. 8, n. 9, p. 169–181, 28 nov. 2024. Disponível em https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/rdys/article/view/499. Acesso em 28/11/2024.

GONÇALVES, T. de S. O direito à saúde durante a crise da covid-19: uma análise das principais decisões do Supremo Tribunal Federal. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 35, n. 6, 2025.

HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A justiça civil – dos Estados Unidos ao Brasil: tradução, atualização, apresentação e comparação com o Direito brasileiro por Daniel Mitidiero**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

HOFFMAN, E. D.; KLEES, B. S.; CURTIS, C. A. Overview of the *Medicare* and *Medicaid* Programs. **Health Care Financing Review**, v. 22, n. 1, p. 175–193, 2000. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4194683/. Acesso em 15/05/2024.

INTERNATIONAL MONETARY FUND - IFM. Report for Selected Countries and Subjects. 2024. **World Economic Outlook Database**. Disponível em https://www.imf.org/en/Publications/WEO/weo-database/2024/April/weo-report. Acesso em 19/06/2024.

JONES, G.; KANTARJIAN, H. The many roads to universal health care in the USA. **The Lancet Oncology**, v. 20, n. 10, p. e601–e605, out. 2019. Disponível em https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1470204519305170. Acesso em 19/06/2024.

KAPLAN, D. Article III: The Judicial Branch. *In*: KAPLAN, D.**An Introduction to the American Legal System, Government, and Constitution**. Supplement edition. New York: Wolters Kluwer, 2015.

OECD. **Health spending**. OECD, 2024. Disponível em https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/health-spending/indicator/english_8643de7e-en. Acesso em 19/06/2024.

PARMET, W. E. Introduction: the interdependency of law and Public health. *In*: GOODMAN, R. A. *et al*. **Law in Public Health Practice**. Oxford University Press, 2006.

REIS, K. P. *et al*. **Comparação quantitativa e qualitativa dos sistemas judiciais de saúde brasileiro e norte-americano**. **Intraciência**, n. 17, 2019.

ROSENN, K. S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, p. 159–186, 1 jan. 2004. Disponível em https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45131. Acesso em 17/03/2025.

ROSENN, K. O controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 227, p. 1–30, 2002. Disponível em https://www.academia.edu/60594938/O_controle_de_constitucionalidade_no_Brasil. Acesso em 17/03/2025.

SANTIAGO, M. F. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 7, n. 2, p. 277–297, 31 maio 2015. Disponível em http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/40/41. Acesso em 20/06/2024.

SCOTUSBLOG. **Azar v. Allina Health Services**. c2025d. **SCOTUSblog**. Disponível em https://www.scotusblog.com/case-files/cases/azar-v-allina-health-services/. Acesso em 08/03/2025.

SCOTUSBLOG. **Becerra v. Empire Health Foundation**. c2025e. **SCOTUSblog**. Disponível em https://www.scotusblog.com/case-files/cases/becerra-v-empire-health-foundation/. Acesso em 08/03/2025.

SCOTUSBLOG. **Gallardo v. Marstiller**. c2025b. **SCOTUSblog**. Disponível em https://www.scotusblog.com/case-files/cases/gallardo-v-marstiller/. Acesso em 08/03/2025.

SCOTUSBLOG. **National Federation of Independent Business v. Sebelius**. c2020. **SCOTUSblog**. Disponível em https://www.scotusblog.com/case-files/cases/national-federation-of-independent-business-v-sebelius/. Acesso em 08/03/2025.

SCOTUSBLOG. **Sebelius v. Auburn Regional Medical Center**. c2025c. **SCOTUSblog**. Disponível em https://www.scotusblog.com/case-files/cases/sebelius-v-auburn-regional-medical-center/. Acesso em 08/03/2025.

SCOTUSBLOG. **Universal Health Services v. United States ex rel. Escobar**. c2025a. **SCOTUSblog**. Disponível em https://www.scotusblog.com/case-files/cases/universal-health-services-v-united-states-ex-rel-escobar/. Acesso em 08/03/2025.

ST. ONGE, J. Health Care Reform as “Socialized Medicine”: The Formative Years of a Political Myth. **Western Journal of Communication**, v. 79, n. 3, p. 348–366, 27 maio 2015. Disponível em http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10570314.2015.1041650. Acesso em 19/06/2024.

STIER, D. D.; NICKS, D. M. Public health and the judiciary. *In* GOODMAN, R. A. *et al.***Law in Public Health Practice**. Oxford University Press, 2006.

UN. Goal 3 | Department of Economic and Social Affairs. 2024. **United Nations**. Disponível em https://sdgs.un.org/goals/goal3#targets_and_indicators. Acesso em 19/06/2024.

USA. Search - Supreme Court of the United States. [*s. d.*]. **Supreme Court of The United States**. Disponível em https://www.supremecourt.gov/docket/docket.aspx. Acesso em 08/03/2025.

VIDAL, T. J.; ASENSI, F. Justiça, saúde e objetivos do desenvolvimento sustentável: aspectos comparativos: Brasil, Portugal e Estados Unidos. *In* ASENSI, F.; SILVA, L. B. da **Judicialização da saúde nos Estados Unidos**. Pembroke, 2023.

Sumário 2

índice

PROTEÇÃO DE DADOS COMO POLÍTICA PÚBLICA: MEDIDAS ESTRUTURANTES PARA UM CYBER ESPAÇO SEGURO

Pedro Henrique de Paula Morais[1]

Sumário: Introdução; 2. A evolução da Privacidade no contexto da big data; 3. Cenário de Vulnerabilidades e Consequências; 4. Medidas Estruturantes e a Proteção de Dados como Política Pública; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em tempos de *big data*, estima-se que são gerados cerca de 402 milhões de terabytes de dados diariamente (vídeos, mensagens, compartilhamento de arquivos, e-mails etc.). Apenas no ano de 2023 foram gerados 120 zettabytes de dados (Duarte, 2024). Nesse cenário, os dados tornaram-se a principal moeda de troca, fontes inesgotáveis, reutilizáveis e utilizáveis simultaneamente, amplificando seu potencial econômico.

Dados são informações, de forma que, o ato de coletá-los e comercializá-los cria e transfere informações entre empresas e consumidores — para o bem e para o mal. Dispositivos móveis, redes sociais e empresas de busca rastreiam seus usuários para oferecer serviços novos e individualizados que tenham mais chance de agradá-los. (Carrière-Swallow; Haksar, 2019).

Se por um lado fomentam o avanço exponencial da tecnologia, por outro, levantam preocupações jurídicas e sociais em relação a privacidade e proteção dos dados pessoais. Esse volume massivo de dados traz consigo grandes desafios tanto para a privacidade quanto para a segurança da informação.

[1] Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. Advogado. E-mail pmorais@id.uff.br.

Sumário 2
índice

Incidentes de vazamentos de dados, uso indevido de informações pessoais e divulgação não autorizada por terceiros têm se tornado cada vez mais frequentes, e apontam para a vulnerabilidade dos sistemas atuais. Por outro lado, as demandas coletivas parecem não ser suficientes dentro do desenho originário das décadas de 1980/90 (Silva e Almeida, 2023, p. 173), vez que a responsabilização pelos danos já não é suficiente.

Após muito debate, a Lei 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), entrou parcialmente[2] em vigor no ano de 2020.

Diante de uma sociedade da informação, como a que vivemos, não apenas é possível, como já é feita a coleta de grande parte de dados pessoais, seu processamento, agrupamento e sua correlação das mais diversas formas, realizando, assim, o tratamento desses dados. A privacidade não se restringe mais ao direito de ser deixado em paz, como defendido por Warren e Brandeis (1890), mas, amplia-se tanto ao espaço que ocupamos, como às nossas informações dentro desse espaço público do qual fazemos parte (Souza, p.7).

Esse contexto exige uma abordagem cuidadosa, considerando o uso crescente e a coleta massiva de dados pessoais, a configurar uma violação que ultrapassa o âmbito individual cuja luta pela autodeterminação informativa, consoante dicção do art. 2º, II, da LGPD, denota uma considerável disparidade de forças.

Quando dados pessoais são usados sem consentimento ou fora da finalidade autorizada, e mesmo sem o devido cuidado, configurado está o uso indevido e, por consequência, a responsabilização. Ainda que muitos considerem que suas informações sejam irrelevantes ou não representem um risco imediato, à luz da teoria do mosaico (Conesa, 1984), pequenos fragmentos de dados podem ser combinados para gerar um retrato completo e íntimo de um indivíduo. Esses dados aparentemente desconexos, quando analisados em conjunto, permitem a criação de perfis detalhados, expondo preferências,

[2] Em virtude da pandemia do COVID-19, em junho de 2020 foi sancionada a Lei 14.010/202011 - Regime Jurídico Emergencial e Temporário nas relações privadas no período da pandemia do coronavírus – que postergou, para o dia 1º de agosto de 2021, a vigência dos artigos 52, 53 e 54 da LGPD que dispunha sobre as sanções administrativas.

Sumário 2
índice

comportamentos e previsões de ações futuras.

Por outro lado, o processo estrutural tem sido amplamente debatido pela doutrina brasileira (Arenhart, 2022; Jobim, 2023; Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2020), como uma alternativa que visa a flexibilização procedimental para permitir que o magistrado ajuste as etapas processuais com o objetivo de reestruturar situações problemáticas e garantir a efetivação de direitos fundamentais.

Nesse sentido, Silva e Almeida (2023) alertam para o fato de que essa flexibilização tem gerado críticas, principalmente pelo risco de comprometer garantias processuais fundamentais, derivadas do devido processo legal. Os autores observam que houve uma transição significativa no tratamento dos processos coletivos, que originalmente focavam na reparação de danos, para uma abordagem que busca a realização de políticas públicas e a reestruturação de um "estado ideal de coisas".

Neste cenário, o presente artigo propõe-se a analisar situações emblemáticas de vazamento de dados e uso indevido de informações pessoais e discutir a necessidade de uma resposta institucional robusta e equilibrada, não voltada apenas para a apuração dos danos, mas para a segurança do cyber espaço como política pública que assegure a proteção de dados de forma efetiva, sem comprometer as garantias processuais.

Ademais, o artigo explorará as implicações da adoção de medidas estruturantes no âmbito dos processos coletivos, questionando até que ponto é possível conciliar a efetividade dessas medidas com o garantismo processual.

O estudo desenvolverá a discussão ora apresentada, analisando a legislação brasileira sobre a proteção de dados pessoais e as vulnerabilidades a que estão expostos no ciberespaço, com foco nas medidas estruturantes cada vez mais adotadas pela doutrina e judiciário brasileiro.

A metodologia da pesquisa se desenvolve com levantamento bibliográfico, por meio de livros e artigos científicos sobre a temática, assim como análise da legislação brasileira existente e estudo de casos emblemáticos

de violação de dados recorrentes no cenário brasileiro.

No primeiro capítulo, foi realizado estudo da evolução da privacidade no contexto do *big data*, descrevendo uma visão histórico-legislativa jurídica sobre o direito à privacidade. No segundo capítulo, discorreu-se sobre o cenário atual de vulnerabilidades e as consequências acerca das reiteradas violações de dados no ciberespaço. Analisou-se, ainda o impacto que as sanções pecuniárias têm sobre grandes organizações.

No terceiro capítulo, o ponto central de análise foi a inserção das medidas estruturantes como mecanismos de solução e a preocupação acerca das garantias processuais sob a ótica do processo como garantia contrajurisdicional.

2. A EVOLUÇÃO DA PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA *BIG DATA*

A noção de privacidade hoje, impulsionada pelo surgimento da era digital e pelo fenômeno da *big data*[3], não está adstrita ao contexto subjetivo ao qual por muito tempo se defendeu. Na contemporaneidade, nas lições de Doneda (2020),

> A privacidade assume posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente tomada como escudo contra o exterior, mas como elemento indutor da autonomia, da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral. Nesse papel, ela é pressuposto de uma sociedade democrática moderna, da qual o dissenso e o anticonformismo são componentes orgânicos.

Um dos primeiros casos sobre direito à privacidade data de 1604. Como explica Sharma (2020, p. 23), o caso *Semayne*[4], levado ao Tribunal do Rei da

[3] *Big data* vai muito além de um grande volume de dados, ele é, em verdade, De acordo com Cezar Taurion, a soma de volume, variedade, velocidade, veracidade e valor. Dessa forma, não se trata apenas de um produto de software ou hardware, mas, um conjunto de tecnologias, processos e práticas que permitem às empresas analisarem dados a que antes não tinham acesso e tomar decisões ou mesmo gerenciar atividades de forma muita mais eficiente. Para aprofundamento veja TAURION, Cezar. *Big data*. Rio de Janeiro: Brasport, 2013. Veja também MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data*: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana. Tradução Paulo Polzonoff Junior. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

[4] Conheça o julgamento do caso: COURT OF KING'S BENCH. Semayne's case. All ER Rep 62, Also reported 5 Co Rep 91 a; Cro Eliz 908; Moore KB 668; Yelv 29; 77 ER 194. Michaelmas Term, 1604. Disponível em https:/groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/admin/admin-fall-2005/weeks/semayne.html. Acesso em 08/08/2024.

Inglaterra, mostra a ideia de que, nos tempos antigos, o conceito de privacidade estava principalmente relacionado à proteção da vida doméstica e à liberdade de interferência externa dentro do lar. Dessa forma, o conceito de privacidade estaria atrelado ao direito da vida privada dos indivíduos no interior de suas casas e de serem deixados em paz, afastados da vida pública.

A expressão "o direito de ser deixado em paz" foi utilizada séculos depois por Thomas Cooley[5] (1879) no sentido de ser um direito de imunidade que, segundo o autor, para além da proteção contra agressões físicas, a proteção deveria alcançar as ameaças que perturbassem a paz e tranquilidade do indivíduo.

Diante da proliferação do jornalismo impresso sobre a vida privada e o perigo da exposição (Sharma, 2024, p. 24), o conceito de privacidade ganha novos contornos com o artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis[6] intitulado "*The Right to Privacy*", publicado em 1890. Os autores incorporaram de forma mais abrangente a concepção de Cooley para reclamar o direito à privacidade da exposição da vida privada, assim argumentando:

> As invenções recentes e os métodos de negócios chamam a atenção para o próximo passo que deve ser dado para a proteção da pessoa e para garantir ao indivíduo o que o juiz Cooley chama de direito de 'ser deixado em paz'. Fotografias instantâneas e o empreendimento jornalístico invadiram os recintos sagrados da vida privada e doméstica; e inúmeros dispositivos mecânicos ameaçam cumprir a previsão de que 'o que é sussurrado no armário será proclamado do alto das casas'.

[5] Na obra: *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract*, 1879, Cooley argumenta que: *The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone. The corresponding duty is, not to infiict an injury, and not, within such proximity as might render it successful, to attempt the infliction of an injury. In this particular the duty goes beyond what is required in most cases; for usually an unexecuted purpose or an unsuccessful attempt is not noticed. But the attempt to commit a battery involves many elements of injury not always present in breaches of duty; it involves usually an insult, a putting in fear, a sudden call upon the energies for prompt and effectual resistance. There is very likely a shock to the nerves, and the peace and quiet of the individual is disturbed for a period of greater or less duration. There is consequently abundant reason in support of the rule of law which makes the assault a legal wrong, even though no battery takes place. Indeed, in this case the law goes still further and makes the attempted blow a criminal offense also* (p. 29).

[6] Antes do artigo de Warren e Brandeis, é possível encontrar na obra do juiz Thomas Cooley, publicada em 1880, sob o título *A treatise on the laws of Torts* a primeira utilização da expressão *right to be let alone*. E, muito embora tenha cunhado a expressão, Cooley não a relacionou com a noção de privacidade, mencionando-a em seu trabalho de responsabilidade civil como parte do seguinte trecho: *the right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone*.

> Durante anos, houve um sentimento de que a lei deve proporcionar algum remédio para a circulação não autorizada de retratos de pessoas privadas; e o mal da invasão de privacidade pelos jornais, sentido há muito tempo, foi recentemente discutido por um escritor competente. Os fatos alegados de um caso um tanto notório levado a um tribunal inferior em Nova York há alguns meses envolviam diretamente a consideração do direito de circulação de retratos; e a questão de saber se nossa lei reconhecerá e protegerá o direito à privacidade neste e em outros aspectos deverá em breve ser levada aos nossos tribunais para consideração."

A preocupação de Warren e Brandeis (1890) de que um sussurro no armário poderia ser proclamado do alto das casas, concretiza-se e reverbera na atualidade – basta uma conversa informal para que uma enxurrada de publicidade apareça na tela do celular. Mais não só!

A dimensão do conceito de privacidade, desde então, evoluiu e ultrapassou os limites do individual para a esfera pública. Nas lições de Rodotà (1996, p. 19)

> (...) hoje, o problema não é o de adequar uma noção nascida em outros tempos e sob outros céus a uma situação profundamente transformada, respeitando seu contexto de origem. Quem souber decifrar o debate em andamento, de fato, percebe que ele não reflete somente o tema clássico da defesa da esfera privada contra invasões, porém se realiza uma importante mudança qualitativa que leva a considerar os problemas da privacidade preferencialmente no quadro da quais organização do poder, da qual justamente a infraestrutura informativa representa hoje um dos seus componentes fundamentais [tradução livre].

Desta feita, ainda que o conceito inicial de privacidade estivesse voltado ao âmbito da vida familiar e pessoal do indivíduo, os eventos da segunda guerra, fizeram com que fosse elevado a direito fundamental por força da Declaração de Direito Humanos de 1948.

Nesse sentido, instado a regular escritórios de proteção ao crédito e cadastros de consumidores, tem origem a primeira lei norte-americana, *o Fair Credit Reporting Act*[7] (Doneda, 2020).

[7] O documento na íntegra está disponível em https:/www.ffiec.gov/exam/InfoBase/documents/02-con-fair_credit_reporting_act-000799.pdf.

A nível internacional, coube a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD – sigla em inglês), estabelecer, por meio da recomendação OECD/LEGAL/0188[8], diretrizes voltadas à proteção da privacidade e coleta de dados, baseando-as em oito princípios que acabaram por formar a espinha dorsal de normas atuais como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) e a LGPD.

Dentre os princípios norteadores apontados pela diretiva estão a limitação da coleta de dados, qualidade dos dados, especificação da finalidade, limitação de uso, salvaguardas de segurança, transparência, o direito dos indivíduos de retificar dados incorretos e responsabilidade (Sharma, 2020, p. 27).

Tendo por base as diretrizes da OCDE, a Convenção n. 108 do Conselho da Europa é editada em 1981. Como primeiro tratado internacional juridicamente vinculativo voltado à proteção de dados, suas diretrizes foram pioneiras para fins de garantir a segurança para além do direito de estar só, mas, à privacidade das informações pessoais diante do cenário tecnológico delineado.

Em decorrência das transformações tecnológicas e sociais provocadas pela revolução digital, em que o domínio passou a ser operado por inteligência artificial, o direito à privacidade, elevado a direito fundamental, engloba hoje um espectro mais amplo de preocupações, centrando-se na proteção e controle dos dados pessoais.

O mercado mudou e os dados tornara-se a principal matéria-prima para a confecção de produtos. Como diria Rodotà (2008, p. 243): “Aumentou a pressão pela utilização de toda a espécie de dado pessoal, sobretudo por motivos de segurança interna e internacional, mas também para finalidades comerciais”.

Dados alimentam algorítmicos artificialmente inteligentes que vão desde carros autônomos a cidades inteligentes, testes de medicamentos à análise comportamental, o que torna possível a identificação de padrões implícitos de repetição do comportamento dos indivíduos. De mais a mais, os dados permitem

[8] A recomendação está disponível em https: /legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0188.

Sumário 2
índice

a utilização simultânea sem que se esgotem, por isso a certeza de que sua acumulação favorece o aumento da produtividade e o crescimento a longo prazo.

Diante de um cenário em que se estima a geração de cerca de 402 milhões de terabytes de dados diariamente (Duarte, 2024), as informações pessoais são detentoras de valor e se tornam um ativo valioso e amplamente perseguido. “A contrapartida necessária para e obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações” (Rodotà, p. 113). Deixamos de ser pessoas e nos tornamos informações. Por meio delas somos definidos, classificados, etiquetados e, portanto, a dicção do art. 7, I da LGPD garante que sejamos detentores do controle de consentir ou não com o uso de nossas informações (Rodotà, p. 114-115).

Nesse sentido, os dados pessoais passam a ser a principal "moeda" de troca da economia digital, pilares de modelos de negócios que se baseiam na coleta e análise de dados obtidos tanto de seus usuários quanto dos dados encontrados na rede mundial. Empresas de tecnologia, mídias sociais e plataformas digitais aproveitam essa abundância de dados para manipular a autonomia da vontade e moldar a sociedade como leciona Feenberg (1999).

É por intermédio da Directiva de Proteção de Dados 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que o impacto acerca da proteção de dados é sentido, uma vez que estabeleceu um sistema abrangente a respeito da privacidade de informações, aqui incluída a transferência internacional de dados que reverberou para além da própria União Europeia (Carvalho, 2021).

A diretiva forneceu requisitos específicos para transferências internacionais de dados para fins de que sua realização se desse de forma segura. Isso acabou fazendo com que o acordo Safe Harbor UE-EUA fosse firmado, o qual trazia a determinação de salvaguardas de segurança para a transferência de dados pessoais e a unificação das leis sobre privacidade de dados na Europa (Sharma, 2024, p. 167-171).

Sumário 2
índice

Em virtude da crescente valorização e circulação dos dados, somado ao exponencial avanço dos recursos tecnológicos, a Diretiva 95/46/CE é revogada pelo GDPR, que passa a vigorar em maio de 2018.

No Brasil, em meio a denúncias de vazamento, esquemas de coleta, venda e uso indevido de dados (Santos, 2020), a normatização voltada à proteção de dados foi precedida de muitas discussões. Inspirada na GDPR, a Lei n. 13.709/2018 (LGPD) entra em vigor no dia 20 de setembro de 2020 e traz como objetivo a busca da proteção de direitos e garantias fundamentais da pessoa natural, "mediante a harmonização e atualização de conceitos, de modo a mitigar riscos e estabelecer regras bem definidas sobre o tratamento de dados pessoais" (Vainzof, 2020).

Para Mendes e Doneda (2018, p. 566),

> A lei aprovada proporciona ao cidadão garantias em relação ao uso de seus dados, a partir de princípios, de direitos do titular de dados e de mecanismos de tutela idealizados tanto para a proteção do cidadão quanto para que o mercado e setor público possam utilizar esses dados pessoais, dentro dos parâmetros e limites de sua utilização.

Assim sendo, reflete um reconhecimento crescente de que, em tempos de *big data*, a proteção dos dados pessoais é fundamental não apenas para os direitos individuais, mas, para a integridade social e econômica das sociedades democráticas. Preconizada no artigo 5º, inciso X da CF/88, como um dos direitos da personalidade, a privacidade traz duas acepções distintas: a intimidade e a vida privada. Dessa forma, à proteção de dados é conferido o caráter de direito fundamental autônomo (Martins, 2018).

De toda sorte, não obstante os princípios e sanções pecuniárias dispostas na lei em comento, que vão de 2% sobre o faturamento a cinquenta milhões de reais, o rápido desenvolvimento de tecnologias como a inteligência artificial (IA) e a inteligência artificial generativa (IA Gen) cuja matéria-prima primária são dados, aponta para a existência de grandes desafios a serem enfrentados, diante das vulnerabilidades presentes no ciberespaço, quando se observa que a

questão pecuniária pode não estar cumprindo o papel coativo, natureza da medida (Tucci, 2018).

3. CENÁRIO DE VULNERABILIDADES E CONSEQUÊNCIAS

Pensar o mundo desconectado é o mesmo que estar marginalizado do sistema global, como argumenta Castells (2003), o "desenvolvimento sem a Internet equivale a industrialização sem eletricidade na era industrial", ou seja, a internet distribui a força da informação por todo o domínio da atividade humana.

A questão é que essa onipresença da tecnologia da informação, embora benéfica em muitos aspectos, também expõe indivíduos e organizações a novos riscos e ameaças. Assim, a vulnerabilidade, seja técnica, jurídica, fática ou informacional (Marques, 2019, p. 310), no contexto digital emerge como um tema relevante na sociedade contemporânea, marcada pela rápida evolução tecnológica e pela expansão do ciberespaço. E mais. À medida que organizações, públicas e privadas, correm para adotar novas tecnologias, como a inteligência artificial generativa (IA Gen), a necessidade de uma compreensão básica das implicações imediatas, de médio e longo prazo dessas tecnologias tornam-se prementes.

Nas lições de Marques e Mucelin (2022, p. 6-7) "a noção de vulnerabilidade está associada à identificação de uma fraqueza/debilidade do sujeito em determinada relação jurídica decorrente de condições ou qualidades que lhe são inerentes", e se destaca como princípio expressamente disposto no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Dessa forma, o cenário contemporâneo voltado a proteção de dados e privacidade têm apresentado significativas vulnerabilidades. O estudo feito pela *World Economic Forum* sobre as perspectivas globais de segurança cibernéticas (2024) aponta que 54% das organizações têm uma compreensão insuficiente das vulnerabilidades cibernéticas e, mesmo 64% dos executivos que acreditam que a resiliência cibernética de sua organização atende aos requisitos mínimos para operar dizem que ainda têm uma compreensão inadequada das vulnerabilidades cibernéticas de sua cadeia de suprimentos.

Sumário 2
índice

Casos emblemáticos de vazamentos e uso indevido de dados pessoais têm se multiplicado e, com isso, as consequências vão desde a perda de privacidade e potencial dano financeiro até riscos de identidade e manipulação psicológica (Norton, 2022, p. 11).

O mundo testemunhou o escândalo *Cambridge Analytica*[9], no qual dados de milhões de usuários do Facebook foram coletados sem consentimento e utilizados para manipulação e o caso da Equifax, agência de crédito norte-americana, que comprometeu informações financeiras sensíveis de mais de 140 milhões de pessoas em 2017 quando registrou vazamento de dados pessoais de seu sistema, incluindo nomes, datas de nascimento e números de Previdência Social e cartões de crédito (Finelli, 2017).

No Brasil, a situação não é diferente. Na estatística global de violação de dados apresentada no estudo realizado pela Surfshark (2024), o Brasil ocupa a sexta colocação de contas de e-mail violadas, com um total que conta com 355.100.579 contas[10] desde 2004. Outro relatório apresentado em 2022 pela Norton Cyber Security aponta que 71,1 milhões de consumidores brasileiros foram vítimas de crimes cibernéticos (Norton, 2022, p. 5)

Em um dos casos mais recentes, ocorrido em janeiro do ano corrente, conhecido como "mãe de todos os vazamentos" (MOAB), 12 terabytes de dados[11], incluindo informações de brasileiros, foram expostos globalmente. Este vazamento, identificado por *Bob Dyachenko* – pesquisador de segurança

[9] O escândalo foi retratado no documentário Privacidade Hackeada. O caso envolveu a empresa Cambridge Analytica, Facebook e as eleições dos EUA, onde informações conhecidas foram usadas para enganar e manipular pessoas a fim de mudar suas visões políticas e votos.
A Cambridge Analytica foi descoberta usando os dados do Facebook obtidos de um professor da Universidade de Cambridge para trabalhar na campanha de um candidato presidencial dos EUA. Essa má prática foi exposta pelo ex-diretor da Cambridge Analytica, Christopher 'Chris' Wylie. A estimativa de dados de usuários violados variou de 30 a 80 milhões de perfis. Veja KANAKIA, Harshil; SHENOY, Giridhar; SHAH, Jimit. Cambridge Analytica – A Case Study. In Indian Journal of Science and Technology, v. 12. issue. 29, August 2019. pp. 1-5, Disponível em https: /sciresol.s3.us- east-2.amazonaws.com/IJST/Articles/2019/Issue-29/Article8.pdf. Acesso em 11/04/2024.

[10] Para conhecer mais sobre o estudo acesse https: /surfshark.com/research/data-breach-monitoring.

[11] Equivalente a 78 milhões de páginas de documentos em PDF. Bilhões e bilhões de dados de usuários da internet ao redor de globo foram compilados em um só lugar. Veja STEIL, Juliana. Maior vazamento de dados da história expõe brasileiros; veja como checar. In Valor Econômico. Janeiro/2024. Disponível em https: /valor.globo.com/empresas/noticia/2024/01/25/maior-vazamento-de-dados-da-historia-atinge-brasileiros-veja-como-checar.ghtml. Acesso em 03/02/2024.

cibernética e proprietário da *Security Discovery* –, revelou que as informações estavam disponíveis publicamente no *Elasticsearch* - uma instância de banco de dados acessível publicamente que podia ser lido por meio de qualquer navegador, assim como uma página web comum – expondo e-mails, senhas, telefones e dados financeiros, criando um ambiente propício para fraudes e roubo de identidade (STEIL, 2024).

Em virtude de ataque hacker, a plataforma ConecteSUS ficou inacessível durante o mês de dezembro de 2021. A invasão a esse tipo de sistema e o vazamento dos dados ali constante, acarreta uma preocupação maior, uma vez que, para além de configurar, nos termos do artigo 5º, inciso II da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), dados pessoais sensíveis, ainda "podem servir como instrumento para o cometimento de discriminação, intolerância e constrangimento de seu titular" (Flôres; Silva, 2020). Como explica Vainzof (2020) "são dados pessoais que poderão implicar riscos e vulnerabilidades potencialmente mais gravosas aos direitos e liberdades fundamentais dos titulares".

Outros incidentes ainda podem ser descritos, como o vazamento de dados da Netshoes em 2019, que comprometeu 2 milhões de usuários, o caso da Enel em 2020, que expôs informações de 290 mil clientes, ilustram a recorrência dessas falhas (Aragão, 2022) e o vazamento de dados pessoais vinculados a chaves PIX comunicado pelo Banco Central, ocorrido em dezembro de 2021, onde os dados de 160.147 chaves foram potencialmente expostos.

Movida pelo Instituto Brasileiro de Defesa da Proteção de Dados Pessoais, Compliance e Segurança da Informação em face da União, Caixa Econômica Federal (CEF), Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (Dataprev) e da própria Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a ação civil pública
n. 5028572-20.2022.4.03.6100, buscou reparação em virtude de um vazamento massivo de dados no segundo semestre de 2022 (MPF, 2023). A sentença[12] proferida pelo juiz federal Marco Aurelio de Mello Castrianni, condenou os réus

[12] Para ver a decisão acesse https: /www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/sentenca-vazamento-de-dados/at_download/file.

Sumário 2
índice

ao pagamento indenizatório pelo dano moral coletivo gerado, no valor mínimo de R$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) a ser rateado, além do dano individual, gerando, assim, um déficit aos cofres públicos.

O problema de vazamentos de dados é cada vez mais alarmante, isso porque, os danos acarretados nem sempre são notados a curto prazo. De acordo com Oliveira (2024), em 2023 houve mais de 18,6 bilhões de registros expostos, um aumento de 42% em relação a 2022, que expuseram informações confidenciais de milhões de pessoas.

Não podemos dizer que incidentes dessa natureza estão voltados apenas para ataques externos. A ausência de efetivos mecanismos de segurança também contribuem para essa vulnerabilidade generalizada[13]. Estamos, pois, diante de sintomas de um problema sistêmico pela forma como os dados pessoais são gerenciados no ecossistema digital.

Mas a vulnerabilidade dos dados pessoais vai além, e, também, coloca em risco grupos marginalizados, como crianças e adolescentes, cujas informações são muitas vezes usadas de forma inadequada. Recentemente, a ANPD determinou, como medida preventiva, a suspensão do uso de dados pela Meta para treinamento de IA, sob pena de multa diária de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de descumprimento, em virtude da utilização indevida, falta de transparência e dificuldade de oposição por parte dos usuários, em flagrante violação à Lei Geral de Proteção de Dados. Conforme a decisão,

> 4.8. Como elementos para a determinação da presente medida, vislumbra-se a plausibilidade do direito, haja vista a ocorrência de potenciais violações à LGPD quanto aos seguintes aspectos: (i) uso inadequado da hipótese legal do legítimo interesse (art. 7º, IX), tendo em vista o tratamento de dados pessoais sensíveis, a não observância das legítimas expectativas dos titulares e o não atendimento aos princípios da finalidade e da necessidade; (ii) ausência de transparência no tratamento de dados (art. 6º, VI), dada a falta de divulgação de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a alteração da política de

[13] De acordo com Kleber Carrielo, Senior Consulting Engineer da Arbor Networks Brasil, argumentou que a necessidade das empresas em estarem presentes em todos os canais, de forma cada vez mais dinâmica, seja com Mobile Apps, Web Apps, etc., faz com que algumas delas negligenciem aspectos importantes da Segurança da Informação, seja por redução de custos ou tempo. Porém, muitas vezes, o preço a se pagar por esse descuido é muito alto (Finelli, 2017).

Sumário 2
índice

> privacidade; (iii) limitações excessivas ao exercício dos direitos dos titulares (art. 18); e (iv) tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes sem as devidas salvaguardas (art. 14).
> 4.9. Ainda, é clara a presença de risco iminente de dano grave e irreparável ou de difícil reparação, considerando-se, em especial, a realização de tratamento de dados pessoais de milhões de titulares, inclusive de crianças e adolescentes, sem a devida observância da LGPD e com impacto direto sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

A medida determinada pela ANPD com a respectiva sanção pecuniária como meio de coerção para seu cumprimento, é um passo importante para fins de coibir o uso indevido dos dados pessoais e salvaguardar a sua proteção em conformidade com o regramento legal.

Todavia, embora autoridades reguladoras tenham intensificado a imposição de multas significativas, como as previstas pelo GDPR na Europa, que podem alcançar 20 milhões de euros ou 4% do faturamento global anual das empresas, precisamos refletir até que ponto há eficácia nessas penalidades financeiras. Empresas como a Meta têm sido frequentemente multadas por violações de dados. Comissão de Proteção de Dados da Irlanda só no ano de 2021 multou a empresa em US$ 402 milhões. Pelo gerenciamento do Instagram com dados de adolescentes, em US$ 18,6 milhões em virtude de vazamento de dados e multou o WhatsApp (parte do grupo Meta) em US$ 267 milhões por não informar corretamente como gerenciava os dados de seus usuários (Freitas, 2022).

Em 2023, uma multa recorde de 1,2 bilhões de euros lhe foi aplicada pela transferência de dados de usuários europeus para os Estados Unidos (Venturi, 2023). Não obstante, recentemente uma nova multa foi aplicada no importe de 91 milhões de euros pelo armazenamento de forma indevida (sem proteção ou criptografia) de senhas de alguns usuários (InfoMoney, 2024),

Conquanto as multas sejam aplicadas, o WhatsApp foi alvo de ação civil pública[14], ajuizada em julho do corrente ano, pelo Ministério Público Federal

[14] A petição está disponível no site do MPF. Acesse https: /www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/docs/2024-acp-mpf-e-idec-x-whatsapp-e-anpd.pdf.

Sumário 2
índice

(MPF) e o Instituto de Defesa de Consumidores (IDEC) onde se pleiteou uma indenização de R$ 1,7 bilhão por violações à LGPD.

Pelo que se depreende, a recorrência de tais violações aponta para um sentido de que as sanções financeiras isoladas são insuficientes para prevenir futuros incidentes ou promover uma verdadeira cultura de proteção de dados. Como se vê, a empresa continua a acumular sanções, como se as multas fossem vistas como "custos de fazer negócios", sem que mudanças substanciais na governança dos dados sejam promovidas.

A abordagem punitiva centrada nas multas não aborda as questões estruturais subjacentes que facilitam esses vazamentos e usos indevidos. As grandes corporações de tecnologia, com receitas bilionárias, muitas vezes absorvem essas penalidades sem implementar as mudanças necessárias em suas políticas de privacidade e segurança. O valor monetário para essas empresas reside na “moeda” ou efetivamente está presente nos “dados”?

Este cenário evidencia a necessidade de uma mudança de paradigma. Para uma efetiva proteção de dados é necessário ir além das sanções econômicas e promover uma transformação estrutural, com a implementação de medidas robustas e preventivas que garantam um ambiente digital seguro e respeitoso à privacidade.

Nesse sentido, as medidas estruturantes podem ser um caminho na busca do alcance de um ecossistema digital que promova a segurança de dados de forma proativa, com o envolvimento de governos, empresas e a sociedade civil.

4. MEDIDAS ESTRUTURANTES E A PROTEÇÃO DE DADOS COMO POLÍTICA PÚBLICA

> Os conflitos são inerentes à convivência em sociedade. A partir da Revolução Industrial, há o surgimento de uma sociedade de massa e, consequentemente, os conflitos passam a ser de massa, devendo o direito se adaptar para a resolução efetiva das questões que emergem em razão de tais fatos (Santos, 2021).

Ante a massiva digitalização mundial, o Brasil enfrenta grandes desafios relacionados à segurança do ciberespaço, em especial no que toca a proteção de

Sumário 2
índice

dados pessoais. Como demonstrado no capítulo anterior, vulnerabilidades no ambiente digital se mantêm em uma crescente, expondo milhões de pessoas a riscos significativos. Não obstante sejam aplicadas sanções pecuniárias, historicamente vistas como principal mecanismo de controle e coerção (Alves, 2020), estas não têm sido suficientes para prevenir novas violações ou promover uma cultura efetiva de proteção de dados.

Grandes corporações, como a Meta, Google, X, OpenAI, etc., com receitas bilionárias, absorvem essas penalidades como parte dos "custos de fazer negócios", sem que haja mudanças substanciais em suas políticas de privacidade e segurança. Isso coloca em evidência a ineficácia do modelo atual e reclama novas abordagens, tal como as medidas estruturantes, que visam reestruturar esse “estado de coisa não ideal” (Didier, [et.al]., 220, p. 104-106), que se apresenta frente a proteção de dados no panorama do ciberespaço.

Ocupando a sexta posição em contas de e-mail violadas (Surfshark, 2024), o Brasil aponta para um cenário de incertezas e vulnerabilidades que expõe as fragilidades em total desacordo com a proteção de dados[15]. À medida que a revolução tecnológica avança, especialmente com a ampla adoção de inteligência artificial (IA)[16], tanto na esfera privada quanto na pública[17], bem como com a coleta indiscriminada de dados pessoais, incidentes de vazamentos,

[15] Para acompanhar incidentes cibernéticos acesse https:/www.securityreport.com.br/email/InfoSR2024.html.

[16] Os dados confirmaram a IA como a grande tendência em tecnologia do momento, independentemente do tamanho da empresa. No geral, as micro, pequenas e médias empresas (MPMEs) estão progredindo bastante em seu no uso – 59% disseram que avançaram na adoção da tecnologia, proporção maior em empresas do ramo de tecnologia, como as de telecomunicações, que se destacaram neste indicador com 85% respondendo que progrediram “bastante” ou “muito” na adoção de IA. Veja Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES). Inteligência artificial já é parte do dia a dia de 74% das MPMEs brasileiras. mar./2024. Disponível em https: /abes.com.br/inteligencia-artificial-ja-e-parte-do-dia-a-dia-de-74-das-mpmes- brasileiras/. Acesso em 08/07/2024; Datacenter Dynamics, Acima da média global, Brasil se destaca na adoção de IA Generativa. abr./2024. Disponível em https: /www.datacenterdynamics.com/br/not%C3%ADcias/acima-da-media-global-brasil-se-destacana-adocao-de-ia-generativa/. Acesso em 08/07/2024.

[17] No ano de 2023, 62 Tribunais do Poder judiciário brasileiro possuem um ou, mais projetos de inteligência artificial em andamento ou implementado. Veja CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ. Painel de pesquisa sobre inteligência artificial 2023. Disponível em https: /paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=43bd4f8a-3c8f-49e7-931f-52b789b933c4&sheet=e4072450-982c-48ff-9e2d-361658b99233&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=Ramo%20da%20Justi%C3%A7a,&select=Tribunal,&select=Se%20Tribunal/%20Conselho%20possui%20Projeto%20de%20IA?. Acesso em 03/10/2024.

uso indevido e manipulação de informações tornam-se cada vez mais recorrentes, acarretando o acometimento de fraudes e golpes diários em milhares de brasileiros[18].

Essa realidade, traz consigo o sentimento de impotência diante de ameaças constantes, uma vez que ausente a devida segurança à proteção dos dados pessoais. “Em razão disso, ante a inobservância de determinado direito fundamental por parte de ente federativo, tem-se o ajuizamento exaustivo de ações individuais, normalmente até que culmine em uma ação civil pública ou ordinária coletiva” (Fortes, 2024).

“A inovação criminológica que acompanha a evolução do ciberespaço requer muito mais do que legislações que regulamentem condutas criminosas”. A vulnerabilidade se agrava frente à intensificação da utilização da internet e armazenamento cada vez maior de dados dos usuários, além de corroborar para o aumento no número de cibercrimes que atentam contra direitos fundamentais (Lehfeld, [et.al], 2021, p. 247-248).

Inicialmente concebidos para a reparação de danos, os processos coletivos passaram a buscar, cada vez mais, a implementação de políticas públicas capazes de reestruturar situações problemáticas em um nível mais profundo. Nas lições de Almeida e Nunes (2023, p. 173)

> Na busca do “estado ideal de coisas”, direcionado a efetivar direitos fundamentais, sobretudo, os sociais, os litígios tornaram-se cada vez mais complexos e o processo coletivo adquiriu novos contornos, a partir dos influxos estruturalistas com pretensões que visam a efetivação de políticas públicas.”

No caso da proteção de dados, isso significa reconhecer que as vulnerabilidades cibernéticas não se resolvem mais com o simples foco na

[18] Com o avanço das tecnologias, o Brasil enfrenta um cenário alarmante em termos de cibersegurança. Em 2023, o país registrou cerca de 1,8 milhão de ocorrências de golpes e fraudes digitais, resultando em perdas financeiras estimadas em aproximadamente R$ 6 bilhões, segundo dados do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e relatório da Kaspersky. Em meio ao crescimento do comércio eletrônico, que movimentou cerca de R$ 225 bilhões no último ano, os golpes representam um desafio crescente tanto para consumidores quanto para empresas. Veja DCIBER, Redação. Golpes virtuais atingem 1,8 milhão de vítimas no Brasil: saiba como se proteger. Set./2024. Disponível em https: /dciber.org/golpes-virtuais-atingem-18-milhao-de-vitimas-no-brasil-saiba-como-se-proteger/. Acesso em 03/10/2024.

Sumário 2
índice

responsabilização econômica por danos já causados, se assim o fosse, não teríamos notícias de novas violações praticadas pelo grupo Meta. Ao contrário, essas vulnerabilidades representam um estado de coisas desordenadas que reclamam uma resposta institucional abrangente, capaz de promover a segurança e a privacidade dos dados como verdadeira política pública.

Essa mudança de paradigma tem se consolidado com a adoção das chamadas "medidas estruturantes", que, conforme lecionam Arenhart, Jobim e Didier Jr. (2022), são mecanismos processuais que permitem ao magistrado flexibilizar etapas do processo para alcançar uma reestruturação do sistema em prol da efetivação de direitos fundamentais.

Aplicadas ao contexto da proteção de dados, essas medidas podem incluir desde a criação de protocolos de segurança mais rigorosos até a reestruturação de práticas empresariais que envolvem a coleta e o tratamento de dados pessoais, como ocorreu com a decisão preventiva proferida pela ANPD em relação a empresa Meta. Nesse sentido, tais medidas não se limitam à compensação financeira por danos causados, mas buscam corrigir as causas estruturais que originam os vazamentos e as violações de privacidade.

Vitorelli define o processo estrutural “um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (2018, p. 340).

Ademais, o conceito de litígio coletivo irradiado, proposto por Edilson Vitorelli, é particularmente aplicável ao cenário das vulnerabilidades no ciberespaço. O autor descreve como os efeitos de litígios coletivos podem se expandir além dos sujeitos originalmente envolvidos, impactando um número muito maior de pessoas ou entidades. Nesse sentido,

> Essa categoria representa a situação em que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio, sendo que entre eles não há uma perspectiva social comum, qualquer vínculo de solidariedade. A sociedade que titulariza esses direitos, é fluida, mutável e de difícil delimitação,

Sumário 2
índice

> motivo pela qual se identifica com a sociedade como criação. [...] Nesses casos, a conflituosidade é elevada, uma vez que as pessoas sofrem lesões significativas o bastante para querer terem suas vozes ouvidas, mas essas lesões são distintas em modo e intensidade, o que potencializa as diferenças em suas pretensões. A sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma (Vitorelli, 2018, p. 335).

No contexto da proteção de dados, as vulnerabilidades digitais não afetam apenas os indivíduos diretamente envolvidos, mas irradiam-se por toda a sociedade conectada, expondo milhões de usuários a riscos semelhantes. Fraudes que no mais das vezes ocorrem sem que sequer a pessoa tenha conhecimento do vazamento de seus dados. São inúmeros os produtos provenientes de dados disponíveis na *dark web*[19].

Ao contrário de uma abordagem reparatória limitada, o panorama posto reforça a necessidade de medidas que visem a reestruturação de todo o sistema de governança de dados para lidar com esse estado de coisas inadequado. Ao integrar a perspectiva irradiada ao litígio coletivo cibernético, torna-se ainda mais evidente que as soluções jurídicas para a proteção de dados devem transcender as reparações individuais e abordar de forma sistêmica as fragilidades do ciberespaço, garantindo uma proteção mais ampla, eficaz e segura.

O marco regulatório da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) introduziu importantes ferramentas para a proteção de dados pessoais, mas a realidade tem demonstrado que apenas a aplicação de multas e sanções previstas na legislação não é suficiente para garantir a segurança no ciberespaço. Casos como o da Meta e o vazamento massivo de dados da MOAB conhecido como "mãe de todos os vazamentos" revelam que as corporações ainda não internalizaram uma cultura de proteção de dados, e reforça a necessidade de medidas que envolvam múltiplos atores – governo, setor privado e sociedade civil – na construção de um ecossistema digital seguro.

[19] Estudo da NordCPN mostra que o preço de um ID no Brasil pode chegar a US$ 16,87 e de e-mail pessoal a US$ 9,99, enquanto um e-mail pessoal da UE chega ao valor de US$ 199,99. Veja o estudo completo em NORDVPN, Estudo de caso da Dark Web: Como os hackers podem ganhar 17,3 milhões de dólares com seus dados. 2024. Disponível em https: /nordvpn.com/pt-br/research-lab/dark-web-case-study/. Acesso em 03/10/2024.

Sumário 2
índice

O processo estrutural, nessa perspectiva, parece oferecer uma solução promissora ao possibilitar que o Judiciário, em colaboração com outros setores, adote soluções coordenadas e contínuas para a proteção de dados. A implementação dessas medidas pode garantir que as vulnerabilidades identificadas no ciberespaço sejam abordadas de maneira proativa e preventiva, promovendo um ambiente de maior segurança e privacidade.

No entanto, o desafio que se apresenta é como conciliar a efetividade que as medidas estruturantes podem alcançar com o respeito às garantias fundamentais do processo, especialmente àquelas relacionadas ao devido processo legal. Almeida e Pinto (2023) apontam que, embora o processo estrutural ofereça uma flexibilidade importante para a reestruturação de problemas complexos, como as vulnerabilidades cibernéticas, essa flexibilização não pode comprometer garantias processuais essenciais.

Nas lições de Almeida,

> Para se pensar na possibilidade de flexibilização procedimental no âmbito dos processos estruturais, e em qualquer outro seguimento processual, apesar de arriscado ao se considerar as garantias do devido processo legal, só seria possível com a observância de um contraditório constante e dinâmico, com o juiz realizando o dever de consulta em todos os momentos que verificar a necessidade de mudança na rota procedimental (Almeida; Pinto, 2022, p. 586).

O modelo dialógico real de processo é o único capaz de impedir atuações oficiosas e arbitrárias por parte dos juízes na condução de processos. Previsibilidade, atuação dialógica com contraditório efetivo, respeito as disposições das partes, são os únicos caminhos capazes de conferir aos processos estruturais alinhamento com a cláusula do devido processo legal.

Em outras palavras, as medidas estruturantes devem ser implementadas de maneira a respeitar o devido processo legal constitucional, com o respeito ao contraditório enquanto poder de influência, à ampla defesa, à imparcialidade e a impartialidade do julgador. Conquanto, “processo é garantia de liberdade contrajurisdicional, pois é procedimento legal rígido em contraditório tendente a

Sumário 2
índice

proteger o cidadão contra eventuais excessos e desvios do Estado-juiz" (Costa, 2019).

Desse modo se faz imprescindível que políticas públicas voltadas à proteção de dados e à segurança do ciberespaço sejam desenvolvidas com base em um regramento jurídico robusto, que assegure tanto a efetividade das medidas estruturantes quanto a observância das garantias processuais. Isso exige uma coordenação estreita entre o Poder Judiciário, as autoridades reguladoras – como a ANPD – e os atores privados, de modo a garantir que as ações corretivas implementadas sejam não apenas eficazes, mas legítimas e em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Considerando a vulnerabilidade a que nossos dados estão diariamente submetidos no ciberespaço, este artigo buscou demonstrar que a efetiva proteção de dados pessoais exige uma abordagem mais abrangente do que as sanções pecuniárias e ressarcimento de danos. O aumento exponencial do volume de dados e a falta de uma cultura sólida de segurança digital revelam que o simples ressarcimento por danos já não é capaz de coibir a prática reiterada de violações. Dessa forma, argumentamos que a adoção de medidas estruturantes no contexto dos processos coletivos pode representar uma solução mais adequada, ao fomentar a reestruturação de práticas institucionais e oferecer uma resposta mais efetiva para resguardar o direito fundamento à proteção de dados como política pública.

Pensar em medidas estruturantes remete a uma reformulação do sistema, envolvendo todos os atores – empresas, governos e a sociedade civil – em um esforço conjunto para garantir a segurança do ciberespaço. A partir das lições de Vitorelli, a noção de litígio coletivo irradiado nos permite reconhecer que as vulnerabilidades no ambiente digital não afetam apenas um grupo limitado de pessoas, mas se irradiam por toda a sociedade conectada. Portanto, a efetivação de uma política pública de proteção de dados deve transcender o caráter

Sumário 2
índice

reparatório tradicional (monetário), e focar na prevenção de futuras violações e na reestruturação dos processos de governança de dados.

No entanto, o uso dessas medidas deve ser cuidadosamente equilibrado com as garantias processuais fundamentais, de modo a não comprometer os direitos dos indivíduos. A flexibilidade levantada pelos estruturalistas como necessária para a implementação dessas medidas não pode suplantar o respeito ao devido processo legal e ao contraditório dinâmico e contínuo. Dessa forma, somente por meio de uma regulamentação robusta que permita uma combinação entre medidas estruturantes e a preservação das garantias processuais, será possível avançar para um ciberespaço mais seguro, onde a proteção dos dados pessoais seja realmente efetiva, respeite os direitos fundamentais dos cidadãos e coadune com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; PINTO, Adriano Moura da Fonseca. **Reflexões e perspectivas sobre os processos estruturais**. In Temas Contemporâneos de Direito Processual: Reflexões sobre a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Organizadores: Alexandre Freitas Câmara, Larissa Clare Pochmann da Silva, Marcelo Pereira de Almeida. Londrina, PR: Thoth, pp. 577-593, 2022.

ALVES, Fabrício da Mota. **Das sanções administrativas - Seção I, Capítulo VIII, artigos 52-54**. In LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada [livro eletrônico]. Coordenadores Viviane Nóbrega Maldonado e Renato Opice Blum. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARAGÃO, Alexandre. **5 grandes vazamentos de dados no Brasil - e suas consequências**. In JOTA, 2022. Disponível em https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/vazamentos-de-dados-no-brasil. Acesso em 22/05/2023.

ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marcos Félix; OSNA, Gustavo. **Processos Estruturais**. 4ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Gen, Editora Forense, 2019.

BRASIL. Lei **13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 08/10/2020.

BUEERMANN, Gretchen; ROHRS, Michael. **Global Cybersecurity Outlook 2024**. World Economic Forum, Jan./2024. Disponível em https://www.weforum.org/publications/global-cybersecurity-outlook-2024/?utm_source=google&utm_medium=ppc&utm_campaign=cybersecurity&gad_source=1&gclid=CjwKCAjwx4O4BhAnEiwA42SbVMebEAiEZWhzfIKFOTznGXcmZhSxHAIY92xHjUpOfENHy-DSwWUcwxoCwK4QAvD_BwE. Acesso em 05/04/2024.

CARRIÈRE-SWALLOW, Yan; HAKSAR, Vikram. **A Economia dos dados**. In IMF – International Monetary Found, 23/09/2019. Disponível em https://www.imf.org/pt/News/Articles/2019/09/23/blog-the-economics-of-data. Acesso em 02/08/2021.

CARVALHO, João Paulo Furtado de. **História da privacidade de dados e suas legislações**. In Zup innovation. Segurança da informação. 2021. Disponível em https://zup.com.br/blog/historia-da-privacidade-de-dados#:~:text=O%20seu%20primeiro%20movimento%20registrado,como%20uma%20defini%C3%A7%C3%A3o%20de%20privacidade. Acesso em 03/05/2024.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução, Maria Luiza X. de A. Borges; revisão técnica, Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CONCIL OF EUROPE. **Convention for the Protection of individuals with regard to Automatic progressing personal data** (ETS nº 108. 1985. Disponível em https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=108. Acesso em 04/08/2023.

CONESA, Fulgencio Madrid. **Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho**. Universidad de Valencia, Valencia, 1984, p.45.

COOLEY, Thomaz M. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879. Disponível em https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=books. Acesso em 18/07/2023.

COSTA, Eduardo José Fonseca da. **Garantia: dois sentidos, duas teorias**. In Empório do Direito. dez./2019. Disponível em https://emporiododireito.com.br/leitura/44-garantia-dois-sentidos-duas-teorias. Acesso em 17/07/2024.

COURT OF KING'S BENCH. **Semayne's case**. All ER Rep 62, Also reported 5 Co Rep 91 a; Cro Eliz 908; Moore KB 668; Yelv 29; 77 ER 194. Michaelmas Term, 1604. Disponível em https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/admin/admin-fall-2005/weeks/semayne.html. Acesso em 08/08/2024.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75, jan./mar. 2020, pp. 101-136, disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em 05/12/2022.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. **elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DUARTE, Fabio. **Amount of Data Created Daily**. In Exploding topics, 2024. Disponível https://explodingtopics.com/blog/data-generated-per-day. Acesso em 30/09/2024

EUROPEAN COMMISSION. **General Data Protection Regulation (GDPR)**. 2016. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679. Acesso em 15/04/2023.

EUROPEAN UNION LAW. **Directive 95/46/EC** of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. 1995. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046. Acesso em 04/08/2023.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **US-EU Safe Harbor Framework**. Disponível em https://www.ftc.gov/business-guidance/privacy-security/us-eu-safe-harbor-framework. Acesso em 04/08/2023.

FEENBERG, Andrew. **Questioning Technology**. London: Routledge, 1999.

FINELLI, Alexandre. **Caso Equifax: onde foi que eles erraram?** In Security Report. 2017. Disponível em https://securityleaders.com.br/caso-equifax-onde-foi-que-eles-erraram/. Acesso em 08/08/2024.

FLORES, Mariana Rocha de; SILVA, Rosane Leal da. **Desafios e perspectivas da proteção de dados pessoais sensíveis em poder da administração pública: entre o dever público de informar e o direito do cidadão de ser tutelado**. In Revista de Direito, Viçosa. v. 12, n. 02, pp. 01-34, 2020. Disponível em https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10327. Acesso em 08/08/2024.

FORTES, Leonardo. **Processo estrutural como instrumento prospectivo para reconstrução do RS**. In Consultor Jurídico – CONJUR. Jun./2024 Disponível em https://www.conjur.com.br/2024-jun-01/processo-estrutural-como-instrumento-prospectivo-para-reconstrucao-do-rio-grande-do-sul/. Acesso em 08/08/2024.

FREITAS, Felipe. **Meta é processada em US$ 276 milhões por vazamento de 533 milhões de contas.** In Tecnoblog, 2022. Disponível em https://tecnoblog.net/noticias/meta-e-processada-em-us-276-milhoes-por-vazamento-de- 533-milhoes-de-contas/. Acesso em 08/08/2024.

GOMEZ, Vitoria Lopes; MOZZELLI, Rodrigo. **Brasil é o sexto país com mais vazamento de dados no mundo**. In Olhar Digital. Maio/2024. Disponível em https://olhardigital.com.br/2024/05/30/seguranca/brasil-e-o-sexto- pais-com-mais-vazamento-de-dados-no-mundo/. Acesso 03/02/2024.

INFOMONEY, Redação. **União Europeia multa Meta em R$ 552,5 milhões por armazenamento indevido de senhas**. 2024 Disponível em https://www.infomoney.com.br/business/uniao-europeia-multa-meta-em-r-5525-milhoes-por-armazenamento-indevido-de-senhas/. Acesso em 08/08/2024.

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

KANAKIA, Harshil; SHENOY, Giridhar; SHAH, Jimit. **Cambridge Analytica - A Case Study**. In Indian Journal of Science and Technology, v. 12. issue. 29, August 2019. pp. 1-5. Disponível em https://sciresol.s3.us-east-2.amazonaws.com/IJST/Articles/2019/Issue-29/Article8.pdf. Acesso em 11/04/2024.

LEHFELD, Lucas de Souza; CELIOR, Alexandre; SIQUEIIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Britto. **A (hiper)vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço e as perspectivas da LGPD**. In Revista Eletrônica EsquisEduca, v. 13, n. 29, pp. 236-255. Disponível em https://periodicos.unisantos.br/pesquiseduca/article/view/1029/902. Acesso em 03/10/2024.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: RT, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. **Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor**. In Civilistica.com, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1-30, 2022. Disponível em https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/872. Acesso em 08/08/2024.

MARTINS, Guilherme; LONGHI, João. **Impactos positivos da nova lei brasileira de proteção de dados**. In Portal ANOREG/SP, 28/08/2018, n.p. Disponível em https://www.anoregsp.org.br/noticias/35261/artigo-impactos-positivos-da-nova-lei-brasileira-de-protecao-de-dados-porguilherme-martins-e-joao-longhi. Acesso em 28/11/2023.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. ***Big data*: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana**. Tradução Paulo Polzonoff Junior. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 120, pp. 555-587566, nov-dez/2018. Disponível em https://www.academia.edu/42740879/Coment%C3%A1rio_%C3%A0_nova_Lei_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_lei_13_709_2018_o_novo_paradigma_d a_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_no_brasil. Acesso em 03/07/2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, MPF. **Justiça determina indenização de R$ 15 mil a cidadãos que tiveram dados pessoais vazados em 2022**. Setembro/2023. Disponível em https://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/justica-determina-indenizacao-de-r-15-mil-a-cidadaos-que-tiveram-dados-pessoais-vazados-em-2022. Acesso em 03/10/2024.

MIRAGEM, Bruno, **A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). Responsabilidade civil e novas tecnologias. 2 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2024.

NORTON CYBER SECURITY. **2022 Cyber Safety Insights Report: Global Results**. 2022. Disponível em https://www.nortonlifelock.com/us/en/newsroom/press-kits/2022-norton-cyber-safety-insights-report-special-release-online-creeping/. Acesso em 08/08/2024.

OLIVEIRA, Geovane da Costa. **Vazamentos de Dados: Uma Ameaça**. In DCiber. Março/2024. Disponível em https://dciber.org/vazamentos-de-dados-uma-ameaca-crescente/. Acesso em 08/08/2024.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

_____. Tecnologie e diritti. Bologna: Il Mulino, 1996.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **Processo estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas.** 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021.

SANTOS, Raquel. **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: Uma política pública regulatória**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Avaliação de Políticas Públicas). Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, Brasília DF, 2020. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-brasileira-uma-politica-publica-regulatoria.htm. Acesso em 08/11/2023.

SHARMA, Sanjay. **Data privacy and GDPR handbook**. 1st. New Jersey: John Wiley & Sons. 2020.

SILVA, Lilia Nunes Silva; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Impressões atuais do processo coletivo sob a ótica dos processos estruturais**. In Reflexões sobre Direitos Humanos Fundamentais: Direitos Fundamentais de 3ª Dimensão - Volume III - Hansen, Gilvan Luiz. Tauã Lima, Verdan Rangel. Abreu, Célia Barbosa. (Et al). Abreu, Célia Barbosa. Leite, Fábio Carvalho. Peixinho, Manoel Messias. Tauã Lima, Verdan Rangel & amp. Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. - (Coordenadores). - Curitiba: Editora Clássica, pp. 170-174, 2023.

SOUZA, Simone. **Estudo prévio de análise de impacto tecnológico operado por inteligência artificial: uma proposta de proteção à privacidade em uma sociedade monitorada**. In: O Direito do Consumidor no Mercado de consumo [livro eletrônico]: o guia para o direito do consumidor contemporâneo. MARTINS, Plínio Lacerda; MARTINS, Guilherme Magalhães; LIMA, Marcos Cezar de Souza (coord). 1 ed. Rio de Janeiro: IDPP: PPGDIN – UFF, 2021, pp. 175-204. Disponível em http://ppgdin.uff.br/wp-content/uploads/sites/5/2021/07/O-DIREITO-DO-CONSUMIDOR-NO-MERCADO-DE-CONSUMO.pdf. Acesso em 03/02/2024.

STEIL, Juliana. **Maior vazamento de dados da história expõe brasileiros; veja como checar**. In Valor Econômico. Janeiro/2024. Disponível em https://valor.globo.com/empresas/noticia/2024/01/25/maior-vazamento-de-dados-da- historia-atinge-brasileiros-veja-como-checar.ghtml. Acesso 03/02/2024.

SURFSHARK. **Global data breach statistics**. 2024. Disponível em https://surfshark.com/research/data-breach- monitoring. Acesso em 08/08/2024.

TAURION, Cezar. ***Big data***. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

TUCCI, José Rogério. **Natureza, compatibilidade e limites subjetivos da multa coercitiva**. In Consultor Jurídico – Conjur, jan./2018. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jan-09/paradoxo-corte-natureza-compatibilidade-limites-subjetivos-multa-coercitiva/. Acesso em 12/03/2020.

Sumário 2

índice

VAINZOF, Rony. **Artigo 5º - Capítulo I - Disposições Preliminares**. In LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada [livro eletrônico]. Coordenadores Viviane Nóbrega Maldonado e Renato Opice Blum. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VENTURI, Thais G. Pascoaloto. **A histórica multa aplicada pela União Europeia à META pelo compartilhamento não autorizado de dados de seus usuários com os EUA**. In Migalhas, Direito Privado no Common Law. maio/2023. Disponível em https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/387351/a-historica-multa-aplicada-pela-uniao-europeia-a-meta. Acesso em 03/02/2024.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. In Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, v. 284/2018. pp. 333-369. Out/2018. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod resource/content/1/LEVANDO OS CONCEITOS A SERIO PROC 20(1).pdf. Acesso em 27/05/2024.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. In Harvard Law Review. Vol. IV, n. 5. December 15, 1890. Disponível em https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_w arr2.html. Acesso em 16/07/2023.

Sumário 2

índice

UFF PPGDIN

Retornar ao índice

http://ppgdin.uff.br/

https://www.instagram.com/ppgdinuff/

ppgdin.doutorado@gmail.com

Rua Presidente Pedreira, nº 62, Ingá – Niterói – RJ.