



DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL: ENTRE AS DOUTRINAS ESTADUNIDENSE E BRASILEIRA

Frederico Pereira Maia

Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FDUFMG)

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Doutora e Mestre pela FDUFG

Professora do Corpo Permanente de Docentes do Programa de Pós-Graduação da FDUFG

RESUMO

A partir da segunda metade do século XX, o fenômeno da judicialização de interesses coletivos nos EUA, conhecido como “civil rights litigation movement”, gerou o processo coletivo estrutural, que busca corrigir inconstitucionalidades sistêmicas em organizações, como no precedente *Brown vs. Board of Education*. Essa técnica, desenvolvida por autores como Fiss, adapta o processo civil tradicional para tutelar litígios complexos, exigindo intervenção judicial prospectiva e dialógica. No Brasil, juristas como Vitorelli e Violin adaptaram o instituto à Constituição de 1988, destacando sua legitimidade e eficácia. Divergências doutrinárias, como as de Rosenberg e Schuck, questionam o potencial transformador e a legitimidade do Judiciário. O processo estrutural é visto como uma ferramenta dialógica que não resolve problemas apenas judicialmente, mas requer cooperação interinstitucional.

Palavras-chave: Processo Estrutural. Litígios Coletivos.



1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do séc. XX, o cenário litigioso estadunidense ambientou a judicialização de interesses sociais e coletivos, em fenômeno intitulado por Yeazel de “*civil rights litigation movement*”. A sua tutela judicial deu origem a comandos complexos e prolongados no tempo, que não raro intervêm, como ocorrido no emblemático precedente *Brown vs. Board of Education of Topeka*, nos atos do Poder Executivo, tensionando à concepção montesquiana do Princípio da Separação dos Poderes (2004, p. 1). Nesse contexto, alguns dos elementos do processo civil individual, forçados para adjudicar solução imparcial e coercitiva à disputa entre autor e réu, tiveram que ser repensados para processualizar as pretensões de grupos.

A doutrina norte-americana buscou categorizar e descrever esses novos litígios¹, assim como a flexibilização por eles provocada a certos parâmetros do processo civil individual. As divergências acadêmicas envolveram desde a expressão que deveria ser usada para referi-los — se “litígios de interesse público, litígios estruturais ou litígios institucionais” — até a extensão da legitimidade e da capacidade do Poder Judiciário para tutelá-los (Viana, 2022, p. 200).

Dentre os litígios coletivos que provocaram adaptações procedimentais para a viabilização de sua proteção jurisdicional, serão abordados, como recorte metodológico deste artigo, os estruturais². Assim podem ser compreendidos aqueles originados do modo viciado de funcionamento de dada organização burocrática, na maioria das vezes pública, que produza inconstitucionalidade reiterada e cuja resolução integral e duradoura exija intervenção em nível sistêmico, transcendendo a mera reparação retrospectiva da lesão ocorrida.

A técnica do processo coletivo estrutural foi desenvolvida como alternativa procedimental própria para tutelar tais litígios, tendo recebido contornos distintos das demais espécies procedimentais, e classificação autônoma no direito processual cível, muito por conta da contribuição da doutrina. Comumente atribui-se à Fiss³ a sua criação, o qual partiu de perspectiva otimista acerca da aptidão do Poder Judiciário para adequar as instituições aos valores da Constituição estadunidense. Posição da

¹ Na percepção de Eisenberg e Yeazel, importante o adendo, o cerne diferencial entre a “*old*” e a “*new litigation*”, assim chamadas por eles, reside na substância do objeto litigioso, e não propriamente nos mecanismos processuais empregados, os quais também podiam ser observados nas demandas tradicionais. Como exemplo, citam as ações de *trust*, em que os juízes já realizavam, na fase de cumprimento, supervisão prolongada da atuação do *trustee*, para garantir que a administração patrimonial esteja adequada, assim como os mandados de segurança, nos quais já era possível a intervenção na conduta de autoridades públicas (Eisenberg e Yeazel, 1980)

² Sem prejuízo da compreensão do litígio de interesse público de Chayes, que dialoga com o contexto histórico e com parte das características do litígio estrutural (1976).

³ 1978.



qual divergiu, por exemplo, Rosenberg⁴, cético quanto ao potencial transformador social de um provimento jurisdicional.

O rito estrutural se relaciona com o contexto de surgimento e com parcela relevante das características do processo de interesse público, sugerido por Chayes⁵. Até porque, como pondera Moreira, “em nenhum lugar ou momento da história se consagrou sistema processual quimicamente puro: todos os modelos conhecidos combinam elementos de diversificada inspiração” (Moreira, 2001 *apud* Viana, 2022, p. 183). No Brasil, autores como Vitorelli⁶, Violin⁷, Didier Jr., Zanetti Jr. e Oliveira⁸, Arenhart⁹, dentre diversos outros, descreveram o processo estrutural à luz da Constituição da República de 1988 (CR/88) e dos princípios e normas regentes do sistema integrado de tutela à coletividade brasileiro, podendo se observar divergências conciliáveis entre suas percepções.

2 OBJETIVO

Este artigo visa revisar parcela singela e não exaustiva de algumas das obras que influenciaram na definição e na caracterização do processo coletivo estrutural, desde sua origem doutrinária estadunidense, até a recepção dessa nova técnica pelos juristas brasileiros, os quais, como será visto, contribuíram criativamente com a matéria a ser estudada.

O intuito é que seja apresentada uma abordagem objetiva e panorâmica do estudo do processo coletivo estrutural, retratando a caracterização atribuída à técnica por alguns dos autores norteamericanos e brasileiros de reconhecida influência, com enfoque para as discussões que perpassam a sua legitimidade e eficácia.

Para tal, entende-se legitimidade tanto em seu contorno normativo, atinente à compatibilidade (ou não) do instituto com a ordem jurídica em vigor, quanto aos aspectos ligados à integridade funcional (versão traduzida da expressão *functional integrity* usada por Schuck¹⁰), que medem se o Judiciário preserva (ou não) a coerência e o respeito aos valores e às virtudes que fundamentam o seu poder ao adotar o provimento estrutural. Eficácia, por sua vez, diz respeito à satisfação (ou não) do bem jurídico e do fim institucional previamente pretendidos com a reestruturação judicial, valendo-se

⁴ 2005.

⁵ 1976.

⁶ 2020.

⁷ 2019.

⁸ 2020.

⁹ 2013.

¹⁰ 1983.



da aceção traçada por Nicácio, Dias e Sousa Gustin¹¹.

3 METODOLOGIA

A presente análise dos elementos e das controvérsias que permeiam a técnica processual estrutural foi conduzida a partir da vertente metodológica jurídico-dogmática, a qual direciona o foco da pesquisa jurídica aos elementos e institutos internos ao ordenamento, mas não de forma limitadora ou autossuficiente, haja vista que “as relações normativas devem, também, ser pensadas de forma externa, vital, no mundo dos valores e relações da vida” (Nicácio; Dias; Sousa Gustin, 2020, p. 74). Isso coaduna com a proposta de abordar as construções doutrinárias sobre o processo coletivo estrutural a partir dos enfoques complementares da legitimidade e da eficácia.

O gênero de pesquisa usado, por sua vez, foi o teórico, com o intuito de “rever teorias, conceitos, referências teórico-doutrinárias” originadas da produção acadêmica estadunidense e brasileira, sem prejuízo da abordagem de aspectos da legislação e da jurisprudência de maneira complementar (Nicácio; Dias; Sousa Gustin, 2020, p. 84). Por fim, os tipos de investigação empregados foram o jurídico-compreensivo, com vistas a decompor analiticamente as percepções de alguns dos autores influentes da doutrina processualista estrutural, e, em menor escala, o jurídico-comparativo, pois foi realizado, quando possível e pertinente, cotejo entre as teses de cada um.

Organizou-se o desenvolvimento da pesquisa (tópico IV), para garantir a didática desta exposição, em três partes, assim sequenciadas: as considerações comparativas e introdutórias a respeito da técnica processual coletiva comum e da estrutural (subtópico IV.I.); seguida da análise da obra de alguns autores estadunidenses que influenciaram na origem e na construção doutrinária do remédio estrutural (subtópico IV.II.); passando, por derradeiro, pela contribuição concedida por alguns autores brasileiros ao desenvolvimento da técnica (subtópico IV.III.).

4 DESENVOLVIMENTO

4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS COMPARATIVAS ENTRE O DENOMINADO PROCESSO COLETIVO COMUM E O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

Conforme fora introduzido, para a tutela dos litígios coletivos — assim entendidos porque instaurados em face de grupo(s), visto(s) como coletividade, em que as características individuais de

¹¹ Nos termos usados pelos autores: “A eficácia é a consecução clara de objetivos previstos para a atuação de organizações, de grupos ou de indivíduos. Isto é, uma ação eficaz é aquela que consegue satisfazer aos objetivos previstos anteriormente” (Nicácio; Dias; Sousa Gustin, 2020, p. 76).



cada membro que o(s) compõe(m) são secundárias ao evento lesivo¹² — o processo cível tradicional, forjado para a salvaguarda de direitos individuais, revelou-se impróprio (Vitorelli, 2018). Elementos como a bipolaridade da lide; a legitimidade ativa ordinária e exclusiva do titular do direito material lesado; os efeitos *inter partes* das decisões judiciais e a inflexibilidade do rito, embora apropriados aos processos individuais, tiveram que ser repensados para que pudessem se moldar à tutela de violações coletivamente concebidas. Isso porque, em tais casos, a titularidade do direito molestado, via de regra, ultrapassa as fronteiras jurídica e patrimonial de qualquer indivíduo tido em sua singularidade (transindividualidade subjetiva), assim como a satisfação judicial do objeto litigioso, insuscetível de fracionamento, afeta toda a coletividade (indivisibilidade objetiva), ainda que de forma heterogênea, podendo variar o grau de intensidade com que cada sujeito é atingido.

No contexto da segunda onda renovatória de acesso à justiça traçada por Cappelletti e Garth (1988)¹³, foi necessária a instituição de técnicas processuais pensadas propriamente para a tutela dos litígios coletivos. Para sua disciplina normativa, a “participação no processo” pelo titular do direito material afetado, característica da legitimidade ativa ordinária, teve que se ajustar à transindividualidade subjetiva das garantias coletivizadas. Desta forma, foi proposta a “participação pelo processo” coletivo, na qual se exige dos sujeitos lesados que confiem a outrem a intermediação efetiva e diligente de seus interesses (Mirra, 2010). Ao final, a decisão coletiva surte, via de regra, “efeitos sobre a sociedade titular do direito litigioso”, inclusive sobre aqueles que não puderem participar diretamente do feito (Vitorelli, 2018, p. 5).

Esse modelo inseriu tensão na definição tradicional de legitimação ativa, assim como na concepção de devido processo legal historicamente estabelecida ao redor “de dois requisitos, que seriam fundamentais para qualquer processo: *notice and hearing*, ou seja, ciência do processo e oportunidade de ser ouvido antes do julgamento” (Vitorelli, 2019, p. 87).

O processo coletivo estrutural aproveita de tais reformas, mas é ainda mais transgressor, sendo

¹² Em termos didáticos, um comercial televisivo ofensivo a determinado grupo étnico minoritário, de conteúdo genérico, sem qualquer alusão ou direcionamento a algum(ns) dos integrantes, representa tipicamente um litígio coletivo. Isso porque lesa o direito fundamental à igualdade racial de todos os sujeitos indetermináveis ligados, entre si, unicamente pelo fato de pertencerem àquela coletividade étnica (art. 5º, XLII, CR/88). Por consequência, a prerrogativa de pleitear judicialmente a reparação coletiva pelo dano não é titularizada por nenhum dos indivíduos em singular, mas por todos eles em comunhão, os quais deverão, para que isso seja procedimentalmente possível, ser representados ou substituídos nos autos.

¹³ Os autores dividem o movimento do direito ao acesso à justiça universal em três ondas renovatórias, tendo a primeira como objetivo a instituição de mecanismos legais para viabilizar o acesso à justiça pela população carente de recursos financeiros; a segunda - pertinente ao objeto deste trabalho - a formalização de técnicas processuais voltadas à tutela de direitos difusos, originados da massificação das relações econômicas e sociais; e a terceira o incentivo a procedimentos alternativos de acesso à justiça, que sejam mais especializados, desburocratizados e informais que o mecanismo adjudicatório estatal tradicional, mas ainda atrelados à estrutura dos Tribunais (Cappelletti; Garth, 1988).



indicado quando a origem das lesões a direitos fundamentais for o próprio modo de funcionamento de uma estrutura. Em tais casos, tutelar, ainda que coletivamente, apenas as repercussões lesivas dessa inconformidade, não resolverá o problema em sua raiz. O remédio jurisdicional estrutural se apresenta, então, como alternativa apta a equilibrar o intervencionismo necessário à implementação de reformas institucionais com o caráter dialógico e preferencialmente consensual que devem estar presentes em sua elaboração, tendo em vista assegurar a legitimidade e a eficácia sociais do provimento.

Inevitavelmente, a intromissão judicial no funcionamento de instituições; a aproximação da atividade judicial com a legislativa e a executiva; a dificuldade de implementação do remédio injuntivo estrutural e a frequente necessidade de rearranjo do plano homologado, dentre outros elementos, dividiram a opinião doutrinária acerca da legitimidade e da eficácia da via estrutural desde o seu surgimento. Esta discussão vem reacendendo as controvérsias deflagradas pelo advento do processo coletivo comum, resultantes da modulação de institutos e princípios processuais convencionais e historicamente consagrados¹⁴.

4.2 A ORIGEM DOUTRINÁRIA DA “STRUCTURAL INJUNCTION” ESTADUNIDENSE, INICIANDO PELA “PUBLIC LAW LITIGATION”

A partir da percepção de que a técnica processual individual não se mostrava adequada ao processamento dos litígios que envolviam o interesse público, Chayes traçou um novo arquétipo processual, com características próprias e distintas, cujo objeto não é uma disputa privada entre sujeitos individuais de uma relação material, mas a forma de operacionalização de políticas públicas, envolvendo, por conseguinte, pretensões de grupos. Nesse modelo, a titularidade irradiada dos direitos coletivos em pleito torna a estrutura subjetiva processual amorfa e expansiva. Distancia-se, portanto, da bipolarização estática dos litígios tradicionais (autor vs. réu), havendo, comumente, a necessidade do emprego de vias atípicas de intervenção de terceiros. Além disso, o remédio não é imposto, mas negociado entre os polos de interesse envolvidos, o que aumenta as chances de seu cumprimento (Chayes, 1976).

O estímulo à consensualidade não prejudica ou reduz, contudo, a responsabilidade do juiz em conduzir, hierarquicamente, a complexa instrução processual e a interpretação/aplicação do direito, seguidas da implementação da medida (Chayes, 1976). Como explica Damaska, os processos civis de

¹⁴ A esse respeito, sintetizam Firme Filho e Thibau: “questionar os limites de atuação do Poder Judiciário ao implementar as políticas públicas ou se um Poder não eleito democraticamente teria legitimidade para garantir diretamente o cumprimento de direitos sociais implica reflexões instintivas que os estudiosos dos processos coletivos estruturais têm de enfrentar” (Firme Filho; Thibau, 2024, ps. 79/80).



interesse público enquadram-se no modelo híbrido coordenado de implementação de políticas públicas, que reúne características tanto da perspectiva hierárquica, voltada à implementação das decisões por métodos imperativos, quanto da horizontal e coordenada, direcionada à solução consensual dos conflitos e à pacificação como formas de relacionamento entre o Poder Judiciário e o Executivo (Damaska, 1986).

Nos processos de interesse público, a tutela retrospectiva, cujo objeto é a reparação de lesões pretéritas, dá lugar à prospectiva, direcionada à prevenção de futuras violações, em provimentos que vão além da mera compensação financeira. Ainda, é habitual que a primeira ordem não encerre a atividade jurisdicional, tendo em conta a provável necessidade de reformulação do julgado para fazer frente a entraves ao seu cumprimento e/ou a aspectos do litígio percebidos supervenientemente. Quanto à etapa de execução, é comum a participação de sujeitos que não integraram formalmente a lide, relativizando o princípio processual da congruência subjetiva, o qual exige que os efeitos do dispositivo sentencial sejam adstritos às partes formalmente vinculadas ao processo (Chayes, 1976). É recomendado, para se ampliar as chances de cumprimento, a “cooperação não apenas de administradores e funcionários das instituições réis, mas também de agentes estatais e da comunidade” (Resnik, 1982, p. 412, tradução nossa).

Chayes, como narrado, lastreia a sua análise na natureza pública do interesse sob litígio, e na relação desse com as políticas estatais. Fiss, a seu turno, igualmente vanguardista, direciona o olhar à origem (des)organizacional da lesão, classificando a *structural injunction*, expressão por ele criada, como espécie independente de provimento injuntivo¹⁵ (ou mandamental, segundo a terminologia adotada no ordenamento jurídico brasileiro), adequado para ajustar instituições viciadas aos valores públicos constitucionais (Fiss, 1979).

Quanto aos provimentos mandamentais, gênero a que pertence a via estrutural, são divididos por Fiss em três tipos, com finalidades distintas. O provimento mandamental preventivo (*preventive injunction*), historicamente pioneiro dentre eles¹⁶, é destinado a evitar a ocorrência de atos lesivos, e,

¹⁵ O provimento injuntivo pode ser definido como o “comando judicial derivado das regras de *equity* que abrange a determinação de obrigações de fazer ou não fazer, inclusive complexas e, principalmente, direcionadas à reorganização das instituições responsáveis pela violação de direitos - característica do chamado processo estrutural” (Bittencourt e Repolês, 2024, p. 252). Não se confunde, válido o alerta, com o Mandado de Injunção previsto no art. 5º, LXXI, da CR/88, cabível em caso de omissão regulamentadora que torne inviável o exercício de garantias constitucionais.

¹⁶ Fiss as situa, na linha cronológica dos remédios injuntivos, como pioneiras frente às outras duas espécies, e lamenta que ela teve sua origem atrelada ao endosso de paradigmas anti-progressistas, sendo empregada, por exemplo, para prevenir a mobilização sindical e a intervenção estatal nas relações trabalhistas e comerciais. As medidas reparatória e estrutural, ao revés, ascenderam no contexto do *civil rights movement*, sendo usadas, em grande parte, para a efetivação de direitos prestacionais (Fiss, 1979).



por isso, sua adoção não exige a demonstração de lesões consumadas, mas apenas do risco de violações futuras. Fiss o compara a proibições legais, pois ambos determinam condutas a serem vedadas a partir do ato de prolação (efeitos *ex nunc*). Todavia, diferem à medida que, no primeiro, ao menos na parcela majoritária dos casos, há individualização (*individuation*) do(s) sujeito(s) que deverá(ão) cumprir a medida; de qual será a medida a ser cumprida; e do(s) sujeito(s) dela(s) beneficiário(s)¹⁷, o que, aliás, evita excessos e arbítrios judiciais, mas torna o comando mais fácil de ser burlado ou desvirtuado do que determinações genéricas, e logo aplicáveis a mais espécies de atos (Fiss, 1979). No sistema jurídico brasileiro, corresponderia ao que se denomina como tutela inibitória (art. 497, parágrafo único, CPC/15).

A segunda espécie é o provimento mandamental reparatório (*reparative injunction*), consistente na imposição de ações ao réu para corrigir lesão por ele causada, tendo como objeto, assim como a reparação civil tradicional, a tutela de lesão ocorrida em tempo pretérito (foco processual retrospectivo). Os instrumentos se diferem na medida em que o mandamento é materializado por meio de ações, e não pelo pagamento (Fiss, 1979).

Por derradeiro, há o provimento mandamental estrutural (*structural injunction*), caracterizado pela intervenção na estrutura viciada de uma instituição social, com o objetivo central de evitar a recorrência das lesões provocadas por aquela (des)organização burocrática. Seu primeiro precedente na história foi *Brown vs. Board of Education of Topeka II (Brown II)*, surgido, em 1955, ante a percepção prática, ocorrida no ano anterior, em *Brown vs. Board of Education of Topeka (Brown I)*, de que a declaração judicial acerca do modo constitucional de estruturação dos serviços públicos educacionais é insuficiente para promover reformas concretas, e que a prolação, aplicação e fiscalização de provimentos jurisdicionais injuntivos devem ser a via pela qual se materialize a reforma. Como sinaliza Fiss, a *injunction* “é o meio pelo qual as diretivas de reconstrução são transmitidas” (Fiss, 1979, p. 2, tradução nossa).

Sucintamente, *Brown I* originou-se da reunião de 05 (cinco) ações, ajuizadas nos estados de Delaware, Kansas, Carolina do Sul, Virgínia e no Distrito de Columbia, perante a Suprema Corte estadunidense, em que se discutia a constitucionalidade do regime segregacionista racial para admissão de estudantes nas escolas públicas. Prevaleceu, como resultado, o entendimento de que a doutrina do *separate but equal* não poderia se aplicar ao direito à educação básica. O nome com que o precedente ficou conhecido faz referência a Oliver Brown, um dos 13 (treze) pais dos 20 (vinte) alunos que

¹⁷ Não apenas na medida preventiva, mas na reparatória também, válido destacar.



representaram, sob a organização estratégica e patrocínio da *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)*, a coletividade difusa composta por estudantes indetermináveis ligados por vínculo identitário étnico-racial e por serem usuários do sistema escolar público norte-americano¹⁸. (347, U.S., 483, 1954). Constatada a ineficácia do provimento declaratório, a Suprema Corte prolatou, em 1955, novo comando (*Brown II*), em que delegou, mediante cooperação judiciária, aos juízos federais de primeiro grau o monitoramento da dessegregação escolar, devendo empregar “flexibilidade prática para modular os remédios e um mecanismo de adaptação e conciliação das necessidades públicas e privadas”. Foi arbitrado prazo aberto para a realização do comando (“*with all deliberate speed*”) (349, U.S. 294, 1955, tradução nossa).

Sob o aspecto técnico-procedimental, a elaboração e a implementação do provimento mandamental estrutural diferem substancialmente do modelo usualmente adotado para a composição de disputas bilaterais, chamado por Fiss de *dispute-resolution model*. Em primeiro lugar, aquele envolve e afeta, essencialmente, pretensões jurídicas e sociais de grupo ou grupos (“a vítima de um processo estrutural não é um indivíduo, mas um grupo”)¹⁹, representadas processualmente por agente intermediário (*spokesman*), seja institucionalizado (como no modelo brasileiro) ou membro atual do grupo (como no modelo de legitimidade ativa privada das *class actions* norte americanas, atualmente regidas pela *Rule 23*²⁰) (Fiss, 1979, p. 19, tradução nossa). A repercussão subjetiva e social da

¹⁸ O provimento mandamental estrutural surge, como visto, como método de aplicação de valores progressistas contra hegemônicos que defendiam a igualdade material racial no sistema público escolar norte americano, ilustrando o caráter essencialmente contra majoritário da atividade jurisdicional, o qual pode ser conciliado com o *majoritarianism* das atividades dos demais Poderes da República, pelo fato dos gestores possuírem interesse imediato em preservar a imagem pública da instituição que administram. Isso pode ser alcançado - unindo a utilidade à conveniência - pela prevenção, via reorganização estrutural, a novas lesões a direitos titularizados pelos cidadãos e grupos administrados. Fiss ressalva, ainda, que o caráter contramajoritário da jurisdição não implica dizer que a atividade judicial teria como finalidade indissociável a representação dos interesses minoritários, mas sim a interpretação e aplicação dos valores públicos constitucionais, o que pode, ou não, envolver a concretização de direitos titularizados por indivíduos ou grupos minoritários (Fiss, 1979).

¹⁹ Na doutrina especializada brasileira, Vitorelli compartilha da noção essencialmente coletiva do litígio estrutural, enquanto Didier Jr., Zanetti Jr. e Oliveira entendem que essa, aliada à complexidade e à multipolaridade, não são características próprias ou necessárias, e que medidas injuntivas estruturais também podem ser originadas de processos individuais e de simples resolução meritória.

²⁰ A *Rule 23*, sistematicamente reformulada em 1966, consolidou a disciplina legal das *class actions* que vigora até hoje nos EUA. Dentre suas disposições, trouxe requisitos exigidos para o recebimento da ação na condição de coletiva, de ordem objetiva (que dizem respeito ao objeto da ação), e subjetiva (atrelados à figura do representante). Os primeiros consistem na demonstração de impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*) e na presença de aspectos comuns de fato ou de direito que liguem os interesses dos membros da classe (*commonality*). Os segundos demandam que o representante, além de membro atual da classe, possua interesse típico ao comum da classe (*typicality*); e que ele seja econômica, técnica e estruturalmente adequado para conduzir a *class action* com a devida eficiência e proatividade (*adequacy*). Esse último requisito é condição para que o julgamento coletivo possa vincular membros ausentes. Enquanto hipóteses para as *class actions*, a *Rule 23* prevê as denominadas *injunctive class actions* (*mandatory* - efeitos *erga omnes* obrigatórios), cabíveis caso demandas individuais acarretarem risco de provimentos conflitantes, a gerar obrigações potencialmente incompatíveis (anti isonômicas) para o réu (ex. impugnação individual de um tributo), ou risco de prejuízo a direito de membros ausentes que não propuseram demanda individual (*limited found class actions*). Ainda, também são admitidas ante a necessidade de



implementação das medidas estruturais é tamanha, que sequer é possível delimitar, previamente, quais serão os sujeitos impactados pela reestruturação (Fiss, 1979).

Em segundo lugar, a finalidade da via estrutural é prospectiva, pois pretende que a reestruturação evite a recorrência futura das lesões a direitos fundamentais atreladas ao litígio estrutural, divergindo, novamente, do *dispute-resolution model*, em que se busca reparar lesão já ocorrida. Em terceiro lugar, a definição e a execução do provimento mandamental estrutural exigem postura mais ativa do magistrado. Isso porque formular o plano envolve escolher uma dentre as várias possibilidades de reestruturação oriundas da complexidade do litígio e executá-lo demanda prolongada fiscalização e eventual reformulação do comando, atos que são incompatíveis com a inércia ou passividade jurisdicionais. Não raro, os juízes recorrem a estruturas acessórias, conhecidas como *special masters*, que são sujeitos ou organizações dotadas de conhecimento técnico especializado ou histórico de atuação que agreguem ao conhecimento do litígio estrutural e/ou à execução do plano reestruturante (Fiss, 1979).

O provimento estrutural segue uma tendência de partir de um conteúdo mais genérico, para comandos supervenientes progressivamente mais específicos, mas não propriamente individualizados, haja vista que os destinatários da reforma são grupos relacionados juridicamente com o agente lesador em função de aspectos compartilhados, e não por conta de traços individuais. É possível, ainda, que a própria entidade a ser reestruturada não seja especificada no comando (como feito pela Suprema Corte estadunidense em *Brown II*) (Fiss, 1979).

Tal qual na *preventive injunction*, no provimento estrutural nota-se a aproximação entre as atividades judiciária e legislativa, oriunda da imposição de remédio cujos efeitos produzidos visam reger atos jurídicos futuros. Não obstante, no caso da medida estrutural, acrescenta-se a isso o dimensionamento criativo (por vezes limitador) do conteúdo abstrato e integral das normas, de modo a ajustá-lo às possibilidades do caso concreto, num exercício de conveniência²¹. É estabelecida, também, relação com as atribuições do Poder Executivo, pois a instrução estrutural geralmente envolve

padronização da conduta discriminatória do réu em relação à classe (muito usada no contexto do *civil rights movement*). De outra ponta, tem-se as *class actions for damages (non-mandatory)* - possibilidade de exclusão individual dos efeitos), que tutelam direitos individuais cujos aspectos compartilhados se sobrepõem aos distintos (exigindo que os membros ausentes sejam notificados e tenham a possibilidade de exercer o *right to opt out*).

²¹ Vitorelli exemplifica o fenômeno citando o julgamento, pelo STJ, do Agravo Regimental de nº 38.966, em que foi arbitrado limite de presos em uma unidade carcerária de Santa Catarina diverso ao máximo estabelecido pelo Conselho Penitenciário (sem determinar a remoção de presos, mas a não entrada de novos, até chegar no limite de cento e cinquenta detentos). A decisão, basicamente, avaliou o quanto de dignidade era possível garantir aos presos frente às condições materiais do caso. E, segundo o autor, a arbitrariedade da medida residiu em limitar uma garantia regulamentar a partir de motivação insuficiente, sem esmiuçar as razões e os critérios para o limite - alternativo ao do Conselho Penitenciário - que foi arbitrado (STJ limitou-se a dizer que essa quantidade de presos era “razoável e proporcional”) (Vitorelli, 2020).



negociação técnica e política e a sua execução exige, não raro, a submissão de vários planos ao teste prático, em regime de atuação coordenada diretamente com o órgão envolvido, o que, por sua vez, traz legitimidade democrática ao comando e amplia as chances de sua concretização.

A despeito das nítidas similaridades com o processo de interesse público de Chayes, como o olhar prospectivo, o apelo à consensualidade, a flexibilização da estrutura subjetiva e objetiva do processo, dentre outras características, esse e a via estrutural representam técnicas distintas. O arquétipo de Chayes, além de não necessariamente implicar reforma estrutural da instituição envolvida²², volta-se apenas contra o Estado, na busca de implementação de um direito ou política pública, enquanto os processos estruturais direcionam a intervenção jurisdicional à raiz institucional do litígio, podendo ser propostos, segundo a interpretação de Vitorelli, também face a instituições privadas, como é o caso dos processos falimentares (Vitorelli, 2018). De toda forma, os arquétipos de ambos os autores amplificam e complexificam a definição e os desdobramentos do mecanismo adjudicatório estatal originalmente parametrizados para a litigância individual, resguardadas as peculiaridades não compartilhadas entre suas teorias.

Para além de substituir as partes na resolução de disputa bilateral (finalidade cujas limitações a tornam, segundo Fiss, melhor condizente com o mecanismo arbitral), a adjudicação pública é a via pela qual o Judiciário define e conforma acepções normativas atuais e fundamentadas aos valores constitucionais públicos. Esses possuem alto grau axiológico na forma como são previstos, tornando comum, por isso, significações polissêmicas e possivelmente ambíguas sobre o seu teor. Tal fato, ressalva-se, não significa que não possuam um sentido genuíno, e nem autoriza que sua interpretação e aplicação seja tortuosa ou ineficiente, tampouco baseada em percepções subjetivas e privadas, visto que “a ausência de especificidade textual não torna os valores menos reais, ou menos importantes” (Fiss, 1979, p. 11, tradução nossa). Vitorelli, em sentido concordante, acrescenta: “a simples indeterminação de um conceito jurídico não implica falta de normatividade” (Vitorelli, 2025, p. 128).

A definição das normas constitucionais sob o paradigma democrático deve ser plural e dialética, não possuindo os magistrados posição exclusiva e tampouco supletiva frente aos poderes majoritários (Legislativo e Executivo) (Fiss, 1979). A legitimidade, ainda que não eletiva, do Judiciário advém, dentre outros elementos processuais e materiais, do caráter contramajoritário e independente de sua atuação; da adstrição dos fundamentos empregados às normas constitucionais e às provas e argumentos colacionados aos autos; e da observância ao contraditório.

²² “Pode ser, por exemplo, que a política pública esteja regularmente estruturada, mas tenha falhado em decorrência de um ‘ponto cego’ ou de uma ‘carga de inércia’ da Administração” (Dixon, 2014 *apud* Vitorelli, p. 11, 2018).



Em consonância com a descaracterização da intervenção judiciária como subsidiária ou, como alguns defendiam, condicionada à prévia falha do Poder Legislativo (“*theory of legislative failure*”), o criador da *structural injunction* igualmente discorda da ideia de que os provimentos injuntivos sejam vistos como remédios judiciais supletivos, aplicáveis em caso de lesões irreparáveis (como defende a “*irreparable injury requirement doctrine*”²³) ou de insucesso de medidas judiciais preferenciais, como as de natureza declaratória ou reparatória (Fiss, 1979, p. 6).

As denominadas *subordinating doctrines*, criticadas por Fiss, têm Schuck entre seus doutrinadores adeptos, o qual propõe classificação hierárquica entre as espécies de provimento judicial baseada no grau de intervencionismo exigido, por cada uma, para assegurar seu cumprimento. No modelo, como espécies consideradas não intrusivas (*nonintrusive remedies*), situam-se a decisão declaratória, por não impor ou proibir qualquer conduta, e, em sequência, a indenizatória, porque, ainda que haja o arbitramento de uma obrigação de pagar, sua execução não envolve interferência propriamente no comportamento de indivíduos ou de agentes. Noutra ponta, o subgênero dos *intrusive remedies* é formado, unicamente, pelos provimentos injuntivos, cuja implementação requer intervenção judicial direta nas ações da parte sucumbente. Para o autor, esses apenas teriam seu uso legitimado se os *nonintrusive remedies* fossem tentados e descumpridos pela parte ré (Schuck, 1983).

Fiss discorda e argumenta que não haveria critérios racionais para determinar o quanto cada espécie de provimento mais brando teria que falhar, tampouco em quais tipos de insuficiências, para que as vias mais interventoras tivessem sua adoção legitimada:

Existem, certamente, ambiguidades latentes na doutrina. Por um lado, a inadequação não é uma qualidade dicotômica, mas sim uma permissão de grau, e ainda assim o grau exigido nunca é especificado. Não é claro até que ponto deve ser inadequado - em grande ou ligeira medida - o recurso alternativo antes de se estabelecer o direito a uma injunção. Em segundo lugar, há incerteza quanto a quais tipos de inadequações devem ser contabilizados para fins de aplicação do teste (Fiss, 1978, ps. 38/39, tradução nossa)

Os remédios injuntivos, sob a ótica de Fiss, foram juridicamente legitimados a partir da constitucionalização dos direitos humanos e possuem, de acordo com a finalidade da atividade jurisdicional por ele traçada, o escopo em que mais vividamente se observa, na adjudicação, a função

²³ Além da teoria da *irreparable injury requirement doctrine*, o autor também menciona a *prior restraint doctrine*, aplicável às medidas injuntivas que intervenham na liberdade de expressão, defendendo que somente seriam autorizadas caso imprescindíveis à garantia da segurança nacional (como no caso da prevenção ao discurso que revelaria estratégias sigilosas de guerra) (i); a *subordinating doctrine*, a qual entende que os remédios injuntivos deveriam ser precedidos, caso cabível for, pelas condenações criminais, tendo sua adoção justificada apenas na hipótese de insucesso dessas (ii); e, por último, a *property injunction doctrine*, que restringe a aplicação das decisões injuntivas à proteção de pretensões advindas do direito à propriedade (iii) (Fiss, 1978).



de interpretar criativamente os valores constitucionais. No caso do provimento injuntivo estrutural, o seu emprego visa, justamente, conformar a finalidade institucional à interpretação mais atualizada desses, de forma que o funcionamento sistêmico do órgão não se prenda a previsões legais estáticas e abstratas, incompatíveis com a realidade social corrente. A técnica lastreia-se na premissa “de que nossos valores constitucionais não podem ser totalmente garantidos sem efetuar mudanças básicas nas estruturas dessas organizações” (Fiss, 1979, p. 2, tradução nossa).

Fiss, em síntese, exalta a perspectiva independente, imparcial, racional e contramajoritária do Judiciário para implementar valores constitucionais por intermédio de intervenções estruturais. Schuck, de modo contrário, sugere que o grau de intromissão, de atos coercitivos e de barganha política exigidos para viabilizar tal missão fariam com que os magistrados rompessem, ao longo de seu cumprimento, com as virtudes citadas por Fiss, que fundamentam - neste ponto ambos concordam - a fonte legitimadora do poder jurisdicional. Nessa linha, o reconhecimento da ilegitimidade do comando estrutural representaria a preservação da *functional integrity* do Poder Judiciário:

uma corte que conscientemente rejeita o remédio estrutural em favor de remédios menos intrusivos nem abdica de sua responsabilidade de fazer justiça nem renuncia sua versão das acepções constitucionais; ao contrário, aceita a pronunciada interdependência das nossas instituições governamentais e a proposital fragmentação da autoridade pública (Schuck, 1983, p. 195).

Desse raciocínio depreende-se que, para Schuck, a legitimidade subsidiária dos provimentos injuntivos, condicionada ao insucesso dos provimentos declaratório e indenizatório, não se estenderia ao provimento injuntivo estrutural, que careceria, pois, de qualquer legitimidade. Fiss, apesar de discordar dessa visão, tampouco sustenta que o remédio estrutural gozaria de legitimidade incondicional, haja vista que o seu emprego deve restringir-se à tutela de litígios estruturais marcados por lesões graves e reiteradas, cuja intrusão judicial seja adequada, necessária e proporcional à resolução do estado de inconstitucionalidade²⁴ (Fiss, 1979).

Como se nota, ao passo que o juízo de proporcionalidade, sugerido por Fiss, amolda-se às características do litígio, o de Schuck é pautado por classificação abstrata embasada no grau de intervencionismo de cada espécie de provimento.

Na tentativa de conciliar ambas as teses, Easton conclui que o propósito do processo estrutural

²⁴ Jordão Violin, que será novamente abordado a frente, entende que o processo estrutural deve ser adotado, preferencialmente, quando houver baixa controvérsia jurídica acerca do estado de desconformidade da instituição a ser reestruturada (o que o autor chama de policentrismo jurídico), a restar legitimada modalidade processual dispendiosa e longa, e a viabilizar a implementação social da decisão (Violin, 2019).



envolve acomodar os valores constitucionais à finalidade institucional do órgão (como defende Fiss), construindo um plano com essa finalidade, o qual, para que seja eficaz, deve ser condizente com as possibilidades fáticas e orçamentárias da entidade. Essas devem ser apresentadas e consideradas na fase de conhecimento do processo estrutural, que é essencialmente dialógica (*dialogue-dependent*). Os atores políticos envolvidos na determinação do destino da instituição negociam e contribuem, na definição plural e democrática do plano, a partir da ótica institucional e de gestão que lhes é peculiar (valendo-se da expressão de Schuck “*institutional say*”), de maneira a suavizar os aspectos intrusivos e onerosos do remédio estrutural, e conseqüentemente incrementar a legitimidade de sua adoção (Easton, 1990, p. 12).

Embora Schuck rebaixe os provimentos injuntivos à aplicação subsidiária, é válido ressaltar que ele não questiona sua aptidão para interferir na conduta dos agentes públicos. Ao contrário, entende que são, com destaque para o provimento injuntivo estrutural, as espécies cuja implementação mais causa impactos concretos na rotina dos oficiais de governo:

A injunction pode ser um poderoso instrumento para dissuasão. Ao ordenar oficiais a fazer ou abster-se de fazer determinadas coisas e ao colocar o poder coercitivo da Corte por trás da ordem, o remédio pode atingir uma mudança mais específica, previsível e rápida no comportamento de oficiais do que remédios indenizatórios conseguiriam realizar (Schuck, 1983, p. 150)

Isso não significa que o autor entenda que o remédio injuntivo estrutural seja capaz de alcançar a transformação social por ele pretendida. Schuck, na realidade, limita-se a dizer que seu emprego pelos magistrados, mediante vias coercitivas, traz impactos diretos à ação dos sujeitos destinatários, o que não necessariamente implica no estabelecimento de um estado de conformidade constitucional. Aliás, para ele, “o sucesso da *structural injunction* em implementar direitos fundamentais provavelmente não pode ser avaliado com acurácia”, o que faz com que sua classificação hierárquica seja baseada em critérios de legitimidade, e não de eficácia social (Schuck, 1983, p. 155).

Rosenberg, esse sim cético quanto à eficácia dos provimentos jurisdicionais estruturais, parte da premissa, extraída do contexto jurídico estadunidense, de que a intervenção judicial não teria a aptidão de promover alterações sociais ou culturais paradigmáticas. Isso, por conta de três principais razões limitadoras, quais sejam o fato de os membros da Suprema Corte serem nomeados pelo Presidente e possuírem, portanto, independência apenas aparente; o caráter conservador da Constituição norte americana, e o fato de os juízes estarem adstritos à ela, sem a mesma margem discricionária dos Poderes majoritários; e a dependência que a Suprema Corte tem dos demais Poderes



para a implementação de suas decisões, o que impede que seu comando seja transgressor e compromete a eficácia de intervenções judiciais estruturais. O autor recorda que “a única minoria que a Suprema Corte protegeu consistentemente ao longo da história dos EUA são os homens brancos e ricos”, e que os julgados mais progressistas, como *Brown I e II*, tiveram seus efeitos progressistas supervalorizados (Rosenberg, 2006, p. 797, tradução nossa).

Para ilustrar o caráter reacionário da Suprema Corte estadunidense, Rosenberg relembra precedentes históricos como *Scott v. Sandford* (1856), que tinha como postulante Dred Scott, escravo que residiu em estados abolicionistas e pediu que fosse judicialmente declarado o seu direito à liberdade, o que foi negado pela Suprema Corte, que reafirmou que a população afrodescendente era considerada “artigo ordinário de mercadoria”. Há, ademais, já em período pós abolicionista, os denominados por Rosenberg de *Civil Rights Cases* (1883), em que a Suprema Corte declarou, face a 05 (cinco) ações conexas, que a proibição de discriminação racial em ambientes privados disposta no *Civil Rights Act* (1875) seria inconstitucional, pois incompatível com a interpretação estrita das 13^o e 14^o Emendas abolicionistas. Por fim, o autor menciona o caso *Plessy v. Ferguson* (1896), em que a Suprema Corte reputou constitucional uma lei do estado da Louisiana que previa a segregação racial no transporte ferroviário, baseando-se na tese *separate but equal*, que teratologicamente compatibilizava a segregação racial com o direito à igualdade (Rosenberg, 2006, p. 798, tradução nossa). Rosenberg alerta que, apenas em 1954, quase nove décadas após a promulgação da primeira Emenda Constitucional abolicionista (de n^o 13²⁵) - a qual foi seguida pelas de n^o 14²⁶ e 15²⁷ - a Suprema Corte declarou inconstitucional a aplicação da tese *separate but equal* no sistema público escolar (Rosenberg, 2006).

Quanto aos precedentes *Brown I* (em que a Suprema Corte reputou inconstitucional a segregação racial escolar) e *II* (que determinou que os juízes locais fiscalizassem o implemento da dessegregação), o autor traz dados estatísticos que apontam que teria havido sobredimensionamento dos efeitos materiais e sociais da considerada primeira *structural inunction* da história jurisprudencial: “no ano letivo de 1963-1964, apenas uma em cada cem (1,2%) das crianças afro-americanas foi educada em uma escola não segregada” (Rosenberg, 2006, p. 809). Sugere, inclusive, que os julgados provocaram dano inverso, “ao agitar a resistência aos direitos civis e aumentar os temores antes que a

²⁵ 13^a Emenda (1865): aboliu a escravidão e proibiu a servidão involuntária, salvo como pena criminal.

²⁶ 14^a Emenda (1868): proibiu aos Estados estadunidenses a instituição de restrições jurídicas ao direito à cidadania norte-americana, o que impedia a desclassificação jurídica da população negra.

²⁷ 15^a Emenda (1870): proibiu a União e os Estados de negar ou restringir o direito ao voto em razão da raça, da cor ou da prévia condição servil do eleitor.



fase ativista do movimento pelos direitos civis estivesse em vigor” (Rosenberg, 2006, p. 810, tradução nossa). A posição de Rosenberg encontra adeptos na doutrina norte-americana.

A título de exemplo, Berger também se opõe ao julgado estrutural pioneiro e afirma que não era a intenção do legislador, especialmente na edição da 14ª Emenda, que o direito à igualdade racial fosse aplicado nas escolas segregacionistas, de forma que teria a Suprema Corte estadunidense adotado interpretação *ultra legem*, fazendo valer seus próprios valores (Berger, 1977). Bell Jr., a seu turno, alerta que *Brown I e II* não propiciaram um ambiente livre de racismo nas escolas dessegregadas, pelo contrário, e que parcela da população afetada se sentia mais segura e confortável com as instituições de ensino destinadas exclusivamente aos negros, as quais, nas palavras do autor, “eram, por aparente milagre, muito boas” (Bell Jr, 1975, p. 36, tradução nossa).

A resistência doutrinária à técnica estrutural, constata Vitorelli, diz respeito, em grande parte, “à intervenção do Poder Judiciário na atividade dos demais poderes do Estado, e não, propriamente, ao processo estrutural, enquanto ferramenta para tanto” (2025, p. 107). Valendo-se da terminologia de Fletcher, a significativa margem de discricionariedade necessária para moldar solução ao processo institucional (*institutional suit*) adicionou “uma série de problemas difíceis” à discussão acerca da extensão dos poderes dos magistrados (Fletcher, 1982, p. 635).

No constitucionalismo moderno, a interferência judicial no Executivo e no Legislativo foi racionalizada a partir da reformulação da noção montesquiana de separação absoluta entre os Poderes pela ideia de balanceamento²⁸, argumento que, todavia, não previne dissidências doutrinárias, as quais repercutem na gradual aceitação da técnica estrutural, de maneira direta ou indireta.

Influenciada pelo modelo de provimento jurisdicional catalogado doutrinariamente por Owen Fiss (*structural injunction*), sem prejuízo do inegável impacto dos demais autores tratados e de vários outros não citados, passa-se a verificar como a doutrina especializada brasileira recebeu o instituto e como responde às críticas apresentadas por Rosenberg, diga-se, de incômoda pertinência.

²⁸ O balanceamento dos Poderes consiste na limitação de um Poder pelo outro, mediante freios e contrapesos, evitando a supremacia/tiranía de qualquer um deles e garantindo sua coexistência equilibrada. Assim, a Constituição traça os limites de cada Poder e prevê vias para que, quando descumpridos, os demais possam reprimir tal arbitrariedade. Rompe-se com a ideia de separação absoluta, vez que há comunicação e controle recíproco entre eles e, ademais, há exercício de funções atípicas por cada um, inclusive incorporadas à CR/88: i) em caso de *impeachment*, por intermédio da Câmara e do Senado Federal, o Legislativo exerce a função de processar e julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade (art. 52, I, CRFB); ii) o Judiciário desempenha funções administrativas (art. 96, I, CRFB); e, iii) o Executivo legisla por meio de Medida Provisória (art. 62, CRFB). É que, no Estado Democrático de Direito, preocupa-se mais com a efetiva consecução dos direitos fundamentais do que com qual(is) órgão(s) irá(ão) participar ou deixar de atuar nesse processo (separação de Poderes tido enquanto princípio instrumental).



4.3 A CONTRIBUIÇÃO DOUTRINÁRIA BRASILEIRA À TÉCNICA PROCESSUAL COLETIVA ESTRUTURAL

É objeto de estudo de Vitorelli a ressignificação do princípio constitucional do devido processo legal, inicialmente construído para as ações individuais, produzida pelo advento das ações representativas de classe, em que os afetados pelo litígio coletivo não têm, em sua maioria, a possibilidade de ser individualmente notificados (*notice*) e de apresentar provas e argumentos diretamente aos autos (*hearing*) e, ainda assim, devem submeter-se aos efeitos *erga omnes* do julgamento (Vitorelli, 2020).

A razão mais visível (quase que instintiva) para justificar essa aparente transgressão consiste na impossibilidade prática de notificar e ouvir nos autos a totalidade dos sujeitos lesados. A título ilustrativo, não seria possível notificar e escutar, individualmente, os familiares de cada uma das 272 (duzentos e setenta e duas) vítimas fatais do rompimento da barragem de Brumadinho/MG. Caso isso fosse tentado, certamente não teria sido celebrado acordo judicial multibilionário somente dois anos depois da horrível tragédia²⁹ (Vitorelli, 2020).

A despeito do pragmatismo assertivo da constatação, ela não racionaliza juridicamente a restrição da prerrogativa dos titulares de apresentarem suas razões para influir na decisão que irá afetá-lhes, tampouco explica por que isso não representaria rompimento inconstitucional com o devido processo legal. Para tanto, a saída é que a participação direta seja (re)enquadrada como instrumental à realização material do direito sob litígio, dissociando-se da finalidade última da atividade jurisdicional - contrariando, outrossim, o que pensavam os juristas adeptos da teoria da “participação essencial”³⁰. Isso porque, caso o contraditório bilateral seja tido como princípio absoluto e, portanto, inafastável, “restará muito pouco para legitimar um processo coletivo representativo” (Vitorelli, 2020, p. 201).

Com efeito, se os custos (temporais, econômicos, dentre outros) da promoção da participação irrestrita prejudicarem desproporcionalmente a consecução do direito material, haverá legitimidade jurídica para que um substituto ou representante³¹ defenda os interesses daqueles cuja ausência

²⁹ Para informações sobre o acordo, confira: <https://www.mg.gov.br/pro-brumadinho/pagina/entenda-o-acordo-judicial-de-reparacao-ao-rompimento-em-brumadinho>.

³⁰ Lon Fuller é um célebre representante desta vertente, que entende que a prerrogativa das partes afetadas serem notificadas e ouvidas é marca distintiva essencial do mecanismo adjudicatório: “A característica distintiva da adjudicação reside no fato de conferir à parte afetada uma forma peculiar de participação na decisão, a de apresentar provas e argumentos fundamentados para uma decisão a seu favor” (Fuller, 1975, p. 364, tradução nossa).

³¹ Diferenciando as espécies de intermediação processual, Thibau pontua: “enquanto o substituto processual age em nome próprio, o representante age em nome do representado; o substituto processual age independente da vontade do substituído; já o representante, em regra, e, apesar de não estar vinculado à vontade do representado, necessita, mesmo que inicialmente, de outorga do representado ou da lei. O substituto é parte principal no processo, enquanto o representante não é parte; é, como o nome diz, representante desta [...]” (Thibau, 2003, p. 173).



comprovou-se necessária e útil à qualidade e à eficiência da prestação jurisdicional. Essa linha argumentativa integra a teoria da “participação instrumental”, hábil a lastrear juridicamente as ações coletivas - definidas, por sua vez, como as técnicas processuais dispostas no ordenamento jurídico propriamente para tutelar litígios coletivos³² (Vitorelli, 2020).

O Brasil possui rico sistema legislativo para a disciplina das ações coletivas, cujo núcleo é composto, em ordem cronológica, pelas leis n°s 4.717/65 (regulamenta a Ação Popular); 7.347/85 (disciplina a Ação Civil Pública) e 8.078/90 (dispõe sobre a proteção do consumidor). Orbitando-o situam-se diversas leis que tutelam grupos específicos, tais como: 10.741/03 (Estatuto da Pessoa Idosa); 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 6.001/73 (Estatuto do Índio), ou que regulamentam técnicas especiais coletivas, como a de n° 12.016/09 (Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo).

A esse arcabouço legislativo deve ser aplicada a Teoria do Diálogo de Fontes³³, de maneira a propiciar que as leis citadas se comuniquem entre si, com a Constituição da República de 1988 (CR/88) e, de forma subsidiária, com o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), visando a concretização processual das pretensões coletivizadas. O formato parte da premissa de que os diplomas legais desse *microssistema* não têm pretensão de completude, e precisam da retroalimentação normativa, tanto interna (entre suas próprias normas) quanto externa (com a CR/88 e com o CPC/15), para a disciplina dos casos concretos, tendo como fins últimos a sistematização/harmonização da interpretação legal e a primazia pela máxima efetividade da tutela coletiva³⁴ (Didier Jr., 2020). Esta intercomunicação legislativa extrai seu fundamento no art. 90, *caput*, do CDC/90 e no art. 21, *caput*, da Lei n° 7.347/85.

Dos diplomas citados, o Código de Defesa do Consumidor (CDC/90) encarregou-se de categorizar os direitos passíveis de tutela coletiva, dividindo os essencialmente coletivos em difusos e coletivos em sentido estrito, que compartilham a transindividualidade subjetiva e a indivisibilidade objetiva, mas divergem à medida que os primeiros são titularizados por “pessoas indeterminadas e

³² A análise distintiva entre a participação direta dos titulares afetados ser tida como intrínseca à observância do devido processo legal ou, alternativamente, como acessória à realização do direito material, foi traçada por Robert Bone (1992) em “Rethinking the day in court ideal and non party preclusion”, e empregada por Vitorelli (2020) para estudar o devido processo legal coletivo, na obra intitulada “O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos”.

³³ A teoria assim pode ser descrita, pelo seu idealizador: “[...] a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas. Os direitos humanos, as Constituições, as Convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas estas fontes não se excluem mais mutualmente; elas ‘dialogam’ umas com as outras. Os juízes ficam obrigados a coordenar estas fontes ‘escutando’ o que elas dizem” (Jayme, 1996 *apud* Benjamin; Marques, 2018, p. 2).

³⁴ A jurisprudência brasileira reconhece a existência do microssistema normativo de tutela coletiva, a exemplo: “O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de que as ações coletivas também formam um microssistema voltado à tutela de direitos difusos, a exemplo da Ação Civil Pública e da Ação Popular” (STJ - AREsp n° 128706 PR 2011/0308269-1, Min. Rel(a): Ministra Maria Isabel Gallotti, DJ: 05/11/2014).



ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, inciso I) e os segundos por “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (art. 81, parágrafo único, inciso II). Em terceiro plano, têm-se os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, inciso III), que, apesar de não serem coletivos por essência, podem ser processados coletivamente, por apresentarem origem comum de fato ou de direito, o que pode trazer ganhos de eficiência - pois enxuga a litigância - e materiais - pois promove segurança jurídica, isonomia e integralidade na tutela.

Vitorelli considera desagregadora a discussão, não raramente controversa e ruidosa, que visa conformar e encaixar as garantias coletivas violadas na prática a uma das espécies classificatórias abstratamente positivada no diploma consumerista, etapa que, no âmbito do sistema integrado brasileiro de tutela coletiva, deve necessariamente ser travada, haja vista que a categorização traz repercussões significativas ao processamento e ao julgamento³⁵. O autor, crítico desse modelo, alerta que o instituto da transindividualidade subjetiva³⁶ esvazia de substância a titularidade dos direitos coletivos, comprometendo a demarcação de seus sujeitos, e a consequente fiscalização da adequação da representação. Observa que, em seu estágio imaculado, os direitos coletivos até podem ter titularidade transindividual (pertencente a “todos”³⁷), contudo, assim que configurada a violação e instaurado o litígio, opera-se a delimitação da titularidade, devendo ser em favor do(s) grupo(s) mais gravemente lesado(s) (Vitorelli, 2020).

³⁵ A título informativo, quanto aos efeitos da coisa julgada coletiva, esses são *erga omnes* caso o direito for enquadrado como difuso, e *ultra partes* - limitado ao grupo, categoria ou classe titular - para o direito coletivo em sentido estrito, com a ressalva, em ambas as hipóteses, de improcedência da ação por insuficiência de provas, quando poderá ser essa reproposta se corrigida a deficiência instrutória (efeitos *secundum eventum probationis* - art. 103, I e II). Para os direitos individuais homogêneos, os efeitos do julgamento coletivo são *secundum eventum litis*, podendo apenas beneficiar titulares ausentes (art. 103, III). Aqueles que intervierem no feito na condição de litisconsortes, como autoriza o art. 94, *caput*, serão necessariamente afetados pela decisão, ainda que essa julgue improcedente a ação (art. 103, § 2º).

Para todos os tipos de direitos passíveis de tutela coletiva, as pretensões individuais oriundas do mesmo evento danoso restam preservadas (art. 103, §§s 2º e 3º, CDC/90), assim como as ações individuais concomitantes de objeto interligado. Quanto aos autores individuais que, notificados acerca da ação coletiva, optarem por não suspender o seu feito no prazo de 30 (trinta) dias, opera-se, para esses, a renúncia tácita do transporte *in utilibus* (art. 104, *caput*, CDC/90).

A execução indisponível do título judicial coletivo também é variável segundo o tipo de direito tutelado, sendo movido, no caso dos direitos essencialmente coletivos, pelos legitimados extraordinários ativos elencados no rol legal taxativo; e, para os direitos individuais homogêneos, pela vítima ou pelos legitimados institucionais (art. 97).

³⁶ Para os direitos individuais homogêneos, conforme explicam Didier Jr e Zanetti Jr, apesar de titularizados por indivíduos determináveis, opera-se presunção *ficta* de que são transindividuais durante o transcurso do processo coletivo, o que explica, por exemplo, a sua atípica indisponibilidade, à inteligência do art. 92, *caput*, do CDC (Didier Jr., Zanetti Jr., 2020).

³⁷ Aduz Vitorelli que “ainda que um direito difuso seja de todos, isso não significa que sua lesão necessariamente atinja a todos, em igual medida. Assim, um estudo mais acurado acerca da configuração dos grupos titulares dos direitos transindividuais, a partir das teorias sociológicas, poderia sustentar soluções que permitam que os grupos atingidos sejam mais bem compreendidos em sua riqueza de nuances. Mais uma vez, a noção de que os direitos são de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém, pode ser suficiente para ocultar o problema, não para resolvê-lo. Ela não diz como se configuram os grupos que titularizam os direitos materiais litigiosos” (Vitorelli, 2020, p. 31).



Os litígios coletivos, seguindo a categorização proposta por Vitorelli, alternativa à do CDC/90, dividem-se em três espécies, quais sejam, os litígios globais, os locais e os irradiados, que variam conforme o seu grau de conflituosidade e complexidade, isto é, segundo, respectivamente, o nível de dissenso existente entre os membros do grupo acerca de qual a melhor solução para o litígio e a variedade de soluções judiciais possíveis e minimamente adequadas para tutelá-lo (Vitorelli, 2018).

Os litígios coletivos globais afetam a sociedade de modo geral, mas pouco repercutem sobre os indivíduos (ex.: maioria das lesões ao meio ambiente). Apresentam baixa conflituosidade, tendo em vista o pouco interesse dos indivíduos em buscar soluções para o problema coletivo. A complexidade em geral é baixa, mas variável. Os litígios coletivos locais, a seu turno, atingem pessoas determinadas, que “compartilham algum tipo de laço de solidariedade social ou jurídica”, em intensidade significativa. A conflituosidade é moderada, pois cada membro possui alto interesse na tutela e por isso pode haver discordância interna, mas também possuem laço de comunhão, o que limita essa divergência. A complexidade em geral é baixa. (Vitorelli, 2018, p. 3).

Por último, os litígios coletivos irradiados são marcados por atingirem, de modo distinto, múltiplos polos independentes de interesses, sem vínculo jurídico ou de solidariedade entre eles (multipolaridade). Apresentam elevada conflituosidade — à medida que a distinção de modo e intensidade em que a lesão afeta cada subgrupo gera discordância acerca do melhor provimento — e complexidade — dada a gama de possibilidades para tutelar o estorvo advinda da heterogeneidade das lesões (Vitorelli, 2018).

Lon Fuller ilustra o fenômeno litigioso multipolar comparando-o à estrutura de uma teia, formada por fios interligados e pontos de conexão, em que qualquer interferência impacta, invariavelmente, todo o litígio (Fuller, 1978)³⁸.

Na condição de subespécies dos litígios irradiados, Vitorelli insere os litígios estruturais, cujo instrumento de tutela tem como características marcantes o diálogo; a finalidade prospectiva; a frequente necessidade de revisão e republicação da sentença meritória, a partir das observações feitas com o início de sua implementação e a mitigação dos princípios processuais da congruência objetiva e

³⁸ O autor é cético — assim como, mas por razões distintas das de Rosenberg, já tratadas — quanto à legitimidade e à eficácia da intervenção jurisdicional para adjudicar solução homogênea à integralidade da teia litigiosa multipolar. Para Fuller, a tentativa de resolver um litígio multipolar pelo mecanismo adjudicatório resulta em três possíveis desfechos: o da ineficácia do remédio determinado judicialmente, seja por entraves imprevistos, seja por eventos supervenientes que obstaculizem o cumprimento da decisão; o da transgressão a princípios processuais constitucionais, caracterizada, por exemplo, por conclusões judiciais baseadas em situações não devida e formalmente comprovadas pelas partes vinculadas ao processo; e, por fim, o da acomodação do litígio a ser tutelado às limitações do procedimento judicial, ao invés da reformulação procedimental para ajustar-se às peculiaridades do litígio irradiado (Fuller, 1978).



subjetiva, pois, respectivamente, não é razoável esperar que o plano, em todas suas nuances e complexidades, seja pré-delimitado na peça exordial, e porque sua execução comumente envolve sujeitos que não integraram formalmente o procedimento (Vitorelli, 2018).

O rito do processo coletivo estrutural é cíclico e compreende: o diagnóstico do litígio estrutural, com a apreensão de suas características conflituosas e complexas, empregando vias atípicas de prova para tal (análises estatísticas costumam ser importantes), e permitindo que os diferentes polos de interesses sejam ouvidos (dando preferência para os mais gravemente afetados, de forma a não ruir a celeridade e a eficiência do procedimento) (i); a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar de maneira inconstitucional (ii); a implementação desse plano, de modo compulsório ou (preferencialmente) negociado (iii); a avaliação dos resultados da execução (iv); a reelaboração do plano, a partir dos resultados percebidos (v); e a realização do plano revisto, reiniciando o ciclo (vi) (Vitorelli, 2018).

Violin, que, assim como Vitorelli, é teoricamente influenciado por Fiss, distancia o objeto do processo estrutural da tradicional avaliação jurídica de fatos pretéritos e do enquadramento desses à norma jurídica aplicável, elementos típicos dos processos para resolução de conflitos entre indivíduos (versão traduzida pelo autor da expressão *dispute resolution model* usada por Fiss). Ao revés, o alvo da tutela estrutural é um estado de inconstitucionalidade extraído do funcionamento de uma organização, em que “a vítima é sempre um grupo”, alinhando-se ao entendimento de Vitorelli, que também vê os litígios estruturais como necessariamente coletivos (Violin, 2019, p. 63).

Em complemento, segundo Violin, os polos processuais do rito estrutural podem expandir-se ou alterar-se ao longo do procedimento; a instrução probatória visa diagnosticar um padrão sistemático, e não reconstruir um ato ou fato específico; e o cumprimento de sentença é prolongado no tempo. O juiz deve equilibrar sua imparcialidade com “uma posição muito mais atuante que aquela herdada da tradição adversarial”, fiscalizando a adequação da representação e promovendo a produção probatória, organização e condução do processo. Além disso, atua como negociador, desenvolvendo a solução de forma dialógica e ofertando incentivos para que essa seja cumprida, e como gestor, pois define, com certa discricionariedade, solução que regulará eventos futuros (Violin, 2019, p. 65).

Novamente, a caracterização do rito estrutural de Violin avizinha-se à de Vitorelli, o qual também entende que “o juiz atua mais como um agente de negociação e de troca, não mediante decisão e imposição”, e que a dificuldade e complexidade de reestruturar uma instituição torna comum que os juízes tenham que dimensionar, às vezes até limitar, o conteúdo abstrato e integral das normas para ajustar a sua aplicação às possibilidades do caso concreto, aproximando-se da atividade dos demais



Poderes (Vitorelli, 2018, p. 8).

Isso não retrata, segundo Violin, ativismo judicial (Violin, 2019). Para explicar tal afirmação, o autor se vale do conceito de problemas policêntricos, que são aqueles cuja solução ideal envolve optar por um dentre vários critérios válidos e, com base no parâmetro eleito, imprimir um regime jurídico uniforme para disciplinar relações jurídicas interdependentes. O termo foi cunhado pelo autor Polanyi, em 1951, em sua obra “*The Logic of Liberty*”, e famosamente empregado por Lon Fuller exatos 27 (vinte e sete) anos depois, o qual, como já mencionado, valeu-se da metáfora de uma teia composta por vínculos interligados por pontos de tensão para ilustrá-lo.

Violin, importando criativamente o termo, divide o policentrismo em jurídico e extrajurídico. O primeiro se dá quando a autoridade judiciária opta por uma interpretação, dentre as várias possíveis, para aplicar, à resolução da lide, normas principiológicas, cláusulas abertas e/ou conceitos jurídicos indeterminados, cujo conteúdo volátil demanda por atividade hermenêutica criativa por parte do magistrado. Caso essa escolha parta dos “próprios valores individuais” do julgador, estará caracterizado o ativismo judicial. O segundo modo de manifestação do policentrismo ocorre quando há múltiplas alternativas fáticas (extrajurídicas) razoáveis para tutelar um litígio (Violin, 2019, p. 80).

No caso do processo estrutural, o foco reside em definir qual dos modos faticamente possíveis será empregado para adequar certa instituição aos valores constitucionais (policentrismo extrajurídico), e não em definir o conteúdo jurídico desses valores (policentrismo jurídico), o que o afasta, pois, do ativismo:

A complexidade que caracteriza os litígios estruturais não está no conteúdo dos direitos, mas nas inúmeras possibilidades de implementação, cada qual com repercussões próximas da imprevisibilidade. Como visto, processos estruturais são caracterizados pelo policentrismo extrajurídico. A complexidade que torna estrutural um litígio está na multiplicidade de critérios extraleais para definir o cumprimento e de meios para implementar a decisão (Violin, 2019, ps. 82/83).

Decerto, o uso da via estrutural tende a ocorrer quando há significativa concordância social acerca do estado de inconformidade do órgão, a legitimar modalidade processual dispendiosa e longa, e a viabilizar a implementação da decisão. Como sintetiza Violin: “quanto menor a subjetividade na definição do mérito, maior o apoio institucional, político e social à reforma” (Violin, 2019, ps. 87/88).

Essa ideia ajuda a responder ao ceticismo de Rosenberg, insistente na limitação reestruturadora do Judiciário em promover mudanças contrárias ou inéditas ao direito. Como visto, o processo estrutural não precisa e nem deve contrariar ou inovar o ordenamento jurídico, mas sim adequar uma instituição aos valores nele já previstos, cujo desafio principal reside na escolha de critérios



extrajurídicos para formular e implementar o plano mais adequado à reestruturação. Esse, segundo Arenhart, deve conter metas, cronologia e meios de fiscalização de sua execução, não sendo suficientes a indicação de mandamentos pontuais ou fixos a serem atingidos pelo órgão (Arenhart, 2013).

Quanto à dependência do Judiciário frente aos demais Poderes para implementação do plano reestruturante, problema também trazido por Rosenberg, deve o magistrado reconhecê-la, para que dialogue com o Executivo e com o Legislativo e conforme a decisão estrutural às suas capacidades e prioridades, de modo a aumentar as chances de eficácia. Inclusive, a “possibilidade de reação dos demais poderes à imposição judicial de valores não compartilhados pela comunidade é um limite ao arbítrio” e, por isso, essencial ao equilíbrio democrático interpodere (Violin, 2019, p. 96).

Acerca do tema, acrescentam Firme Filho e Thibau:

(...) é impossível resolver um problema estrutural apenas no âmbito do Poder Judiciário, apenas com decisões judiciais declaratórias ou até mesmo mandamentais, cujo cumprimento extrapola as atribuições judiciais. É preciso uma jurisdição ativista, mas não protagonista, para a concretização de políticas públicas e que, após as decisões estruturais, mantenha-se com o dever de fiscalizar o cumprimento do planejamento de melhoria contínua da situação desconforme (Firme Filho; Thibau, 2024, p. 101).

O fato de os juízes estarem adstritos a valores constitucionais, os quais, como ensinado por Fiss, possuem acepção flexível e possivelmente ambígua, não precisa neutralizar a criatividade dos provimentos injuntivos, mas, ao contrário, pode garantir sua impessoalidade e objetividade, caso devidamente fundamentados com argumentos jurídicos e endoprocessuais³⁹.

A visão de Rosenberg, de que o Judiciário seria inapto a promover reformas sociais ou estruturais, deve ser criticamente contextualizada, pois feita à luz do sistema jurídico estadunidense, cujo órgão judiciário máximo é marcado por um histórico de decisões reacionárias⁴⁰ e cuja Constituição é eminentemente conservadora, como por ele próprio assumido: “a Constituição é um documento conservador. Protege o controle privado sobre a alocação e distribuição de recursos. Não prevê direitos progressivos básicos, como emprego, assistência médica, moradia decente, níveis adequados de bem-estar ou ar puro” (Rosenberg, 2005, p. 808, tradução nossa).

³⁹ Fuller entende que a racionalidade argumentativa (*reasonable argument*) que obrigatoriamente deve ser usada como parâmetro para o convencimento do julgador - o qual deve ser sucedido pela prerrogativa das partes apresentarem suas provas e argumentos - é marca essencial do mecanismo adjudicatório estatal, notadamente quando comparado a outras formas de regulação formal social, como os contratos (Fuller, 1978).

⁴⁰ Não se deve olvidar das críticas que parcela da doutrina nacional também faz acerca do pseudo progressismo do STF. Juliana Cesario Alvim Gomes, por exemplo, destaca que precedentes de grande repercussão midiática e social, “como as ações afirmativas de cunho racial, as uniões homoafetivas e o aborto de fetos anencefálicos”, não tiveram como polo processual postulante as “próprias minorias interessadas”, restringindo a participação dos grupos mais gravemente afetados por cada litígio (Gomes, 2020, p. 55).



No Brasil, a Constituição da República (CR/88) é composta, em grande parte, de normas que estabelecem direitos socioeconômicos prestacionais, e visam a justiça redistributiva e a igualdade material entre os sujeitos de direito. Citem-se, por exemplo, os direitos sociais elencados no Capítulo II; o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV); a elevação da Defensoria Pública à função essencial à justiça (art. 134, *caput*); dentre outros diversos dispositivos. Além disso, a CR/88 previu um Judiciário independente, dotado de autonomia administrativa (art. 96), e de garantias como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 95, I, II e III, respectivamente), que possui o poder/dever inafastável de intervir em caso de quaisquer ameaças ou lesões aos direitos fundamentais (art. 5º, XXXV), incluídos os de natureza coletiva⁴¹.

Por essas e outras disposições, “é mais difícil fundamentar a implementação de políticas públicas pela via judicial nos Estados Unidos do que no Brasil” (Vitorelli, 2025, p. 118), o qual “possui um ordenamento mais bem adaptado a esse tipo de processo que o norte-americano” (Violin, 2019, p. 159). Não bastante, ao passo que o direito estadunidense prioriza a tutela repressiva e os provimentos condenatórios (adotando, habitualmente, as *injunctions* de forma subsidiária, como lamentado por Fiss), o mesmo não ocorre no direito brasileiro, em que as prestações de fazer e de não fazer (mandamentais) são adotadas em igualdade hierárquica, podendo ser cumpridas por vias atípicas de execução, à inteligência do art. 497, *caput*, do CPC/15 (Violin, 2019).

Percebidas as similaridades entre os pensamentos de Violin e Vitorreli, é natural que não haja consenso acadêmico acerca das características e dos elementos procedimentais que envolvem a reforma institucional por intermédio dos processos estruturais, notadamente por se tratar de via que tutela litígios complexos e que possui pretensão reformadora.

Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira apontam como aspectos essenciais da técnica estrutural o objeto centrado num problema estrutural; a busca por transição do estado de desconformidade para um estado ideal de coisas; o procedimento bifásico, dividido entre a etapa de conhecimento do problema estrutural e a de execução do plano reestruturante; a flexibilidade do procedimento (atenuando a regra de congruência objetiva e empregando formas atípicas de intervenção de terceiros, de medidas executivas e de meios probatórios) e o seu apelo à consensualidade (2020).

Esses autores elencam dispositivos, extraídos do CPC/15 constitucionalizado e instrumental, que podem ser fonte jurídica primária para a adoção do rito coletivo estrutural no Brasil, como a

⁴¹ O que foi feito com a supressão do termo “*individuais*” outrora contido no princípio da inafastabilidade da jurisdição do art. 150, § 4º, da Constituição da República de 1967 (CR/67).



cooperação judiciária atípica para a prática de “atos concertados entre os juízes cooperantes” (art. 69, IV); o poder-dever do magistrado em “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial” (art. 139, IV); a possibilidade de fragmentação do julgamento do mérito processual (art. 356, *caput* e I e II); a flexibilização dos princípios processuais da congruência objetiva e da estabilização da demanda (art. 493, *caput*); o rol irrestrito/aberto dos meios probatórios, dentre os lícitos e morais (art. 369, *caput*); o estímulo, dentre as normas fundamentais do processo civil, às soluções consensuais aos litígios (art. 3, § 3º); o acúmulo de pedidos, ainda que não conexos, em face do mesmo réu, com possibilidade de diálogo normativo entre ritos procedimentais (art. 327, *caput* e § 2º).

Entretanto, divergindo de Vitorelli e de Violin, veem a complexidade, a coletividade e a multipolaridade como aspectos prováveis, mas não intrínsecos à via estrutural, citando, como exemplo, demanda individual (e não coletiva) proposta por pessoa portadora de deficiência visando a adequação de determinada repartição pública às diretrizes da Lei nº 10.098/00 (que “estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida”). A ação descrita seria estrutural, pois “sua causa de pedir consiste na afirmação de uma situação de desconformidade”, mas de simples e visível resolução - qual seja “promover reformas para garantir a acessibilidade prevista em lei” — e que, por fim, não afetaria múltiplos polos apartados de interesse (Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira, 2020, p. 112).

A aparente dissidência entre as colocações dos autores brasileiros parece, preponderantemente, classificatória, e pode ser atenuada caso consideradas as nomenclaturas diferentes dadas por cada um para os mesmos fenômenos, compartilhando núcleo majoritário da caracterização da técnica processual estrutural. Veja, o caráter individual do exemplo de ação usado por Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira, aliado ao fato de ela interferir em política pública urbana, faz, simplesmente, com que, sob o prisma de Vitorelli, fosse intitulada como processo civil de interesse público, o qual pode ser conduzido “por outras vias, diferentes do processo coletivo” (Vitorelli, 2018, p. 12). Os autores concordam, sobretudo, quanto ao fato de que o processo estrutural é compatível com a CR/88 e não representa, *per se*, arbítrio ou ativismo judicial, tampouco risco ou afronta à Separação dos Poderes da República brasileira (art. 2º, *caput*, c/c art. 60, § 4º, III, CR/88).

A técnica vem sendo progressivamente reconhecida e empregada pelo Judiciário brasileiro, que frequentemente faz referência, dentre outros, aos autores citados neste trabalho para embasar a prolação de decisões estruturais, evidenciando a relevância da doutrina para a disseminação dessa, ainda nova,



ferramenta⁴². O Supremo Tribunal Federal (STF), a propósito, já reconheceu a constitucionalidade de seu emprego, inclusive para a “reformulação de políticas públicas”, nos casos em que detectadas “falhas estruturais” ensejadoras de um estado de “violação massiva de direitos fundamentais”.⁴³

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passados mais de setenta anos do primeiro julgado estrutural da história, as “incertezas dos limites da atuação judicial em litígios coletivos estruturais” remanescem (Firme Filho; Thibau, 2024, p. 81). De fato, a premissa de Rosenberg de que não há real progresso social obtido pela atividade do Poder Judiciário é de incômoda pertinência. Todavia, seria engano pensar que ela refutaria, *ab integro*, o processo coletivo estrutural, que é pautado pela cooperação interfederativa, não cabendo sua realização, unicamente, aos magistrados. Aliás, o reconhecimento das limitações dos juízes frente à complexidade de se executar reformas sistêmicas é uma das próprias razões fundantes da técnica estrutural, cuja natureza essencialmente dialógica surge, exatamente, da constatação de que “é impossível resolver um problema estrutural apenas no âmbito do Poder Judiciário” (Firme Filho; Thibau, 2024, p. 101).

A simples declaração sentencial de que há um estado de inconstitucionalidade estrutural, ainda que mais cômoda aos padrões tradicionais da Teoria da Separação dos Poderes do que intervenções injuntivas, não assegura, como historicamente já não o fez na *Sentencia T-153/98*⁴⁴ e em *Brown I*, a revitalização de estruturas forjadas no vício. Por consequência, condicionar a prolação do remédio injuntivo ao prévio insucesso de alternativas menos intrusivas, como propõe Schuck, não representa ganho de legitimidade, mas inadequação técnica-procedimental entre o objeto litigioso que se pretende tutelar e a natureza do provimento jurisdicional escolhido, colocando em risco a sua eficácia.

Deve-se ter em mente que o remédio processual pode ser ajustado ao litígio a ser tutelado, porém o contrário não é verdadeiro. Desse modo, recomenda-se que a avaliação proporcional e legitimadora da adoção do processo estrutural, a qual não é estritamente jurídica, mas multidisciplinar,

⁴² “Daquilo que fora aduzido na peça exordial, deduz-se que, para usar os termos do prof. Edilson Vitorelli, o ‘funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro’ (VITORELLI, E. Processo civil estrutural. Salvador: Jus Podium, 2021, p. 56). A doutrina tem se referido a este tipo de processo como ‘estrutural’”. (STF, ADPF n° 918 DF, Min. Rel.: Edson Fachin, DJ: 17/12/2021).

⁴³ STF, ADPF n° 347 DF, Min. Rel.: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ: 19/12/2023.

⁴⁴ Decisão em que a Corte Constitucional da República da Colômbia declarou, em 28/04/98, o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário do país - marcado pela violência, extorsão, corrupção e carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos detentos - sem, contudo, determinar qualquer medida interventora para solucioná-lo, o que limitou a eficácia social do provimento (Osuna, 2016).



tenha como base o cenário litigioso real, assim como eventuais alternativas procedimentais (judiciais ou extra) que materialmente existam⁴⁵. Essas devem ser escolhidas e construídas de acordo com a natureza e as características do litígio, e não a partir de prévia hierarquização abstrata baseada no grau de intervencionismo de cada uma.

Partindo do pressuposto de que “os limites da litigância não podem ser avaliados no vácuo”, sustentar, diante de lesões reiteradas a direitos fundamentais decorrentes de uma falha estrutural, a ilegitimidade absoluta do comando estrutural para tutelá-las, deve envolver a demonstração de que as alternativas restantes — quais sejam, a omissão jurisdicional ou a adoção de remédios menos compatíveis com as características do litígio — seriam mais legítimas (Cummings; Rhode, 2009, p. 612, tradução nossa). Schuck, como visto, recorre à segunda alternativa, pois não se opõe a qualquer grau de intervenção judicial, mas apenas àquele implementado em nível estrutural, argumentando que os magistrados deveriam evitá-lo para garantir a integridade da atividade jurisdicional.

Nessa linha, a discussão deve passar por quais serão as repercussões advindas da eleição de remédios não estruturais, cujo processamento também demanda custos e tempo, para a tutela de um litígio estrutural, que não será milagrosamente adaptado para servir às alternativas reputadas menos intrusivas. O alcance fragmentado e apenas remediador (e não profilático) dessas pode, em última instância, agravar o desequilíbrio da estrutura⁴⁶, sobretudo se aplicadas repetidamente⁴⁷.

Por derradeiro, sugere-se que, assim como a adequação do rito seja definida a partir de sua compatibilidade (ou não) com as características do litígio, a eficácia do procedimento utilizado seja mensurada frente à realidade diagnosticada antes de sua existência, e não unicamente com base num “estado ideal de conformidade”, sem qualquer precedência histórica.

⁴⁵ Nesse sentido, posicionam-se Cummings e Rhode: “Uma percepção chave da literatura recente é de que as avaliações de litigância sempre precisam considerar os riscos e a viabilidade de alternativas. Às vezes, estratégias políticas não são opções realistas devido à força da oposição.” (Cummings; Rhode, 2009, p. 612, tradução nossa).

⁴⁶ Fenômeno intitulado por Vitorelli de processo desestruturado (Vitorelli, 2025).

⁴⁷ Como ocorre, por exemplo, no tema da judicialização da saúde no judiciário brasileiro, que sofre com a “explosão de litigiosidade na matéria” (Gazolla; Thibau, 2014, p. 652).



REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *Temas de direito processual*, São Paulo, v. 7, 2001.

BELL JR., Derrick A. The burden of Brown on blacks: history-based observations on a landmark decision. *North Carolina Central Law Journal*, [S.l.], v. 7, p. 25, 1975.

BERGER, Raoul. *Government by judiciary*. Indianapolis: Liberty Fund, 1997.

BITTENCOURT, Tiago Reis; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. Ascensão e queda da litigância coletiva nos Estados Unidos: origens históricas, processo estrutural e class actions de massa. In: THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; SEVERINO, Lorena de Oliveira; FIRME FILHO, Carlos Roberto (org.). *Direito e processo coletivo estrutural: perspectivas comparadas*. São Paulo: Dialética, 2024. v. 2, p. 235-263.

BONE, Robert G. Procedure, participation, rights. *Boston University Law Review*, [S.l.], v. 90, p. 1011, 2010.

BONE, Robert G. Rethinking the day in court ideal and nonparty preclusion. *New York University Law Review*, [S.l.], v. 67, p. 193, 1992.

BROWN v. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/#tab-opinion-1940808>. Acesso em: 20 abr. 2025.

BROWN v. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA, 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>. Acesso em: 15 abr. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 89, n. 7, p. 1281-1316, maio 1976.

CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. *Fordham Urban Law Journal*, [S.l.], v. 36, p. 603, 2009.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University, 1986.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 4.



DIDIER JR., Fredie; ZANETI 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, Rio de Janeiro, n. 75, p. 45-81, 2020.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (org.). Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. E-book.

EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. Yale Law Journal, [S.l.], v. 99, n. 8, p. 1983-2002, 1990.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. Harvard Law Review, [S.l.], v. 93, p. 465, 1979.

FIRME FILHO, Carlos Roberto; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Litígio estrutural e o estado de coisas inconstitucional em perspectiva histórico-comparada: experiências norte-americana e colombiana para melhoria do sistema prisional. In: THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; SEVERINO, Lorena de Oliveira; FIRME FILHO, Carlos Roberto (org.). Direito e processo coletivo estrutural: perspectivas comparadas. São Paulo: Dialética, 2024. v. 2, p. 79-107.

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

FISS, Owen M. The forms of justice. Harvard Law Review, [S.l.], v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979.

FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. The Yale Law Journal, [S.l.], v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. Harvard Law Review, [S.l.], v. 92, p. 353-409, 1978.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. A possibilidade de tutela coletiva do direito humano e fundamental à saúde no Estado Constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 65, p. 651-670, 2014.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Cancelas invisíveis: “embargos auriculares”, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. REI - Revista Estudos Institucionais, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 55-82, 2020.

LESLEY K., McAllister. Visiting a "promising institution": public law litigation in the civil law world. [S.l.: s.n.], 2012.

MIRRA, Álvaro Luís Valery. Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

NICÁCIO, Camila Silva; DIAS, Maria Tereza Fonseca; SOUSA GUSTIN, Miracy Barbosa de. Repensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.



OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor (org.). Justicia constitucional e derechos fundamentales: la protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. Bogotá: Konrad-Adenauer, 2016. p. 91-116.

POLANYI, Michael. The logic of liberty: reflections and rejoinders. [S.l.]: Routledge, 1951.

RESNIK, Judith. Managerial judges. Harvard Law Review, [S.l.], v. 96, p. 374, 1982.

ROSENBERG, Gerald. The hollow hope: can courts bring about social change? 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008. E-book.

ROSENBERG, Gerald N. Courting disaster: looking for change in all the wrong places. Drake Law Review, [S.l.], v. 54, p. 795, 2005.

SCHUCK, Peter H. Suing government: citizen remedies for official wrongs. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 918 DF. Relator: Min. Edson Fachin, 17 dez. 2021. Diário da Justiça, [Brasília], 17 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347 DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, 19 dez. 2023. Diário da Justiça, [Brasília], 19 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 128706 PR 2011/0308269-1. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 5 nov. 2014. Diário da Justiça, [Brasília], 5 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS nº 38966 SC 2012/0180333-1. Relator: Min. Jorge Mussi, 9 set. 2014. Diário da Justiça, [Brasília], 9 set. 2014.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; OLIVEIRA, Alana Lúcio de. O processo coletivo e o acesso à justiça sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual, [S.l.], v. 12, n. 12, 2013.

VIANA, Thaís Costa Teixeira et al. Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022.

VIOLIN, Jordão. Processo coletivo e protagonismo judiciário. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.



VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2020.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal na Suprema Corte dos Estados Unidos: elementos para a construção de uma garantia instrumental. Revista Brasileira de Direito, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 78-105, 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista dos Tribunais Online, São Paulo, v. 284, p. 333-369, 2018.

VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2025.

YEAZELL, Stephen C. Brown, the civil rights movement, and the silent litigation revolution. Vanderbilt Law Review, [S.l.], v. 57, p. 1975, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.