

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

THAÍS COSTA TEIXEIRA VIANA

TOMADA DE DECISÃO ESTRATÉGICA E MODELOS
AGREGATIVOS DE SUJEITOS NO PROCESSO COLETIVO
ESTRUTURAL

Belo Horizonte

2022

THAÍS COSTA TEIXEIRA VIANA

**TOMADA DE DECISÃO ESTRATÉGICA E MODELOS
AGREGATIVOS DE SUJEITOS NO PROCESSO COLETIVO
ESTRUTURAL**

Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutora.

Área de Concentração: Direito e Justiça

Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade

Área de Estudo: Direito e Processo Coletivo no Estado Democrático de Direito

Orientadora: Profa. Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Belo Horizonte

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

V614t	Viana, Thaís Costa Teixeira Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural [manuscrito] / Thaís Costa Teixeira Viana. - 2022. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 1. Direito processual coletivo - Teses. 2. Processo decisório - Teses. 3. Ação judicial - Teses. I. Thibau, Tereza Cristina Sorice Baracho. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título. CDU: 347.922



ATA DA DEFESA DE TESE DA ALUNA THAÍS COSTA TEIXEIRA VIANA

Realizou-se, no dia 09 de agosto de 2022, às 14:00 horas, Plataforma Virtual, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *TOMADA DE DECISÃO ESTRATÉGICA E MODELOS AGREGATIVOS DE SUJEITOS NO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL*, apresentada por THAÍS COSTA TEIXEIRA VIANA, número de registro 2018663636, graduada no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau - Orientador (Faculdade de direito da UFMG), Prof(a). Fredie Souza Didier Júnior (UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA), Prof(a). Edilson Vitorelli Diniz Lima (Universidade Presbiteriana Mackenzie), Prof(a). Jordão Violin (Pontifícia Universidade Católica do Paraná), Prof(a). Antonio Gomes de Vasconcelos (UFMG), e Prof(a). Beclaute Oliveira Silva (UNIVERSIDADE FEDERAL DO ALAGOAS).

A Comissão considerou a tese:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota **100 (cem)**.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 09 de agosto de 2022.

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau:58475672604

Assinado de forma digital por Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau:58475672604
Dados: 2022.08.16 13:53:29 -03'00'

Prof(a). Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau (Doutora) – Nota: **100 (cem)**.

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR:88079201404

Assinado de forma digital por FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR:88079201404
Dados: 2022.08.17 18:43:55 -03'00'

Prof(a). Fredie Souza Didier Júnior (Doutor) – Nota: **100 (cem)**.

Prof(a). Edilson Vitorelli Diniz Lima (Doutor) – Nota: **100 (cem)**.

JORDAO VIOLIN

Assinado de forma digital por JORDAO VIOLIN
Dados: 2022.08.17 16:55:05 -03'00'

Prof(a). Jordão Violin (Doutor) – Nota: **100 (cem)**.

ANTONIO GOMES DE VASCONCELOS:30833160

Assinado de forma digital por ANTONIO GOMES DE VASCONCELOS:30833160
Dados: 2022.08.19 09:37:05 -03'00'

Prof(a). Antonio Gomes de Vasconcelos (Doutor) – Nota: **100 (cem)**.

BECLAUTE OLIVEIRA SILVA:AL180

Assinado de forma digital por BECLAUTE OLIVEIRA SILVA:AL180
Dados: 2022.08.16 16:42:14 -03'00'

Prof(a). Beclaute Oliveira Silva (Doutor) – Nota: **100 (cem)**.

AGRADECIMENTOS

Certa feita, Luiz Antônio Simas, ao escrever prosa sobre as entrelaçadas crenças e a fé que caracterizam os “fios da brasilidade”¹, as definiu como “comunidade de sentidos”² – de afetos, de reza, de saravá e de samba. Penso que não haveria melhores palavras para descrever a essência de toda uma existência. Nestas quatro palavras, encontra-se aconchego, sustentação, desbravamento e alegria. Respectivamente, ou talvez aleatoriamente. Em conjunto com a concretização desta pesquisa, e do sonho que ganhou vida ao lado dela, deixo o meu mais profundo agradecimento a todos aqueles que foram, para mim, ao longo desses mais de quatro anos, os meus afetos, a minha reza, o meu saravá e o enredo do meu samba. Àqueles que me permitiram sentir a sua presença, a sua companhia e o alicerce que me sustenta – tangível ou intangível, material ou espiritual.

Sem ter a ambição de fazer com que caibam nessas linhas os nomes de todos aqueles a quem minha gratidão se estende, reservo um pequeno espaço para agradecer nominalmente aos meus pais, Elvira Márcia e Cássio, à minha irmã, Flávia, ao meu avô, Edson, e à minha ‘dinda’, Maria Alice: que são fonte de amor, força, inspiração e meu maior orgulho! Deixo, também, meu especialíssimo agradecimento nominal à minha orientadora, Profa. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, em quem eu encontrei referência, humanidade, inspiração, carinho, companheirismo e uma grande amizade! Agradeço, também, aos estimados professores que, em suas salas de aula, em trocas de ideia durante os inúmeros cafés, almoços, e-mails, mensagens, eventos organizados, congressos e seminários, trouxeram preciosa interlocução com esta pesquisa. Assim como à Universidade Federal de Minas Gerais, à Faculdade de Direito Milton Campos, ao Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte, à Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG, ao PRUNART-UFMG, ao GIDEF, ao Grupo de Pesquisa ‘Direito e Processo Coletivo: Análise Sistêmica e Estrutural’ e ao Instituto de Direito Processual (IDPro). Por fim, faço também carinhoso agradecimento àqueles que trazem o ‘samba’ à minha vida, os amigos queridos que encontrei na pós-graduação, na DAJ-UFMG, no IDPro, e aqueles que trago comigo desde muito, por toda a vida. Vocês são a comunidade que dá sentido a essas páginas e a todo o resto!

[...] fios da brasilidade, coisa que defino como uma comunidade de sentidos, afetos, sonoridades, rasuras, contradições, naufrágios, ilhas fugidias, identidades inviáveis, subversões cotidianas, voo de arara e picada de marimbondo, reza, saravá e samba.³

¹ SIMAS, Luiz Antônio. **Santos de Casa: Fé, Crenças e Festas de Cada Dia**. 1.ed. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2022, p.201.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

RESUMO

A tradicional polarização entre correntes individualistas e coletivistas nos debates ontológico e metodológico, na Sociologia, aperfeiçoou-se para descrever sistemas sociais e explicar fenômenos sociais a partir das interações entre seus agentes e suas partes (dentre estas, suas instituições). Conforme a corrente sociológica emergentista, conflitos sociais seriam fenômenos sociais dotados de inerente potencial transformativo, proveniente de poderes causais que emergiriam dessas interações. O emergentismo denominou essas interações, quando realizadas entre instituições, como ‘estruturas’. Trazendo-se essas premissas ao Direito e ao Processo Coletivo, a presente tese de doutoramento identifica os litígios coletivos enquanto tipos de fenômenos sociais, cujo potencial transformativo se traduz em uma intrínseca mutabilidade interna, que pode ora assumir graus atenuados, ora acentuados. Demonstra-se que, quanto mais elevado o grau de mutabilidade do respectivo litígio coletivo, amplia-se, correspondentemente, sua projeção prospectiva e, como consequência, a necessidade de tomadas de decisão conjuntamente preditivas e avaliativas para sua efetiva resolução – ambas suscetíveis a realçados riscos de erros, provenientes de interferências cognitivas nos mecanismos heurísticos de deliberação individual ou coletiva. A partir desse marco teórico, a pesquisa em questão realiza recorte metodológico, na análise da atuação dos sujeitos voltada às tomadas de decisão estratégicas para coletividades, que visem à resolução de litígios estruturais (diagnosticados pela doutrina e jurisprudência do EUA em meados do século XX). Tais litígios acompanham a utilização sociológica do termo ‘estrutura’ e abarcam desconformidades inconstitucionais nas instituições dos sistemas sociais e nas interações que estas estabeleçam entre si e com os agentes desses mesmos sistemas. Por intermédio das vertentes metodológicas jurídico-dogmática, transdisciplinar e dialética, essa pesquisa diagnostica que o alto grau de mutabilidade dos litígios estruturais, associado à sua natureza policêntrica, demanda uma solução por vias jurisdicionais que não se confine aos parâmetros mais rígidos do tradicional método processual, especialmente no que diz respeito aos limites da participação e às formas e efeitos da tomada de decisão. Nesse sentido, propõe-se que os sujeitos não-investidos da jurisdição se tornem participantes ativos das tomadas de decisão, no ciclo de implementação das reformas estruturais. Para tanto, admite-se um modelo processual de dualidade cíclica e decisões subjetivamente complexas, que se denomina ‘processo coletivo estrutural’. Com o intuito de se valer de estratégias da ‘arquitetura da escolha’, reduzindo o risco de interferências cognitivas (vieses e ruídos) em suas tomadas de decisão, a pesquisa se propõe a analisar os modelos em

torno dos quais se agregam os sujeitos interessados, em processos coletivos estruturais, para suas deliberações individuais e coletivas.

Palavras-chave: Tomada de Decisão Estratégica. Litígio Estrutural. Processo Coletivo Estrutural. Modelos Agregativos de Sujeitos.

ABSTRACT

The evolution of the ontological and methodological debates, in Sociology, characterized by the polarization between individualist and collectivist theories, has improved to describe social systems and explain social phenomena according to the interactions between their agents and their parts (among which, their institutions). According to the emergentist sociological theory, social conflicts are types of social phenomena that have inherent transformative potential, which comes from causal powers that emerge from these interactions. Moreover, the emergentist theory has given the name of 'structures' to the interactions between institutions. By applying these premises to Procedural Law and Group Rights, this doctoral thesis identifies collective disputes as a type of social phenomenon, whose transformative potential translates into an intrinsic internal mutability, which can whether assume attenuated or accentuated degrees. This research demonstrates that, the higher the mutability of the respective collective litigation, there is a correspondent increase of its prospective projection and, in consequence, a need to combine predictive and evaluative decision-making for its effective resolution – both of which susceptible to risks of error, caused by biases and noise in the heuristic mechanisms of individual or collective deliberation. Considering these premises, this research methodologically concentrates the analysis of the structural collective lawsuit, in the performance of the subjects who aim at strategic decision-making, in favor of collectivities, to the solution of structural disputes (as diagnosed by US doctrine and jurisprudence in the mid-twentieth century), which, following the sociological use of the term 'structure', encompass unconstitutional nonconformities in the institutions of social systems and in the interactions they establish among themselves and with the agents of these same systems. Through a legal-dogmatic methodological approach, transdisciplinary and dialectical method, the doctoral research diagnoses that the high degree of mutability of structural disputes, associated with their polycentric nature, demands that their resolution through jurisdictional means is not confined to the strictest parameters of the traditional procedural method, especially with regard to the limits of participation and the forms and effects of decision-making. In this sense, it considers the subjects, who are not invested of the jurisdiction, as active participants in decision-making. Therefore, the procedural model applies a cyclic duality and subjectively complex decisions – the structural collective lawsuit. And, in order to make use of strategies of the architecture of choice, to reduce the risk of cognitive interference (bias and noise) in their decision-making, the research proposes to analyze the models around which interested subjects are aggregated, in structural collective processes, for their individual and collective deliberations.

Key-Words: Strategic Decision-Making. Structural Disputes. Structural Collective Action. Aggregative Models of Subjects.

RESUMEN

La polarización tradicional entre corrientes individualistas y colectivistas en debates ontológicos y metodológicos, en Sociología, se ha perfeccionado para describir los sistemas sociales y explicar los fenómenos sociales a partir de las interacciones entre sus agentes y sus partes (entre ellos, sus instituciones). Según la corriente sociológica emergentista, los conflictos sociales serían fenómenos sociales dotados de potencial transformador inherente, derivado de poderes causales que surgirían de dichas interacciones. El emergentismo nombró a estas interacciones, cuando se realizan entre instituciones, como "estructuras". Llevando estas premisas al Derecho y al Proceso Colectivo, la presente tesis doctoral identifica los conflictos colectivos como tipos de fenómenos sociales, cuyo potencial transformador se traduce en una intrínseca mutabilidad interna, que, en algunos momentos, puede asumir grados atenuados y, en otros, acentuados. Se demuestra que cuanto mayor es el grado de mutabilidad del respectivo conflicto colectivo, se amplía, proporcionalmente, su proyección prospectiva y, en consecuencia, la necesidad de tomarse decisiones conjuntamente predictivas y evaluativas para su resolución efectiva, ambas susceptibles de mayores riesgos de errores, derivados de interferencias cognitivas en los mecanismos heurísticos de deliberación individual o colectiva. A partir de este marco teórico, la investigación en cuestión realiza un esquema metodológico en el análisis del desempeño de los sujetos centrados en la toma de decisiones estratégicas para colectividades, orientadas a la resolución de disputas estructurales (diagnosticadas por la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos a mediados del siglo XX). Tales conflictos acompañan el uso sociológico del término "estructura" y abarcan inconformidades inconstitucionales en las instituciones de los sistemas sociales y en las interacciones que establecen entre sí y con los agentes de estos sistemas. Por medio de los aspectos metodológicos jurídico-dogmáticos, transdisciplinarios y dialécticos, esta investigación diagnostica que el alto grado de mutabilidad de los conflictos estructurales, asociado a su naturaleza policéntrica, exige una solución por medios jurisdiccionales que no se limite a los parámetros más estrictos del tradicional método procesal, especialmente en lo que respecta a los límites de la participación y las formas y efectos de la toma de decisiones. En este sentido, se propone que los sujetos ajenos a la justicia se conviertan en participantes activos de la toma de decisiones en el ciclo de implementación de las reformas estructurales. Para ello, se admite un modelo procedimental de dualidad cíclica y decisiones subjetivamente complejas, que se denomina "proceso colectivo estructural". Con el fin de utilizar estrategias de la 'arquitectura de elección', reduciendo el riesgo de interferencias cognitivas (sesgos y ruidos) en su toma de decisiones, la investigación

se propone a analizar los modelos en torno a los cuales se unen los sujetos interesados, en procesos colectivos estructurales, para sus deliberaciones individuales y colectivas.

Palabras Clave: Toma de Decisiones Estratégicas. Disputas Estructurales. Proceso Colectivo Estructural. Modelos Agregativos de Sujetos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	15
 PARTE I: NARRATIVAS DO LITÍGIO COLETIVO: FORMULANDO UMA TEORIA SOBRE “QUEM AS CONTA” E “COMO SÃO CONTADAS”.....		20
2.	INTERFERÊNCIAS COGNITIVAS E SEUS RISCOS ÀS TOMADAS DE DECISÃO ESTRATÉGICAS PARA COLETIVIDADES.....	24
2.1.	PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE TOMADAS DE DECISÃO E SOBRE A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS COLETIVOS PELA VIA JURISDICIONAL.....	29
2.2.	JULGAMENTOS HUMANOS E TOMADAS DE DECISÃO ESTRATÉGICAS PARA COLETIVIDADES.....	31
2.3.	AS HEURÍSTICAS E SEUS RISCOS DE ERROS SISTEMÁTICOS DE MEDIÇÃO: VIESES E RUÍDOS.....	38
2.4.	IDENTIFICANDO VIESES E SUA INTERFERÊNCIA NA TOMADA DE DECISÃO.....	46
2.4.1.	Vieses de Substituição.....	46
2.4.2.	Vieses de Conclusão.....	53
2.4.3.	Vieses de Coerência Excessiva.....	56
2.5.	INTERFERÊNCIAS COGNITIVAS NAS TOMADAS DE DECISÃO ESTRATÉGICAS PARA COLETIVIDADES.....	58
2.5.1.	Tomadas de Decisão Estratégicas para Coletividades e de Deliberação Coletiva.....	61
2.5.2.	Tomadas de Decisão Estratégicas para Coletividades e de Deliberação Individual..	67
2.6.	MITIGAÇÃO DE INTERFERÊNCIAS COGNITIVAS EM TOMADAS DE DECISÃO ESTRATÉGICAS PARA COLETIVIDADES.....	71
2.6.1.	Modelos Matemáticos para Tomadas de Decisão Estratégicas para Coletividades..	74
2.6.2.	Dos limões à limonada: sobre nudges e a utilização positiva de vieses.....	82
2.6.3.	Medições Preditivas por Especialistas.....	87
3.	O LITÍGIO COLETIVO, SEUS AGENTES, INSTITUIÇÕES E ESTRUTURAS: UMA TEORIA A PARTIR DOS DEBATES METODOLÓGICO E ONTOLÓGICO.....	97
3.1.	O INDIVIDUALISMO E SUAS ABORDAGENS REDUCIONISTAS.....	101
3.2.	A RESPOSTA DO COLETIVISMO E SUA TENDÊNCIA DETERMINISTA.....	106
3.3.	NEM INDIVIDUALISMO, NEM COLETIVISMO: A RENOVAÇÃO DOS DEBATES METODOLÓGICO E ONTOLÓGICO.....	111
3.3.1.	Teoria da Estruturação e o Paradigma da Inseparabilidade.....	114

3.3.2.	Emergentismo, Realismo Social Ontológico e Dualismo Analítico.....	121
3.3.3.	Outras Vertentes do Dualismo Analítico.....	127
3.4.	OS LITÍGIOS COLETIVOS ENQUANTO FENÔMENOS SOCIAIS.....	130
3.4.1.	O Imbróglio sobre a Titularidade dos Direitos Coletivos <i>Lato Sensu</i>.....	132
3.4.1.1.	A Classificação Legislativa Brasileira no Pêndulo entre Individualismo e Coletivismo..	135
3.4.2.	Em Direção à Dissipação do Imbróglio: Categorização dos Litígios Coletivos em Espécies.....	141
3.5.	UMA PROPOSTA EMERGENTISTA PARA O GÊNERO DOS LITÍGIOS COLETIVOS.....	145
3.5.1.	A Elasticidade dos Sistemas Sociais e a Mutabilidade como Atributo Intrínseco aos Litígios Coletivos.....	148
3.5.1.1.	A Intensidade da Percepção do Litígio Coletivo no Sistema Social.....	151
3.5.1.2.	Adaptabilidade das Formas Sociais Preexistentes do Sistema Social.....	156
3.5.2.	A Reverberação de Efeitos Prospectivos pelo Litígio Coletivo.....	158
3.5.2.1.	Resolução por Medições Preditivas e Avaliativas.....	164
3.6.	O PODER CAUSAL DAS TOMADAS DE DECISÃO PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS COLETIVOS.....	167

PARTE II: LITÍGIOS ESTRUTURAIS E PROCESSOS COLETIVOS COM ENFOQUE PROSPECTIVO: “ANTES-AGORA-DEPOIS-E-DEPOIS-AINDA”..... 170

4.	LITÍGIOS ESTRUTURAIS, SEU DIAGNÓSTICO NO DIREITO COMPARADO E SEU ENQUADRAMENTO AO GÊNERO DOS LITÍGIOS COLETIVOS.....	172
4.1.	PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIAGNÓSTICO E SOBRE A INCURSÃO AO DIREITO COMPARADO.....	177
4.2.	NOVAS FORMULAÇÕES À ADJUDICAÇÃO E O APOGEU DAS INJUNCTIONS NO DIREITO NORTE-AMERICANO.....	182
4.3.	A EVOLUÇÃO TEÓRICA DO POLICENTRISMO.....	195
4.4	LITÍGIOS DE INTERESSE PÚBLICO, LITÍGIOS ESTRUTURAIS OU LITÍGIOS INSTITUCIONAIS?.....	200
4.4.1.	Uma Conotação Sociológica Emergentista para os Litígios Estruturais.....	206
4.4.2.	Para os Litígios Estruturais, as Reformas Estruturais.....	212
4.4.3.	A Delimitação da Legitimidade Judicial à Resolução de Litígios Estruturais.....	218
4.5.	DO AUGÉ AO OCASO DAS ‘STRUCTURAL REFORMS’ NOS ESTADOS UNIDOS.....	232
4.5.1.	Reformas Estruturais nos Sistemas Prisionais norte-americanos.....	234
4.5.2.	Reformas Estruturais em Instituições de Saúde Mental.....	240

4.5.3.	O Fim do Apogeu da Era das Reformas Estruturais Estadunidenses.....	242
5.	UMA REFORMULAÇÃO PROCESSUAL À MODA LATINO-AMERICANA PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS.....	247
5.1.	SENTENCIAS ESTRUCTURALES E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA.....	254
5.1.1.	O Vanguardismo da Corte Constitucional Colombiana.....	255
5.1.2.	A Expansão da Litigância Estrutural à Argentina.....	268
5.1.2.1.	Litígios Estruturais e Causalidade Estrutural no Direito Argentino.....	276
5.2.	"TRAÇOS DE MEDIDAS ESTRUTURANTES" NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	280
5.2.1.	Ação Popular n.º 3388: o Caso 'Raposa Serra do Sol'.....	290
5.2.1.1	Cascatas de Disponibilidade em Decisões Judiciais Colegiadas.....	305
5.2.1.2.	Vieses de Substituição na Utilização de Taxas-Base em Decisões Judiciais que envolvam Medições Preditivas.....	307
5.2.1.3	Efeito Halo e Vieses de Coerência Excessiva em Decisões Judiciais.....	310
5.2.1.4.	Colegialidade e Ruído de Sistema.....	312
5.2.2.	Ainda sobre os 'Traços de Medidas Estruturantes' e a Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional.....	314
5.2.3.	Considerações sobre Tomadas de Decisão por Deliberação Individual e Coletiva na Resolução Processual do Litígio Coletivo.....	317

PARTE III: TOMADA DE DECISÃO ESTRATÉGICA EM PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS E AS “VOZES DISPERSAS DA COLETIVIDADE”..... 320

6.	"PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS": UM MODELO BRASILEIRO PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM JUÍZO.....	324
6.1.	PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE UM MODELO PROCESSUAL BRASILEIRO PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS.....	330
6.2.	A CONSTRUÇÃO DA TEORIA SOBRE 'PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS' NO BRASIL.....	332
6.2.1.	Há um 'Processo Estrutural' voltado à Resolução de Litígios Estruturais?.....	333
6.2.2.	Insere-se o 'Processo Estrutural' no Gênero dos Processos Coletivos?.....	340
6.3.	TÉCNICAS DIFERENCIADAS PARA TOMADAS DE DECISÃO EM PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS.....	345
6.3.1.	A Flexibilidade Procedimental e a Dualidade Cíclica do Procedimento: Ciclo de Identificação e Ciclo de Implementação.....	346

6.3.2.	Uso Positivo do Viés de Ancoragem: a Decisão Estrutural como Nudge Processual.....	352
6.3.3.	Cognição Contínua no Ciclo de Implementação de Reformas Estruturais e as Decisões Subjetivamente Complexas.....	362
6.4.	POR QUE SE FALAR EM 'DECISÕES SUBJETIVAMENTE COMPLEXAS'?.....	368
7.	TOMADAS DE DECISÃO SUBJETIVAMENTE COMPLEXAS EM PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS E SEUS MODELOS DE AGREGAÇÃO DE SUJEITOS.....	371
7.1.	MODELOS DE ATUAÇÃO E DELIBERAÇÃO ‘NÃO-AGREGATIVOS’ DE SUJEITOS PROCESSUAIS.....	376
7.1.1.	Legitimidade Extraordinária Institucional e Centros de Interesse Coletivos Ausentes.....	377
7.1.2.	A Designação de <i>Special Masters</i>.....	383
7.1.3.	Entidades com Infraestrutura Específica para a Resolução de Litígios Coletivos....	388
7.1.4.	Participação não-aparente: Terceiros Financiadores de Litígios (<i>Third-Party Funders</i>).....	394
7.2.	MODELOS DE ATUAÇÃO E DELIBERAÇÃO ‘AGREGATIVOS’ EVENTUAIS OU CONTINUADOS.....	402
7.2.1.	Modelo Agregativo Eventual e de Decisão por Deliberação Coletiva: Audiência Pública.....	403
7.2.2.	Modelo Agregativo para Cooperação: as Redes Internacionais de Juízes.....	407
7.2.3.	Modelos Agregativos Continuados e de Decisão por Deliberação Coletiva: Grupos de Trabalho ou Monitoramento, e Comitês de Instituições e Agentes Estratégicos..	410
7.3.	SOBRE O ‘PERIGO DO VALE DO NORMAL’ E A MITIGAÇÃO DO RISCO DE INTERFERÊNCIAS COGNITIVAS EM DECISÕES SUBJETIVAMENTE COMPLEXAS.....	416
8	CONCLUSÃO.....	422
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	427

1. INTRODUÇÃO

Como pontua Remo Caponi, em coletânea de estudos ao Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, a efetividade da performance de sistemas jurisdicionais não se condiciona apenas à refinada normatização procedimental ou à adequada disponibilização de recursos financeiros, mas principalmente à singularidade subjetiva que permeia esse contexto: “mentalidade, visões culturais, crenças éticas, estilo, usos e costumes que afetam os formuladores de políticas, e pessoas e profissionais envolvidos na máquina da justiça”¹. Efetivamente, o tratamento aos litígios, na via jurisdicional, é conduzido a partir de tomadas de decisão dos diversos sujeitos que se encontrem envolvidos. E, neste ponto, a observação não se restringe às decisões tomadas pelo magistrado, em seu exercício da jurisdição. Todas as etapas do trâmite processual e da resolução dos litígios se encontram envolvidas em um emaranhado de medições – que ora contemplam avaliações, ora previsões, prognósticos, dos diversos sujeitos processuais.

A observação de Remo Caponi suscita uma discussão sobre ‘poder’. O poder dos sujeitos inseridos no sistema social para determinar o tratamento que uma situação litigiosa de interesse social receberá perante a jurisdição; e o poder que o meio e a própria situação litigiosa exercem para influenciar ou determinar o agir dos sujeitos inseridos no sistema social. O respectivo dilema, sobre ‘poder’ e sobre como este ecoa entre a relação processual e a realidade fática no sistema social, é a fonte propulsora fundamental da curiosidade científica que inspira esta pesquisa – e, portanto, o contexto onipresente ao entorno do qual se desenrolarão todos os seus desdobramentos investigativos. Como recorte metodológico que se extrai deste contexto, concentra a análise no exercício dinâmico e reflexivo deste ‘poder’, por intermédio das tomadas de decisões dos sujeitos investidos ou não da função jurisdicional (categoria, portanto, em que se inserem não apenas os magistrados e órgãos jurisdicionais de modo amplo, como também agentes estratégicos, coletividades e porta-vozes institucionais), no âmbito de relações jurídicas processuais que pretendam dar solução coletiva a litígios estruturais.

No entanto, destoando-se do escopo que tradicionalmente constitui matriz às pesquisas processuais, a análise que ora se introduz não pretende se confinar aos esquadros de categorias de legitimação ou modalidades de intervenção processual, a despeito de se

¹ CAPONI, Remo. Harmonizing Civil Procedure: Initial Remarks. In: HESS, Burkhard; KRAMER, Xandra E. [Org.]. **From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure**. Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, v.8. Germany: Hart Publishing, Nomos, 2017, p.45, tradução livre: “[...] mindset, cultural views, ethical beliefs, style, usage and customs affecting policy makers, and people and professionals involved in the machinery of justice” (Original).

reconhecer a importância fundamental e imperativa das discussões que se realizem a esse respeito – sobretudo diante do reconhecimento do aprofundamento da complexidade do perfil de litigância, manifesto perante os tribunais brasileiros. Porém, ainda assim, escolhendo-se momentaneamente destoar de tais abordagens, a pesquisa que se realiza encontra seu ponto fundamental na investigação sobre ‘poder’: de transformar as relações processuais e ser por elas transformado, por intermédio do processo judicial, considerado exclusivamente em sua potencialidade de resolução de litígios estruturais.

A aparente intangibilidade do recorte epistemológico, contudo, exige que se lhe clarifique, e se lhe apontem as imediatas repercussões práticas. E, para tanto, realiza-se brevíssima incursão às reflexões teóricas que justificaram e antecederam sua delimitação – encontrando-as, assim, no diagnóstico realizado por Abram Chayes, ainda na década de 1970, a respeito de característica que constituiria traço fundamental de um então ‘novo’ perfil de litigância que se observava perante as Cortes estadunidenses²: os seus limites subjetivos ‘amorfos’. Ao novo perfil de litigância, à época, Chayes deu o nome de *public interest litigation* (ou, em português, litigância de interesse público)³, categoria que, subsequentemente, se desdobrou, sob o olhar investigativo de Owen Fiss⁴, para que dela se destacasse a litigância estrutural – temática da presente pesquisa, à luz de sua manifestação no cenário jurídico e social brasileiro. Mas, retomando-se às reflexões de Chayes sobre os traços subjetivos do perfil de litigância, os quais, inclusive, foram e são historicamente reproduzidos nas construções doutrinárias a respeito de litígios estruturais, notou-se como imperativo um esclarecimento preliminar: o que seriam ‘limites subjetivos amorfos’?

Recorrendo-se à semântica da palavra – que foi traduzida na sua literalidade, do vocábulo, em inglês (*amorphous*), utilizado pelo referido autor –, identificou-se que ‘amorfo’ corresponderia à característica daquilo que não teria forma específica ou definitiva. Portanto, seu emprego traduziria o claro intuito de Chayes de delimitar que as relações jurídicas processuais que pretendessem solucionar litígios dessa espécie não poderiam se confinar à rigidez de clássicos modelos processuais pautados pela estabilização e estaticidade dos limites subjetivos. Mas deveriam se permitir expandir, definitiva ou transitoriamente, mediante a participação processual de agentes estratégicos ou subgrupos interessados.

² CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. In: **Harvard Law Review**, v.89, n.7, p.1281-1316, Maio.1976.

³ *Ibid.*

⁴ FISS, Owen M. The Forms of Justice. In: **Harvard Law Review**, v.93, n.1, p.1-58, Nov.1979.

Ao se importar a sua teorização ao direito processual civil brasileiro, imediatamente se sente a instigação para se refletir se estes sujeitos, que – conforme a lógica dos ‘limites subjetivos amorfos’ – participariam da lide, receberiam o *status* jurídico de ‘partes processuais’, ou de ‘terceiros intervenientes’ (sendo que, neste último caso, poderiam ainda se enquadrar como assistentes simples, assistentes litisconsorciais ou *amici curiae*), ou mesmo se se estaria diante de nova modalidade, atípica, de intervenção processual. Todo esse esforço classificatório impulsionado pela tendência (fomentada pela tradicional lógica processual) de se delimitarem dentro de parâmetros estáticos os poderes processuais e a responsabilidade também processual destes agentes. Poderiam eles formular pedidos em aditamento à petição inicial, desistir, confessar, transigir, apresentar recursos contra decisões judiciais mesmo diante da inércia das partes originárias? Incurreriam no custeio dos ônus sucumbenciais?

Por mais atraente que possa ser, para a pesquisa de direito processual, investigarem-se prioritariamente as respostas a essas perguntas – as quais, reconhece-se, ocupavam papel de destaque dentre as primeiras reflexões que deram origem a esta pesquisa –, inevitavelmente, ao se tentar solucioná-las, depara-se com contratempo inescapável: a percepção de que, do modo como estão formuladas, carregam silenciosamente o embrião de uma tendência a se tentar adequar os limites subjetivos da litigância e do processo estrutural – os quais deveriam ser ‘amorfos’ – dentro da estaticidade de modelos típicos de atuação processual pré-formatados. Modelos para os quais são bem definidas as possibilidades de ingresso e atuação na relação processual, com vistas a se adequarem à sistemática processual para cujos limites subjetivos devem, sem demora, se estabilizar.

Não se está a dizer, com estas reflexões, que a estes sujeitos que participariam do processo, consoante uma dita sistemática ‘amorfa’, tudo seria permitido – ou, talvez, nada lhes seria franqueado. Parece inevitável o reconhecimento de que, ao participarem, de algum modo, da relação jurídica processual, devam lhes ser estendidas as elementares prerrogativas constitucionais de ampla defesa, contraditório, e duração razoável, por exemplo. Da mesma forma que não seria coerente que fossem escusados do cumprimento de deveres processuais cujo fundamento dogmático extrapole os próprios limites do direito processual, como se constata, por exemplo, em relação à boa-fé objetiva.

Porém, diante desta conjuntura, mais imperativa do que a tentativa de se lhes enquadrar em uma ou mais modalidades típicas de participação processual e intervenção, é a necessidade de se lhes identificar a origem e o alcance de seu ‘poder’, como participantes da relação jurídica processual – ‘poder’ este que, naturalmente, se manifesta por intermédio de suas tomadas de decisão. E, aqui, se retoma o recorte epistemológico que rege esta pesquisa.

Também se impõe delimitar, introdutoriamente, a escolha metodológica que se realiza, a fim de se analisarem as tomadas de decisão realizadas essencialmente como etapas integrantes da relação jurídica processual, ainda que dialógicas ou negociais – não se contemplando, todavia, atuações pré-processuais ou tomadas de decisão extrajudiciais e que sejam completamente desvinculadas do contexto processual (exceto, pontualmente, em algumas considerações e exemplificações que se utilizam na Parte I deste trabalho, com o intuito de se realizarem incursões transdisciplinares às ciências da Sociologia e da Psicologia Comportamental). Oportunamente, esclarece-se também outro aspecto que, a esta altura, já se possa ter feito insinuar, e que diz respeito ao fato de que o olhar investigativo que se atribui às tomadas de decisão realizadas em processos judiciais voltados à resolução de litígios estruturais inclui, mas não se esgota, às decisões judiciais, vale dizer, aquelas que sejam fruto apenas da deliberação do órgão jurisdicional. Assim, paralelamente, atribui-se tratamento investigativo proeminente às decisões tomadas na relação jurídica processual por agentes, coletividades e instituições do sistema social. Até mesmo porque, diante do amplo escopo das medidas que se vocacionem à resolução de litígios estruturais, são estes os sujeitos diretamente envolvidos e afetados pela transformação social correspondente.

Por fim, ainda preambularmente à apresentação da ‘morfologia’ desta pesquisa, aponta-se, diante do recorte epistemológico adotado, o objetivo geral de se formular teoria sobre as tomadas de decisões estratégicas em processos que se denominarão ‘coletivos estruturais’, a partir do olhar aos modelos de deliberação individual ou coletiva que adotem os sujeitos processuais. E como justificativa a assegurar legitimidade a este objetivo, tem-se a premissa de que as tomadas de decisão que se pretendam à resolução de litígios cujas dimensões reverberem no sistema social não podem simplesmente se fazer impermeáveis às características desse sistema – quanto aos seus agentes, às suas coletividades, às suas instituições e à forma como se interrelacionem. É necessário se traçar um modelo processual que se faça permeável ao ‘poder’ e ao potencial transformativo do agir deliberativo dos sujeitos (individuais ou coletivos) que integrem o sistema social, sem que, com isso, esse modelo processual se faça mais suscetível a decisões equivocadas ou inadequadas, como decorrência dos riscos de interferências cognitivas que acompanhem as dinâmicas deliberativas e interacionais desses sujeitos.

Para o alcance destes propósitos, e sob vertente metodológica jurídico-dogmática, análise transdisciplinar e raciocínio dialético, organiza-se o desenvolvimento desta pesquisa em três partes sucessivas e interrelacionadas. Na Parte I, realizam-se incursões transdisciplinares na Psicologia Comportamental e na Sociologia (a fim de se delimitarem os axiomas a partir dos quais se desenvolve esta pesquisa), além de se propor formulação teórica emergentista para o

gênero dos litígios coletivos, identificando como seus elementos essenciais a mutabilidade e a reverberação de efeitos prospectivos. A Parte II promove observação às experiências das Cortes de ordenamentos jurídicos estrangeiros, a fim de se diagnosticar a litigância voltada à resolução de litígios estruturais. Neste sentido, entrelaçando-se à Parte I, reformula o valor semântico da designação destes litígios, à luz da teoria que se propõe para o gênero dos litígios coletivos. Por fim, a Parte III se dedica a enquadrar o instrumento dos ‘processos coletivos estruturais’ como adequado à solução em juízo de litígios estruturais, a partir do que elabora um contributo à teoria dos processos coletivos estruturais no Brasil, por intermédio da proposição do reconhecimento da natureza subjetivamente complexa das decisões tomadas em ciclo de implementação de reformas estruturais.

PARTE I

NARRATIVAS DO LITÍGIO COLETIVO: FORMULANDO UMA TEORIA SOBRE “QUEM AS CONTA” E “COMO SÃO CONTADAS”¹

É impossível falar sobre a história única sem falar sobre poder. Existe uma palavra em *igbo* na qual sempre penso quando considero as estruturas de poder no mundo: *nkali*. É um substantivo que, em tradução livre, quer dizer “ser maior do que o outro”. Assim como o mundo econômico e político, as histórias também são definidas pelo princípio de *nkali*: como elas são contadas, quem as conta, quando são contadas e quantas histórias são contadas depende muito de poder. **O poder é a habilidade não apenas de contar a história de outra pessoa, mas de fazer que ela seja a sua história definitiva.** [...] Comece a história com a flecha dos indígenas americanos, e não com a chegada dos britânicos, e a história será completamente diferente. Comece a história com o fracasso do Estado africano, e não com a criação colonial do Estado africano, e a história será completamente diferente.²

Com essas palavras, Chimamanda Ngozi Adichie – contadora de histórias, como se autoidentifica³ – anuncia seu manifesto sobre o perigo da história única. ‘Única’, porque destituída de sua diversidade, de vários traços de sua verdade, de sua relevância ou de seu empoderamento, para se conformar às palavras escolhidas por seu narrador ao reportá-la. Escritora e contadora de histórias que é, Chimamanda Adichie não rotula este narrador com a intenção, que dele fosse supostamente indissociável, de usurpar os laços de titularidade entre a história e seus personagens – entre as lutas de libertação e os povos que nelas se mobilizaram, entre os episódios de conquistas de direitos e os grupos que se articularam para conquistá-los, entre batalhas ou massacres, e as nações que foram vitimizadas. Por outro lado, Chimamanda Adichie faz um convite ao reconhecimento de que, inevitavelmente, o narrador de uma história posiciona-se como um filtro entre a história em si (com seus fatos e personagens) e a narrativa a ser contada (que constitui não mais do que uma versão destes fatos e personagens).

Àqueles que sejam apreciadores das artes literárias, a constatação pode não surpreender. Afinal, não são apenas de ‘narradores oniscientes’ que se fazem os livros e ficções. Alguns dos mais instigantes contos ou novelas são trazidos ao conhecimento do leitor pela ótica de complexos ‘narradores personagens’, que reportam, em primeira pessoa, os fatos de que

¹ ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **O Perigo de uma História Única**. Tradução de Júlia Romeu. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p.23. A obra consiste na transcrição e adaptação, traduzida, da conferência de mesmo nome, ministrada pela autora, junto ao TED Talks, em 2009, disponível em: https://www.ted.com/talks/chimamanda_ngozi_adichie_the_danger_of_a_single_story/transcript?language=pt. Acesso em 28 mai.2022.

² *Ibid.*, p.22-24, sem destaques no original.

³ *Ibid.*, p.11.

tenham participado, sob seu nítido ponto de vista e impregnados de suas próprias impressões. Outros, são intermediados pelo olhar de interessantes ‘narradores observadores’, que, em terceira pessoa, dedicam-se a descrever acontecimentos dos quais não tenham pessoalmente participado, mas apenas presenciado ou espreitado, apresentando-os por isso pelo seu olhar unilateral de espectador – como uma testemunha.

No entanto, não são aos narradores ficcionais, de novelas, contos ou romances, que Chimamanda Adichie faz referência em sua conferência “O Perigo de uma História Única”, mas aos cotidianos narradores não ficcionais de histórias reais, cujos personagens não ‘ganham vida com a narrativa’ – mas têm vida, existência e subjetividade que antecedem, sucedem e transcendem a narrativa. Além disso, as próprias narrativas que inspiram Chimamanda Adichie, neste manifesto, não se resumem aos livros não ficcionais, às matérias jornalísticas, ou aos artigos de opinião que se publiquem nos mais diversos meios de comunicação. Mas acabam se estendendo a quaisquer circunstâncias ou momentos de expressão, em que uns se empoderem, como narradores ou porta-vozes, dos fatos de outros (ou de fatos que sejam, simultaneamente, de si e de outros). Seja o professor em sua sala de aula, o relator dos trabalhos de uma equipe em uma reunião profissional, o candidato em campanha à eleição para cargo político nos Poderes Executivo ou Legislativo, o ocupante atual de um desses cargos em exercício, o líder sindical ou comunitário em uma audiência pública, ou o legitimado extraordinário em uma ação em tutela jurisdicional de interesse de coletividade.

A todos estes sujeitos, é confiada a responsabilidade de ser narrador. E, como alerta Chimamanda Adichie, também o ‘poder’ de fazer com que sua narrativa se torne a história definitiva de pessoas, grupos ou nações. Muito mais do que reportar eventos e dar tom à história, o narrador assume o poder de tomar decisões que sejam estratégicas à coletividade de personagens não ficcionais dessa história. No entanto, ainda que se revista de tão peculiar poder, esse ‘narrador de histórias reais’ está distante de se equiparar às potencialidades de um ficcional ‘narrador onisciente’. Em relação às histórias reais, é possível afirmar com convicta certeza que o narrador de fatos de outros (ou que sejam simultaneamente de si e de outros), seja ele quem for, muito provavelmente não conhece (nem conhecerá) todos os lados da verdade desses fatos, todas as variáveis inconstantes a que possam estar submetidos, todos os interesses jurídicos ou não-jurídicos que possam estar presentes, ou todos os riscos que possam sobre eles incidir. Porém, nem por isso o narrador terá reduzido ou mitigado seu poder de narrar.

Transportando-se as palavras de Chimamanda ao objeto de estudo desta pesquisa, vê-se que elas levam a refletir sobre como os fenômenos sociais e coletivos são, em essência,

reportados às esferas sociopolíticas e jurisdicionais por intermédio da atuação, ora de ‘narradores observadores’, ora de ‘narradores personagens’, os quais, mesmo sem aptidão de onisciência, assumem o poder de tomar decisões que sejam estratégicas à coletividade. Na forma como reportam os fatos e fenômenos sociais e coletivos, definem-se a quais elementos se dará ênfase, como se tratará (ou *se sequer haverá*) a interlocução com o grande público na hipótese de tema que provoque comoção social, quais enfoques político-ideológicos ou socioeconômicos direcionarão a discursividade, a quais tipos de propostas de solução se dará prioridade em caso de conflito ou problema social ou coletivo a ser solucionado.

Por outro lado, chega a ser levemente embaraçoso e inconveniente reconhecer a veracidade do manifesto de Chimamanda Adichie, quando ela demonstra como as percepções desses narradores podem ser frutos do quão “impressionáveis e vulneráveis [...] diante de uma história”⁴ são os sujeitos. E, portanto, do quanto suas decisões a respeito da própria forma como irão narrar podem se ver sob risco de interferências cognitivas que tenham origem em suas experiências pessoais, opiniões, desejos, apreensões ou percepções subjetivas do meio e das circunstâncias.

Permitindo conhecer suas histórias pessoais – e, em metalinguagem, narrando suas experiências a respeito de narrativas suas e daqueles ao seu redor –, Chimamanda Adichie conta sobre como, aos dezenove anos, quando cursava a faculdade nos Estados Unidos, surpreendeu uma colega de quarto norte-americana, que lhe perguntou sobre como teria aprendido tão bem a dominar o inglês como idioma – quando, na verdade, este se tratava da língua oficial da Nigéria, seu país de origem⁵. E, também, contou sobre como a mesma colega teria se decepcionado ao constatar que, ao invés de músicas tribais, Chimamanda também teria preferências musicais equivalentes às da maioria dos jovens estadunidenses – ouvindo, à época, sua “fita da Mariah Carey”⁶. Como constatou Chimamanda, sua “colega de quarto tinha uma história única da África [...]. Naquela história única não havia possibilidade de africanos serem parecidos com ela de nenhuma maneira; [...] não havia possibilidade de uma conexão entre dois seres humanos iguais”⁷.

Em contrapartida, e por efeito de espelhamento, Chimamanda também se descobriu narradora de percepções equivalentemente estereotipadas sobre histórias de outros. A respeito disso, conta que, na Nigéria, ainda sob o olhar de sua meninice, percebeu como vinha fazendo

⁴ ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*, p.13.

⁵ *Ibid.*, p.16.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibid.*, p.17.

interpretação nada fidedigna da história de Fide, um jovem que trabalhava em sua casa. Chimamanda assim apresenta sua origem socioeconômica confortável, sendo filha de professor universitário e de administradora, em uma família de classe média que tinha a possibilidade financeira de empregar moradores de vilarejos vizinhos, para serviços domésticos. Fide seria uma dessas pessoas. Ainda criança, Chimamanda apenas conhecia a história de Fide conforme esta lhe vinha sendo transmitida pelo filtro das narrativas de seus pais, as quais davam ênfase à situação financeira de pobreza que a família daquele vivenciava. Porém, ao visitar a casa de Fide e de sua família, em certa ocasião, Chimamanda descreve qual foi seu espanto, ao conhecer os produtos artesanais confeccionados pela mãe e pelo irmão do jovem. Seu sobressalto se deveu ao fato de que “só tinha ouvido falar sobre como eram pobres, então ficou impossível [...] vê-los como qualquer coisa além de pobres. A pobreza era [...] história única deles”⁸.

Contudo, a despeito dos riscos que se encontrem imbricados ao ‘poder’ daquele que narra, a verdade é que histórias – reais ou ficcionais –, para que sejam contadas, não podem ser destituídas de seus narradores. Porém, em relação às histórias reais de fatos e fenômenos sociais e coletivos, sobretudo quando narradas junto aos espaços públicos políticos e jurisdicionais de conquistas e proteção de direitos, é preciso que se atente para que não se tornem histórias ‘únicas’. Encontrando-se a onisciência fora do alcance de seus narradores (sejam eles pessoas naturais, institucionais ou coletivamente articuladas), a proteção das histórias sociais e coletivas contra as narrativas que lhes reduzam indevidamente exige que se volte o olhar às tomadas de decisão desses narradores, que sejam estratégicas às coletividades. E, sucessivamente, que se reflita sobre o potencial determinante dessas tomadas de decisão na transformação das estruturas sociais e coletivas envolvidas nesses fenômenos. Ora, senão para assegurar transformações em direção à maior concretização de direitos sociais e coletivos, que outro propósito deveria inspirar estes narradores da vida real, em sua função social de narrar?

⁸ ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*, p.15-16.

2. INTERFERÊNCIAS COGNITIVAS E SEUS RISCOS ÀS TOMADAS DE DECISÃO ESTRATÉGICAS PARA COLETIVIDADES

Em seminário virtual promovido pela École des Hautes Études Commerciales de Paris (HEC Paris), em junho de 2020, Olivier Sibony⁹ propõe interessante reflexão sobre os processos de tomada de decisão de políticos, governantes e demais profissionais encarregados de salvaguardar famílias, comunidades e nações, em meio ao ápice dos tempos de incertezas e angústias provocadas pela pandemia da Covid-19¹⁰. Ao fazê-lo, revela realidade desconcertante, porém ostensiva: o profundo abismo a contrastar (entre si e, por vezes, em relação à realidade) opiniões, previsões e estimativas de profissionais, políticos, analistas e cientistas, a respeito da evolução da pandemia nos meses (ou anos, como enfim se revelou) que se seguiriam.

Por mais que a princípio pudesse parecer tema afeto às habilidades de adivinhação, e que, por isso, talvez referida inconclusividade ou discrepância, por si só, não merecesse maiores preocupações, a verdade é que a leitura do cenário feita por cada um desses agentes culminava, dia a dia, a se revelar decisiva para o sucesso ou para a frustração da missão comum de redução das curvas exponenciais de contaminação e mortes causadas pelo vírus SARS-CoV-2¹¹. Tais percepções subjetivas inevitavelmente influenciaram (e continuam a influenciar) a tomada de decisão desses profissionais na concretização de seus encargos de elaboração ou adaptação de políticas públicas¹², ou ainda de reestruturação dos fluxos de operacionalização de instituições públicas e privadas estratégicas – levando-os, assim, a adotar providências impactantes de enfrentamento à pandemia imediatamente, ou até mesmo a optarem pelo prolongamento de medidas tênues ou de reduzido impacto socioeconômico.

Por um lado, o ineditismo das circunstâncias tornava compreensível a margem de incerteza e certa divergência de posicionamentos entre os especialistas. Por outro, o

⁹ SIBONY, Olivier. Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis. In: **HEC Paris Insights** [Seminário Virtual], École des Hautes Études Commerciales de Paris, jun.2020a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RhAKzmpwpzw> – Acesso em 13 mar.2022.

¹⁰ Infecção respiratória aguda provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2.

¹¹ Como aponta também Olivier Sibony no evento virtual French-American Breakfast (promovido pela French-American Foundation), no cenário traçado pela pandemia da Covid-19, o tempo de demora para adoção de medidas responsivas diretas, por governantes, ao combate da transmissão do vírus revelou-se como um dos mais importantes fatores a determinar a redução ou aumento da curva exponencial de internações e óbitos pela doença, entre os diferentes países ou regiões (SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. Decision-making in a time of crisis: How can behavioral Science inform the Covid-19 response? In: **French-American Breakfast** [evento virtual], French-American Foundation, mai.2020. Disponível em: <https://vimeo.com/423602286#t=320s> – Acesso em 13 mar.2022).

¹² Sobre a temática, cf. HOPPE, Robert. Heuristics for Practitioners of Policy Design: Rules-of-thumb for structuring unstructured problems. In: **Public Policy and Administration**, v.33, n.4, p.384-408.

considerável avanço científico e tecnológico, somado à gravidade do contexto, gerou alta expectativa de previsões assertivas desde os primeiros momentos a partir da declaração da pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS)¹³. Rapidamente, à medida que cresceram os números de óbitos e de manifestações graves da doença, foram as coletividades (tão amplas e diversificadas, ao ponto de alcançarem dimensões intercontinentais) posicionando-se ao entorno dos discursos de porta-vozes que lhes parecessem mais coerentes ou, para alguns, mais convenientes. E como efeito quase satírico desta conjuntura, nunca se viram tantos ‘especialistas’ em saúde pública e formulação de políticas públicas.

O panorama crítico consistiu, portanto, em urgente impulsor para que Olivier Sibony aprofundasse suas pesquisas – já notoriamente em curso¹⁴ – a respeito de como diferentes sujeitos tomam decisões em tempos de incerteza e de crise, e inevitavelmente sobre como estes sujeitos mensuram a repercussão de suas decisões em assuntos de amplo espectro. Em sua breve exposição aos pesquisadores da HEC Paris¹⁵, Sibony demonstrou como determinados modelos mentais, processos heurísticos e ruídos – fenômenos acerca dos quais se delineará este capítulo – contribuíram para persistentes erros de avaliação na mensuração da real gravidade da pandemia da Covid-19, seja para subestimá-la ou, porventura, para lhe prever contornos ainda mais agravados. E, também, demonstrou como estes mesmos processos heurísticos por vezes favoreceram a proliferação de formulações hipotéticas (assim, consideradas teorias da conspiração) sobre a Covid-19¹⁶.

Para tanto, Sibony organizou suas conclusões¹⁷ conforme apontassem os fatores que teriam afetado a tomada de decisões por sujeitos estratégicos (i) no momento de diagnóstico da natureza pandêmica da crise de saúde pública, (ii) na elaboração de medidas responsivas à sua superação, e (iii) no prognóstico de sua evolução para os meses (ou anos) então vindouros.

¹³ GHEBREYESUS, Tedros. **WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19**. Genebra, Suíça: World Health Organization, 11 mar.2020.

¹⁴ Cf. SIBONY, Olivier. **You’re About to Make a Terrible Mistake: How Biases Distort Decision-Making – and What You Can Do To Fight Them**. Little, Brown Spark: 2020b. Cf. KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído: Uma Falha no Julgamento Humano**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

¹⁵ SIBONY. *Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis*, *op. cit.*

¹⁶ Sobre o tema, cf. RAMZY, Austin; CHIEN, Amy Chang. Rejecting Covid Inquiry, China Peddles Conspiracy Theories Blaming the U.S.: A new wave of disinformation follows President Biden’s order for the United States to investigate the origin of the pandemic, including the possibility of a lab leak in Wuhan. In: **The New York Times**, seção A, p.4, 26 ago.2021. Cf. AHMED, Wasim; VIDAL-ALABALL, Josep; DOWNING, Joseph; SEGUÍ, Francesc López. COVID-19 and the 5G Conspiracy Theory: Social Network Analysis of Twitter Data. In: **Journal of Medical Internet Research**, vol. 22,5 e19458, mai.2020.

¹⁷ SIBONY, *op. cit.*

Iniciou, assim, sua exposição¹⁸, diagnosticando o paradoxo, identificável a partir de evidências da Psicologia Comportamental, entre o comportamento comum de sujeitos, recorrentemente observável em situações de crise, e a postura que assumiram diversos governantes e agentes públicos ao eclodir da pandemia (*i*). Nesse sentido, Sibony pontuou que as pesquisas comportamentais evidenciariam a comum tendência, diante de situações de riscos inusuais, de se *superestimarem* seus efeitos, ainda que, em termos de análise estatística, estes pudessem se revelar pouquíssimo prováveis de se concretizarem¹⁹. E, precisamente por estarem cientes desta inclinação de comportamento, estudiosos da Psicologia Comportamental teriam estimado²⁰, aos primeiros meses de pandemia, que as percepções coletivas sobre a conjuntura muito provavelmente refletiriam *exagerada* sensação de medo em correspondência à sua gravidade. No entanto, o transcurso do tempo causou perplexidade a todos ao revelar que, ao contrário, a avaliação circunstancial de considerável parte dos políticos e agentes públicos teria sido de *subestimação* do cenário pandêmico²¹.

Seria este um caso de lacuna na pesquisa científica acerca do comportamento humano voltado às tomadas de decisão diante de situações de crise? Sibony²² explica que não haveria erro a ser atribuído à ciência da Psicologia Comportamental em si, mas sim a desconsideração, por muitos, das múltiplas outras variáveis psicológico-comportamentais que, contrabalanceando-se à já mencionada tendência de *superestimação* dos efeitos de situações

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Nesse sentido ilustra exemplificativamente Daniel Kahneman, ao demonstrar como recentes memórias de notícias veiculadas na mídia sobre raros episódios de terrorismo ou tsunamis provocam nas pessoas forte abalo emocional associativo e onda de temor, que fazem com que a alta acessibilidade da informação embaralhe-se à baixa probabilidade de sua ocorrência, gerando fortes impressões de risco: “emoção e vivacidade influenciam fluência, disponibilidade e julgamentos de probabilidade” (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.404). Também *cf.* TALEB, Nassim Nicholas. **A Lógica do Cisne Negro: O Impacto do Altamente Improvável**. 9.ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2015.

²⁰ Sobre o tema, *cf.* FISHER, Max. Coronavirus ‘Hits All the Hot Buttons’ for How We Misjudge Risk. *In: The New York Times*, seção A, p.11, 13 fev.2020. *Cf.* SUNSTEIN, Cass R. The Cognitive Bias that Makes us Panic About Coronavirus. *In: Bloomberg Opinion* [recurso eletrônico], 28 fev.2020a. Disponível em: <https://www.bloombergquint.com/gadfly/coronavirus-panic-caused-by-probability-neglect> - Acesso em 13 mar.2022. *Cf.* BUARQUE, Daniel. Coronavírus: ‘Foco da imprensa em número de mortes e falta de proteção amplia medo geral’, diz especialista em percepção de risco. *In: BBC News Brasil* [recurso eletrônico], 11 mar.2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51822927> - Acesso em 13 mar.2022.

²¹ “Não era apenas a ausência de preocupação emergencial. No fundo, muitos de nós imaginávamos que todas as pandemias poderiam ter um fim similar ao da Sars, que acabou sendo controlada e desapareceu, ou da gripe suína, responsável por um número de mortos inferior às previsões mais otimistas. Mesmo a Zika, transmitida por meio da picada de um mosquito, seguiu restrita a apenas algumas partes do Brasil e de poucos países. O mundo, na nossa cabeça, havia avançado muito desde a gripe espanhola, mais de cem anos atrás. Um cenário como o da peste negra jamais seria cogitado em nossos dias. Infelizmente, muitas pessoas – incluindo autoridades – pensaram da mesma forma. Esse comportamento foi fatal. No mundo inteiro. Erramos tanto ao não prever o risco imediato, como também ao achar que todas as epidemias teriam o mesmo destino de outras recentes” (CHACRA, Guga. **Confinado no Front: Notas sobre a Nova Geopolítica Mundial**. São Paulo: Todavia, 2020, p.12).

²² SIBONY. *Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis*, *op. cit.*

inusuais de risco, teriam contribuído para *abrandar* as previsões e avaliações humanas acerca da eclosão da pandemia – processos heurísticos que, como se verá adiante, produziriam vieses e ruído.

Dentre estas variáveis, apontou Sibony²³ a disseminada crença, em diversos países europeus, de que se estaria diante de mais um quadro de gripe, com sintomas, efeitos e riscos equivalentes a esta – suposição que, como se sabe, não se confirmou (e que, evidentemente, contribuiu para acentuar o contraste entre as primeiras medidas responsivas aplicadas na Europa, em comparação com diversos países do leste asiático, onde se pensava estar diante de quadro de SARS). Adicionalmente, identificou o palestrante²⁴ a natureza *contraintuitiva* das curvas de crescimento *exponencial* que refletiriam os números de óbitos por Covid-19 já nos primeiros dias de pandemia – representações gráficas estas que, diariamente, desafiavam a predisposição humana em prenunciar crescimentos meramente *lineares*. Além de alertar para a própria resistência de muitos agentes públicos em abandonar a crença de que, apesar dos calamitosos quadros causados pela pandemia ao redor do mundo, ‘em seus próprios países ou regiões²⁵, o prognóstico seria diferente’ graças a pontuais peculiaridades demográficas ou geográficas destes, por exemplo. Todas estas variáveis, como destaca Sibony²⁶, sintonizaram-se finamente com a natureza de ‘animal social’ dos seres humanos que, por si só, representou dificultador da adesão às cada vez mais anunciadas recomendações de isolamento social.

Em continuação à sua narrativa, Olivier Sibony²⁷ demonstra também como os referidos processos heurísticos prosseguiriam a, incessantemente, explicar sucessivas outras discrepâncias entre as avaliações e previsões de governantes, políticos, agentes públicos e, até mesmo profissionais de saúde, acerca da evolução da pandemia da Covid-19, também durante (ii) a elaboração de medidas responsivas à sua superação. Variâncias entre tomadas de decisão que, paradoxalmente, conforme as ponderações do referido palestrante²⁸, foram intensificadas pela configuração monotemática dos espaços de discussão social, política ou midiática, em torno da crise de saúde pública. O paradoxo se explicaria pelo fato de que o excesso de foco em

²³ SIBONY. *Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis*, op. cit.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Em artigo de opinião publicado no Jornal Le Monde Diplomatique Brasil, pesquisadores do Grupo de Pesquisa “Discurso, Redes Sociais e Identidades Sociopolíticas” (vinculado ao Programa de Pós-Graduação de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade e ao Curso de Relações Internacionais do DDAS/ICHS, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro) destacam a discrepância entre discursos políticos de governantes ao redor do mundo: ROMANO, Jorge Osvaldo *et al.* A Disputa de Discursos sobre a Pandemia. In: **Le Monde Diplomatique Brasil**, edição 155 [recurso eletrônico], jun.2020. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-disputa-de-discursos-sobre-a-pandemia/> - Acesso em 13 mar.2022.

²⁶ SIBONY, op. cit.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

um determinado aspecto do contexto acentuaria uma espécie de letargia coletiva em relação aos inúmeros demais eventos ou fatores que, interrelacionados, poderiam se revelar também extremamente relevantes na elaboração de uma política pública responsiva à pandemia. É o caso, por exemplo, de ponderações sobre oscilações no mercado financeiro e instabilidades na acessibilidade a matérias-primas ou a bens de consumo – impactos que seriam mensuráveis em decorrência dos sucessivos fechamentos de comércio e de fronteiras²⁹.

Mas certamente uma das questões que provocou mais afiados debates e desacordos, seja entre governantes e governados, seja entre diferentes coletividades, diz respeito à continuidade ou ao relaxamento de *lockdowns* ou de demais medidas de isolamento social. Neste ponto, demonstra Sibony³⁰ como alguns procedimentos mentais quase indomáveis persuadem a substituir considerações complexas em tomadas de decisão (como, por exemplo, a avaliação da combinação entre os diferentes fatores que compõem a dinâmica da pandemia, interferindo na probabilidade de transmissão e contaminação pelo vírus causador da Covid-19), por raciocínios simplificados, que buscam decidir sobre a manutenção ou suspensão de medidas restritivas de contato social apenas com base na redução absoluta do número de casos diagnosticados em um determinado tempo e lugar.

Certas ou erradas as decisões tomadas por agentes estratégicos em meio à evolução da pandemia, alerta também Olivier Sibony³¹ a respeito das cautelas que se deve guardar em relação às irresistíveis tentativas de predição sobre seu futuro (*iii*). Isso porque, analisando-se os fatos já ocorridos retrospectivamente, tudo tende a se organizar de forma muito lógica e coerente, fabricando a falsa percepção de que, ao momento em que estariam ainda prestes a ocorrer, já seriam, também, necessariamente previsíveis³²: efeito mental que induz, em contrapartida, à construção de equivalente autoconfiança para a profecia de cenários futuros.

Naturalmente, não se está, com esta rememoração às reflexões de Sibony a tentar classificar como assertivas ou equivocadas cada uma das decisões tomadas por políticos, governantes, especialistas e demais profissionais durante tempos de tanta incerteza generalizada. Mas propõe-se a realçar a complexidade dos processos de tomada de decisão e de

²⁹ Impactos que também reverberariam seus efeitos no âmbito das relações privadas, entre agentes individuais. Em exemplificação, *cf.* BRITO, Laura. MARX NETO, Edgard Audomar. Revisão Transitória de Alimentos e a Pandemia da Covid-19. In: **Revista Fórum de Direito Civil**, v.10, n.26, p.103-122, jan/abr.2021.

³⁰ SIBONY. *Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis*, *op. cit.*

³¹ *Ibid.*

³² “Ignorávamos que os Estados Unidos tinham casos registrados desde o final de janeiro. Não ligávamos que epidemiologistas alertassem para a possibilidade de o vírus se expandir por todo o globo se medidas imediatas não fossem tomadas. Ainda quebro a cabeça para entender por que estávamos tão apáticos (ou indiferentes) diante da obviedade que era a chegada do vírus” (CHACRA. *Confinado no Front*, p.15).

correspondência aos anseios coletivos – nem sempre imediatamente tangíveis –, pelos sujeitos (individuais ou institucionais) responsáveis a lhes dar voz em meio a contextos tão conflituosos, multifacetados e, porventura, extremos, como ilustra a pandemia da Covid-19.

2.1. PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE TOMADAS DE DECISÃO E SOBRE A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS COLETIVOS PELA VIA JURISDICIONAL

Apesar de não retratarem deliberações realizadas no transcurso de relação jurídica processual, as ponderações de Olivier Sibony a respeito das decisões tomadas no diagnóstico e enfrentamento da pandemia da Covid-19 despertam graves preocupações de índole processual. Isso porque, conforme as palavras de Felipe Barreto Marçal, a “‘equação processual’ carece da mais importante variável – o comportamento humano”³³, de forma que “o Direito Processual não pode mais se valer cegamente de institutos pensados *em tese*, sem auxílio das demais ciências que justamente estudam o comportamento e a mente humana”³⁴. O retrato descrito por Sibony enfatiza duas realidades manifestas sobre os contextos litigiosos de dimensão social (ou, como se preferirá dizer, coletiva³⁵), a respeito das quais teoricamente se tem consciência, embora o tratamento jurídico-normativo voltado à resolução de litígios coletivos pelo método processual, no Brasil, não lhes dê dimensionamento adequado (ou, talvez, sequer mínimo).

A primeira destas realidades diz respeito ao fato de que o agir deliberativo para a resolução de um litígio coletivo será impactado pela própria situação litigiosa, mas também, inevitavelmente, estará suscetível a outros tipos de interferências que, concomitantemente, possam influenciar o resultado da deliberação – ainda que, sob perspectiva estritamente técnica, porventura não o devessem (como é o caso, por exemplo, de sensações de medo, admiração ou afeto, maior ou menor facilidade de acesso imediato a uma lembrança ou informação, na memória, ou até mesmo propensões otimistas ou pessimistas do sujeito decisor).

A segunda destas realidades corresponde ao reconhecimento de que, ainda que o litígio coletivo seja objeto de um processo judicial, o agir deliberativo para a sua resolução definitivamente não será atribuição exclusiva do órgão jurisdicional. Reavivam-se, neste ponto, as reflexões de Chimamanda Adichie³⁶ sobre o *poder dos narradores*, para se perceber que a

³³ MARÇAL, Felipe Barreto. Direito Processual Comportamental: Repensando Institutos Processuais a partir da Economia Comportamental, da Psicologia Cognitiva e da Neurociência. In: **Revista de Processo**, v.305/2020, p.427-448, jul.2020.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cf. item 3.4, *infra*.

³⁶ ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*, *op. cit.*

resolução do litígio coletivo pelo método processual será delimitada, minimamente, por mais um agir deliberativo – que consiste na tomada de decisão, pelo legitimado extraordinário, sobre a narrativa que se fará do litígio coletivo, as estratégias que se adotarão e os pedidos que se formularão. Porém, o relato de Sibony permite que se identifiquem ainda outros ‘narradores’.

Acrescente-se um processo judicial voltado a solucionar litígio coletivo originado ou correlacionado com o contexto pandêmico, à narrativa de Sibony, e ainda assim, não se eliminará a centralidade da importância das decisões políticas e econômicas tomadas por governantes, ministros de Estado ou secretários; assim como das estimativas e projeções de membros da comunidade científica, sobre a gravidade da pandemia e seus efeitos; ou mesmo dos posicionamentos públicos de influenciadores de diversas áreas, aptos a direcionar, amplificar ou abafar comoções sociais. No cenário hipotético de se reconstruir a narrativa de Olivier Sibony, para que se desenrolasse ao entorno do relato de determinado processo judicial, as eventuais decisões de mérito tomadas pelo órgão jurisdicional constituiriam âncora³⁷ à resolução do litígio coletivo correspondente. Mas poderiam ter o alcance de sua efetividade precocemente ceifado, caso pretendessem transmitir uma aparente³⁸ impermeabilidade ao agir deliberativo estratégico³⁹ dos demais agentes do sistema social, das coletividades interessadas e das instituições – assim como ao modo como esse mesmo agir é apto a moldar progressivamente o próprio litígio coletivo (que, como se sustentará, não possui estaticidade⁴⁰).

Por este motivo, a formulação teórica a conferir embasamento ao desenvolvimento desta pesquisa consistirá na ideia de que o processo judicial voltado à resolução de um litígio coletivo deve ser *permeável* à mutabilidade que é inerente a este litígio e que resulta do modo com a própria situação litigiosa impacta no agir deliberativo dos agentes, coletividades e instituições do sistema social, e nas formas sociais preexistentes desse mesmo sistema. Como se sustentará, identifica-se um nexo de quase simbiose: o litígio coletivo provoca modificações nas interações entre agentes e partes do sistema social, assim como influencia o seu agir deliberativo; este último, por sua vez, materializa-se em ações e decisões que modificarão as próprias características do litígio. Todavia, como contrapartida de uma tal *permeabilidade*, não pode o processo judicial se tornar mais vulnerável ou suscetível a absorver tipos indesejados de

³⁷ Como se verá, a utilização do termo âncora, neste ponto, é alinhada à significação que lhe é atribuída pela Psicologia Comportamental (cf. itens 2.4.2 e 6.3.2, *infra*).

³⁸ E, neste ponto, enfatiza-se a ideia de que uma dita impermeabilidade seria meramente ‘aparente’, seja pelo fato de se encontrar suscetível a interferências cognitivas (como se demonstrará neste capítulo), seja em decorrência do poder causal que emerge do litígio coletivo (como se demonstrará no capítulo seguinte – cf. item 3.5, *infra*).

³⁹ Sobre tomadas de decisão estratégicas às coletividades, cf. item 2.2, *infra*.

⁴⁰ Cf. item 3.5.1, *infra*.

influências, que, sob a forma de vieses e ruídos, direcionem os mecanismos heurísticos dos agentes tomadores de decisões. A ressalva remete à primeira ‘realidade’ que, logo ao início destas considerações, se pôde identificar, a partir do relato de Olivier Sibony.

A Parte I dessa pesquisa se propõe ao detalhamento desta formulação teórica.

A fim de alcançar os propósitos intermediários para tanto, este capítulo dedica-se a: (i) delimitar o alcance semântico da expressão ‘tomada de decisão’, para que contemple o agir deliberativo singular e o coletivo dos sujeitos que possuam aptidão para influenciar estrategicamente o prognóstico dos litígios coletivos; (ii) identificar, em transdisciplinaridade com a Psicologia Comportamental, os tipos de interferências cognitivas a que estas tomadas de decisão – conforme sua delimitação semântica em torno daquelas que sejam estratégicas para coletividades – possam estar suscetíveis; e (iii) mapear técnicas que possam proporcionar às tomadas de decisão a redução de sua suscetibilidade às respectivas interferências cognitivas, e que, conforme se analisará em Partes subsequentes desta pesquisa, possam ser exportadas da Psicologia Comportamental para o Direito Processual Civil.

2.2. JULGAMENTOS HUMANOS E TOMADAS DE DECISÃO ESTRATÉGICAS PARA COLETIVIDADES

A título de primeiro esclarecimento e sob o pretexto de se evitarem interpretações imprecisas ou demasiadamente estreitas a respeito do objeto sobre o qual se dedicará a analisar, delimita-se o sentido que se atribui à expressão *julgamento humano*, neste trabalho. A exigência de tal pormenorização se deve ao fato de que, apesar de se tratar de pesquisa afeta à ciência do Direito e do Processo Coletivo e, portanto, trazer em seu âmago questionamentos relacionados ao comportamento de sujeitos processuais no ambiente dos Tribunais, a utilização que ora se faz da expressão ‘julgamento humano’ não pretende corresponder com exclusividade à atividade judicante de magistrados na resolução judicial de litígios (a que, neste trabalho, se referirá pela denominação simples de ‘julgamento’, e a cujo produto se fará referência como ‘decisão judicial’⁴¹).

Assim, à expressão ‘julgamento humano’, se atribui significação pouco mais ampla que a conotação jurisdicional⁴², para que se alinhe à sua utilização por estudiosos da Psicologia

⁴¹ Ou, ainda, quando forem estas ‘decisões judiciais’ suficientemente destacáveis do gênero das ‘decisões’, por suas especificidades, serão simplesmente designadas como ‘decisões interlocutórias’, ‘sentenças’, ‘acórdãos’ ou ‘decisões monocráticas’.

⁴² Mas não exageradamente ampla ao ponto de equivaler a mero a ‘pensamento’.

Comportamental e corresponda às formas de *medição* que tenham por instrumento a mente humana⁴³. E, mais especificamente para os fins da pesquisa que se apresenta, enfoca-se a abordagem nas denominadas *questões de julgamento*⁴⁴ humano, que, apesar de envolverem quase inafastável decisão racional pessoal (e, portanto, subjetiva), admitem limitado nível de discordância entre os diferentes sujeitos que porventura decidam sobre questões equivalentes ou idênticas. Nas palavras de Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sunstein, referidas questões não equivalem a meras opiniões e “são definidas pela *expectativa de discordância restrita*”⁴⁵. Contudo, a fim de se evitar o estímulo, atraente ao operador do direito, de restringir a noção de ‘julgamento humano’ àqueles realizados por juízes no exercício das atividades jurisdicionais, prefere-se fazer referência a tal noção apenas como *tomada de decisão*⁴⁶ ou, simplesmente, *medição* – em correspondência à sua significação acima apontada.

De acordo com o espectro de tomadas de decisão que acompanham esta caracterização de julgamento humano, contemplar-se-ão na análise tanto *medições avaliativas*, que consistam em valorações a respeito de informações contemporâneas ou retrospectivas disponíveis, quanto *medições preditivas*, às quais são inerentes certa margem de “incerteza intratável (impossível de ser conhecida)”⁴⁷ e de “informação imperfeita (que poderia ser conhecida, mas não é)”⁴⁸ – fatores que caracterizam a *ignorância objetiva*⁴⁹ típica das tentativas de se mensurar cenário futuro. Da mesma forma, inserem-se no objeto de estudo medições que sejam *verificáveis* no que concerne à sua exatidão – avaliativas ou preditivas – ou, ainda, medições *não-verificáveis*, cujas únicas mensurações possíveis de seu acerto provêm de percepções pessoais de coerência por aquele(a) que julgou ou de verificações da qualidade do modo como se tenha conduzido a tomada de decisão⁵⁰.

E, como já se pode concluir destas primeiras observações, a análise introdutória a que se pretende proceder, quanto às tomadas de decisão, muito mais se relaciona com os processos mentais que as antecedem e determinam, do que com a identificação de mecanismos

⁴³ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.349.

⁴⁴ *Ibid.*, p.47

⁴⁵ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.349 (destaques no original).

⁴⁶ Portanto, com o intuito de se alcançarem conclusões mais adaptadas à ciência do Direito Processual, difere-se do entendimento mais afunilado de parcela dos estudiosos da Psicologia Comportamental, no sentido de que, em uma relação de espécie e gênero, *decisões* equivaleriam apenas aos tipos de *julgamento humano* que envolvessem escolhas entre opções disponíveis (no sentido desta última compreensão, cf. KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *op. cit.*, p.386).

⁴⁷ *Ibid.*, p.138.

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibid.*, p.139.

⁵⁰ *Ibid.*, p.52-54.

para se mitigar o risco de que incidam em erros – temática a que se dedicará apenas a partir do final deste capítulo e também em momento futuro deste trabalho.

Naturalmente, contudo, também é indispensável ressaltar que a opção que ora se faz, de se conferir abrangência semântica ampliada à expressão ‘julgamento humano’ (ou ‘tomada de decisão’), não pretende esticá-la ao ponto de se exigir investigação científica a respeito das deliberações para escolha do destino de férias, do cardápio do almoço em família, da escola em que se matricularão os filhos ou da marca do aparelho celular a se adquirir. Apesar de se tratar, todas estas, de definições importantes à vida cotidiana, com maior ou menor impacto para o bem-estar e para a realização pessoal futuros do indivíduo ou de seu núcleo familiar, reconhece-se também que se trata de deliberações com nenhum ou com baixíssimo impacto direto à coletividade e à resolução de conflitos de grupo – eixos principais em torno dos quais se delineia esta pesquisa.

Portanto, com a expectativa de se potencializar o esforço acadêmico-científico para o alcance de resultados que se amoldem especificamente a estes eixos, direcionar-se-ão as análises ora realizadas àquelas que, com fins de simplificação, se passarão a denominar *tomadas de decisão estratégicas para coletividades*. Vale-se da denominação do gênero para corresponder tanto às decisões tomadas diretamente pela própria coletividade (*deliberações coletivas*⁵¹), quanto às tomadas de decisão por sujeitos inseridos em estrutura institucional pública ou privada, ou escolhidos pela coletividade espontaneamente articulada, ou ainda autointitulados porta-vozes da coletividade a que pertençam, e cujas medições avaliativas ou preditivas apresentem relevante potencial de impacto no tratamento de questões de interesse coletivo⁵² (*deliberações individuais*⁵³ estratégicas para coletividades).

Assim, reconhece-se que se inserem neste domínio das ‘*deliberações individuais* estratégicas para coletividades’ não apenas as tomadas de decisão realizadas por magistrados no exercício da função judicante em ações coletivas, como também, tomadas de decisão em fase pré-processual ou em âmbito extraprocessual⁵⁴, por membros do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da Advocacia Pública, advogados, representantes de classe, líderes

⁵¹ Cf. item 2.5.1, *infra*.

⁵² O alcance semântico do gênero das *tomadas de decisão estratégicas para coletividades*, por encontrar suas premissas na Psicologia Comportamental, não se confina às decisões que impactem especificamente em litígios coletivos, mas em questões de interesse coletivo, de forma ampla. Todavia, em decorrência do recorte do objeto investigativo desta pesquisa, o enfoque que se dará a esse gênero de tomadas de decisão voltar-se-á aos seus possíveis impactos no prognóstico de litígios coletivos.

⁵³ Cf. item 2.5.2, *infra*.

⁵⁴ Cf. REIS, Ludmila Costa. **Processo Coletivo Extrajudicial: A Construção de Consensos em Conflitos Coletivos como Instrumento de Controle de Políticas Públicas**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 236p., 2018.

comunitários, líderes sindicais, presidentes de associações, políticos, membros dos Poderes Legislativo e Executivo, integrantes de equipes responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas, CEO's de empresas envolvidas ou estrategicamente interessadas em litígios coletivos, financiadores de litígios e demais sujeitos que – como se verá – habilitam-se à participação aparente ou não-aparente na resolução de litígios coletivos. Todos esses sujeitos se rendem às formas de pensar e às heurísticas caracterizantes da natureza humana, de tal forma que os mecanismos mentais que levam às suas tomadas de decisão se encontram suscetíveis a vieses e ruídos – que podem se aprofundar ou se abrandar, em decorrência do exercício reiterado de suas funções institucionais ou representativas, da especialização ou mesmo do estreitamento eventualmente identificável em sua esfera de atuação.

Por estas razões, passa a se tornar relevante o entendimento destes mecanismos mentais, que têm origem na defrontação⁵⁵ entre a teoria de racionalidade Bayesiana e a teoria de heurísticas desenvolvida por Daniel Kahneman e Amos Tversky⁵⁶. A primeira, de tradicional aplicação no âmbito da economia moderna, concebe os mais diversos tomadores de decisão (seja na esfera governamental ou privada) como sujeitos que “têm preferências completas, transitivas e contínuas; possuem atenção ilimitada, poder de computação e memória; [...] tomam decisões frias e calculadas, nas quais as emoções não desempenham nenhum papel; seguem sem esforço todas as leis de estatística e matemática”⁵⁷. A partir da segunda metade do século XX, contudo, inclusive na esfera da própria ciência econômica, referida teoria da racionalidade Bayesiana passou a ser alvo de críticas contundentes⁵⁸, na medida em que desconsiderava a

⁵⁵ Trata-se de controvérsia que, no âmbito da psicologia comportamental, reveste-se de mais notória complexidade. Deixa-se, contudo, de se adentrar às minúcias do debate, por extrapolarem o escopo da pesquisa que ora se desenvolve. Sobre o tema, cf. VITORELLI, Edilson; ALMEIDA, João Henrique de. Imparcialidade Judicial e Psicologia Comportamental: Há Fundamento Científico para um Juiz de Garantias? In: **Revista de Processo**, v.316/2021, p.29-62, jun.2021.

⁵⁶ Cf. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. In: **Science**, v.185, n.4157, p.1124-1131, set.1974. Cf. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. In: **Econometrica**, v.47, n.2, p.263-292, mar.1979. Cf. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the Law of Small Numbers. In: **Psychological Bulletin**, v.76, n.2, p.105-110, 1971. Cf. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment. In: **Psychological Review**, v.90, n.4, p.293-315, out.1983.

⁵⁷ DHAMI, Sanjit; AL-NOWAIHI, Ali; SUNSTEIN, Cass R. Heuristics and Public Policy: Decision-Making Under Bounded Rationality. In: **Harvard Public Law Working Paper**, v.19, n.4, p.1-83, jun.2018, p.2, tradução livre: “[...] decision-makers (firms, governments, and the person on the street) have complete, transitive, and continuous preferences; possess unlimited attention, computation power, and memory; [...] make cold, calculated decisions in which emotions play no role; effortlessly follow all the laws of statistics and mathematics including all the latest research in these areas [...]” (original).

⁵⁸ Sanjit Dhami e Ali al-Nowaihi, ambos professores de economia da University of Leicester, em conjunto com Cass R. Sunstein, professor da Harvard Law School, diferenciam os âmbitos de aplicação das respectivas teorias, conforme as decisões sejam tomadas sob condições de certeza, risco, incerteza subjetiva ou real incerteza (definições importadas da ciência econômica), identificando que a teoria de racionalidade Bayesiana ofereceria respostas adequadas para tomadas de decisão ocorridas nas três primeiras condições, sendo que apenas a teoria de

natureza eminentemente humana dos tomadores de decisão, os quais são, verdadeiramente, indissociáveis de suas emoções, ideologias, historicidade, gostos pessoais e preferências – considerando-se, para este fim, presumivelmente, apenas os ‘julgamentos humanos’ (e não os julgamentos por máquinas⁵⁹).

Foi neste panorama que ganhou projeção a teorização proposta por Daniel Kahneman e Amos Tversky, a qual, especificamente preocupada com os mecanismos mentais de tomadas de decisão diante de condições de incerteza, conferiu importância central à natureza humana daqueles que decidem. Atentaram-se os dois pesquisadores ao fato de que, em face de eventos incertos, frequentemente as decisões são tomadas a partir de crenças dos sujeitos decisores. Crenças na concretização de determinado resultado ou na probabilidade de sua ocorrência, por exemplo, em caso de *medições preditivas*, ou crenças na valoração (não quantificável em termos absolutos) da importância de determinada circunstância para se explicar um contexto amplo, em caso de *medições avaliativas*. Em busca de apurar quais fatores atuariam diretamente na formulação destas crenças dos sujeitos decisores, Daniel Kahneman e Amos Tversky identificaram que “as pessoas se apoiam em um número limitado de princípios heurísticos que reduzem as tarefas complexas de avaliar probabilidades e prever valores, a operações de julgamento mais simples”⁶⁰. Apuraram também que, apesar de cotidianamente úteis, estas operações simples poderiam porventura conduzir a “severos e sistemáticos erros”⁶¹.

Mediante a preocupação quanto ao potencial nocivo dos respectivos erros e a consequente necessidade de aprofundamento das pesquisas, Daniel Kahneman procurou tornar ainda mais acessível a compreensão acerca da forma como operacionalizam as *heurísticas* (nesta altura, já delimitadas enquanto operações mentais que aplicam simplificações para o alcance de soluções a problemas difíceis⁶²). E, por isso, didaticamente, passa a fazer referência aos dois sistemas mentais que dirigem as formas de pensar humanas sob as denominações de Sistema 1 e Sistema 2, importando os termos originalmente cunhados por Keith E. Stanovich e Richard F. West em artigo publicado por ambos na Revista *Behavioral and Brain Sciences*⁶³.

heurísticas de Daniel Kahneman e Amos Tversky explicaria adequadamente as decisões tomadas em situação de real incerteza (*Ibid.*).

⁵⁹ Cf. item 2.6.1, *infra*.

⁶⁰ TVERSKY, KAHNEMAN. *Judgment under Uncertainty*, p.1124, tradução livre: “[...] people rely on a limited number of heuristic principles which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations” (original).

⁶¹ *Ibidem*, tradução livre: “In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors” (original).

⁶² KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.127.

⁶³ STANOVICH, Keith E.; WEST, Richard F. Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate? In: **Behavioral and Brain Sciences**, v.23, p.645-726, 2000.

Ao conceber a diferenciação entre os dois sistemas, Stanovich e West consideraram que o Sistema 1 se “caracteriza como automático, em grande parte inconsciente e relativamente pouco exigente de capacidade computacional [...], conjuga propriedades de automatismo e processamento heurístico”⁶⁴ e, assim, revela-se hábil a “modelar outras mentes para ler intenções e fazer movimentos interacionais rápidos com base nessas intenções modeladas”⁶⁵. Por sua vez, o Sistema 2 compreende habilidades de inteligência analítica e “não é dominado pelo objetivo de atribuir intencionalidade, nem pela busca de relevância conversacional”⁶⁶. O contraste entre os dois sistemas, portanto, reflete a dicotomia entre processos mentais de inteligência interacional (Sistema 1) e de inteligência analítica (Sistema 2)⁶⁷, e a forma como se alternam proporciona diferentes tipos de respostas, conforme os diferentes tipos de problemas e situações⁶⁸.

Ressalva-se, porém, que a pesquisa acerca dos processos mentais conduzidos pelo Sistema 1 e pelo Sistema 2 não aponta para sua manifestação isolada (*apenas* o Sistema 1, ou *apenas* o Sistema 2) em cada mente humana, conforme traços de personalidade de cada sujeito. Tampouco leva a conclusões no sentido de que algumas pessoas contariam hipoteticamente com a atuação preponderante do Sistema 2, em contraste com eventual manifestação discreta do Sistema 1. Pelo contrário, os dois sistemas atuam em constante coordenação durante todo o tempo, em cada pessoa, enquanto estiver desperta⁶⁹, em sistemática conforme a qual “o Sistema 1 funciona automaticamente e o Sistema 2 está normalmente em um confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua capacidade está envolvida”⁷⁰.

⁶⁴ *Ibid.*, p.658, tradução livre: “System 1 is characterized as automatic, largely unconscious, and relatively undemanding of computational capacity. Thus, it conjoins properties of automaticity and heuristic processing” (original).

⁶⁵ *Ibidem*, tradução livre: “This system has as its goal the ability to model other minds in order to read intention and to make rapid interactional moves based on those modeled intentions” (original).

⁶⁶ STANOVICH, WEST. *Individual Differences in Reasoning*, p.659, tradução livre: “[...] is not dominated by the goal of attributing intentionality nor by the search for conversational relevance” (original).

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Paul Slovic, Melissa Finucane, Ellen Peters e Donald MacGregor, ao tratarem do tema, demonstram como a compreensão humana do “risco”, em tomadas de decisão, rege-se por dois sistemas – o experiencial (intuito, rápido e, frequentemente, alheio à sua própria consciência), e o analítico (que segue normas, regras, cálculos e análise de risco) –, os quais permitem perceber este “risco” de forma instintiva, com rápidas respostas às situações de perigo; de forma lógica, mediante deliberação racional e analítica; ou de forma política, na insuficiência das duas anteriores (SLOVIC, Paul; FINUCANE, Melissa; PETERS, Ellen; MACGREGOR, Donald. Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk and Rationality. In: **Risk Analysis**, v.24, n.2, p.311-322, 2004).

⁶⁹ KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.33.

⁷⁰ *Ibidem*. Cf. TETLOCK, Philip E.; GARDNER, Dan. **Superprevisões: a Arte e a Ciência de Antecipar o Futuro**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016, p.40: “A numeração dos dois sistemas não é arbitrária. O Sistema 1 vem primeiro. Ele é rápido e está constantemente operando em segundo plano. Se uma pergunta é feita e você sabe a resposta instantaneamente, ela é disparada pelo Sistema 1. O Sistema 2 fica encarregado de interrogar essa pergunta. Ela se presta ao escrutínio? É apoiada pela evidência? O processo exige tempo e esforço, e é por isso que a rotina-padrão na tomada de decisões é a seguinte: primeiro, o Sistema 1 fornece

Este equilíbrio harmônico entre os dois sistemas, conforme apresenta Daniel Kahneman, assegura que os seres humanos possam reagir ou responder rapidamente às situações interacionais cotidianas – as quais normalmente demandam referida imediatidade –, processando, a respeito delas, intuições⁷¹ e impressões, mediante a atuação do Sistema 1⁷². Por sua vez, “quando o Sistema 1 funciona com dificuldade, ele recorre ao Sistema 2 para fornecer um processamento mais detalhado e específico que talvez solucione o problema do momento”⁷³, mediante a busca de respostas na memória. Contudo, em contrapartida por ser responsável por mais aprofundados esforços cognitivos e operações mentais de autocontrole, o Sistema 2 também se cansa mais facilmente, em fenômeno chamado esgotamento de ego⁷⁴.

Como se pode imaginar, referido arranjo entre os Sistemas 1 e 2 proporciona reações e respostas eficientes em grande parte do tempo, mas, porventura, pode conduzir à tendência de se solucionarem problemas complexos por intermédio das intuições e impressões produzidas pelo Sistema 1 (ideias essas, não raro, por sua reiteração, endossadas pelo Sistema 2), culminando em graves erros de tomada de decisão. Ocorre que as respostas imediatas e intuitivas proporcionadas pelo Sistema 1 determinam as percepções dos sujeitos sobre eventos, pessoas ou mensagens, incluindo “cálculos de similaridade e representatividade, atribuições de causalidade e estimativas da disponibilidade de associações e paradigmas”⁷⁵, consistindo em

uma resposta, e só então o Sistema 2 pode se envolver, começando por um exame do que o Sistema 1 decidiu. Se o Sistema 2 *vai mesmo* se envolver, são outros quinhentos”.

⁷¹ Cf. DANE, Erik; PRATT, Michael G. Exploring Intuition and Its Role in Managerial Decision-Making. *In: Academy of Management Review*, v.32, n.1, 2007, p.36: “[...] intuition is a (1) nonconscious process (2) involving holistic associations (3) that are produced rapidly, which (4) result in affectively charged judgments”.

⁷² “Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação” (KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.34). E, nesse mesmo sentido, prossegue Daniel Kahneman: “As perguntas são dirigidas ao Sistema 2, que vai dirigir a atenção e fazer uma busca na memória para encontrar as respostas. O Sistema 2 recebe as perguntas ou as gera: tanto num caso como no outro ele dirige a atenção e procura na memória para encontrar as respostas. O Sistema 1 opera de modo diferente. Ele monitora continuamente o que está acontecendo dentro e fora da mente, e gera continuamente avaliações dos vários aspectos da situação, sem intenção específica e com pouco ou nenhum esforço” (*Ibid.*, p.116).

⁷³ KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.34.

⁷⁴ Neste aspecto, cumpre dar ênfase ao fato de que a Psicologia Comportamental tende a caracterizar o Sistema 2 como “preguiçoso”: “Autocontrole e pensamento deliberado aparentemente exigem o mesmo orçamento limitado de esforço. [...] na maior parte do tempo, a manutenção de uma cadeia coerente de pensamento e o ocasional envolvimento em um pensamento trabalhoso também exigem autocontrole. [...] É assim que a lei do menor esforço se torna uma lei. Mesmo na ausência de pressão do tempo, manter uma cadeia de pensamentos coerente exige disciplina. [...] controlar pensamentos e comportamentos é uma das tarefas que o Sistema 2 realiza. [...] atividades que impõem altas exigências ao Sistema 2 requerem autocontrole, e a aplicação de autocontrole é exaustiva e desagradável. Ao contrário da carga cognitiva, o esgotamento do ego é ao menos em parte uma perda de motivação” (*ibid.*, p.53-56).

⁷⁵ *Ibid.*, p.119.

heurísticas que podem, por vezes, induzir a erros⁷⁶ – inclusive em *tomadas de decisão estratégicas para coletividades*⁷⁷.

2.3. AS HEURÍSTICAS E SEUS RISCOS DE ERROS SISTEMÁTICOS DE MEDIÇÃO: VIESES E RUÍDOS

A compreensão acerca da dimensão que podem assumir os erros sistemáticos em *tomadas de decisão estratégicas para coletividades* condiciona-se, evidentemente, à prévia delimitação das interferências cognitivas a que estas tomadas de decisão estiverem sujeitas – que se passarão a identificar como *vieses* (ou mesmo *vieses de julgamento*) e *ruídos*.

Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass Sunstein⁷⁸, ao analisarem os mecanismos mentais que afetam as tomadas de decisão realizadas por diferentes profissionais, se valem de princípios basilares da matemática, para demonstrar que os vieses e os ruídos são fontes de erro independentes, que devem ser somadas entre si para a apuração do ‘erro total’ de uma medição singular⁷⁹. Por sua vez, para a apuração do ‘erro global’ (que considere o conjunto de tomadas de decisão articuladas, a respeito da mesma questão, por diferentes profissionais e agentes), os referidos autores utilizam-se do cálculo do ‘erro quadrático médio’ (EQM), conforme proposto por Carl Friedrich Gauss, considerando que a elevação ao quadrado do erro global (Erro global²) iguala-se à soma das elevações ao quadrado dos erros específicos (no caso, Viés² + Ruído²)⁸⁰.

⁷⁶ Gerard Hodgkinson, Eugene Sadler-Smith, Lisa Burke, Guy Claxton e Paul R. Sparrow fazem o contraponto à teoria de Daniel Kahneman e Amos Tversky de que julgamentos intuitivos poderiam amplificar o risco de erros em tomadas de decisão. Neste sentido, defendem que, no âmbito de decisões gerenciais e organizacionais empresariais, a intuição desempenharia importante papel na promoção de maior qualidade e rapidez, e no aprimoramento de performances financeiras. Apontam que o uso da intuição teria sido decisivo no processo evolutivo humano, como uma ferramenta de adaptação para viabilizar tomadas de decisão eficientes diante de cenários de pressão, urgência ou ausência de informações detalhadas (HODGKINSON, Gerard P.; SADLER-SMITH, Eugene; BURKE, Lisa A.; CLAXTON, Guy; SPARROW, Paul R. Intuition in Organizations: Implications for Strategic Management. In: **Long Range Planning**, v.42, p.277-297, 2009).

⁷⁷ Em um simples exemplo da forma como as avaliações básicas do Sistema 1 podem levar a julgamentos enviesados, com repercussões na resolução de litígios coletivos, Daniel Kahneman aponta: “Perguntou-se aos participantes de um dos inúmeros experimentos que foram inspirados pelo litígio que se seguiu ao desastroso vazamento de petróleo do Exxon Valdez sobre sua disposição de pagar por redes para cobrir manchas de óleo em que pássaros migratórios muitas vezes se afogavam. Diferentes grupos de participantes afirmaram sua disposição de pagar para salvar 2 mil, 20 mil ou 200 mil pássaros. Se salvar pássaros é um bem econômico, ele deve ser uma variável tipo soma: salvar 200 mil pássaros deveria valer muito mais do que salvar 2 mil pássaros. De fato, as contribuições médias dos três grupos foram 80, 78 e 88 dólares, respectivamente. O número de pássaros faz pouquíssima diferença. Aquilo a que os participantes reagiram, em todos os três grupos, foi um protótipo – a horrível imagem de um pássaro desamparado se afogando, suas penas encharcadas de óleo espesso. A quase completa negligência com a quantidade em tais contextos emocionais foi confirmada inúmeras vezes” (KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.121).

⁷⁸ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, op. cit.

⁷⁹ “Erro numa única medição = Viés + Erro Ruidoso” (*ibid.*, p.65).

⁸⁰ *Ibid.*, p.62-65.

A necessidade em se proceder à elevação ao quadrado, para a mensuração do erro global em um conjunto de tomadas de decisão sobre a mesma questão, por diferentes agentes, justifica-se por dois motivos. Em primeiro lugar, porque se trata de mecanismo aplicado pela ciência da matemática para conferir peso maior aos grandes erros, e peso menor aos pequenos erros⁸¹. Em segundo lugar, porque demonstra que não se pode cogitar que erros provenientes de fontes independentes diferentes (vieses e ruídos) porventura se cancelem mutuamente, mas que estes, pelo contrário, invariavelmente se *somam* uns aos outros⁸².

Este último aspecto pode ser facilmente ilustrado a partir da própria exemplificação do caso da avaliação dos diferentes agentes políticos a respeito da gravidade da pandemia da Covid-19, já narrada no princípio deste capítulo. Como então se apontou, o ineditismo e a complexidade inerentes ao cenário da pandemia, levou diferentes governantes, políticos e profissionais a fazerem divergentes avaliações e previsões quanto às curvas de contaminação, números de internações e até mesmo estimativas do número de óbitos – e os resultados de suas medições revelaram quão profundas seriam as discrepâncias entre suas percepções a respeito do mesmo cenário. Não seria adequado dizer que o erro de uma previsão excessivamente otimista de um agente político sobre a evolução da pandemia se neutralizaria diante do erro de uma previsão excessivamente pessimista de outro agente, a respeito de idêntico contexto (como se correspondesse à operação algébrica de soma de valores negativos e positivos equivalentes, alcançando-se resultado zero). Assim, para se evitar essa equivocada interpretação, propõe a técnica do EQM de Gauss que os erros específicos sejam elevados ao quadrado, de tal forma a se refletir seguramente o fato de que os diferentes erros de tomadas de decisão acerca de uma mesma questão (quer em avaliações exorbitantes, quer em insuficientes) se *somam* entre si, aprofundando (e não atenuando) o problema a ser solucionado.

Naturalmente, a compreensão dos princípios da ciência matemática que justificam a escolha metodológica de Gauss, assim como de Kahneman, Sibony e Sunstein, extrapolam os objetivos da atual pesquisa e, por isso, não serão aqui aprofundados. Contudo, justifica-se a necessidade de simples exposição da respectiva fórmula em razão do intuito de se demonstrar a independência entre os vieses e os ruídos como fatores a, aditivamente, provocarem erros em tomadas de decisão – em especial, no que concerne àquelas *estratégicas para coletividades*, como se filtrará nas próximas seções. Ilustra, também, como “viés e ruído desempenham papéis idênticos na equação de erro”⁸³, de tal forma que é possível diminuir o erro global, seja

⁸¹ *Ibid.*, p.64.

⁸² *Ibid.*, p.58.

⁸³ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.66.

promovendo medidas que visem a reduzir o viés, seja implementando providências que se direcionem a mitigar o ruído.

Por outro lado, a observação analítica da mesma equação permite concluir que ela se revela mais apropriada à mensuração do erro global no âmbito das medições preditivas (que visem à realização de previsões e estimativas), e não tanto das avaliativas. Isso porque, como alertam Kahneman, Sibony e Sunstein, somente em medições preditivas, é claramente delineada a intenção de “se aproximar de um valor real com a máxima precisão (o mínimo viés) e a máxima exatidão (o mínimo ruído)”⁸⁴, a despeito da ignorância objetiva que permeie o tomador de decisão, no momento em que decida e que, portanto, amplifique o risco de erro. O cenário contrasta com o que ocorre nas medições avaliativas, em que tanto a delimitação exata de um valor real (‘acerto’), quanto a correspondente ideia de erro (que se distancia deste valor real), são difíceis de se mensurar⁸⁵, em virtude da inafastável necessidade de *valoração* por parte do agente decisor⁸⁶. Esta constatação, entretanto, não diminui, de forma alguma, a importância da consideração desta correlação ‘algébrica’ entre vieses e ruídos, em sua contribuição à mensuração do erro global em tomadas de decisão. Como ponderam os mesmos autores, comumente as decisões institucionais ou estratégicas – inclusive aquelas com potencial de repercussão coletiva – combinam elementos das medições preditivas e das medições avaliativas. Portanto, faz-se indispensável tornar as primeiras o mais objetivas e precisas quanto for possível (reduzindo seus vieses e ruídos), a fim de se influenciar também o alcance de

⁸⁴ *Ibid.*, p.69.

⁸⁵ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.69. E prosseguem os autores, sobre a inadequação da aplicação da equação de erro às medições avaliativas: “Além do mais, mesmo que os erros pudessem ser especificados, seus custos raras vezes seriam simétricos e teriam pouca probabilidade de ser exatamente proporcionais a seus quadrados. Para uma empresa que fabrica elevadores, por exemplo, as consequências dos erros em estimar a carga máxima de um elevador são obviamente assimétricas: subestimá-la sai caro, mas superestimá-la seria catastrófico. O erro ao quadrado é irrelevante de modo similar ao decidir sobre o melhor horário para sair de casa e pegar um trem. Nessa situação, as consequências de estarmos um minuto ou cinco minutos atrasados são as mesmas” (*Ibidem*).

⁸⁶ No que tange a tomadas de decisão valorativas, especialmente aquelas que exijam julgamentos comparativos entre diferentes opções, circunstâncias ou produtos, por exemplo, Christopher K. Hsee, Jiao Zhang, Frank Yu e Yiheng Xi propõem diferente abordagem. Na perspectiva dos referidos autores, em alguns julgamentos valorativos, é possível que o tomador de decisão se distancie de heurísticas de afeto, para tomar decisões “excessivamente frias”, que confirmem maior peso a fatores “racionalistas” do que os próprios referenciais consequencialistas recomendariam: fenômeno que denominam “racionalismo leigo” (*lay rationalism*). É o que ocorre, por exemplo, quando, ao escolher entre duas diferentes opções, os tomadores de decisão considerem exclusivamente aquela que proporcione mais eficiente resultado no que concerne ao seu objetivo ou finalidade principal, desconsiderando absolutamente demais fatores subjacentes, que contribuam para proporcionar melhores experiências. O fenômeno, ainda assim, à semelhança do que se observa como consequência dos vieses e ruídos, também gera risco de inconsistências entre as decisões efetivamente tomadas e as previsões de melhores experiências (HSEE, Christopher K.; ZHANG, Jiao; YU, Frank; XI, Yiheng. *Lay Rationalism and Inconsistency Between Predicted Experience and Decision*. In: LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul [Org.]. **The Construction of Preference**. New York: Cambridge University Press, 2006, p.532-549).

resultados adequados nas últimas (ainda que a elas, especificamente, não se aplique com precisão a equação de erro)⁸⁷.

Mais uma vez, para a compreensão destas premissas, o panorama da pandemia da Covid-19, já descrito, proporciona ilustração útil. Inevitavelmente, a valoração (medição avaliativa) que determinado agente político realize para a escolha de seu curso de ação, a respeito dos benefícios e desvantagens na aplicação de uma política pública diante da crise generalizada de saúde, condiciona-se às previsões e estimativas (medição preditiva) que já tenha realizado a respeito da evolução da pandemia (quanto à curva de contaminação, de internações e de óbitos), dos seus impactos mercadológicos e sociais, e das consequências da aplicação da respectiva política pública⁸⁸.

O que se busca demonstrar, tão logo, é que, comumente, tomadas de decisão institucionais ou estratégicas, ainda que se definam por medições finais de natureza valorativa, encontram seus alicerces em previsões e estimativas – as quais, por mais que devam guardar a máxima objetividade e precisão alcançáveis, encontram-se também intensamente sujeitas a interferências cognitivas capitaneadas pelo Sistema 1 dos sujeitos tomadores de decisão, e, por isso, deve-se ter cirúrgica cautela em se identificar vieses e ruídos que possam sujeitá-las a riscos de erros com graves repercussões. Assim, e com o intuito de se investigar, neste capítulo e nos subsequentes, a forma como estes vieses e ruídos influenciam as tomadas de decisão em processos judiciais que busquem a resolução de litígios coletivos (e como podem ser mitigados), examina-se sua natureza e a maneira como, decerto, se interrelacionam.

Para este propósito, parte-se inicialmente da análise dos ‘vieses’, uma vez que sua compreensão lógica antecede aquela dos ‘ruídos’, e porque demandam cautela em sua percepção, conforme se estiver diante da observação *individual* da tomada de decisão de dado sujeito ou diante de *conjunto* de medições a respeito de uma dada questão. Na análise da tomada de decisão singular de um dado sujeito, prepondera a preocupação em se identificarem os *vieses psicológicos* a que estiver suscetível, os quais refletirão o resultado das heurísticas, ou seja, dos mecanismos mentais de simplificação cognitiva aplicados preponderantemente pelo Sistema 1 e que interfiram nos julgamentos humanos para condicioná-los a intuições ou impressões

⁸⁷ Como explicam Kahneman, Sibony e Sunstein, “as decisões finais exigem julgamentos avaliativos. O tomador de decisão deve considerar múltiplas opções e empregar os valores delas para fazer a escolha ideal. Mas as decisões dependem de suas previsões básicas, que devem ter valor neutro. Seu objetivo é a precisão – chegar o mais perto possível do centro do alvo – e o EQM é a medida de erro apropriada. O julgamento preditivo é aprimorado com procedimentos que reduzem o ruído, contanto que não aumentem ainda mais o viés” (KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *op. cit.*, p.70).

⁸⁸ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.70.

diversas e direcioná-los a erros “sistemáticos, previsíveis”⁸⁹. Por sua vez, estando-se a analisar um conjunto de tomadas de decisão sobre uma dada questão, é possível observar a manifestação de *vieses estatísticos*, que traduziriam o “erro médio”⁹⁰ deste conjunto, ou, em outras palavras, a conclusão errônea razoavelmente unidirecional das várias medições que o compõem – o compartilhamento⁹¹ dos mesmos vieses psicológicos pelos diferentes tomadores de decisão.

Uma inquietação, no entanto, que pode surgir desta conceituação de vieses, diz respeito à dúvida quanto à possibilidade de sua mensuração diante de medições não-verificáveis, ou seja, aquelas cujo acerto ou desacerto não pode ser precisamente apurado, senão pelas sensações de coerência daquele que decidiu ou pela análise da qualidade do percurso à tomada de decisão. A esta inquietação responde-se que a apuração de vieses não se condiciona necessariamente à prévia identificação do erro no conteúdo da tomada de decisão em si, mas na análise dos mecanismos mentais que conduzem a essa medição. Ou seja, ainda que não se possa avaliar com precisão o acerto da decisão quanto ao seu conteúdo, será possível identificar vieses, caso estatisticamente se apurar que um elemento (psicológico, circunstancial ou social) que não guarde nenhuma relação com o objeto da deliberação, tenha influenciado de forma central na tomada de decisão. O mesmo se pode dizer diante do cenário inverso, no qual elementos absolutamente relevantes não exerçam influência na tomada de decisão⁹².

Além disso, não se pode desconsiderar o alerta de Paul Slovic, Howard Kunreuther e Gilbert White, no sentido de que, em tomadas de decisão empresariais, governamentais ou institucionais de forma geral, não se sustenta a crença de que o empenho e dedicação dos agentes em atuar de maneira otimizada os tornaria necessariamente menos suscetíveis a vieses⁹³. Pelo contrário, como explicam, “as fontes dos vieses de julgamento aparentam ser cognitivas, não motivacionais”⁹⁴.

Adicionalmente, a delimitação conceitual do que seriam vieses pode levar a outro, sucessivo, questionamento. Da mesma forma em que se diagnosticam os vieses estatísticos a partir da reiteração de manifestação dos *mesmos* vieses psicológicos em diferentes sujeitos, qual abordagem científica se dispensa à hipótese invertida, ou seja, de manifestação de *diferentes*

⁸⁹ *Ibid.*, p.159. Sobre o tema, pontuam Keith Stanovich e Richard West: “[...] in the heuristics and biases literature, the term bias is reserved for systematic deviations from normative reasoning and does not refer to transitory processing errors” (STANOVICH, WEST. *Individual Differences in Reasoning*, p.646).

⁹⁰ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *op. cit.*, p.61.

⁹¹ *Ibid.*, p.159.

⁹² KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.160.

⁹³ Cf. SLOVIC, Paul; KUNREUTHER, Howard; WHITE, Gilbert F. Decision Processes, Rationality and Adjustment to Natural Hazards. In: SLOVIC, Paul [Org.]. **The Perception of Risk**. Risk, Society and Policy Series. Abingdon, UK: Earthscan from Routledge, 2000, p.1-31.

⁹⁴ *Ibid.*, p.23, tradução livre: “The sources of judgmental bias appear to be cognitive, not motivational” (original).

vieses psicológicos em sujeitos que tomam decisões sobre uma *única* questão? É o que se passa a denominar ‘ruído’.

De forma simplificada, ruídos equivalem à variabilidade indesejada de medições, sobre uma mesma questão ou problema⁹⁵. Em uma primeira leitura, esta definição poderia levar à conclusão – apressada – de que os ruídos somente se manifestariam e seriam identificáveis, quando analisadas decisões recorrentes sobre um problema único, ou, ao menos, um conjunto de múltiplas decisões a respeito. No entanto, a doutrina⁹⁶ demonstra ser possível o diagnóstico de fatores causadores de ruídos inclusive em decisões singulares. Notadamente, nestes últimos casos, não seria possível apurar a intensidade do ruído, visto que tal apuração se condicionaria à quantificação da variabilidade, em meio a um número total de decisões (que precisariam ser numerosas, para a viabilidade do cálculo). Porém, não se inviabiliza a identificação dos fatores causais de ruídos, nestas decisões singulares – os quais permitiriam conjecturar que, na hipótese de superveniência de outras decisões sobre o mesmo problema, haveria entre elas variabilidade indesejada⁹⁷.

Assim, seja diante de decisões recorrentes, seja diante de decisões singulares, quais fatores causais seriam estes a lhes provocar variabilidade indesejada? A resposta a esta pergunta encontra antecedente lógico na investigação do porquê a variância entre tomadas de decisão poderia ser tão marcadamente indesejada. Não parece natural que a subjetividade inerente a cada sujeito lhe proporcione originalidade e distinção em suas medições? Em certa medida, sim. Até mesmo por esta razão, em momento algum, nesta pesquisa, idealiza-se uma completa eliminação da variabilidade entre estas tomadas de decisão, até que se zere o nível de ruído. Por outro lado, não se negam os benefícios da consistência entre medições, como forma de se evitarem discrepâncias injustas⁹⁸ – sobretudo diante do recorte que se faz ao estudo das tomadas de decisão, considerando-se apenas aquelas estratégicas para coletividades.

⁹⁵ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *op. cit.*, p.40. Em sentido semelhante: “Noise: the residual variance, which combines the effects of individual differences in variability, idiosyncratic responses of some respondents to some objects or topics, and various sources of measurement error” (KAHNEMAN, Daniel; RITOV, Ilana; SCHKADE, David A. Economic Preferences or Attitude Expressions? An Analysis of Dollar Responses to Public Issues. *In*: LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul [Org.]. **The Construction of Preference**. New York: Cambridge University Press, 2006, p.585).

⁹⁶ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.40.

⁹⁷ “Da perspectiva da redução de ruído, a *decisão singular é uma decisão recorrente que acontece uma única vez*” (*Ibid.*, p.42).

⁹⁸ “A diversidade de gostos é bem-vinda e inteiramente esperada. Ninguém gostaria de viver em um mundo em que todos tivessem exatamente as mesmas simpatias e antipatias. (Bom, quase ninguém.) Mas a diversidade de gostos pode ajudar a explicar o erro quando o gosto pessoal é tomado por julgamento profissional. [...] Ruído de sistema é um problema dos sistemas, que são organizações, não mercados. [...] Sempre que o autor do julgamento é aleatoriamente selecionado entre uma reserva de indivíduos igualmente conceituados, como é o caso na firma de gestão de ativos, no sistema de justiça criminal e na companhia de seguros [...], o ruído é um problema. O ruído

Neste ponto, outra vez mais, rememora-se o cenário pandêmico eclodido em 2020, para se evocar que, por mais enriquecedores que se tenham revelado os debates sociopolíticos e científicos a respeito da evolução da pandemia, as discrepâncias entre as medições realizadas por agentes políticos, nos diferentes países, acerca das estratégias para o seu enfrentamento, contribuíram para causar diferentíssimos prognósticos no controle das curvas de contaminação em âmbitos regionais e constituíram incontestável fator dificultador à definitiva superação da pandemia, em âmbito global. Reconhecendo-se a impossibilidade de se interromper por completo a circulação de pessoas e mercadorias entre países (em virtude da globalização que rege as relações econômicas, sociais, culturais, políticas e até mesmo familiares), percebeu-se que, por mais eficazes que fossem as medidas de enfrentamento à pandemia implementadas por um determinado Estado, estas perderiam consideravelmente seu potencial ao se contrastarem com medidas marcadamente ineficientes aplicadas por outros países para os quais aquele Estado viesse a abrir (completa ou parcialmente) suas fronteiras.

Portanto, a impropriedade da acentuada variabilidade de medições tornou-se o principal propulsor a conduzir a investigação sobre as nuances que se somam para constituir a totalidade do ruído em tomadas de decisão sobre um único problema ou questão (também denominado *ruído de sistema*). São essas nuances: o *ruído de nível*, o *ruído de padrão estável* e o *ruído de ocasião*⁹⁹.

Analisando-as separadamente, tem-se que o *ruído de nível* corresponde aos diferentes graus de severidade entre os vários tomadores de decisão¹⁰⁰. Como se pode facilmente concluir, a maior ou menor severidade de um sujeito se deve a fatores que lhes são estritamente pessoais e que não guardem nenhuma correlação imanente com o problema concreto sobre o qual se decida, como por exemplo histórias de vida ou personalidade¹⁰¹. Por isso, ao amplificarem a variabilidade entre as medições de diferentes sujeitos sobre o mesmo problema, geram o risco de provocarem discrepâncias injustas e, tão logo, indesejáveis.

de sistema atormenta muitas organizações: um processo de nomeação efetivamente aleatório muitas vezes determina qual médico o atenderá no hospital, qual juiz presidirá seu processo no tribunal, qual examinador de patente revisará seu pedido, qual representante do serviço ao cliente escutará sua reclamação, e assim por diante. A variabilidade indesejada nesses julgamentos pode causar sérios problemas, incluindo prejuízo financeiro e propagação da injustiça” (*Ibid.*, p.32-33).

⁹⁹ A respeito das proporções em que cada uma dessas nuances contribui ao cálculo do EQM, cf. KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.204-213. Identificam, na oportunidade, os referidos autores que há uma tendência de que os ruídos incidam mais acentuadamente na causação do erro global, do que os próprios vieses, sendo que ruídos de padrão (nestes, incluídos os ruídos de padrão estável e os ruídos de ocasião) preponderariam sobre os ruídos de nível.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.75.

¹⁰¹ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *op. cit.*, p.76.

Por sua vez, tanto o *ruído de padrão estável*, quanto o *ruído de ocasião*, são considerados espécies do gênero *ruído de padrão*, que contempla todos os demais fatores que, para além dos diferentes graus de severidade entre sujeitos, contribuem para a variabilidade indesejada de tomadas de decisão. Estudos empíricos, sob o formato de auditoria de ruído, conduzidos ainda na década de 1980¹⁰², em análise a decisões tomadas por juízes federais norte-americanos em casos criminais hipotéticos, demonstram que um único juiz aplicaria diferentes graus de austeridade, para solucionar casos que se diferenciariam uns dos outros apenas por detalhes pontuais. Assim, apurou-se que, para diferentes casos, um único sujeito poderia, ora decidir de forma mais inflexível e severa, ora de forma mais tolerante. À variabilidade de medições que deriva da interação entre sujeito e caso, denominou-se *ruído de padrão*¹⁰³.

Em outras palavras, identificaram-se variabilidades *entre* sujeitos e *intra*-sujeitos.

No que concerne a esta última categoria, correspondente ao gênero dos ruídos de padrão, observou-se que um único sujeito pode oscilar quanto aos seus próprios padrões de severidade, em razão de causas que lhes sejam estáveis (ao que se intitulou *ruído de padrão estável*) ou causas transitórias (pressupostos para o *ruído de ocasião*). A respeito das causas transitórias, a premissa a partir da qual se alicerçam é a de que nenhum sujeito é “a mesma pessoa o tempo todo”¹⁰⁴ e, por isso, inevitavelmente condicionam-se, em maior ou menor medida, a fatores circunstanciais, como seu humor e emoções, sensações de estresse ou ânimo, e até mesmo o clima ou a sequência em que tiver tido acesso a informações relevantes¹⁰⁵. Por sua vez, ruídos de padrão estável originam-se principalmente (mas não exclusivamente) de princípios, ideologias ou valores, que fazem com que, conscientemente ou não¹⁰⁶, os mesmos sujeitos emitam medições com diferentes parâmetros de austeridade, sensibilidade ou tolerância, para situações distintas.

Tanto vieses, quanto ruídos – de nível ou de padrão (estáveis ou transitórios) – influenciam em maiores ou menores proporções as tomadas de decisão cuja variabilidade não seja desejável. Nesta pesquisa, recorta-se a análise àquelas interferências cognitivas que possam

¹⁰² CLANCY, Kevin; BARTOLOMEO, John; RICHARDSON, David; WELLFORD, Charles. Sentence Decision-making: The Logic of Sentence Decisions and the Extent and Sources of Sentence Disparity. In: **Journal of Criminal Law and Criminology**, v.72, n.2, p.524-554, 1981.

¹⁰³ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.76-77. E explicam os autores: “O ruído é produzido principalmente não pelas diferenças de nível, mas pelas interações: o modo como diferentes juízes lidam com réus específicos, diferentes professores lidam com alunos específicos, diferentes assistentes sociais lidam com famílias específicas, diferentes líderes lidam com visões específicas do futuro. O ruído é antes de mais nada um subproduto de nossa singularidade” (*ibid.*, p.210).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.90.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.87-91.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.354.

afetar e amplificar o risco de erros sistemáticos e previsíveis em tomadas de decisão estratégicas para coletividades, a fim de, em capítulos subsequentes, correlacionar tais conclusões preliminares à atuação de sujeitos processuais no âmbito da resolução de espécie de litígios coletivos complexos e conflituosos a que se denominará ‘estruturais’¹⁰⁷.

2.4. IDENTIFICANDO VIESES E SUA INTERFERÊNCIA NA TOMADA DE DECISÃO

Apontam os estudiosos da Psicologia Comportamental que os fenômenos heurísticos já descritos podem se manifestar em vieses de substituição, vieses de conclusão e vieses de coerência excessiva¹⁰⁸, os quais, na prática, por sua vez, assumem múltiplas configurações.

2.4.1. Vieses de substituição

Por *vieses de substituição*, compreendem-se aqueles que se apresentem mediante operações mentais de simplificação, por intermédio das quais se substituam perguntas difíceis ou complexas, por outras que lhes sejam mais simples – mas que, certamente, não proporcionem fidedigna equivalência ao questionamento originário. Antes de se prosseguir à exemplificação de suas ocorrências práticas, entretanto, ressalva-se que as operações mentais de substituição a que se faz referência não consistem em resultados de deliberações conscientes do agente decisor, mas “são uma consequência de bacamarte mental”¹⁰⁹, ou seja, do excesso de cálculos mentais involuntários e voluntários que se realizam continuamente (em monitoramento do meio que se tem ao redor, do risco de quebra de expectativas, e de questões intencionalmente escolhidas para serem analisadas)¹¹⁰. Este bacamarte mental permite que, facilmente, diante de perguntas ou problemas difíceis, o já intitulado Sistema 1 (interacional, intuitivo e automático) acesse, na mente, perguntas mais fáceis que possam substituí-los, gerando respostas a estas últimas perguntas¹¹¹. Subsequentemente, por intermédio de operações mentais de equiparação

¹⁰⁷ Cf. item 4.4, *infra*.

¹⁰⁸ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.170. Ressalva-se e reconhece-se a natureza meramente exemplificativa deste rol, não se possuindo intenção de esgotá-lo, até mesmo em virtude de sua numerosidade, a fim de não se desviar das finalidades científicas desta pesquisa.

¹⁰⁹ KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.127.

¹¹⁰ *Ibid.*, p.123.

¹¹¹ KAHNEMAN, *op. cit.*, p.128-129. “Claro que o Sistema 2 tem a oportunidade de rejeitar essa resposta intuitiva ou de modificá-la incorporando outra informação. Contudo, um Sistema 2 preguiçoso muitas vezes segue o caminho do menor esforço e endossa uma resposta heurística sem examinar muito minuciosamente se ela é realmente apropriada” (*ibid.*, p.129).

de intensidade também características do Sistema 1, a mente adequa a resposta que na realidade corresponde à pergunta fácil, de modo que se amolde, aparentemente, à pergunta ou problema difícil originalmente demandado¹¹².

Trata-se de operação mental demonstrável a partir do cenário dos primeiros dias e semanas após a declaração de estado de pandemia pela OMS. Neste momento, não raro eram as pessoas (inclusive agentes políticos responsáveis por tomadas de decisão estratégicas para coletividades) casual ou institucionalmente questionadas a respeito de quais seriam suas próprias estimativas acerca do período pelo qual deveriam se prolongar as medidas mais severas de isolamento social (como fechamentos de comércio, de fronteiras e recomendações para se permanecer em casa). Aplicando-se a este cenário¹¹³ resultados apurados empiricamente¹¹⁴ pela Psicologia Comportamental acerca dos *vieses de substituição*, apenas para fins ilustrativos, pode-se conceber que o alto grau de complexidade e de dificuldade em se formular resposta tecnicamente correta ao problema posto, somado ao arranjo mental harmônico que estimula a busca por soluções intuitivas e interacionais pelo Sistema 1, constituiriam fatores a estimular a tendência por se substituir a pergunta difícil por outra que parecesse mais acessível:

- a.1. Em alguma ocasião que venha facilmente à memória, aplicaram-se por longo prazo medidas severas de isolamento social? Ou,
- b.1. Parecem agradáveis as medidas severas de isolamento social?

Para ambas as perguntas substitutivas, talvez a resposta mais provável pudesse ser ‘não’. E assim, por operações mentais de equiparação de intensidade, adaptar-se-ia esta mesma resposta negativa, à pergunta original e complexa, de medição preditiva, a respeito do tempo estimado para prolongamento das medidas severas de isolamento social, a fim de lhe responder de forma marcadamente otimista, no sentido de considerar que ‘talvez, não durassem por muito mais tempo’.

Não se deve, contudo, desconsiderar que, como já se expôs, os vieses psicológicos podem manifestar-se diferentemente nas diferentes pessoas (produzindo o que já se denominou ‘ruído’). Assim, em razão de elementos que digam respeito à severidade dos tomadores de decisão (ruídos de nível) ou à forma como cada um interaja com o caso específico (ruídos de padrão estável ou ruídos de ocasião), é possível que o bacamarte mental de outro sujeito exposto à mesma pergunta difícil conduzisse à sua substituição por diferentes perguntas mais acessíveis:

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ SIBONY. *Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis*, op. cit.

¹¹⁴ STRACK, Fritz; MARTIN, Leonard L.; SCHWARZ, Norbert. Priming and Communication: Social Determinants of Information Use in Judgments of Life Satisfaction. In: **European Journal of Social Psychology**, v.18, p.429-442, 1988.

- a.2. Quantos amigos próximos ou conhecidos com quem se convive frequentemente já se contaminaram pelo mesmo vírus? Ou ainda,
- b.2. Quanto medo é provocado pelo risco de contaminação pelo vírus SARS-CoV-2?

Neste novo cenário, talvez as respostas mais prováveis às perguntas substitutivas pudessem ser ‘muitos’ ou ‘muito’, respectivamente. E, como consequência, sua equiparação de intensidade, para se adaptar à pergunta original difícil e complexa, poderia conduzir à resposta mais cética ou pessimista, no sentido de considerar que ‘provavelmente, as medidas severas de isolamento social ainda deveriam se estender por muito tempo’.

Ainda se cogitando sobre este efeito de substituição mediante a simplificação de perguntas difíceis em outras mais acessíveis, pode-se passar a indagar sobre o que poderia constituir gatilho para que as ‘perguntas fáceis substitutivas’ pudessem ser tão diferentes entre um e outro sujeito. Ou seja, no exemplo narrado, por que, ruidosamente, alguns tomadores de decisão tenderiam a invocar ‘perguntas fáceis’ (a.1 e a.2) a respeito da recorribilidade da memória de situações semelhantes de aplicação de medidas de isolamento social ou de contaminação, enquanto outros naturalmente suscitariam ‘perguntas fáceis’ (b.1 e b.2) sobre o agrado ou desagrado que provocam as medidas de isolamento social ou sobre o medo dos riscos inerentes à pandemia?

Novamente, a Psicologia Comportamental responde a esta indagação apontando as diferentes heurísticas a que estes indivíduos se sujeitariam.

Por trás da invocação de ‘perguntas fáceis’ a respeito da memória de recorribilidade de situações semelhantes, pode-se identificar *heurística de disponibilidade*. Observando-se a situação narrada, vê-se logo que as perguntas substitutivas *a.1* e *a.2* não buscavam apurar científica e estatisticamente quantas situações semelhantes já haviam ocorrido antes – até porque esta consistiria em outra pergunta verdadeiramente difícil, não se prestando ao mecanismo mental de simplificação aplicado pelas heurísticas. Por isso mesmo, as perguntas simplificadoras procuravam identificar a disponibilidade na memória de exemplos casuísticos que ilustrassem, tanto situações de restrição de circulação de pessoas, quanto situações de contaminação pelo coronavírus entre pessoas do círculo de convívio próximo do tomador de decisão. Por sua vez, a facilidade ou dificuldade do tomador de decisão em acessar estas memórias exemplificativas, condicionaria sua tendência em perceber o evento como recorrente, ocasional ou raro.

Assim, vê-se que a noção de heurística de disponibilidade compreende o mecanismo mental de se “colocar uma impressão sobre como os casos vêm facilmente à mente,

no lugar de um julgamento sobre a frequência”¹¹⁵. Em determinados contextos, trata-se de truque mental “útil para mensurar frequência ou probabilidade, porque instâncias de grandes classes são geralmente lembradas melhor e mais rápido, do que instâncias de classes menos frequentes”¹¹⁶. No entanto, esta premissa não é necessariamente observável, e pode facilmente induzir a erros sobre aspectos fundamentais para a mensuração das dimensões de problemas difíceis e complexos. Isso se explica pelo fato de que nem sempre a facilidade com que uma dada informação se encontra disponível na memória guarda relação com a eventual alta recorribilidade ou probabilidade do conteúdo pertinente a esta informação. Pelo contrário, a facilidade em se acessar uma informação na mente pode se justificar pela maior familiaridade do sujeito ao seu conteúdo, por seu maior impacto emocional¹¹⁷, ou pela comoção social que determinado fato recente tenha provocado a respeito de seu conteúdo.

Esta última hipótese adquire especial relevância, quando se está a tratar de questões sociopolíticas que sejam de interesse coletivo de determinada sociedade¹¹⁸. Considere-se como exemplo a comoção social provocada por episódios com probabilidade de recorrência proporcionalmente reduzida, mas alto potencial destrutivo, tais como atos de terrorismo, incêndios a prédios públicos¹¹⁹, ou alguns tipos de desastres naturais¹²⁰. Episódios como estes tendem a causar, minimamente, duplo efeito. Por um lado, o temor coletivo, provocado pela heurística de disponibilidade, que gera a impressão de alta recorrência (e, portanto, de alto risco) de fatos similares; e por outro, a pressão coletiva às instâncias de poder, para que reformulem políticas públicas de forma a torná-las mais enérgicas na prevenção contra estes mesmos episódios – estratégica contrapartida da heurística de disponibilidade.

¹¹⁵ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.165.

¹¹⁶ TVERSKY, KAHNEMAN. *Judgment under Uncertainty*, p.1127, tradução livre: “Availability is a useful clue for assessing frequency or probability, because instances of large classes are usually recalled better and faster than instances of less frequent classes” (original).

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Cf. LEISS, William. Searching for the Public Policy Relevance of the Risk Amplification Framework. In: PIDGEON, Nick; KASPERSON, Roger; SLOVIC, Paul [Org.]. **The Social Amplification of Risk**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003, p.355-373. Cf. RENN, Ortwin. Social Amplification of Risk in Participation: Two Case Studies. In: PIDGEON, Nick; KASPERSON, Roger; SLOVIC, Paul [Org.]. **The Social Amplification of Risk**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003, p.374-401.

¹¹⁹ Exemplificativamente, rememora-se, neste ponto, o incêndio ocorrido em setembro de 2018 no Museu Nacional, situado na Quinta da Boa Vista, no Rio de Janeiro/RJ (cf. CARVALHO, Eduardo. O que o Museu Nacional, incendiado em 2018, fará em 2019 com os R\$85 milhões previstos para sua recuperação. In: **BBC News Brasil** [recurso eletrônico], edição de 03 de janeiro de 2019).

¹²⁰ Também, para fins ilustrativos, aponta-se aqui o desabamento de bloco rochoso em cânion à margem do lago de Furnas, em Capitólio/MG, ocorrido em janeiro de 2022 (cf. PALADINO, Guilherme. Geólogos explicam desabamento de cânion em Capitólio e veem Brasil atrasado em avaliações de segurança de áreas turísticas. In: **Jornal da UNESP** [recurso eletrônico], edição de 14 de janeiro de 2022).

Para se compreender o efeito da heurística de disponibilidade diante desta espécie de circunstâncias, aponta-se pesquisa publicada por Howard Kunreuther e Geoffrey Heal¹²¹, na qual pontuam que, em anos recentes, teria havido significativo aumento das perdas econômicas e seguradas decorrentes de acidentes naturais, como furacões ou terremotos por exemplo, não em razão de suposto aumento da recorrência desses episódios, mas do fato de que indivíduos e empresas se posicionam, cada vez mais, em situações de risco econômico, vulnerabilizando-se mais profundamente às perdas econômicas de eventos como estes¹²². Diagnosticam os autores que esta postura vulnerável decorre de tomadas de decisão que, em normais circunstâncias, tendem à contenção de gastos (heurísticas de orçamento¹²³), descontos temporais hiperbólicos (“eventos temporalmente distantes são desproporcionalmente desconsiderados em comparação com eventos imediatos”¹²⁴), comportamentos ‘míopes’ (que levam à tendência de se alocar recursos onde se pode enxergar imediato retorno¹²⁵) e à tendência de procrastinação em relação a investimentos cujo retorno possa parecer ainda intangível¹²⁶.

Entretanto, como efeito direto da heurística de disponibilidade, a recente ocorrência de episódios dos mencionados eventos pode provocar substancial alteração neste tendencial comportamento, uma vez que, como apontam os mesmos autores, “decisões sobre proteção são raramente baseadas em crenças formais sobre probabilidades”¹²⁷. Nesse sentido, em recente estudo publicado em 2021 sobre o papel desempenhado pelos seguros no gerenciamento de riscos de futuras pandemias, aponta Howard Kunreuther, em coautoria com Jason Schupp, que há, atualmente (como efeito do cenário da pandemia da Covid-19 vivenciado a partir de 2020),

¹²¹ KUNREUTHER, Howard; HEAL, Geoffrey. Managing Catastrophic Risk. In: SHOGREN, Jason F. [Org.]. **Encyclopedia of Energy, Natural Resources and Environmental Economics**. Volume 3: Environment. Amsterdam: Elsevier Science, 2013, p.52-59.

¹²² “According to Munich Re (2012), economic losses from natural catastrophes alone increased from \$528 billion (1981-1990), \$1.2 trillion (1991-2000) to \$1.6 trillion over the period 2001-2011” (KUNREUTHER, HEAL. *Managing Catastrophic Risk*, p.2).

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*, p.5, tradução livre: “temporally distant events are disproportionately discounted relative to immediate ones” (original). Em ilustração do comportamento, comenta Guga Chacra, a respeito da pandemia da Covid-19: “[...] há uma segurança inconsciente de que não será hoje, nem amanhã, nem no mês que vem e tampouco neste ano. O mesmo ocorria com a pandemia, na minha visão. Seria em um futuro distópico, assim como as consequências do aquecimento global. Não fiquei alarmado. Somos psicologicamente treinados para sofrer mais o impacto de crises imediatas e agudas do que de ameaças genéricas. Isso afeta tanto as nossas escolhas individuais como também a de governos” (CHACRA. *Confinado no Front*, p.11).

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*, p.7, tradução livre: “decisions about protection are rarely based on formal beliefs about probabilities” (original). Neste sentido, também cf.: “A perturbação emocional é associativa, automática e descontrolada, e produz um impulso por medidas de proteção. O Sistema 2 pode ‘saber’ que a probabilidade é baixa, mas esse conhecimento não elimina o desconforto criado por você mesmo e o desejo de evitá-lo. O Sistema 1 não pode ser desligado. A emoção não é apenas desproporcional à probabilidade, como também é insensível ao nível exato de probabilidade” (KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.403).

forte tendência de elevação dos preços de contratação destes respectivos seguros ou de redução de sua cobertura, em razão da heurística de disponibilidade, que traz consigo a sensação de risco iminente de nova pandemia¹²⁸.

Na mesma direção, aponta Daniel Kahneman, ao ponderar que o apelo midiático e sociopolítico que se confere a determinados eventos de reduzida probabilidade de ocorrência pode provocar “cascatas de disponibilidade”¹²⁹, como normalmente ocorre com episódios de terrorismo, em que “uma imagem extremamente vívida de morte e destruição, reforçada constantemente pela atenção da mídia e pelas conversas frequentes, torna-se altamente acessível, sobretudo se está associada com uma situação específica”¹³⁰. Assim, vê-se que, em suma, conforme for a percepção de disponibilidade de determinadas informações pelos sujeitos tomadores de decisão, eventos de reduzida probabilidade ora podem receber nenhum ou pouquíssimo peso, ora podem ser supervalorizados, na medida em que “emoção e vivacidade influenciam fluência, disponibilidade e julgamentos de probabilidade”¹³¹.

A emoção e a vivacidade que acompanham tal heurística de disponibilidade permitem-se explicar por outra tendência que pode se fazer presente nas tomadas de decisão humanas e nos mecanismos mentais de substituição de perguntas difíceis por perguntas fáceis. Retomando-se o primeiro exemplo com que se iniciou esta seção, observa-se a substituição da pergunta difícil acerca das estimativas a respeito do tempo remanescente pelo qual ainda se deveriam prolongar as medidas de isolamento social decorrentes da pandemia da Covid-19, pelas perguntas fáceis *b.1* e *b.2*, ambas relacionadas à percepção de (des)agradabilidade destas medidas ou de medo (ou ausência dele) em relação ao risco de contaminação. Todas estas novas questões são relacionadas à *heurística de afeto* que pode influenciar as tomadas de decisão.

Concomitantemente à facilidade com que determinadas memórias de eventos vêm à mente (heurística de disponibilidade), também são suscitadas as reações emocionais a estas memórias¹³², e “os sentimentos positivos e negativos atrelados às imagens que as pessoas

¹²⁸ “Because the risk of a future pandemic and its consequences are even more ambiguous than for earthquakes, it is likely that underwriters would price the premium higher, relative to a well-specified risk. [...] Following a severe loss that impacts their balance sheet, insurers may be reluctant to offer coverage in the future. This behavior is consistent with the availability heuristic [...]” (KUNREUTHER, Howard; SCHUPP, Jason. Evaluating the Role of Insurance in Managing Risk of Future Pandemics. *In: NBER Working Paper Series*. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2021, p.15).

¹²⁹ Cf. KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass R. Availability Cascades and Risk Regulation. *In: Stanford Law Review*, v.51, n.4, p.683-768, 1999. Também cf. item 2.5.1, *infra*.

¹³⁰ KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.403.

¹³¹ *Ibid.*, p.404.

¹³² Cf. FINUCANE, Melissa; ALHAKAMI, Ali; SLOVIC, Paul; JOHNSON, Stephen M. The Affect Heuristic in Judgments of Risks and Benefits. *In: SLOVIC, Paul [Org.]. The Perception of Risk*. Risk, Society and Policy Series. Abingdon, UK: Earthscan from Routledge, 2000, p.413-429.

associam com o perigo estão disponíveis e influenciam quando riscos e benefícios são julgados”¹³³. Em outras palavras, a percepção humana da probabilidade ou risco de ocorrência de determinado evento determina-se também pelas emoções e sensações que este risco suscita junto ao tomador de decisão. Paul Slovic demonstra referida heurística de afeto a partir de estudos conduzidos com o intuito de aprimorar a comunicação entre formuladores de políticas públicas e o público, mediante a consideração da previsibilidade das respostas e reações deste público a eventos, riscos e novas tecnologias¹³⁴.

Em suas pesquisas, Slovic buscou mensurar a reação de pessoas leigas a diferentes tipos de situações de riscos (tais como ataques nucleares e tiroteios, mas também uso constante de latas de spray, pesticidas ou antibióticos). E, para fins de apuração dos resultados obtidos, classificou os diferentes riscos conforme duas variáveis: a primeira, que denominou ‘temor do risco’ (*dread risk*), para corresponder ao grau de falta de controle de eventuais consequências catastróficas ou fatais destes riscos; e a segunda, que denominou ‘risco desconhecido’ (*unknown risk*), para corresponder ao grau de desconhecimento ou intangibilidade dos riscos inerentes à situação¹³⁵. Ao tratar os resultados obtidos, a partir do olhar destas variáveis, constatou que a primeira variável se revelava muito mais decisiva à percepção leiga do risco, do que a segunda, sendo que, quanto maior se revelasse o ‘temor do risco’, maior também se percebia o clamor social das pessoas em ver esse risco reduzido, mediante regulamentações rígidas das instituições públicas¹³⁶.

Portanto, mais uma vez, os resultados confirmaram que a percepção humana sobre situações de risco, a influenciarem sistematicamente em suas tomadas de decisão, não se encontram preponderantemente condicionadas pela real probabilidade estatística de ocorrência destas situações – mesmo porque a acessibilidade a estes dados técnicos se condicionaria à resposta de perguntas difíceis, contornadas pelo Sistema 1 a partir de mecanismos heurísticos. Na realidade, vieses de substituição decorrem da intuitiva invocação de perguntas fáceis, que, associadas à disponibilidade de informações ou às emoções (afetos) suscitadas por estas informações, substituam as perguntas difíceis e guiem com preponderância a maioria das tomadas de decisão.

¹³³ *Ibid.*, p.427, tradução livre: “positive and negative feelings attached to the images people associate with hazards are available and influential when risk and benefit are judged” (original).

¹³⁴ Cf. SLOVIC, Paul. Perception of Risk. In: SLOVIC, Paul [Org.]. **The Perception of Risk**. Risk, Society and Policy Series. Abingdon, UK: Earthscan from Routledge, 2000, p.221.

¹³⁵ *Ibid.*, p.225-226.

¹³⁶ *Ibid.*, p.226.

Os resultados alcançados pela pesquisa de Slovic, por outro lado, também permitem concluir que os vieses de substituição não consistem em condicionamento irresistível e inevitável da mente humana, mas de comprovada tendência, de tal forma que “resistir a esse grande conjunto de potenciais vieses de disponibilidade é possível, mas cansativo. [...] Manter a vigilância contra vieses é um trabalho duro”¹³⁷. E isso se comprova pelo fato de que, na mensuração da percepção de situações de risco junto a especialistas das respectivas áreas, diferentemente do que se verificou na pesquisa entre pessoas leigas, tende-se a observar redução do impacto emocional, a fim de se estimarem riscos correlacionando-os a informações técnicas sobre índices anuais de mortalidade por eles provocados¹³⁸.

2.4.2. Vieses de Conclusão

Os *vieses de conclusão*, por sua vez, também chamados de *prejulgamento*, por motivos óbvios, como se verá, verificam-se quando, antes de se tomar efetivamente uma dada decisão, já existe prévia inclinação do sujeito em adotá-la¹³⁹. Nestas hipóteses, ou se suprime por completo o processo mental de busca por motivos a amparar a escolha íntima já existente, para simplesmente se apontar assertivamente esta conclusão, ou se aciona o Sistema 2, para que este busque nos arquivos mentais do sujeito decisor, ou nos estímulos que o permeiem, argumentos que possam endossar a respectiva escolha íntima previamente realizada¹⁴⁰. E, de forma surpreendente, sustenta a Psicologia Comportamental que, inclusive na hipótese de acionamento do Sistema 2 para superveniente coleta de argumentos confirmatórios, a mente humana apresenta forte tendência a acreditar que tais argumentos encontrados *a posteriori* seriam efetivamente a causa das conclusões para as quais já se inclinava inicialmente¹⁴¹.

Evidentemente, a *heurística de afeto* já apontada na seção anterior apresenta também relevante influência para a causação de vieses de conclusão¹⁴², na medida em que

¹³⁷ KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.167. E prossegue: “A conclusão é que a facilidade com que as ocorrências vêm à mente é uma heurística do Sistema 1, que é substituída por um foco no conteúdo quando o Sistema 2 está mais empenhado. Múltiplas linhas de evidência convergem para a conclusão de que pessoas que se deixam guiar pelo Sistema 1 são mais fortemente suscetíveis a vieses de disponibilidade do que outras em um estado de vigilância maior” (*Ibid.*, p.173).

¹³⁸ SLOVIC. *Perception of Risk*, p.223.

¹³⁹ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.166.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.167: “Com frequência, concebemos racionalizações plausíveis para nossos julgamentos e chegamos a pensar que são a causa de nossas crenças”.

¹⁴² *Ibidem*.

gostos, emoções e crenças tendem a ser determinantes na construção de preferências imanes das pessoas, direcionando, assim, seus julgamentos.

Mas é necessário reconhecer que não necessariamente os ditos julgamentos encontram origem em crenças ou preferências pessoais do agente tomador de decisão. Pelo contrário, podem decorrer de *âncoras* previamente posicionadas para atuar como parâmetros aos mecanismos mentais acionados para a tomada de decisão. No *efeito de ancoragem*, como já foi denominado pela doutrina, assim, “um ponto de partida natural é aplicado como uma primeira aproximação ao julgamento [...]. Essa âncora é, então, ajustada para acomodar as implicações das informações adicionais”¹⁴³. A própria sistemática que envolve o efeito de ancoragem pode provocar inquietação cuja resposta é imprescindível à plena compreensão de seu funcionamento: seria essa uma heurística de aplicação consciente pelos sujeitos tomadores de decisão?

À similaridade do que se tem verificado em relação aos demais vieses e heurísticas já apontados, responde-se que tendencialmente *não*. Por mais que, em essência, possua o sujeito decisor consciência do fato de estar ciente da informação âncora, o mecanismo mental heurístico propende a se processar sem que ele tome consciência de que tal informação age como parâmetro a orientar sua tomada de decisão. Em alguns experimentos conduzidos a respeito deste efeito, inclusive, a própria âncora não guardava *nenhuma* relação informativa com a decisão final a ser tomada¹⁴⁴.

E, exatamente por estas razões, diferentemente do que se observou em relação à heurística de afeto na seção anterior, pesquisas a respeito do efeito de ancoragem apontam que ele tende a sujeitar, também, especialistas na área na qual a decisão é tomada¹⁴⁵. Inclusive, trata-

¹⁴³ SLOVIC, KUNREUTHER, WHITE. *Decision Processes, Rationality and Adjustment to Natural Hazards*, p.16, tradução livre: “a natural starting point is used as a first approximation to the judgment [...]. This anchor is then adjusted to accommodate the implications of the additional information” (original).

¹⁴⁴ “[...] uma descoberta fundamental da pesquisa com ancoragem é a de que âncoras que são obviamente aleatórias podem ser tão eficazes quanto âncoras potencialmente informativas. Quando usamos uma roda da fortuna para estimativas de âncora da proporção de nações africanas na ONU, o índice de ancoragem foi de 44%, bem dentro da variação de efeitos observados com âncoras que poderiam plausivelmente ser tomadas como dicas. Efeitos de ancoragem de tamanho similar têm sido observados em experimentos em que os últimos dígitos do número de Seguridade Social da pessoa consultada era usado como âncora (por exemplo, para estimar o número de médicos na cidade dela). A conclusão é clara: âncoras não devem seus efeitos ao fato de as pessoas acreditarem que elas são informativas” (KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.160).

¹⁴⁵ Gregory B. Northcraft e Margaret A. Neale, da University of Arizona, conduziram pesquisa a respeito da influência do efeito de ancoragem, comparativamente em pessoas leigas e em especialistas, em relação ao mercado imobiliário. Por intermédio da prévia apresentação de informações sobre determinado imóvel, e também de um hipotético preço de venda “pedido pelos proprietários” – que ora o supervalorizavam, ora o subvalorizavam –, a grupos de pessoas leigas e a grupos de corretores imobiliários devidamente certificados, concluíram os pesquisadores que, após efetivamente visitarem o imóvel, ambos os grupos tendiam a apresentar suas próprias avaliações de valor de mercado do bem conforme parâmetros que orbitavam em torno das informações que tivessem originalmente recebido (cf. NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. *Experts, Amateurs and*

se de efeito facilmente perceptível em contextos de negociação ou de reuniões estratégicas de uma forma ampla¹⁴⁶ – ocasiões em que as ponderações daquele que for o primeiro a falar (não raramente, sujeito que ocupe determinada posição de autoridade ou respeitabilidade perante o restante do grupo) costumam se tornar a referência em torno da qual orbitarão as demais propostas ou discussões.

Também no espaço de debate político, comumente o efeito de ancoragem e a heurística de afeto atuam complementarmente, a fim de provocar *vieses de conclusão*. No que concerne a questões sociais de aplicação mais polêmica, é frequente que diferentes partidos políticos polarizem o debate em torno de polos de opiniões antagônicas. Diante de cenários assim, não raro vê-se pessoas que, graças à preferência ou simpatia que porventura nutram em relação a um partido ou à sua ideologia (heurística de afeto), tomem como parâmetro condutor de sua própria formação de opinião pessoal o posicionamento postulado pelo referido partido político (efeito de ancoragem)¹⁴⁷. A doutrina aponta, também, a influência do efeito de ancoragem no cenário jurídico, quanto à fixação de indenizações por danos morais individuais ou coletivos em desfavor de hospitais ou indústrias por exemplo, ponderando que a definição de um teto a esses valores “eliminaría todas as indenizações maiores, mas a âncora também jogaria para cima o valor de muitas indenizações que de outro modo seriam bem menores”¹⁴⁸.

A ocasião é vívida, inclusive, para, mais uma vez, fazer eco à análise realizada por Olivier Sibony, a respeito da pandemia da Covid-19, durante o seminário virtual promovido pela HEC Paris em junho de 2020¹⁴⁹. Nesta oportunidade, o palestrante pontuou de forma muito assertiva o fato de que, a despeito da acentuada ignorância objetiva¹⁵⁰ inerente às tentativas de

Real State: an Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions. In: **Organizational Behavior and Human Decision Processes**, v.39, p.84-97, 1987). Daniel Kahneman, igualmente, comentou o respectivo experimento em sua obra “Rápido e Devagar”: “Perguntou-se então aos corretores sobre os fatores que haviam afetado seu parecer. Extraordinariamente, o preço pedido não foi um desses fatores; os agentes se orgulhavam se sua capacidade de ignorá-lo. Eles insistiam que o preço de venda não tinha efeito algum em suas respostas, mas estavam enganados: o efeito de ancoragem foi de 41%. Na verdade, os corretores eram quase tão suscetíveis aos efeitos de ancoragem quanto alunos de uma faculdade de administração sem qualquer experiência em negócios imobiliários, cuja ancoragem foi de 48%. A única diferença entre os dois grupos foi de que os estudantes reconheciam ter sido influenciados pela âncora, ao passo que os corretores negaram a influência” (KAHNEMAN, *op. cit.*, p.158).

¹⁴⁶ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.168.

¹⁴⁷ Cf. KASPERSON, Roger *et al.* The Social Amplification of Risk: a Conceptual Framework. In: SLOVIC, Paul [Org.]. **The Perception of Risk**. Risk, Society and Policy Series. Abingdon, UK: Earthscan from Routledge, 2000, p.232-245.

¹⁴⁸ KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.162. O tema é polêmico, no direito processual civil brasileiro, na medida em que restringiria a análise fático-probatória do órgão jurisdicional, no caso concreto, e restringiria os direitos daqueles que tivessem sofrido danos mais graves, os quais não teriam a possibilidade de pleitear valores correspondentes à gravidade dos prejuízos por si sofridos.

¹⁴⁹ SIBONY. *Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis*, *op. cit.*

¹⁵⁰ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.136.

se prever o então porvir da conjuntura pandêmica, não raras foram as pessoas que se valeram da ocasião para simplesmente confirmar ideias gerais ou específicas que lhes fossem pré-existentes. Satiricamente, ilustra Sibony o referido *viés de conclusão*, a partir do convite aos ouvintes a então abrir quaisquer jornais de sua preferência, revelando que seria altíssima a probabilidade de que se encontrassem genéricos comentários jornalísticos, no sentido de que “diante da crise da pandemia, precisava-se fundamentalmente repensar... (a globalização, ou o capitalismo, ou a desigualdade, ou a governança global, ou a democracia, ou o aquecimento global, ou a proteção aos animais, ou as liberdades individuais, ou a informatização)”¹⁵¹. A complementação da frase, portanto, poderia direcionar-se livremente ao rumo que melhor confirmasse o prejulgamento realizado por seu autor, de tal forma que a pandemia se convertesse em um instrumento de se endossar aquilo que o respectivo autor da frase “sempre teria pensado ser verdade”¹⁵².

2.4.3. Vieses de Coerência Excessiva

Também indispensável é o diagnóstico de *vieses de coerência excessiva*¹⁵³, que correspondem à tendência de se articular mentalmente informações para se formar impressões coerentes e à resistência em se abandonar ou superar essas impressões – ainda que, porventura, se recebam evidências supervenientes que apontem em direção inversa. Em certa medida, a busca por *coerência excessiva* entrelaça-se aos já expostos *vieses de conclusão*, uma vez que, seguindo-se a lógica destes últimos, o Sistema 2 busca nos acervos da memória argumentos que endossem o prejulgamento já realizado – ou seja, que lhe confirmem coerência.

A essa busca por coerência excessiva, denomina a Psicologia Comportamental como *efeito halo*¹⁵⁴. O termo foi utilizado com tal significação, pela primeira vez, por Edward Thorndike, em 1920, quando este publicou suas observações científicas a respeito de um comportamento reiterado que diagnosticou em avaliações dos operários de duas grandes corporações industriais à época. Ao serem os operários avaliados por seus diferentes atributos (inteligência, confiabilidade, aptidão técnica...), os pareceres de um mesmo avaliador a respeito de um mesmo operário revelavam-se propensos a guardar certa homogeneidade interna. Dessa forma, uma avaliação positiva quanto à inteligência de um dado operário costumava ser

¹⁵¹ SIBONY, *op. cit.*, minuto 44.

¹⁵² SIBONY, *op. cit.*, minuto 44.

¹⁵³ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.169.

¹⁵⁴ Cf. THORNDIKE, Edward L. A Constant Error in Psychological Ratings. In: **Journal of Applied Psychology**, v.4, n.1, p.25–29, 1920.

acompanhada por avaliações também positivas sobre sua confiabilidade e aptidão técnica (a premissa também se confirmava em situações inversas, marcadas por avaliações negativas)¹⁵⁵ – apesar de se tratarem de atributos, a priori, independentes entre si. A análise do quadro permitiu à Thorndike perceber que avaliadores tenderiam a conceber o sujeito ou objeto de sua avaliação como se estivesse envolto por um halo (usualmente correspondente às primeiras impressões – de simpatia ou aversão – a respeito deste sujeito ou objeto) de tal forma que todas as suas demais características deveriam amoldar-se a este halo.

Novamente, o que se visualiza é uma tendência por se buscar *a posteriori* a conformação de um panorama que apresente coerência com impressões iniciais ou prejulgamentos que se tenham realizado consciente ou inconscientemente – evidente mecanismo mental altamente suscetível à produção de graves erros de medição, visto que estimula que se atribuam pesos inadequados às diferentes evidências, conforme endossem ou contradigam aquelas primeiras impressões. Afinal, “a combinação de um Sistema 1 que busca coerência com um Sistema 2 preguiçoso significa que o Sistema 2 vai endossar muitas crenças intuitivas, as quais refletem intimamente as impressões geradas pelo Sistema 1”¹⁵⁶. Para referenciar de forma didática este mecanismo mental, Daniel Kahneman utiliza-se da expressão “o que se vê é tudo que há” (abreviada em inglês como WYSIATI – *what you see is all there is*)¹⁵⁷. E, valendo-se dela, explica que “WYSIATI facilita a conquista de coerência e do conforto cognitivo”¹⁵⁸ e, em razão deste conforto, constitui-se em alicerce para diversos outros vieses de julgamento, como a *superconfiança* e a *negligência da taxa-base*¹⁵⁹.

O viés de *superconfiança* se baseia no fato de que “o sistema associativo tende a se acomodar em um padrão coerente de ativação e de dúvida e ambiguidade suprimidas”¹⁶⁰. Dessa forma, reforça-se a confiança em uma informação não pela qualidade ou volume de evidências, mas pela coerência da narrativa que o sujeito produz a respeito dessa informação e de seu potencial em confirmar os prejulgamentos desse mesmo sujeito. Utilizando-se, mais uma vez, para fins ilustrativos, do contexto da pandemia da Covid-19, destaca-se o fato de que, diante de tantas incertezas a respeito das complexidades técnicas da conjuntura, a multidão de pessoas leigas quanto aos assuntos científicos em jogo naturalmente passou a buscar por porta-vozes e influenciadores digitais que lhes trouxessem, minimamente, respostas nas quais se pudesse

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.25.

¹⁵⁶ KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.112.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p.111.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p.114.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

ancorar. Por sua vez, a formação de uma primeira impressão positiva a respeito de um determinado porta-voz ou influenciador ampliaria sistematicamente a probabilidade em se atribuir confiabilidade a todas as demais manifestações de sua autoria (coerência excessiva).

De forma semelhante, a *negligência da taxa-base* aponta para a desconsideração de evidências probabilísticas, quando não se possuem outras informações verdadeiramente relevantes que possam conduzir eficazmente a tomada de decisão. Em certa medida, esta negligência pode ser percebida no viés que Olivier Sibony, em sua exposição à HEC Paris, denominou *ilusão de foco*, e que consiste em subestimar os aspectos de um dado problema ou situação sobre os quais não se está falando ou pensando¹⁶¹ (as evidências probabilísticas ou taxas-base) – como se tais aspectos não fossem tão relevantes como aqueles sobre os quais se fala. Em outras palavras, a busca por promover a coerência do panorama completo às impressões que primeiro se formulou, leva ao risco de subestimação de evidências relevantes.

2.5. INTERFERÊNCIAS COGNITIVAS NAS TOMADAS DE DECISÃO ESTRATÉGICAS PARA COLETIVIDADES

A observação dos mecanismos mentais de tomada de decisão reveste-se de especificidades (que inclusive assumem central importância em procedimentos deliberativos de Estados Democráticos de Direito), quando se passa a analisar a vontade das coletividades. Fala-se, aqui, em coletividades – no plural – justamente para se destacar que, conforme a natureza e a abrangência das questões de interesse coletivo, estas podem produzir diversificadas percepções, sensações e interpretações aos sujeitos integrantes (frutos de suas diferentes predisposições e experiências), evidenciando como pode o grupo se ramificar em subgrupos¹⁶².

A investigação científica a respeito da vontade de coletividades e de como esta vontade se manifesta em procedimentos deliberativos remonta a mais de um século. Logo no prefácio de seu clássico ‘*Psicologia das Multidões*’, Gustave Le Bon declara ao seu leitor que “a ação inconsciente das multidões, substituindo a atividade consciente dos indivíduos, representa uma das características da época atual”¹⁶³. Naturalmente, a melhor compreensão do que quis efetivamente dizer Le Bon exige que o leitor se transporte no tempo para o final do século XIX, a fim de visualizar a ‘época atual’ pelas lentes do autor. E ao fazê-lo, abrem-se os

¹⁶¹ SIBONY. *Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis*, minuto 32.

¹⁶² Subsequentemente, neste trabalho, o fenômeno será analisado sob a ótica jurídica do policentrismo.

¹⁶³ Cf. LE BON, Gustave. **Psicologia das Multidões**. Tradução: Mariana Sérvulo da Cunha. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p.15.

olhos na França de 1895, onde e quando se assistia à transformação das artes e da arquitetura, com o movimento *art nouveau*; viviam-se os avanços econômico-tecnológicos e as profundas mazelas sociais proporcionadas pela Segunda Revolução Industrial, marcada pela introdução do uso da energia elétrica e do petróleo como combustível; e – principalmente, para os fins das observações que se tece – testemunhava-se o início daquela que o autor denominou como sendo a ‘era das multidões’.

A significação deste termo, tal como pretendeu utilizar Gustave Le Bon, entretanto, não pode ser aferida sob óticas sociais democráticas. Por um lado, sob o ponto de vista da ciência política, reconhecia Le Bon que os séculos XVIII e XIX marcavam o início de uma era em que a política tradicional de centralização e pessoalidade do poder em torno do príncipe (conforme a filosofia política de Nicolau Maquiavel¹⁶⁴) ou do soberano absolutista (endossado pelas ideias de Thomas Hobbes¹⁶⁵) cedia espaço a modelo de Estado que “prepara o destino das nações na *alma das multidões*”¹⁶⁶. Por outro lado, concebia Le Bon que a ‘alma da multidão’ corresponderia ao “conjunto de características comuns impostas pelo meio e pela hereditariedade a todos os indivíduos de um povo”¹⁶⁷. Em outras palavras, desfavoravelmente, considerava Gustave Le Bon que, na formação da mentalidade de um povo, seria supostamente invencível o fator hereditário, de tal forma que “apesar de não responsáveis ou mesmo impermeáveis ao progresso, as grandes crenças da massa da população seriam responsáveis pela coesão e pela estabilidade social, o que significa que as elites deveriam conhecê-las [...] para reduzir sua possível interferência”¹⁶⁸. E, nesse cenário, utilizava-se da expressão ‘multidão’ ora em sentido pejorativo, para se referir ao resultado (que entendia ser essencialmente negativo) do entrelace de diferentes crenças estáveis de diferentes povos, ora

¹⁶⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**, com notas de Napoleão Bonaparte e Cristina da Suécia. Tradução de Mário e Celestino da Silva. 1.reimpr. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. Cf. também SILVA, Beclaute Oliveira. “Centauro” ou “da Imanência à Transcendência”: Considerações sobre o Homem e a Política em “O Príncipe” de Maquiavel. In: **Revista de Informação Legislativa**, v.47, n.188, out/dez.2010, p.229-237.

¹⁶⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁶⁶ “Há apenas um século, a política tradicional dos Estados e as rivalidades dos príncipes constituíam os principais fatores dos acontecimentos. A opinião das multidões geralmente não contava. Hoje, as tradições políticas, as tendências individuais dos soberanos, suas rivalidades têm pouco peso. A voz das multidões tornou-se preponderante. Dita aos reis sua conduta. Não é mais nos conselhos dos príncipes, mas na alma das multidões que os destinos das nações se preparam” (LE BON. *Psicologia das Multidões*, p.20).

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.15.

¹⁶⁸ CONSOLIM, Márcia Cristina. Gustave Le Bon e a Crítica da Razão Acadêmica [Posfácio]. In: LE BON, Gustave. **Psicologia das Multidões**. Tradução: Mariana Sérvulo da Cunha. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p.198.

em sentido meramente descritivo para traduzir o tipo de sociabilidade que expressaria as características comuns (alma) de um povo¹⁶⁹.

Como consequência desta visão, anunciava Le Bon que “a psicologia das multidões mostra até que ponto as leis e as instituições exercem pouca influência sobre sua natureza impulsiva e quanto são incapazes de ter quaisquer opiniões além das que lhes são sugeridas”¹⁷⁰. Evidentemente, seja sob o ponto de vista das ciências sociais aplicadas, seja das ciências políticas, as ideias de Le Bon sobre a ‘alma das multidões’, sua impermeabilidade ou seu condicionamento hereditário, não encontram eco nos atuais modelos de compreensão das vontades de coletividades no espaço de diálogo democrático dos Estados de Direito.

Em contrapartida, suas reflexões contribuíram para trazer ao âmago da psicologia a curiosidade científica acerca do comportamento e dos processos deliberativos envolvendo coletividades. Estudo este que, hoje, parte de diferentes premissas, almejando traçar diagnóstico sobre as medições preditivas e avaliativas, diante de situações de incerteza e crise, a partir da análise de mecanismos heurísticos e interferências cognitivas (vieses e ruídos). O convite continuado que ora se faz à observação da teia¹⁷¹ de relações intersubjetivas, interinstitucionais ou intergovernamentais identificadas na pandemia da Covid-19 busca demonstrar como, diante de problemas de interesse coletivo, medições preditivas ou avaliativas, realizadas em deliberação individual ou coletiva, têm relevante potencial de transformação da realidade.

A respeito dessas tomadas de decisão¹⁷² que aqui se agregam sob o gênero das *estratégicas para coletividades*, visto que potencialmente determinantes ao tratamento de problemas de interesse coletivo, torna-se relevante cogitar se as respectivas decisões são tomadas de forma singular ou colegiadamente; se são tomadas pela própria coletividade em aclamação, ou por votos a serem apurados, ou ainda por seus intermediários; e se, nesta última hipótese, a coletividade é convocada a participar do espaço deliberativo prévio à tomada de decisão ou se sua vontade é presumida por seus porta-vozes. Todas estas considerações permitem melhor avaliar os vieses e os ruídos aos quais estas tomadas de decisão se encontrem

¹⁶⁹ *Ibid.*, p.210.

¹⁷⁰ LE BON, *op. cit.*, p.24.

¹⁷¹ *Cf.* item 4.3, *infra*.

¹⁷² Mais uma vez, reforça-se neste ponto que não se pretende, com o uso da expressão “julgamento humano”, restringir o escopo de análise à atividade jurisdicional de juízes, na resolução judicial de litígios coletivos. *Cf.* item 2.2, *supra*.

mais suscetíveis¹⁷³ e, assim, correspondentemente, traçar estratégias mais adequadas à mitigá-los.

Logo, para fins de melhor organização das ideias que se pretende desenvolver, propõe-se analisar as interferências cognitivas nas tomadas de decisão estratégicas para coletividades, conforme sejam fruto de deliberação coletiva ou de deliberação individual – via seus porta-vozes¹⁷⁴.

2.5.1. Tomadas de Decisão Estratégicas para Coletividades e de Deliberação Coletiva

Como já se pode inferir a partir das considerações expostas nesta pesquisa, tomadas de decisão realizadas direta e colegiadamente por coletividades sujeitam-se a riscos de erros de medição provocados por interferências cognitivas que não necessariamente se materializam da mesma forma em tomadas de decisão realizadas por porta-vozes desses mesmos grupos. Isso porque a observação dos mecanismos deliberativos, quando aplicados a coletividades, deve imprescindivelmente amplificar o peso que se atribui ao comportamento social dos sujeitos, analisando suas tendências associativas para tanto. Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass Sunstein explicam, nesse sentido, como decisões tomadas em grupo podem se condicionar por inúmeros fatores que, tecnicamente, não deveriam influenciá-las: “quem fala primeiro, quem fala por último, quem fala com confiança, quem está vestido de preto, quem sentou do lado de quem, quem sorri, quem fica sério ou gesticula no momento certo – todos esses fatores, e muito mais, afetam os resultados”¹⁷⁵.

Portanto, a análise das interferências cognitivas que afetam grupos não pode desconsiderar a dinâmica que rege as relações internas a esse grupo no momento em que a deliberação é realizada. Até mesmo porque grupos idênticos ou similares, quando submetidos a circunstâncias distintas, podem tomar decisões coletivas absolutamente diversificadas entre si. Percebe-se, portanto, intensificado risco de ruído de padrão em decisões tomadas colegiadamente por grupos, sobretudo quando há espaço para debate plural, em que os membros da coletividade têm acesso às manifestações e opiniões uns dos outros.

¹⁷³ Reconhece-se estarem os vieses e ruídos, de alguma forma, sempre presentes, em maior ou menor medida, em virtude da natureza humana de tais julgamentos. Assim, não se procura com isso identificar método democrático de tomada de decisão que se isente de tais características, mas que as exiba em menor proporção.

¹⁷⁴ A análise que ora se realiza, nas seções seguintes deste capítulo, pretende ser conduzida pela perspectiva transdisciplinar proporcionada pela Psicologia Comportamental, e não pela ótica jurídico-institucional dos instrumentos legais e constitucionais de participação democrática – os quais serão objeto de subsequente tratamento nos demais capítulos desta pesquisa.

¹⁷⁵ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.95.

Um dos principais mecanismos heurísticos altamente suscetíveis de se ocorrer neste exato cenário, já aqui suscitado, consiste nas *cascatas de disponibilidade*, conforme diagnosticadas por Timur Kuran e Cass Sunstein. Delimitam os autores que se trata de “um processo de auto-reforço de formação de crença coletiva, pelo qual uma percepção expressa provoca uma reação em cadeia que confere a essa percepção crescente plausibilidade, por intermédio de sua também crescente disponibilidade ao debate público”¹⁷⁶. A forma como se desencadeiam essas cascatas condiciona-se, por sua vez, a dois fatores centrais: “(1) as influências sociais no indivíduo, e (2) as influências individuais na sociedade”¹⁷⁷.

Dentre as principais variáveis que condicionam as ditas influências sociais, aponta-se o discurso público¹⁷⁸, iniciativas políticas, decretos e resoluções adotadas por agências governamentais. Ressalva-se, aqui, que a ideia de ‘discurso público’ que se mostra relevante, não corresponde apenas ao discurso endossado por instituições públicas, mas a discursos de diversas origens que alcancem ampla visibilidade, tornando-os suscetíveis a transformar posicionamentos e opiniões de indivíduos (como é o caso de conteúdos jornalísticos divulgados em determinados meios de comunicação, por exemplo). Por outro lado, compreendem-se como principais variáveis individuais as percepções pessoais de indivíduos acerca dos principais riscos que enfrentam (medições de risco), de suas preferências de riscos a serem enfrentados e de suas preferências quanto às possíveis políticas de regulação desses riscos que devam ser priorizadas¹⁷⁹.

Estes dois tipos de influências, como apuram Kuran e Sunstein, retroalimentam-se, de tal forma que as influências sociais amoldam o comportamento individual, o qual, a seu turno, após se adequar, reverbera no comportamento social, coletivo, redirecionando as influências sociais¹⁸⁰. O ciclo pode ser facilmente observado. Por se tratar de estudo científico conduzido ainda no final da década de 1990, pontuaram os autores que “a maioria das pessoas têm predisposição em temer cobras, mas não vírus”¹⁸¹. Assim, seguindo-se essa lógica, “na ausência de influências sociais, elas tomarão maiores precauções contra cobras, que podem vir

¹⁷⁶ KURAN, SUNSTEIN. *Availability Cascades and Risk Regulation*, p.683, tradução livre: “An availability cascade is a self-reinforcing process of collective belief formation by which an expressed perception triggers a chain reaction that gives the perception increasing plausibility through its rising availability in public discourse” (original).

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.715, tradução livre: “(1) social influences on the individual, and (2) individual influences on society” (original).

¹⁷⁸ KURAN, SUNSTEIN. *Availability Cascades and Risk Regulation*, p.715: “public discourse, which is the ensemble of publicly expressed or conveyed sentiments, ideas, and information that individuals use as gauges of what others know and want”.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p.716.

¹⁸¹ *Ibid.*, p.718-719, tradução livre: “most people are predisposed to fear snakes but not viruses” (original).

a ser inofensivas, do que contra perigos à saúde potencialmente letais”¹⁸². Porém, especialmente a partir do início de 2020, discursos públicos de ampla visibilidade veiculados pela mídia passaram a apontar com compreensível ênfase os efeitos nocivos da contaminação pelo vírus SARS-CoV-2, que vieram a originar pandemia. Como consequência, o comportamento individual das pessoas alterou-se, de tal forma que passaram a apresentar bem mais forte tendência a temer vírus, do que cobras. Instantaneamente, incorporaram-se aos cuidados pessoais rotinas rígidas de aplicação de álcool nas mãos, uso de máscaras e distanciamento social. Ciclicamente, por sua vez, este comportamento dos indivíduos também condicionou o conteúdo do discurso público, que passou a ‘dialogar’ com essas modificações.

Ainda que se considerem, por outro lado, cenários com menor ou nenhuma reverberação midiática que seja apta a fortemente influenciar a formação de opiniões, essa mesma relação cíclica pode ser observada. Para demonstrá-lo, Timur Kuran e Cass Sunstein¹⁸³ utilizam-se de exemplo em que estejam os membros de uma dada comunidade mobilizando-se para responder a uma situação de suposto derramamento de substância tóxica por dado agente econômico. Apontam os autores que, por mais que os integrantes dessa comunidade desejem tomar a decisão que melhor assegure sua proteção e de sua família, dificilmente em medições preditivas ou avaliativas realizadas ‘por multidões’¹⁸⁴ seria empregado razoável esforço específico destes membros, individualmente, em analisar evidências científicas a respeito. “A maioria dos membros da comunidade formará seus próprios julgamentos de risco, preferências de risco e preferências de políticas [de regulação de riscos] a partir de informações muito limitadas”¹⁸⁵, moldadas a partir de seus próprios mecanismos heurísticos mentais. O eventual acesso prévio desses integrantes a notícias veiculadas pela mídia, a respeito do caso, poderia, na realidade, apenas ampliar as possibilidades de que estas fossem as fontes informacionais determinantes para a formação de seus julgamentos próprios – mas, caso inexistissem, estas percepções individuais (variáveis individuais) simplesmente construir-se-iam a partir de outras premissas.

¹⁸² *Ibid.*, p.719, tradução livre: “In the absence of social influences, they will take greater precautions against snakes that happen to be harmless than against potentially lethal health hazards” (original).

¹⁸³ KURAN, SUNSTEIN. *Availability Cascades and Risk Regulation*, p.720-721.

¹⁸⁴ Reproduz-se aqui o termo exato utilizado pela Psicologia Comportamental, para fazer referência às decisões tomadas em coro pela própria coletividade conjuntamente, não se buscando corresponder à ideia da necessidade de uma *amplíssima* numerosidade de sujeitos, nem se pretendendo fazer alusão à proposta de uso do termo conforme a teoria da *alma das multidões* de Gustave Le Bon.

¹⁸⁵ KURAN, SUNSTEIN. *op. cit.*, p.720, tradução livre: “Most of the community's members will form their private risk judgments, risk preferences, and policy preferences through very limited information” (original).

Esta última observação, na verdade, ressalta um dos principais aspectos que compreendem as cascatas de disponibilidade: a ausência de procura por informações técnicas ou científicas a respeito do caso em análise, individualmente por cada membro do grupo, de forma prévia à deliberação coletiva, torna-os muito suscetíveis a conferirem credibilidade a dados ou percepções suscitados neste debate público, pelo simples fato de que outras pessoas parecem também aceitá-los. Como já se adiantou em páginas anteriores deste trabalho, vê-se aqui clara interseção entre o efeito cascata e o efeito de ancoragem, que faz com que os debates subsequentes orbitem em torno de determinada informação (relevante ou irrelevante) que se posicione como âncora.

Retomando-se a citação de Kahneman, Sibony e Sunstein com que se introduziu essa seção, conforme possuam os membros integrantes da coletividade pouco conhecimento especializado a respeito do assunto sobre o qual se deliberará, tornam-se extremamente suscetíveis a desencadear cascata informacional que se ancore em determinado dado, simplesmente por ter sido este apontado pela primeira pessoa do grupo a se manifestar, ou pela pessoa de maior idade ou respeitabilidade no grupo, ou pela pessoa que possua melhores habilidades de oratória no grupo, ou até mesmo pela pessoa que se encontre vestida com maior formalidade no grupo. Os critérios inconscientemente invocados pelos mecanismos heurísticos são inúmeros e, evidentemente, os riscos de erros podem ser mitigados (mas não eliminados por completo) à medida que a coletividade a deliberar seja composta por maior número de membros com prévio conhecimento especializado sobre o tema e atentos a utilizarem-se destes conhecimentos como parâmetros ao seu posicionamento próprio no espaço de deliberação.

Outra forma de se reduzirem os riscos inerentes às cascatas de disponibilidade, apontada pela doutrina, propõe a alteração da sistemática de deliberação, de forma a se substituir o espaço de debate plural, por deliberações por voto individual e fechado que antecedam a esse debate aberto¹⁸⁶. A lógica por trás da metodologia justifica-se pelo *efeito de sabedoria das multidões*, diagnosticado por Francis Galton já no início do século XX¹⁸⁷ e

¹⁸⁶ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.361.

¹⁸⁷ Cf. SUROWIECKI, James. **The Wisdom of Crowds**. New York: Anchor Books, 2005, p.XI-XV. Conforme narra James Surowiecki, no início do século XX, Francis Galton procurava testar sua hipótese de pesquisa no sentido de que “pouquíssimas pessoas teriam características necessárias para manter sociedades saudáveis” (p.XI, tradução livre). E para tanto, propôs-se a avaliar os palpites de um conjunto de 787 pessoas (a maioria das quais leiga no assunto), em uma competição em que se apostava sobre o peso de determinado boi, na West of England Fat Stock and Poultry Exhibition. Comparando o cenário com o de uma democracia, buscava apurar a aptidão para tomada de decisão pelo “votante médio”. A hipótese de Galton era de que, após apurar a média entre os palpites de cada votante, o resultado encontrado seria absolutamente aleatório e distante do peso real do boi. Porém, as apurações finais não confirmaram a hipótese de Galton, na medida em que a média de palpites dos membros do grupo encontrou valor final essencialmente perfeito (que não correspondeu ao peso real do boi, por uma diferença de apenas 1 libra). Sua conclusão, portanto, foi de que “sob as circunstâncias adequadas, grupos são notoriamente

posteriormente aplicado a contextos institucionais e corporativos por James Surowiecki¹⁸⁸. Essencialmente, o efeito de sabedoria das multidões reconhece que tomadores de decisões singulares sujeitam-se a inúmeros vieses psicológicos e possuem relevante grau de ignorância objetiva quanto a informações estratégicas, fatores os quais os distanciam da possibilidade de realizar medições isentas de riscos de erro. No entanto, propõe que a agregação dessas medições individuais – desde que tenham sido realizadas de forma independente umas das outras (e, portanto, não sujeitas a cascatas de disponibilidade)¹⁸⁹ – e a apuração da média entre elas podem proporcionar o alcance de medição coletiva ótima¹⁹⁰, gerando-se a premissa de que multidões são sábias.

Vê-se, portanto, que a plena operabilidade do efeito de sabedoria das multidões condiciona-se à efetiva ausência de espaço de debate plural entre os sujeitos votantes antes que tomem suas decisões individuais, a fim de se neutralizarem os impactos de enviesamento causados pelo comportamento social dos sujeitos. Isso se justifica em decorrência do *viés de imitação*¹⁹¹ que estimula fortemente os indivíduos a se adequarem publicamente à postura adotada pela maioria (seja no que concerne a formas de agir, pensar ou se expressar). A pesquisa conduzida por Timur Kuran e Cass Sunstein¹⁹² sobre cascatas de disponibilidade, inclusive, confirma a incidência desse viés, a partir do momento em que identifica que possuem as pessoas medições de risco e preferências *pessoais*, que não necessariamente coincidam com suas medições de risco e preferências *públicas*. Em outras palavras, a maneira pela qual as pessoas se apresentam no espaço público sofre forte influência das tendências de comportamento e posicionamento adotadas pela maioria das pessoas que também ocupe este espaço (*viés de imitação*), e não necessariamente corresponde às suas íntimas opiniões e preferências.

inteligentes, e frequentemente mais inteligentes do que a pessoa mais inteligente que integre o grupo” (p.XIII, tradução livre).

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *op. cit.*, p.100: “Em tarefas simples de estimativa – a quantidade de crimes numa cidade, aumentos populacionais ao longo de períodos especificados, a extensão de uma fronteira entre nações – as multidões se revelaram de fato sábias, contanto que as opiniões fossem registradas de maneira independente. Se os participantes soubessem das estimativas alheias – por exemplo, a média das estimativas de um grupo de doze pessoas –, o desempenho da multidão piorava. [...] as influências sociais são um problema, porque elas reduzem a ‘diversidade do grupo sem diminuir o erro coletivo’. A ironia é que, embora múltiplas opiniões independentes, adequadamente agregadas, possam ter precisão extraordinária, até mesmo uma pequena influência social consegue produzir uma espécie de comportamento de manada que sabota a sabedoria das multidões”.

¹⁹⁰ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.85: “O motivo é um bê-á-bá da estatística: a média de diversos julgamentos (ou medições) independentes produz um novo julgamento, que é menos ruidoso [...]”.

¹⁹¹ Nomenclatura aplicada por Olivier Sibony (2020a). Também cf. SIBONY, Olivier. **Você Está Prestes a Cometer um Erro Terrível**: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores. Tradução: Gustavo de Azambuja Feix. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021, p.33-42 e 100-111.

¹⁹² KURAN, SUNSTEIN. *Availability Cascades and Risk Regulation*, p.716-717.

Mas quanto a este ponto – a fim de se evitar a impressão equivocada de que o viés de imitação tornaria previsíveis e precisamente antecipáveis todos e quaisquer processos de deliberação direta realizados por coletividades –, relembra-se que as próprias influências sociais podem constituir fonte de ruído. E isso ocorre porque diferentes pressões sociais podem se formar, de acordo com a âncora que se tender a imitar ou, ao menos, da qual não se distanciar. É o que alertam Kahneman, Sibony e Sunstein, ao expor que “se alguém começa uma reunião defendendo uma grande mudança nos rumos da empresa, essa pessoa pode iniciar uma discussão que leve o grupo a apoiá-la unanimemente. A concordância pode ser produto de pressões sociais, não de convicção”¹⁹³.

Referida constatação, por sua vez, pode dar ensejo a ainda outra reflexão: como são ‘escolhidas’ pelo grupo as âncoras em torno das quais evoluirá o debate? Sabe-se, a partir das premissas que já se expôs, que não se trata de escolha consciente e deliberada pelo grupo, mas efeito heurístico ocorrido intuitivamente, e altamente determinante aos resultados finais da tomada de decisão a que se propõe. Seguindo-se exemplos aqui anteriormente suscitados, pode-se apontar a possibilidade de ser a âncora definida a partir da tendência de se tomar como eixo condutor do debate a opinião daquele que primeiro falou, daquele que falou com maior eloquência, ou do que aparentava ter maior conhecimento especializado no tema – seja por seu tom de voz, seja por sua forma de se vestir ou de explicar. No entanto, não se pode cogitar validamente que, em todas as deliberações de grupos, a definição da âncora derivaria apenas de aspectos tão marcadamente circunstanciais (ruídos de ocasião), desconsiderando-se por completo as eventuais ideologias (ruídos de padrão estável) e níveis de severidade dos membros desse grupo (ruído de nível).

Também interfere nas tomadas de decisão coletivas que contem com a manifestação direta de vontade dos membros do grupo, o *efeito de polarização*, que reflete a propensão de que os espaços de discussão coletiva provoquem seus membros integrantes a tornarem seus próprios posicionamentos e inclinações originais cada vez mais extremos, no transcorrer dos debates. A justificativa para tanto reside no fato de que “debates internos frequentemente produzem maior confiança, unidade e extremismo, muitas vezes na forma de entusiasmo aumentado”¹⁹⁴. Assim, conforme, em média, os membros do grupo sejam mais tolerantes ou mais intransigentes, isso refletirá na direção para a qual os resultados possam se extremar.

¹⁹³ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *op. cit.*, p.103.

¹⁹⁴ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.104.

Isso não quer dizer, por outro lado, que a conjugação entre vieses de imitação, cascatas de disponibilidade e efeito de polarização provoque necessariamente respostas uníssonas das multidões, no sentido de se formar um único entendimento extremado e alcançado em consenso. Na verdade, o próprio efeito de polarização, ao mesmo tempo em que convoca os indivíduos congregados a extremarem suas opiniões médias, também constitui inequívoca fonte de ruído¹⁹⁵ entre diferentes grupos ou internamente ao próprio grupo, quando for este composto por coletividade diversificada quanto às suas ideologias, comportamentos e pensamentos. O que se procura dizer é que, conforme seja possível se identificarem subgrupos (espontâneos ou institucionalizados) internos à coletividade, a atuação concomitante dos vieses aqui apontados e do efeito de polarização pode acentuar o distanciamento entre eles, provocando efetivas cisões ao grupo, conforme o caso, ou minimamente tornando o debate mais ruidoso¹⁹⁶.

2.5.2. Tomadas de Decisão Estratégicas para Coletividades e de Deliberação Individual

A busca por precisão e minimização dos riscos de erros em tomadas de decisão realizadas por porta-vozes em prol de coletividades enfrenta outros desafios. É importante rememorar, previamente à reflexão sobre o tema, entretanto, o sentido que ora se atribui à expressão *deliberação individual*, como sendo correspondente às tomadas de decisão (avaliativas e/ou preditivas) em que os interesses da(s) coletividade(s) envolvida(s) se façam presumivelmente transmitir mediante a atuação deliberativa de porta-voz legal, institucional, informalmente escolhido ou espontaneamente investido, e que apresentem relevante potencial de impacto no tratamento de questões de abrangência coletiva. Contrastam-se às circunstâncias consideradas na seção anterior, portanto, porque não incluem a tomada de decisão coletiva feita antecipada e diretamente pelo próprio grupo – seja em espaço deliberativo plural ou por apuração de votos individuais independentes, de cada membro.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p.105.

¹⁹⁶ “Como resultado, grupos deliberantes tendem a ser mais ruidosos do que grupos estatísticos que meramente extraem a média dos julgamentos individuais” (*Ibid.*, p.106). Contrariamente, o mesmo efeito de polarização pode fazer com que dissidências excessivamente minoritárias no grupo sejam encobertas: “Se a maioria prefere uma punição severa, o grupo ouvirá muitos argumentos a seu favor – e menos argumentos em sentido contrário. Se os membros do grupo dão ouvidos ao que dizem os demais, mudarão na direção da tendência dominante, deixando o grupo mais unificado, confiante e extremo. E se as pessoas se preocupam com sua reputação dentro do grupo, mudarão na direção da tendência dominante, que também produzirá polarização” (KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.105-106).

A atuação deliberativa de porta-voz(es), em presumível interesse da coletividade, posiciona-o(s) como intermediário(s) entre o grupo em si e a concretização dos propósitos deste grupo¹⁹⁷. Como consequência, a análise dos riscos de erros em suas medições e das interferências cognitivas a que suas tomadas de decisão se sujeitem passa a girar em torno da averiguação acerca da forma como interpretem a vontade das coletividades. E referida forma de interpretação, a seu turno, pode potencialmente (ainda que não obrigatoriamente) manifestar-se de formas muito diferentes conforme, no respectivo porta-voz, prepondere ou não um sentimento de pertencimento em relação ao grupo. A Psicologia Comportamental denomina o efeito que pode decorrer deste sentimento como *visão de dentro* e *visão de fora* (ou, utilizando-se da nomenclatura em língua inglesa, aplicada por Sibony, respectivamente, *ingroup* e *outgroup bias*¹⁹⁸).

A essência da diferenciação da análise conforme o sentimento de pertencimento ao grupo alicerça-se na ideia de que é mais custoso realizar avaliações objetivas sobre si próprio, do que sobre terceiros – o que Emily Pronin, Daniel Y. Lin e Lee Ross denominam *viés de ponto cego*¹⁹⁹. Em pesquisa publicada em 2002, os referidos pesquisadores demonstram como a maioria das pessoas reconhece a existência e o impacto de vieses de julgamento, de uma forma geral, mas dificilmente os identificam como determinantes em suas próprias medições e inferências²⁰⁰. Adiciona-se a isso a natureza contraintuitiva de raciocínios estatísticos (negligência da taxa-base²⁰¹), que torna ainda mais improvável o esforço de autocrítica quanto ao enviesamento dos próprios pensamentos. Como explica Kahneman, “o Sistema 1 é altamente proficiente numa forma de pensamento – automaticamente e sem esforço ele identifica ligações causais entre eventos, às vezes mesmo quando a ligação é espúria”²⁰². Porém, esse mesmo “Sistema 1 é inepto quando confrontado com fatos ‘meramente estatísticos’, que mudam a probabilidade de resultados, mas não faz com que aconteçam”²⁰³.

Transportando-se esta lógica para tomadas de decisão que envolvam assuntos de repercussão coletiva, identifica-se como decorrência do viés de ponto cego aquilo que Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass Sunstein intitulam *visão de dentro* – altamente tendenciosa

¹⁹⁷ Reitera-se que a análise, nesta seção, é feita sob a ótica dos mecanismos heurísticos e interferências cognitivas diagnosticados pela Psicologia Comportamental, e não sob a perspectiva dos instrumentos constitucionais de participação democrática.

¹⁹⁸ SIBONY. *Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis*, minuto 22.

¹⁹⁹ PRONIN, Emily; LIN, Daniel Y.; ROSS, Lee. The Bias Blind Spot: Perceptions of Bias in Self versus in Others. *In: Personality and Social Psychology Bulletin*, v.28, n.3, p.369-381, mar.2002.

²⁰⁰ *Ibid.*, p.369.

²⁰¹ Cf. item 2.4.3, *supra*.

²⁰² KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.140.

²⁰³ *Ibidem*.

a raciocínios preponderantemente causais, desvinculados de evidências estatísticas²⁰⁴ (ou seja, que evitem esforços mentais ‘desnecessários’ e priorizem a busca por explicações simples e retrospectivas a eventos que, a rigor, mereceriam análise complexa²⁰⁵). Por desconsiderar evidências estatísticas e buscar explicações que fortemente correspondam a tentativas de promover excessiva coerência²⁰⁶ aos eventos, a visão de dentro sorve-se de vieses que, comumente não são percebidos ou admitidos pelo próprio agente tomador de decisões, e por isso amplificam o risco de erros de medição.

Em contrapartida, a *visão de fora* caracteriza-se por um esforço cognitivo em se vencer o viés de ponto cego, e se ancorar a tomada de decisão em evidências objetivas e dados estatísticos, “como uma medida corretiva para previsões intuitivas de todo tipo”²⁰⁷. Este tipo de raciocínio afasta-se da consideração dos problemas como se fossem casos únicos e sem precedentes²⁰⁸, para preferir sua análise como um problema “integrante de uma classe de referência de casos similares”²⁰⁹. Ao assim recomendar, a visão de fora permite ao tomador de decisão considerar as lições aprendidas em experiências pretéritas que guardem semelhança (ainda que parcial) com o caso atual.

Com estas ponderações, não se pretende dizer que, intrinsecamente, porta-vozes com sentimento de pertencimento ao grupo sempre adotariam a visão de dentro, em contraste com porta-vozes sem nenhuma relação de pertencimento ao grupo, os quais sistematicamente adotariam visão de fora. Pelo contrário, reconhece-se a possibilidade, tanto de um porta-voz que seja membro da coletividade adotar visão de fora, por intermédio de esforço cognitivo pelo qual se fiscalize continuamente para que priorize raciocínios estatísticos, quanto de um porta-voz externo à coletividade que, por tendências ao conforto cognitivo, prefira intuitivamente raciocínios causais que o levem à visão de dentro. E essa última circunstância se opera porque “nem mesmo estatísticas causais atraentes vão mudar crenças longamente acalentadas ou crenças enraizadas na experiência pessoal”²¹⁰. Portanto, adotar uma visão de fora é muito mais

²⁰⁴ “O Sistema 1 pode lidar com histórias em que os elementos estão ligados causalmente, mas ele é fraco no raciocínio estatístico” (KAHNEMAN, *op. cit.*, p.216).

²⁰⁵ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.154-155.

²⁰⁶ Cf. item 2.4.3, *supra*.

²⁰⁷ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *op. cit.*, p.179.

²⁰⁸ “Pessoas informadas sobre fatos estatísticos surpreendentes acerca do comportamento humano podem ficar impressionadas a ponto de contar a seus amigos o que descobriram, mas isso não significa que sua percepção do mundo mudou de fato. [...] Há um profundo abismo entre o que pensamos sobre estatísticas e o que pensamos sobre casos individuais. Resultados estatísticos com uma interpretação causal têm um efeito mais forte sobre o que pensamos do que a informação não causal” (KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.221).

²⁰⁹ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.359.

²¹⁰ KAHNEMAN, *op. cit.*, p.221.

um exercício cognitivo (exaustivo) do agente decisor, quem quer que seja ele, do que um efeito imanente da sensação de pertencimento (ou da ausência desta sensação) em relação ao grupo.

Por outro lado, tampouco se desconsidera o fato de que o sentimento de pertencimento de porta-vozes os torne mais suscetíveis ao *viés de ponto cego* – o qual, por sua vez, fazendo com que associem a si mesmos os interesses, pretensões e experiências do grupo, reduz suas percepções sobre os vieses e demais interferências cognitivas a que estiverem sujeitos, e pode constituir influxo à adoção de visão de dentro, fundamentada em narrativas preponderantemente causais dos eventos. Ou seja, o viés de ponto cego pode tornar ainda mais exaustiva, ao porta-voz que nutrir sentimento de pertencimento ao grupo, a tarefa de fiscalizar a si mesmo para que adote visão de fora.

Para além dos aspectos já expostos, a mesma dificuldade cognitiva em se priorizarem informações estatísticas (que se explica pela predisposição do Sistema 1 em buscar explicação causal, movido por vieses de coerência excessiva, suprindo-se, assim, a demanda de acionamento do Sistema 2, indispensável à interpretação de dados estatísticos) não apenas torna mais desafiadora a adoção de visão de fora, como também torna contraintuitivas as interpretações de amostragens aleatórias. Amos Tversky e Daniel Kahneman, em pesquisa publicada em 1971, já demonstravam como as pessoas apresentam, em geral, forte tendência a considerar que fenômenos observados em pequenas amostras aleatórias de um grupo maior seriam altamente representativos²¹¹. Diagnosticaram, tão logo, mecanismos heurísticos que levam os sujeitos a desconsiderarem a natureza aleatória e diminuta de amostras, para o fim de simplesmente pressupor que a fração represente, na mesma proporção, as características observáveis no todo. O viés resultante, portanto, torna-se especialmente sensível, quando se mensura o risco de erros em *deliberações individuais* estratégicas para coletividades, na medida em que reflete como a análise interpretativa do porta-voz do grupo pode conter percepções distorcidas acerca da proporção entre vontades majoritárias ou minoritárias de seus membros.

Como postulam Tversky e Kahneman, a percepção intuitiva dos indivíduos sobre probabilidades não parece distinguir a lei dos grandes números de uma suposta lei dos pequenos números. Para o melhor entendimento do ponto, os autores explicam²¹² que, de acordo com a lei dos grandes números, amostragens que – a partir da correta aplicação de critérios metodológicos – sejam frações suficientemente grandes do todo serão garantidamente muito representativas das características que incidam sobre este todo. Mas, a rigor, o mesmo não pode

²¹¹ TVERSKY, KAHNEMAN. *Belief in the Law of Small Numbers*, p.105.

²¹² *Ibid.*, p.106.

ser inferido sobre as pequenas amostras. No entanto, apesar de a análise de pequenas amostras exigir uma criteriosa averiguação da validade estimativa de sua variância interna, os automáticos mecanismos heurísticos intuitivos do Sistema 1 tornam extremamente provável que o porta-voz do grupo, se não estiver altamente familiarizado com metodologias de pesquisa estatística científica, tome as proporções observadas na amostra como sendo o retrato razoável das proporções apuráveis no todo. Isso se opera, por sua vez, em decorrência da incidência dos já mencionados vieses de coerência excessiva, frutos do efeito halo diagnosticado por Edward Thorndike²¹³, que faz com que se nutra crença sobre a natureza e as características do todo, a partir de percepções pontuais a respeito de suas frações.

A fim de se ilustrar na prática os riscos do mecanismo heurístico em questão, tome-se como exemplo um caso em que, diante de litígio envolvendo interesse de coletividade numerosa, o ente legitimado por lei à tutela jurisdicional desse grupo forme sua percepção institucional a respeito de qual seria a vontade majoritária dessa coletividade, a partir de ideias que tenham sido debatidas em audiência pública na qual tenha comparecido amostra muito pequena de seus membros. Ainda que não se cogite de um compromisso institucional de sua atuação em estreita correspondência a essas vozes majoritárias (mas em reverência aos valores protegidos legal e constitucionalmente), uma eventual percepção distorcida sobre os anseios coletivos pode influir negativamente na formulação de estratégias processuais ou extraprocessuais, por este ente, que sejam efetivas à resolução do litígio coletivo.

Em aprofundamento dos riscos de erro de medição, também os vieses de conclusão podem se manifestar, inclusive somados a viés de superconfiança, nos mecanismos mentais de tomada de decisão dos porta-vozes, supostamente em interesse do grupo. E, em consequência, prevalecendo naturalmente a rápida e automática operação do Sistema 1, destaca-se o risco de que esses porta-vozes – consciente ou inconscientemente – se distanciem do papel de representantes dos interesses do grupo, que porventura tenham assumido, para adotar suas próprias inclinações e preferências pessoais (heurística de afeto)²¹⁴ como âncoras (efeito de ancoragem)²¹⁵ às decisões que tomarem.

2.6. MITIGAÇÃO DE INTERFERÊNCIAS COGNITIVAS EM TOMADAS DE DECISÃO ESTRATÉGICAS PARA COLETIVIDADES

²¹³ THORNDIKE, *A Constant Error in Psychological Ratings*, op. cit.

²¹⁴ Cf. item 2.4.1, *supra*.

²¹⁵ Cf. item 2.4.2, *supra*.

Conforme, em algumas ocasiões, já se adiantou neste trabalho, por mais que vieses e ruídos correspondam à fortíssima tendência das interferências cognitivas de se manifestarem em tomadas de decisão, não se pode considerar que se trate de obstáculo intransponível a corroer essas medições. E esta é a premissa sobre a qual se constrói a presente pesquisa. À medida que se detectam vieses e ruídos, a Psicologia Comportamental e, mais recentemente, o próprio Direito²¹⁶ também se dedicam a procurar estratégias para mitigá-los – ainda que reconheçam como sendo extremamente improvável a hipótese de neutralizá-los por completo.

Estes esforços de desenviesamento (*debiasing*) e de redução de ruídos (*higiene da decisão*²¹⁷) compreendem estratégias preventivas, que se operam antes da tomada de decisão (ou em substituição a ela), e estratégias corretivas, que incidem após a tomada de decisão.

Dentre as estratégias preventivas, a doutrina²¹⁸ aponta a possibilidade de aplicação de *nudges*, que se utilizam da previsibilidade de vieses, com o intuito de elaborar e aplicar medidas para induzir comportamentos e tomadas de decisão que não recaiam nos erros por eles causados. Outra estratégia, talvez pouco mais otimista se comparada com a primeira, é o treinamento do “tomador de decisão, para reconhecer seus vieses e dominá-los”²¹⁹. Trata-se esta última, contudo, de proposta que enfrenta críticas, até mesmo tendo em vista que “décadas de pesquisa mostram que profissionais que aprendem a evitar vieses em sua área de conhecimento com frequência têm dificuldade de aplicar o que aprenderam a outras áreas”²²⁰. E, por fim, ainda mais peremptória é a iniciativa de substituição dos julgamentos humanos por julgamentos por máquinas – providência que, como se verá, se revela eficaz à redução do ruído, mas não tanto à minimização do viés propriamente dito.

Também sobre a adoção de estratégias preventivas com o intuito de se reduzir a incidência de erros nas tomadas de decisão estratégicas para coletividades, o departamento de finanças públicas e política econômica do Reino Unido (Her Majesty’s Treasury – HM

²¹⁶ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Behavioral Science and Public Policy**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2020b. Cf. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da (Im)parcialidade dos Sujeitos Processuais**: Um Estudo sobre os Vieses Cognitivos, a Mitigação de seus Efeitos e o Debiasing. 2.ed.rev.atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

²¹⁷ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.236.

²¹⁸ *Ibid.*, p.231: “[...] intervenções de desenviesamento ex ante, ou preventivas, recaem em duas categorias amplas. As mais promissoras são concebidas para modificar o ambiente onde tem lugar o julgamento ou a decisão. Tais modificações, ou nudges, como são conhecidas, visam reduzir o efeito dos vieses ou até recorrer a eles para produzir uma decisão melhor. Um exemplo simples é a inscrição automática em um plano de aposentadoria. Pensada para superar a inércia, a procrastinação e o viés otimista, a inscrição automática assegura que o funcionário guarde dinheiro para a aposentadoria, a menos que opte deliberadamente pela não contribuição”.

²¹⁹ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.232.

²²⁰ *Ibidem*.

Treasury) alerta para o cuidado que se deve aplicar na mensuração de riscos²²¹. Nesse sentido, esclarece que, idealmente, deve-se calcular de forma objetiva e prévia, o custo do risco, por intermédio da multiplicação da probabilidade de que o risco se concretize, pelos gastos em que as instituições – públicas ou privadas – incorreriam para reparar os danos provocados na hipótese de sua ocorrência²²². Assim, seriam evitados investimentos excessivos na prevenção de riscos diminutos, bem como negligências persistentes na alocação de investimentos à prevenção de riscos iminentes ou graves. Recomenda o HM Treasury, adicionalmente, que sejam incorporadas opções flexíveis²²³ à fase de elaboração de projetos, a fim de que sua aplicação seja progressivamente modulada, à medida que a *ignorância objetiva* dos tomadores de decisão vá sendo substituída pelo acesso a informações mais pormenorizadas.

Por sua vez, também a adequada aplicação de estratégias corretivas condiciona-se à prévia detecção da tendência dos tomadores de decisão a vieses, assim como a identificação dos efeitos que a incidência destes vieses pode provocar. No que concerne às medições preditivas, por exemplo, estes podem tender a se manifestar com características que sejam excessivamente otimistas, para o que o HM Treasury “recomenda a aplicação de ajustes percentuais gerais no início de uma avaliação. A estimativa inicial de viés de otimismo não deve ser ‘bloqueada’, mas pode ser reduzida à medida que uma avaliação se desenvolva e o custo de riscos específicos seja identificado”²²⁴. Nesse sentido, recomenda que os ajustes percentuais correspondam ao necessário para neutralizar o grau de otimismo que seja historicamente observado e, na ausência de dados que possam viabilizar essa mensuração do provável grau otimismo, o próprio HM Treasury indica estimativas genéricas.

Vê-se, portanto, que o reconhecimento da suscetibilidade de tomadas de decisão a interferências cognitivas e a consciência da possibilidade de suavização de seus efeitos são salutares. Permitem, em última análise, que se dispense a eles olhar investigativo que lhes absorva a real essência – sem lhes atribuir potencialidades sobre-humanas ou neles se depositar expectativas de que alcançariam absoluto acerto ou verdade; mas também sem se lhes desacreditar por completo, ou considerá-los irrevogavelmente impróprios ao alcance de medições preditivas ou avaliativas que sejam minimamente eficientes.

²²¹ HM TREASURY. **The Green Book**: Central Government Guidance on Appraisal and Evaluation. United Kingdom, 2020, p.49.

²²² *Ibidem*.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ HM TREASURY. *The Green Book*, p.48, tradução livre: “recommends applying overall percentage adjustments at the outset of an appraisal. The initial optimism bias estimate should not be “locked in” but can be reduced as an appraisal develops and the cost of specific risks are identified” (original).

2.6.1. Modelos Matemáticos para Tomadas de Decisão Estratégicas para Coletividades

A validade e efetividade da substituição dos julgamentos humanos por modelos matemáticos talvez corresponda a um dos mais controvertidos debates científicos dos dias atuais – e que vê suas repercussões irradiando-se da Matemática e da Ciência da Computação, em direção ao Direito, à Psicologia Comportamental ou à própria Medicina. É seguro confiar-se em modelos matemáticos, para que realizem julgamentos tão precisos quanto aqueles realizados por mentes humanas? Ou será que, porventura, diante das numerosas interferências cognitivas de que se tem notícia, é possível dizer que modelos matemáticos sejam aptos a realizar medições exponencialmente mais precisas que julgamentos humanos? Ou ainda, com enfoque mais otimista, é pertinente considerar-se que modelos matemáticos realizem medições completamente imunes a interferências cognitivas de qualquer natureza?

Diante do reconhecimento da inevitabilidade da aplicação, cada vez mais cotidiana, de modelos matemáticos de tomadas de decisão por agentes mercadológicos, científicos, governamentais ou sociais, os diferentes ramos da ciência têm se debruçado sobre estas questões, com o intuito de se prever se são positivos ou negativos os prognósticos, quando comparados com a ideia de uma continuidade de modelos exclusivamente humanos de tomadas de decisão. Naturalmente, a esperança das sociedades na aplicação crescente destes modelos alimenta-se pela impressão intuitiva de que eles proporcionariam medições com base em critérios exclusivamente objetivos e desviesados, supostamente aptos ao alcance de respostas com ínfimas probabilidades de erros.

A lógica por trás da expectativa de objetividade em modelos matemáticos reside no fato de que estes viabilizam a substituição de julgamentos humanos por julgamentos feitos por máquinas, via o intermédio de inteligências artificiais – que, nos dias atuais, têm o propósito de resolver problemas com muito maior acurácia do que os processos cognitivos humanos. Em suma, sistemas que se utilizam de inteligência artificial aplicam a uma base de dados disponível instruções de forma sequencial e atomizada, separando-se assim percepção e cognição²²⁵. O conjunto dessas instruções e critérios é denominado *algoritmo*. Rômulo Valentini descreve seu respectivo mecanismo de funcionamento, apontando que a programação do algoritmo envolve o estabelecimento de critérios de *input* – recebimento de dados a serem utilizados como

²²⁵ VAN DIJK, Jan. **The Network Society**: Social Aspects of New Media. 2.ed. London: Sage Publications, 2006, p.220.

parâmetros às tomadas de decisão automatizadas –, assim como correspondentes critérios de *output* – saída de dados tratados²²⁶. E a fim de assegurar a coerência entre o input e o output, o algoritmo compõe-se de instruções compartimentadas e sucessivas, que, conforme Jan Van Dijk, constituem “um processo sequencial e linear, livre de associações indefinidas, impulsos e emoções que não se pode programar”²²⁷.

O referido autor, inclusive, traça as principais diferenças entre os processos cognitivos da mente humana e os processamentos de modelos matemáticos aplicados por inteligências artificiais, enfatizando o contraste entre a experiência holística da realidade por mentes humanas²²⁸ e a separação entre percepção e cognição por inteligências artificiais. Conforme realça, a percepção e cognição humanas se situam fisicamente no mundo tangível, por intermédio da relação autônoma e ativa das pessoas com o meio, o que é causado pela intencionalidade direta da mente humana, “inspirada pelas necessidades e valores dos seres humanos, como seres biológicos e sociais, em um dado ambiente”²²⁹.

Por outro lado, “percepção e processamento em computadores ou outras mídias [...] só podem se iniciar com algum tipo de *intencionalidade derivada*”²³⁰, visto que se limitam a aplicar instruções e princípios, conforme intenções materializadas em sua programação. À luz dessa ideia, Rômulo Soares Valentini esclarece que “o algoritmo não faz nenhum juízo de valor *para além de sua programação*”²³¹, o que suscita, portanto, nova inquietação: é possível identificar juízo de valor e, conseqüentemente, enviesamento *na programação* do algoritmo?

As ponderações que tece Cathy O’Neil alertam que sim. Conforme explicita, modelos matemáticos seriam simplificações criadas por pessoas, de tal forma que “nenhum modelo consegue incluir toda a complexidade do mundo real ou as nuances da comunicação humana”²³² e, da mesma forma, “os pontos cegos de um modelo refletem o julgamento e

²²⁶ VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por Computadores?** As Novas Possibilidades da Juscibernética no Século XXI e suas Implicações para o Futuro do Direito e do Trabalho dos Juristas. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 150p., 2017, p.42.

²²⁷ VAN DIJK, *op. cit.*, p.220, tradução livre: “It is a sequential and linear process unhindered by indefinite associations, drives and emotions that one cannot program” (original).

²²⁸ “When we take into account the associations between these schemata or models and the needs, drives and emotions also affecting them, because their neural selection processes all contribute to shaping this comprehensive view, we get the ‘total’ experience of human beings. Of course, this experience is selective, but this is how human beings observe and process objects all at once” (*Ibidem*).

²²⁹ *Ibid.*, p.218, tradução livre: “Intentionality is inspired by the needs and values of human beings as biological and social beings in a particular environment” (original).

²³⁰ VAN DIJK. *The Network Society*, p.218, tradução livre: “Perception and processing in computers or other media, on the other hand, can only start with some kind of derived intentionality” (original).

²³¹ VALENTINI. *Julgamento por Computadores*, p.42 (sem destaques no original).

²³² O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de Destruição em Massa: como o Big Data Aumenta a Desigualdade e Ameaça a Democracia**. Tradução de Rafael Abraham. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p.33.

prioridades de seus criadores”²³³. O que O’Neil demonstra, portanto, é que, contrariamente à crença de que seriam os modelos matemáticos estritamente objetivos e isentos de viés, na verdade estes consistiriam em representações dos vieses e ideologias daqueles que os conceberam. Em consonância com este entendimento, apontam-se as conclusões de Dierle Nunes e Ana Luiza Marques, os quais alertam para o fato de que o desenvolvimento de modelos matemáticos de simplificação, para tomadas de decisão via inteligência artificial, envolve necessariamente o estabelecimento, pelo próprio programador, de quais serão os critérios para seleção da base de informações utilizadas pelo programa para a realização de medições preditivas ou avaliativas, e de quais serão as instruções para o tratamento desses dados²³⁴. “Essas escolhas, portanto, fazem com que sempre haja pontos cegos nos algoritmos, os quais refletem os objetivos, prioridades e concepções de seu criador, de modo que os modelos são, a todo tempo, permeados pela subjetividade do sujeito que os desenvolve”²³⁵.

A fim de demonstrar esta conclusão, Cathy O’Neil invoca, a título de exemplo, caso ocorrido em Washington, D.C., em 2009, quando se havia detectado desempenho inferior ao esperado, nas escolas municipais, onde menos de 10% dos alunos de oitavo ano alcançavam notas médias em matemática, e após o nono ano, apenas 50% conseguiam se formar²³⁶. Na época, partindo-se de sua própria premissa de que as proporções se explicariam supostamente pelo fato de que professores não estariam fazendo um bom trabalho, a reitora das escolas de Washington, Michelle Rhee, desenvolveu e implantou a ferramenta IMPACT, que avaliava professores exclusivamente conforme as notas de seus alunos – de tal maneira que aqueles professores que se encontrassem dentre os 2% com pior resultado seriam dispensados. A ferramenta IMPACT, contudo, claramente direcionada à aplicação de modelo matemático que confirmasse a premissa da reitora, desconsiderava por completo as percepções subjetivas da comunidade acadêmica, o envolvimento entre professores e turmas de alunos, suas habilidades em empreender tarefas específicas, ou sua aptidão em motivar alunos que estivessem vivenciando quaisquer tipos de adversidades²³⁷. Por outro lado, o modelo matemático eficazmente confirmava as inclinações originais da gestão pública acerca das causas da crise no sistema de educação (viés de conclusão), e por isso, era considerado ‘eficiente’.

²³³ *Ibid.*, p.34.

²³⁴ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Algoritmo: o Risco da Decisão das Máquinas. In: **Revista Bonijuris**, ano 31, n.659, p.44-58, ago/set.2019.

²³⁵ *Ibid.*, p.47.

²³⁶ O’NEIL, *op. cit.*, p.9.

²³⁷ O’NEIL. *Algoritmos de Destruição em Massa*, p.34.

Sobretudo em casos de tomadas de decisão estratégicas para coletividades, e que envolvam políticas públicas, Petter Næss aponta o risco de enviesamentos como especialmente acentuado, ao perceber que, na administração pública, “uma cultura normalmente se desenvolve conforme quais soluções sejam consideradas como representativas de progresso, ao passo que soluções alternativas podem ser percebidas como ‘inferiores’ ou ‘primitivas’”²³⁸. Esclarece o autor que a percepção social de uma determinada política pública, como sendo benéfica e amparada por conhecimento científico sólido, tem o efeito de reforçar a ordem social, e, por essa razão, atores político-econômicos com interesse ideológico ou institucional em uma dada política pública têm também interesse de assegurar que a percepção coletiva dos impactos dessa política seja igualmente positiva²³⁹. Por esse motivo, alerta para o risco de enviesamentos na elaboração de modelos matemáticos – ainda que simples e mecânicos – que sejam aplicados para estudos de viabilidade e impacto social destas políticas públicas pretendidas.

Petter Næss demonstra seu ponto, a partir de exemplo ocorrido na Dinamarca, no que concerne ao Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para a construção da Terceira Conexão de Limfjord, em Aalborg – a quarta maior cidade da Dinamarca e que se estende pelas duas margens do estreito de Limfjord. A travessia de uma margem à outra pode ser realizada por ferrovia ou por acessos rodoviários – via túnel ou ponte. Há décadas, as autoridades locais vêm cogitando a possibilidade de se construir terceiro acesso rodoviário, além do túnel e da ponte já existentes. “A fim de evitar futuros problemas de congestionamento na rede rodoviária, Comitê de Infraestrutura instituído [...] pelo Município de Aalborg, o Condado de Jutlândia do Norte e o Ministério do Trânsito recomendou a construção da Terceira Conexão de Limfjord”²⁴⁰, no início dos anos 2000. Assim, em 2003, foi elaborado EIA no qual se apresentaram três propostas de construção do terceiro acesso rodoviário, sem, contudo, cogitarem-se de alternativas que, com enfoque em objetivos de menor impacto ambiental, propusessem estratégias de redução do tráfego de veículos, com a correspondente desnecessidade de construção da nova rodovia²⁴¹.

Estas lacunas ensejaram a apresentação de reclamações em face do EIA, as quais foram, contudo, rejeitadas no que concerne às suas exigências de que este documento

²³⁸ NÆSS, Petter. The Third Limfjord Crossing: A Case of Pessimism Bias and Knowledge Filtering. In: **Transport Reviews: A Transnational Transdisciplinary Journal**, v.31, n.2, 2011, p.243, tradução livre: “Within a segment of public administration, a culture typically develops according to which certain solutions are considered to represent ‘progress’ while alternative solutions may be perceived as ‘inferior’ or ‘primitive’” (original).

²³⁹ *Ibid.*, p.244.

²⁴⁰ NÆSS. *The Third Limfjord Crossing*, p.233, tradução livre: “In order to avoid future congestion problems on the road network, an Infrastructure Committee established [...] by the Municipality of Aalborg, the County of North Jutland and the Ministry of Traffic recommended the Third Limfjord Crossing to be built” (original).

²⁴¹ *Ibidem*.

apresentasse formulação também de propostas de não-construção. Acolheram-se apenas as reclamações pela necessidade de aprofundamento da análise quanto ao impacto ambiental das propostas de construção. Como consequência deste acolhimento parcial, foi apresentado novo EIA em 2006, muito similar ao primeiro²⁴², porém com análises de impacto ambiental terrestre e marinho mais detalhadas. Em análise do caso, Petter Næss considera que o EIA foi elaborado mediante influência de evidente viés de pessimismo, por “desenhar uma imagem irrealisticamente negativa dos resultados de não se seguir uma política pública proposta”²⁴³.

Em suma, Næss detectou que o EIA (inclusive após reformulação em 2006) considerava que, para todas as suas propostas de construção de novo acesso rodoviário, seriam idênticas as previsões de crescimento de tráfego ao longo do tempo, o que indicava que o referido Estudo estaria a desconsiderar a forma como cada uma destas propostas poderiam ter diferentes efeitos de indução de tráfego²⁴⁴. Como aponta o autor, melhorias e ampliação de rodovias, comprovadamente, induziriam o maior uso dessas vias, a maior probabilidade da escolha por viagens rodoviárias (em detrimento de outros meios de transporte), e a maior frequência dessas viagens²⁴⁵. Consequentemente, diferentes propostas de melhoria e ampliação das rodovias produziram resultados também diferentes, quanto ao grau de intensificação do tráfego. A desconsideração desses efeitos indutivos de aumento de tráfego, na formulação de previsões, teria provocado a superestimação dos benefícios da construção da Terceira Conexão de Limfjord e a relativa negligência quanto aos riscos de impacto ambiental²⁴⁶. Petter Næss, portanto, atribui esses erros de avaliação e predição do EIA ao apontado viés de pessimismo que teria levado as autoridades de Aalborg a prever que “intolerável congestionamento surgiria na ausência de maior capacidade rodoviária”²⁴⁷.

Trata-se de cenário que ilustra a forma como medições preditivas enviesadas podem decorrer da aplicação de modelos matemáticos – no caso, o Modelo de Tráfego de Aalborg (*Aalborg Traffic Model*) – que por sua vez, tenham sido programados com viés. Petter Næss investiga as possíveis razões deste viés de programação, e pondera que podem decorrer da insuficiente multidisciplinariedade da equipe programadora, ou mesmo de pressões que profissionais programadores poderiam porventura sofrer para que atendessem aos interesses

²⁴² *Ibid.*, p.235.

²⁴³ *Ibid.*, p.240, tradução livre: “drawing an unrealistically negative picture of the results of not following a proposed policy” (original).

²⁴⁴ *Ibid.*, p.236-237.

²⁴⁵ *Ibid.*, p.237.

²⁴⁶ NÆSS. *The Third Limfjord Crossing*, p.239.

²⁴⁷ *Ibid.*, p.240, tradução livre: “intolerable congestion would arise in the absence of increased road capacity” (original).

ideológicos de elites político-econômicas. Conclui, contudo, não haver elementos suficientes que possam indicar qual desses fatores causais teria sido preponderante.

Tão logo – e nesse ponto rememoram-se as recomendações do HM Treasury sobre apuração preliminar de custos de riscos²⁴⁸ –, observa-se que a utilização de modelos matemáticos, também neste caso de infraestrutura de transporte, só se revela eficiente “se as premissas embutidas no modelo tiverem sido controladas por especialistas independentes, de um campo de atuação com maior abrangência do que aquela de seus próprios programadores”.²⁴⁹

À luz dessas conclusões, Cathy O’Neil propõe reflexão sobre como, conforme venham a ser aplicados, os modelos matemáticos podem se transformar em instrumentos que, de forma rápida e massificada, aprofundem os riscos de erros de medições²⁵⁰ com os quais se convive em doses menos intensas em tomadas de decisão humanas. E, neste ponto, pondera que, a despeito das interferências cognitivas a que se encontrem sujeitas, tomadas de decisão humana possuem a incomparável virtude de se encontrarem suscetíveis à evolução, ao aprimoramento, à reflexão a respeito de ideologias, preconceções e impressões sobre pessoas, coisas ou situações. O mesmo, contudo, entende ela que não se pode dizer sobre os algoritmos, os quais – caso não venham a ser reprogramados por seus criadores ou administradores – tendem a perpetuar os enviesamentos com que tiverem sido concebidos, intensificando os riscos de injustiças ou demais erros²⁵¹.

²⁴⁸ HM TREASURY. *The Green Book*, p.49.

²⁴⁹ NÆSS, *op. cit.*, p.247, tradução livre: “[...] if the built-in assumptions of the model have been quality controlled by independent experts from a subject field covering a wider range than that of the model-makers” (original).

²⁵⁰ Exemplo do respectivo risco pode ser verificado no cenário vivenciado pela Holanda, ao longo da última década, e que foi recentemente detectado, em relação à forma como vinham sendo aplicados algoritmos por sua autoridade tributária. Com o intuito de fazer medições preditivas para delinear um perfil de risco e antecipar identificações de possíveis fraudes no recebimento de benefícios de assistência infantil, regras enviesadas foram aplicadas pelo algoritmo, para tratamento das informações fornecidas pelo *input*, e como consequência, valores altíssimos foram cobrados de famílias que se já se encontrariam em situação de vulnerabilidade financeira e que, por vezes, se inseririam também em minorias étnicas. Ao longo dos anos, o resultado foi o aprofundamento de vulnerabilidades socioeconômicas, e o encaminhamento de diversas crianças à assistência social e adoção (cf. HEIKKILÄ, Melissa. Dutch scandal serves as a warning for Europe over risks of using algorithms. In: **PolíticoPro** [recurso eletrônico], 29 mar.2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/dutch-scandal-serves-as-a-warning-for-europe-over-risks-of-using-algorithms/> - Acesso em 15 abr.2022).

²⁵¹ “[...] a tomada de decisão humana, mesmo que muitas vezes imperfeita, possui uma virtude principal. Pode evoluir. Nós seres humanos mudamos enquanto aprendemos e nos adaptamos, bem como nossos processos. Sistemas automatizados, ao contrário, ficam parados no tempo até que engenheiros mergulhem de cabeça para mudá-los. Se um modelo de Big Data de inscrição universitária houvesse se estabelecido no final dos anos 1960, ainda não teríamos muitas mulheres frequentando o ensino superior, porque ele teria sido treinado largamente em homens de sucesso. Se museus da mesma época tivessem programado as ideias prevalentes sobre arte excepcional, ainda estaríamos vendo quase exclusivamente trabalhos de homens brancos [...]” (O’NEIL. *Algoritmos de Destruição em Massa*, p.314).

A esta compreensão de Cathy O’Neil, entretanto, contrastam-se os entendimentos doutrinários instigados pelo desenvolvimento da inteligência artificial no que concerne ao aprendizado de máquinas (*machine learning*). Trata-se de aprendizado que possibilita aos sistemas informatizados “interagir com novos inputs a fim de refinar o processo de tratamento da informação”²⁵². A aplicação reiterada do algoritmo no tratamento das informações fornecidas pelo input pode, assim, proporcionar a detecção de padrões e a eventual adequação do funcionamento (‘comportamento’) do sistema, para que o output melhor corresponda aos estímulos do input. Tem-se, tão logo, que “um algoritmo pode ser construído de tal modo que contenha instruções que determinam o modo pelo qual o próprio algoritmo ‘aprenda’ com as experiências – tal qual um ser humano – e possa, quando do novo processamento do programa, [...] retornar outputs mais adequados”²⁵³.

No entanto, como se observa, o aprendizado da máquina também se condiciona ao aporte de instruções, pelo programador, para que a máquina aprimore seus outputs, em correspondência aos inputs – de tal forma que o próprio mecanismo de aprendizado da máquina pode perpetuar eventual enviesamento consciente ou inconsciente do programador.

Além disso, a acentuação ou atenuação de vieses por intermédio do aprendizado da máquina condiciona-se à qualidade da base de dados que se utilize como input, o que, como já se demonstrou, condiciona-se a uma prévia atividade humana de seleção ou de criação de critérios para seleção desses dados²⁵⁴. Assim, por exemplo, conforme se detecte crescente padrão discriminatório no banco de dados utilizado pelo sistema, o aprendizado de máquina fará com que, também progressivamente, o modelo matemático se torne mais e mais enviesado para proporcionar outputs que correspondam aos padrões do input.

O risco de enviesamento ou de padrões discriminatórios nesses bancos de dados que constituam inputs aos modelos matemáticos de tomadas de decisão por máquinas, por outro lado, pode ser reduzido mediante a implementação de técnicas de *mineração de dados*. Tais técnicas propõem o tratamento das informações disponíveis antes que sejam submetidas às instruções sequenciais do algoritmo, com o intuito de se detectarem, naquelas informações, eventuais padrões sistemáticos ou correlações com certas variáveis. “Significa um processo de extração não trivial de informações implícitas, previamente desconhecidas e potencialmente úteis (como regras de conhecimento, restrições, regularidades) em bancos de dados”²⁵⁵. O

²⁵² VALENTINI. *Julgamento por Computadores*, p.57.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ NUNES, MARQUES. *Algoritmo*, p.48.

²⁵⁵ NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla. Acesso à Justiça e Virada Tecnológica no Sistema de Justiça Brasileiro: Gestão Tecnológica de Disputas e o Alinhamento de Expectativas para uma Transformação com Foco

procedimento, portanto, da mesma forma que pode ser utilizado para se aprimorar o gerenciamento destas informações, também pode auxiliar no diagnóstico de vieses que porventura incidam nos critérios de seleção do banco de informações adotado pelo algoritmo.

De toda forma, ainda que se identifiquem vieses na programação de algoritmos, não se exclui a conclusão de que consistam em método de redução do risco de erros globais em medições²⁵⁶, na medida em que traduzem inequívoca ferramenta de redução de ruído. Isso se dá pelo fato de que não se sujeitam os algoritmos – inclusive se programados para se adaptarem pelo aprendizado de máquinas – a oscilações circunstanciais que possam provocar ruído de ocasião, nem mesmo a sensações ou emoções que possam interferir em seu próprio grau de austeridade (ruído de padrão estável), ainda que se observe certo ruído de nível entre os graus de severidade de diferentes programadores de diferentes algoritmos. Como expõe Jan Van Dijk, computadores e demais mídias são relativamente fixos, diferentemente do número de estados que o sistema nervoso humano pode assumir, que é infinito²⁵⁷. Em outras palavras, a base de funcionamento de algoritmos são formas mais ou menos fixas de formalização do conhecimento humano. Além do mais, “equipamentos / softwares funcionam de acordo com esquemas gerais que são relativamente insensíveis a usuários ou circunstâncias especiais”²⁵⁸.

Complementarmente a esta conclusão, Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass Sunstein vão além, ao afirmar que “muitos tipos de abordagens mecânicas, de regras simples quase risíveis aos algoritmos de máquina mais sofisticados e impenetráveis, conseguem superar o julgamento humano”²⁵⁹. Sua análise se fundamenta nas pesquisas de Paul Meehl²⁶⁰, conduzidas na década de 1950, em que se compararam sucessivos julgamentos clínicos sobre prognósticos psiquiátricos a medições preditivas realizadas a partir da aplicação de regras mecânicas simples, e se concluiu que “sempre [...] a sombra do estatístico paira em segundo plano; *sempre* o atuário terá a palavra final”²⁶¹. A premissa por trás dessa conclusão é a de que julgamentos humanos (denominados por Meehl como *julgamentos clínicos*) atribuem pesos diferentes às mesmas variáveis, em casos distintos, em decorrência de mecanismos mentais

no Cidadão – Novos Designs, Arquitetura de Escolhas e Tratamento Adequado de Disputas. In: NUNES, Dierle; WERNECK, Isadora; LUCON, Paulo Henrique dos Santos [Org.]. **Direito Processual e Tecnologia: Os Impactos da Virada Tecnológica no Âmbito Mundial**. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p.48.

²⁵⁶ Cf. equação do erro quadrático médio no item 2.3, *supra*.

²⁵⁷ VAN DIJK. *The Network Society*, p.222.

²⁵⁸ *Ibid.*, p.219, tradução livre: “Equipment/software works according to general schemata that are relatively insensitive to special users and circumstances” (original).

²⁵⁹ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.123.

²⁶⁰ MEEHL, Paul E. **Clinical versus Statistical Prediction: A Theoretical Analysis and a Review of the Evidence**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1954.

²⁶¹ *Ibid.*, p.138, tradução livre (destaques no original): “Always [...] the shadow of the statistician hovers in the background; *always* the actuary will have the final word” (original).

intuitivos do Sistema 1 – precisamente, a causa para ruídos de padrão. Assim, o julgamento clínico “reflete a intuição comum de que a mesma diferença pode não ter consequência em um contexto e ser de suma importância em outro”²⁶². Em contraste, modelos matemáticos de previsão mecânica simples aplicam a mesma regra a todos os casos, sem oscilar o peso de cada variável preditora entre um caso e outro²⁶³.

Observa-se, portanto, que, sob o ponto de vista coletivo, a aplicação crescente de modelos matemáticos para a realização de medições estratégicas pode concomitantemente reduzir os riscos de erros, em decorrência da minimização do ruído, e amplificar a vulnerabilidade dos grupos à incidência de vieses – caso não se estabeleçam, rigorosamente, instrumentos de fiscalização dos critérios de seleção de inputs e das instruções para formulação de outputs, e que permitam detectar eventuais padrões discriminatórios na programação dos respectivos modelos matemáticos.

2.6.2. Dos Limões à Limonada: sobre Nudges e a Utilização Positiva de Vieses

Adotando-se estratégia diferente daquela aplicada pelos modelos matemáticos – que tentam suprimir principalmente o ruído –, os *nudges* propõem valer-se da prévia identificação e dimensionamento das interferências cognitivas a que se sujeitem as pessoas, com o intuito de utilizar deste conhecimento antecipado para se criarem conjunturas que permitam induzir comportamentos e escolhas desejáveis. Traz-se, assim, à Psicologia Comportamental, a lógica de se ‘fazer limonada’ diante de situações que se apresentem como ‘limões’. Trata-se de espécie de *arquitetura da escolha*, na medida em que se propõe a indiretamente influenciar tomadas de decisão – especificamente a partir do conhecimento dos vieses e ruídos a que se sujeitem. Nas palavras de Richard H. Thaler e Cass Sunstein, a arquitetura da escolha pretende evitar que o Sistema 1 (‘sistema automático’) se confunda²⁶⁴.

O propósito de indução de comportamento por trás dos *nudges* torna indispensável à doutrina especializada, entretanto, enfatizar o fato de que não se pretende com eles eliminar a liberdade de escolha dos tomadores de decisão. Exatamente por este motivo, têm sido os *nudges* associados à ideia de um *paternalismo libertário*. Thaler e Sunstein evidenciam o

²⁶² KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, *op. cit.*, p.115.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness**. New Haven, EUA: Yale University Press, 2008, p.83: “[...] since the choices you are influencing are going to be made by Humans, you will want your architecture to reflect a good understanding of how humans behave. In particular, you will want to ensure that the Automatic System doesn’t get all confused”.

aparente paradoxo na expressão, uma vez que combina palavras que remetem a ideologias que seriam, a princípio, contrapostas²⁶⁵. Porém, como se aponta, trata-se de mera aparência de paradoxo, no sentido de que, como esclarecem os mesmos autores, os dois termos seriam mais atraentes combinados um ao outro, do que separadamente²⁶⁶. Explicam que o uso da palavra *libertário* indica a essência dos *nudges* de conservarem a liberdade de escolha do tomador de decisão, visto que “não querem sobrecarregar aqueles que queiram exercitar sua própria liberdade”²⁶⁷. E, complementarmente, o uso da palavra *paternalismo* aponta para o fato de ser “legítimo aos arquitetos da escolha tentar influenciar o comportamento das pessoas de forma a tornar suas vidas longas, mais saudáveis e melhores”²⁶⁸. Identifica-se como premissa, portanto, a *boa intencionalidade*, na teorização por trás da utilização legítima de *nudges*.

Assim, não se resume o conceito de *nudge* à intenção de gerar maior previsibilidade aos comportamentos por intermédio da antecipação das interferências cognitivas a que se sujeitem, mas de efetivamente influenciá-los em direção ao seu suposto aprimoramento. No entanto, limitam-se a induzir ou influenciar, não se predispondo a eliminar por completo a possibilidade de ‘más escolhas’, por assim dizer, por parte do tomador de decisão, sob pena de se destituírem de sua natureza de libertários. Como apontam Thaler e Sunstein, para que se esteja diante de *nudge*, deve ser necessariamente fácil se recusar ou se esquivar da influência a que ele busca implementar²⁶⁹. E complementam os autores ao esclarecer que “as pessoas precisam de *nudges* para decisões que sejam difíceis e incomuns, para as quais não recebam *feedback* imediato, e quando tenham problemas para traduzir aspectos da situação em termos em que possam entender facilmente”²⁷⁰. Ou seja, assumem os *nudges* importante papel quando as variadas interferências cognitivas ou as próprias circunstâncias tornem extremamente provável que os sujeitos não façam boas escolhas²⁷¹ ou tomem decisões com acentuado erro²⁷², de tal forma a evitar o risco destes resultados.

²⁶⁵ *Ibid.*, p.5.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*, tradução livre: “They do not want to burden those who want to exercise their freedom” (original).

²⁶⁸ *Ibidem*, tradução livre: “[...] it is legitimate for choice architects to try to influence people’s behavior in order to make their lives longer, healthier and better” (original). E prosseguem os autores: “the golden rule of libertarian paternalism: offer nudges that are most likely to help and least likely to inflict harm” (*Ibid.*, p.72).

²⁶⁹ *Ibid.*, p.6: “A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not”.

²⁷⁰ THALER, SUNSTEIN. *Nudge*, p.72, tradução livre: “[...] people will need nudges for decisions that are difficult and rare, for which they do not get prompt feedback, and when they have trouble translating aspects of the situation into terms that they can easily understand” (original).

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Cf. item 2.3, *supra*.

Trata-se de técnica especialmente aplicada no âmbito da resolução de problemas²⁷³ de interesse de coletividades, e cuja extensão pode ser melhor apreendida visualizando-se como se manifesta em concreto.

Para este fim, toma-se como exemplo o caso do próprio desafio – recorrente aos diferentes Estados ao redor do mundo – de se instituir uma cultura de hábitos ambientalmente sustentáveis, por parte de indivíduos, de agentes econômicos e de agentes institucionais, com o propósito maior de preservação do meio ambiente às gerações presentes e futuras. Sabe-se que se trata de empreitada que se torna ainda mais árdua em razão da *tragédia dos comuns*, identificada por Garrett Hardin²⁷⁴, que evidencia a tendência dos sujeitos individuais em fazer suas próprias escolhas racionais em priorização de seus interesses particulares imediatos, ainda que, para tanto, atuem em sentido contrário aos interesses da comunidade. Como se pode intuir, Hardin não atribui referida tendência a um suposto desejo independente dos sujeitos em causar prejuízo à comunidade, mas a uma lógica de que “cada homem está preso em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho de forma ilimitada – em um mundo que é limitado”²⁷⁵. Não se invoca tal lógica, aqui, com o intuito de se analisar criticamente à minúcia a analogia construída pelo autor, mas para se extrair dela a percepção dos vieses de *comportamento míope* e até mesmo de *desconto temporal hiperbólico*, conforme apontamentos de Howard Kunreuther e Geoffrey Heal²⁷⁶. Assim, o que se identifica na tragédia dos comuns de Hardin é o reconhecimento da propensão dos sujeitos em tomarem decisões atribuindo maior peso aos retornos imediatos e pessoais que possam aferir, em detrimento de eventuais consequências (ainda que nocivas) a longo prazo ou que venham a ser sentidas de forma impessoalizada.

Portanto, em decorrência desta propensão, Hardin ilustra a tragédia dos comuns no fato de que “o homem racional descobre que o seu quinhão no custeio dos resíduos que ele despeja nos bens comuns é menor do que o custo de purificar seus próprios resíduos antes de liberá-los”²⁷⁷. Neste mesmo sentido, também apontam Thaler e Sunstein, ao considerar que, caso o sujeito individual opte por adotar comportamentos de consumo que sejam nocivos ao

²⁷³ Por ora, nas considerações deste capítulo, ainda não se pretende restringir a análise aos *litígios* coletivos, que envolvam conflitos de interesse caracterizados por pretensões resistidas. Por isso, falar-se em *problemas de interesse coletivo*, de forma ampla.

²⁷⁴ HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. In: **Science**, New Series, v.162, n.3859, p.1243-1248, dez.1968.

²⁷⁵ *Ibid.*, p.1244, tradução livre: “Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit – in a world that is limited” (original).

²⁷⁶ Cf. item 2.4.1, *supra*. KUNREUTHER, HEAL. *Managing Catastrophic Risk*, *op. cit.*

²⁷⁷ HARDIN. *The Tragedy of the Commons*, p.1245, tradução livre: “The rational man finds that his share of the cost of the wastes he discharges into the commons is less than the cost of purifying his wastes before releasing them” (original).

meio ambiente, haveria baixa probabilidade de que tivesse que arcar também individualmente e no curto prazo pelos danos ambientais causados²⁷⁸. Pelo contrário, a maior probabilidade seria de que os prejuízos correspondentes fossem sentidos de forma impessoal pela comunidade e no médio ou longo prazos. A esses vieses que regem a tragédia dos comuns, Thaler e Sunstein acrescentam ainda a carência de adequado feedback aos sujeitos individuais poluentes, a fim de que se tornassem plenamente conscientes do potencial danoso exato de cada comportamento de consumo poluente de sua parte, e da recorrência desses comportamentos²⁷⁹.

A conjuntura revela, portanto, suscetibilidade a interferências cognitivas que aumentem a propensão dos sujeitos em optarem por comportamentos que amplifiquem sua sensação imediata e transitória de ganho (ou, ao menos, de economia) individual, em detrimento do risco de causarem potenciais prejuízos coletivos a longo prazo. Mas, como já se expôs, cenários como estes têm também relevante possibilidade de transformarem positivamente seus prognósticos, mediante a escolha (por aqueles que, via deliberação individual, tomem decisões estratégicas para coletividades) pela aplicação de *nudges*, que influenciem os sujeitos individuais a tomarem ‘melhores’ decisões que reverberem no contexto coletivo (e afetem também as deliberações coletivas).

A título de exemplificação aplicável à lógica de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, Richard Thaler e Cass Sunstein²⁸⁰ apontam a possibilidade de regulamentação de alíquotas crescentes de tributos a determinados agentes, conforme a mensuração do potencial poluente de suas práticas industriais ou mercadológicas, ou ainda a hipótese de implementação de sistema *cap-and-trade*. “Em tais sistemas, aqueles que poluem recebem (ou compram) ‘direitos’ de poluir em certas proporções (o ‘limite’) e esses direitos são então negociados em um mercado”²⁸¹. Não se pretende, com a invocação deste exemplo oferecer-se parecer sobre proposta de comercialização mercadológica de ‘direitos de poluir’ no ordenamento jurídico brasileiro, mas se busca tão somente visualizar em concreto a aplicação de *nudges* para o tratamento de problemas de interesse de coletividades. Por intermédio da antecipação da suscetibilidade de interferências cognitivas e demais fatores que possam amplificar o risco de

²⁷⁸ THALER, SUNSTEIN. *Nudge*, p.185.

²⁷⁹ *Ibidem*: “people do not get feedback on the environmental consequences of their actions. If your use of energy produces air pollution, you are unlikely to know or appreciate that fact, certainly not on a continuing basis. Even if you know about the connection, it is probably not salient to your behavior. Those who turn up the air conditioning and leave it on for a few weeks are unlikely to think, moment-by-moment or even day-by-day, about all of the personal and social costs”.

²⁸⁰ *Ibid.*, p.186.

²⁸¹ THALER, SUNSTEIN. *Nudge*, p.186, tradução livre: “In such systems those who pollute are given (or sold) ‘rights’ to pollute in certain amounts (the ‘cap’) and these rights are then traded in a market” (original).

erros nas tomadas de decisão humanas, introduzem-se medidas a induzir a redução de erro, sem, contudo, retirar-se a liberdade decisória dos sujeitos.

Para além do exemplo ambiental, Cass Sunstein²⁸² destaca que o estabelecimento de *regras de padrão* pode ser *nudge* eficiente. A sistemática que envolve essas regras consiste na substituição da necessidade de ‘escolha ativa’ de cada sujeito para que receba determinado benefício, pela automática inclusão desses sujeitos na categoria de beneficiados – a não ser que, livremente (conforme *paternalismo libertário*) realizem a escolha ativa de se excluírem desta categoria. Por exemplo, aponta-se a regulamentação do *Affordable Care Act* (ACA) que “exigiu que, a partir de uma data específica, empregadores com mais de duzentos empregados devessem automaticamente inscrever estes empregados em planos de assistência à saúde, enquanto também lhes permitissem optar por se desvincular”²⁸³. A mesma lógica, inclusive, pode ser visualizada na aplicação de *nudges* pontuais na vida cotidiana. É o caso, por exemplo, de se deixar uma impressora – em casa ou na empresa – pré-programada para realizar impressões com ‘economia de tinta’ e em modo ‘frente-e-verso’. Assim, ao se eliminar a necessidade da escolha ativa de cada usuário da impressora pela alternativa ambientalmente mais sustentável, estimula-se o uso do aparelho conforme esse padrão, sem se retirar do usuário a possibilidade – caso deseje – de optar pela utilização menos econômica.

Outro exemplo comum de *nudge* é aquilo que Sunstein denomina como *uso de normas sociais*. Neste caso, antevendo-se o risco de erros ou de tomadas de decisão indesejadas pelos sujeitos, opta-se pela utilização do viés de imitação, com o fim de se extrair dele efeito positivo. Assim, o uso de normas sociais se pauta pela estratégia de informar às pessoas de que “a maioria das demais estão engajadas em um determinado comportamento”²⁸⁴ ou que a maioria das demais entende como adequado e positivo um determinado comportamento – induzindo-se, como consequência, que o efeito de ancoragem se opere em torno deste comportamento desejável. “O comportamento de outros relevantes pode fornecer informações valiosas sobre cursos de ação sensatos ou apropriados”²⁸⁵. Hunt Allcott conduziu pesquisa que comprovou caso prático de aplicação do referido *nudge*, na indução de comportamento dos consumidores

²⁸² SUNSTEIN, Cass. Nudging: a Very Short Guide. In: **Journal of Institutional Studies**, v.3, n.2, p.1035-1044, 2017.

²⁸³ SUNSTEIN. *Behavioral Science and Public Policy*, p.27, tradução livre: “required that by a specific date, employers with over two hundred employees must automatically enroll employees in health care plans, while also allowing employees to opt out” (original).

²⁸⁴ SUNSTEIN. *Nudging*, p.1040, tradução livre: “One of the most effective nudges is to inform people that most others are engaged in certain behavior” (original).

²⁸⁵ SUNSTEIN. *Behavioral Science and Public Policy*, p.35, tradução livre: “The behavior of relevant others can provide valuable information about sensible or appropriate courses of action” (original).

de energia elétrica²⁸⁶. Para tanto, avaliou a efetividade do programa *OPOWER Home Energy Reports*, que fornece às famílias informações sobre seu próprio padrão de consumo de energia, comparando-o com o consumo médio de sua vizinhança, e apurou que, o programa apresentaria resultados positivos, provocando economia de energia elétrica, em relação às famílias que apresentassem, a princípio, padrões de consumo mais elevados do que a média de sua comunidade²⁸⁷. E comprovou, também, que a indução de padrões de consumo não se condiciona a uma supostamente necessária alteração de preços dos bens de consumo²⁸⁸.

Também o *alerta público* sobre os perigos de determinado comportamento pode ser *nudge* eficaz²⁸⁹. A disponibilização de informações especializadas sobre os riscos ou custos sociais de práticas que se deseje desestimular, não apenas proporciona a conscientização da coletividade, como também provoca heurísticas de disponibilidade, ao tornar a visualização mental dos possíveis prejuízos decorrentes destas práticas como extremamente acessíveis aos tomadores de decisão. Um dos mais paradigmáticos exemplos deste *nudge* consiste na inclusão de imagens de advertência em embalagens de cigarro, determinada no Brasil, a partir de 2001, por ocasião da edição da Medida Provisória n.º 2.190-34²⁹⁰ (que alterou o §3º do artigo 3º da Lei n.º 9.294/1996). A prática tem por escopo ativar heurísticas de disponibilidade entre fumantes e potenciais fumantes, a fim de que intuitivamente associem o consumo de cigarro aos possíveis danos à saúde que possam ser provocados e, com isso, desestimulá-los do vício de fumar. Inclusive, as primeiras manifestações desta estratégia de aplicação de *nudge* já poderiam ser identificadas no país desde a publicação da Portaria n.º 490/1988 do Ministério da Saúde²⁹¹, que determinou a inclusão, em embalagens e propagandas de cigarros, da advertência (em texto único e sem imagens) “O Ministério da Saúde adverte: fumar é prejudicial à saúde”.

2.6.3. Medições Preditivas por Especialistas

²⁸⁶ ALLCOTT, Hunt. Social Norms and Energy Conservation. In: **Journal of Public Economics**, v.95, n.9-10, out.2011, p.1082-1095.

²⁸⁷ *Ibid.*, p.18-19.

²⁸⁸ *Ibid.*, p.19.

²⁸⁹ SUNSTEIN. *Nudging*, p.1041.

²⁹⁰ BRASIL. Medida Provisória n.º 2.190-34, de 23 de agosto de 2001. **Altera dispositivos das Leis nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, [...] e nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, [...] e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2190-34.htm#art7 – Acesso em 07 jun.2022.

²⁹¹ BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria n.º 490, de 25 de agosto de 1988. **Dispõe sobre as inscrições nos maços de cigarro e outras formas de embalagem de fumo sobre o perigo de fumar à saúde**. Publicação DOU: 26/08/1988.

A busca por estratégias de se neutralizarem os riscos de vieses e ruídos em tomadas de decisão também envolve a consideração daquelas realizadas por profissionais e demais especialistas. Trata-se de averiguação importante, sobretudo para o propósito de eventual redução de interferências cognitivas em *deliberações individuais* estratégicas para coletividades. Logo, passa-se ao questionamento: seriam os especialistas menos suscetíveis a erros de medição, em tomadas de decisão que envolvam questões de sua especialidade?

À primeira vista, é irresistível considerar-se o fato de que a especialização de um sujeito em determinada matéria torna-o mais preparado a levar em consideração os aspectos técnico-científicos que a envolvam, ao tomar decisões sobre o assunto. E esta conclusão, naturalmente, não se faz equivocada. Deve-se reconhecer que as premissas que regem o ambiente acadêmico-científico são organizadas para consolidar um sistema de responsabilidade epistêmica²⁹², de tal forma que, para que suas pesquisas tenham credibilidade e reverberação no meio acadêmico, deve um especialista verificar a solidez de suas conclusões e submeter suas ideias à revisão e análise crítica de seus pares. Mas ainda que não se considerem os especialistas engajados no desenvolvimento de pesquisas científicas, a premissa não perde sua veracidade, na medida em que especialistas em geral tendem a ter aprimorada sua habilidade de se valer de intuições, no que tange à sua área de atuação. Isso se deve pelo fato de que “a intuição repousa no reconhecimento rápido de uma situação já vivenciada e memorizada, mesmo que os ensinamentos não tenham sido formulados de forma consciente”²⁹³. Tomadas de decisão intuitivas, nesse sentido, como aponta Gary Klein²⁹⁴, teriam por premissa o reconhecimento – algo que, evidentemente, se manifestaria mais frequentemente e de forma mais refinada em medições feitas por especialistas, visto que amparadas pela experiência.

Entretanto, é necessário considerar-se que referida experiência pretérita – que respalda decisões intuitivas de especialistas – não se mostra como suficiente à garantia do acerto de tomadas de decisões, quando não se estiver diante de ambiente com regularidade suficiente a permitir previsões e a viabilizar aprendizado por repetição²⁹⁵. Ou seja, medições preditivas que tenham por variáveis ambientes complexos e imprevisíveis não viabilizam decisões

²⁹² Cf. TETLOCK, Philip E. **Expert Political Judgment: How good is it? How can we know?** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2005, p.233.

²⁹³ SIBONY. *Você Está Prestes a Cometer um Erro Terrível*, p.44.

²⁹⁴ Cf. KLEIN, Gary. **Sources of Power: How People Make Decisions** - 20th anniversary edition. Cambridge: MIT Press, 2017.

²⁹⁵ “[...] two necessary conditions for the development of skill: high-validity environments and an adequate opportunity to learn them. [...] Skilled intuitions will only develop in an environment of sufficient regularity, which provides valid cues to the situation” (KAHNEMAN, Daniel; KLEIN, Gary. Conditions for Intuitive Expertise: A Failure to Disagree. *In: American Psychologist*, v.64, n.6, set.2009, p.519-520).

intuitivas que possam atribuir maior probabilidade de acerto ao simples fato de terem sido realizadas por especialistas.

Além do mais, a tecnicidade e a precisão das medições de especialistas veem-se constantemente ameaçadas pelo risco de um atrativo *viés de superconfiança*. Como narram Philip E. Tetlock e Dan Gardner²⁹⁶, este mesmo viés fez com que, durante séculos, a medicina fosse praticada às margens da adequada aplicação do método científico, a partir de consolidadas crenças de seus praticantes de que determinado tratamento – uso de mercúrio, ventosas para indução de bolhas de sangue, ou ampla aplicação de tratamento por sangria – seria eficaz, muitas vezes em detrimento de evidências que apontassem em sentido inverso. Os autores citam²⁹⁷ como exemplo o caso do médico naval britânico James Lind, que, em 1747, submeteu um conjunto de doze marinheiros acometidos por escorbuto a diferentes tratamentos. Assim, a alguns foi ministrado vinagre; outros receberam tratamento por ácido sulfúrico; a outros, foi ministrada cidra; um grupo recebeu água do mar; outro, tratou-se com pasta de cortiça; e, por fim, um grupo recebeu tratamento por frutas cítricas. Como resultado, Lind observou que apenas o grupo que foi tratado mediante o consumo de frutas cítricas se recuperou rapidamente²⁹⁸ – fortíssima evidência da descoberta, que viria a ser feita em 1928, de que o escorbuto seria tratável pela reposição de vitamina C. Entretanto, apesar de Lind notar a peculiaridade do resultado de seu experimento, “esse não foi um momento eureka que anunciou a moderna era da experimentação”²⁹⁹ e “por anos depois disso, os marinheiros continuaram a sofrer de escorbuto e os médicos, a prescrever remédios inúteis”³⁰⁰.

O objetivo de se valer do exemplo de James Lind não reside propriamente em se exaltar a importância do método científico à pesquisa – o que é, inquestionável –, mas em se mostrar como o excesso de confiança de profissionais, especialistas da época, em suas crenças consolidadas, os levou a desconsiderar evidências relevantes e, conseqüentemente, a incorrer em erros de medição sobre o tratamento de escorbuto, ainda nos anos que se seguiriam ao experimento de Lind. A ciência da medicina atribui a tendência humana em se desconsiderar variáveis independentes, que alterem ou excluam a correlação entre exposição e desfecho na

²⁹⁶ TETLOCK, GARDNER. *Superprevisões*, p.31-50.

²⁹⁷ *Ibid.*, p.35.

²⁹⁸ *Ibidem.*

²⁹⁹ *Ibidem.*

³⁰⁰ *Ibidem.*

condução de pesquisas científicas, ao que denomina viés de confusão³⁰¹ – e que poderia, também, facilmente, associar-se ao viés de superconfiança já apontado neste capítulo.

De toda forma, apesar da alta confiabilidade de resultados que a aplicação criteriosa do método científico de pesquisa pode assegurar, para a realização de medições avaliativas por especialistas, incertezas ainda pairariam quanto à existência ou não de uma vantagem de sua parte à realização de medições preditivas. Ou seja, seriam os especialistas melhores previsores do que um sujeito médio que estiver a tomar decisões? E como decorrência desta primeira pergunta: estariam os governantes e agentes políticos aptos a realizarem medições preditivas com máxima precisão sobre a efetividade de políticas públicas ainda pendentes ou em fase embrionária de implantação? Teriam os cientistas políticos maior precisão ao tentar prever a probabilidade de que determinado conflito armado internacional, ou mesmo de que determinada aliança intergovernamental, viesse a ocorrer? Seriam exatas as predições realizadas por analistas político-econômicos a respeito do potencial impacto do surgimento de novas mutações e variantes do coronavírus SARS-CoV-2, à economia de um país?

Philip Tetlock se encarregou de buscar respostas a algumas destas inquietações, em suas pesquisas sobre tomadas de decisão políticas por especialistas³⁰². Para tanto, delimitou a categoria de *especialista* àquele “profissional que ganhe a vida comentando ou oferecendo conselhos sobre tendências políticas e econômicas importantes para o bem-estar de determinados estados, grupos regionais de estados ou o sistema internacional como um todo”³⁰³. Em seguida, aplicou questionários sobre medições preditivas³⁰⁴ a profissionais que se enquadrassem na categoria, os quais, em média, apresentavam 12,2 anos de experiência profissional reconhecida na área, sendo que 284 destes profissionais chegaram a responder pelo menos metade das perguntas que lhes foram postas³⁰⁵. Dentre os membros deste grupo, 96% apresentavam alguma experiência a nível de pós-graduação, e 52% possuíam titulação de doutorado – sendo provenientes, contudo, de diferentes disciplinas, dentre as quais economia, jornalismo, direito, relações internacionais, segurança nacional, e outras³⁰⁶. Da mesma forma, diversificavam-se no que concerne ao tipo de atividade profissional à qual se dedicavam, pelo

³⁰¹ Cf. CATALOGUE OF BIAS COLLABORATION; ARONSON, JK; BANKHEAD, C.; NUNAN, D. Confounding. In: **Catalogue of Biases**, 2018. Disponível em: <https://catalogofbias.org/biases/confounding/>- Acesso em 09 abr.2022.

³⁰² TETLOCK. *Expert Political Judgment*, op. cit.

³⁰³ *Ibid.*, p.239, tradução livre: “a professional who makes his or her livelihood by commenting or offering advice on political and economic trends of significance to the well-being of particular states, regional clusters of states, or the international system as a whole” (original).

³⁰⁴ Sobre o conteúdo, em detalhamento, destes questionários, cf. TETLOCK, op. cit., p.241-244 e 246-248.

³⁰⁵ *Ibid.*, p.239.

³⁰⁶ TETLOCK. *Expert Political Judgment*, p.240.

que o grupo contava com acadêmicos, profissionais do setor privado, agentes governamentais, profissionais do terceiro setor ou até mesmo representantes de instituições internacionais³⁰⁷.

A cada entrevistado, foram apresentadas perguntas de conteúdo preditivo, tanto de curto, quanto de longo-prazo, e referentes a quatro diferentes países – dois dos quais inseridos em sua esfera de conhecimento específico, e os outros dois estranhos à sua especialidade³⁰⁸. Em relação a cada país, foram formuladas perguntas referentes a, em média, dezessete variáveis e, para cada uma dessas variáveis, apontavam-se três diferentes cenários futuros hipotéticos, a fim de que fosse mensurada pelos entrevistados, conforme suas próprias impressões, a probabilidade de concretização de cada cenário³⁰⁹.

Após aplicar os sucessivos testes ao respectivo grupo, em mensuração de suas percepções subjetivas acerca da probabilidade de que eventos específicos (ora relacionados, ora desconectados às suas áreas de expertise) viessem a ocorrer no futuro, apurou que a precisão destas predições se revelava inferior ao que se esperaria. Já em uma primeira análise isso foi se tornando evidente, a partir das escolhas de vocábulos usados pela maioria desses especialistas para formular suas previsões – evitando distanciá-las do ‘talvez’, e preferindo a afirmação de que os eventos apontados nos questionários seriam ‘quase certos’, ‘incertos’, ‘de alguma forma (im)prováveis’ ou ‘com justa chance de se verificarem’³¹⁰. A recorrência do fenômeno exigiu que fossem estabelecidas escalas padronizadas de probabilidade, a fim de que os entrevistados pudessem traduzir suas estimativas de forma pouco mais objetiva³¹¹.

Mas também o conteúdo das estimativas de muitos desses especialistas não apresentou grande vantagem de acerto, se comparadas a meros palpites. Os resultados revelaram que apenas 16% dos profissionais entrevistados demonstraram ‘cognição integrativa’, ou seja, percepção complexa e sistêmica: sobre as conexões entre as causas dos diferentes eventos apontados ou de suas próprias medições; sobre a interdependência dos protagonistas do cenário político; sobre os *trade-offs* com os quais esses protagonistas têm que lidar em suas tomadas de decisão; ou sobre os fatores culturais ou ideológicos que podem interferir nas percepções do mesmo evento ou problema por grupos conflitantes³¹².

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Ibid.*, p.246.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ *Ibid.*, p.245.

³¹¹ Não se deixa de reconhecer, contudo, a possibilidade de ruído na própria interpretação que cada um desses entrevistados faça sobre o que equivaleria cada nível dessa escala. Sobre o tema, cf. KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.183-194.

³¹² TETLOCK. *Expert Political Judgment*, p.250-252.

Adicionalmente, percebeu Tetlock que, diante da constatação da inadequação de suas medições preditivas, grande parte dos especialistas entrevistados teria apresentado certa resistência em reconhecer seu próprio erro, frequentemente invocando justificativas para conformá-lo. A constatação foi surpreendente, diante da premissa de que “bons decisores deveriam ser bons testadores de hipóteses: deveriam atualizar suas crenças em resposta a novas evidências e fazê-lo em proporção à extremidade das probabilidades que haviam atribuído aos possíveis resultados antes de saberem qual teria ocorrido”³¹³. Para verificar o aspecto, Tetlock procedeu a avaliações *ex ante* e *ex post*³¹⁴, como se passa a descrever. No próprio momento em que eram questionados sobre suas medições preditivas, os especialistas entrevistados também respondiam a perguntas sobre sua própria confiança quanto à concretização de suas estimativas (*ex ante*), sobre sua percepção a respeito de correntes ideológicas contrárias às suas estimativas e sobre os hipotéticos cenários em que suas estimativas (ou estimativas inversas às suas) se concretizassem. Da mesma forma, após o transcurso de tempo correspondente ao horizonte das medições preditivas que haviam sido realizadas (*ex post*), foram os especialistas novamente entrevistados para que indicassem se se recordavam de qual teria sido sua previsão, e também para apontar motivos pelos quais considerariam que esta previsão teria se confirmado ou não. No cenário (não raro) de ausência de confirmação das previsões, eram estes especialistas também questionados sobre a continuidade de suas percepções iniciais ou sobre a eventual atualização de suas crenças.

Os resultados obtidos, entretanto, como já se adiantou, demonstraram que os “especialistas não seriam Bayesianos naturais, que rotineiramente tratariam a experiência como uma oportunidade para ajustar as razões de probabilidades de hipóteses concorrentes”³¹⁵. Pelo contrário, teriam demonstrado apego às suas próprias teorizações e medições preditivas, ainda que novas evidências apontassem na direção de sua refutação. Concluiu Tetlock, inclusive, que “a linha divisória entre o racional e o irracional, entre o defensável e o indefensável, torna-se mais tênue na medida em que há espaço para [...] crenças anteriores influenciarem [...] avaliações sobre estar certo ou errado”³¹⁶. Percebeu que as avaliações *ex ante* eram tomadas

³¹³ *Ibid.*, p.121, tradução livre: “Good judges should be good hypothesis testers: they should update their beliefs in response to new evidence and do so in proportion to the extremity of the odds they placed on possible outcomes before they learned which one occurred” (original).

³¹⁴ *Ibid.*, p.252-256.

³¹⁵ *Ibid.*, p.123, tradução livre: “experts are not natural Bayesians who routinely treat experience as an opportunity for adjusting the odds ratios of competing hypotheses” (original).

³¹⁶ TETLOCK. *Expert Political Judgment*, p.124, tradução livre: “The dividing line between the rational and irrational, between the defensible and indefensible, becomes blurrier to the degree there is room for our prior beliefs to bias our assessments of whether we were right or wrong” (original).

como ‘apostas reputacionais’, ao passo que as avaliações *ex post* mediam as reações dos especialistas ao ‘perderem ou ganharem’ suas próprias apostas reputacionais³¹⁷.

Para melhor ilustrar os resultados encontrados quanto aos desempenhos dos diferentes perfis de especialistas, na realização de medições preditivas, Philip Tetlock utilizou-se do ditado popular de que “a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante”. Invocou, assim, esta ideia preliminar, a fim de delimitar metaforicamente que ‘raposas’ seriam intelectuais pragmáticos, sem muito apego a ideologias específicas; ao passo que ‘ouriços’ ilustrariam aqueles intelectuais apaixonados por princípios ideológicos e organizacionais que conferem ordem ao mundo³¹⁸. Como consequência dessa lógica, “ouriços devem, portanto, ficar mais desapontados com a não-confirmação, e encantados com a confirmação [de suas previsões], do que as raposas”³¹⁹.

Considerando-se estes parâmetros, Tetlock expôs que os resultados de suas pesquisas indicariam que ‘raposas’ realizariam melhores medições preditivas, na medida em que estabeleceriam preliminarmente um distanciamento em relação a ideologias que pudessem afetar sua percepção sobre a questão em análise, preferindo estilos de pensamento “ponto-contraponto”³²⁰. Percebeu-se, também, a tendência de que as previsões de ‘raposas’ não adotassem perspectivas extremadas que considerassem um dado cenário como impossível ou absolutamente certo³²¹. A predisposição de ‘raposas’ a estimativas medianas, inclusive, levou Tetlock a conjecturar se predições de especialistas proporcionariam resultados melhores do que uma simples aposta de se jogarem moedas³²². Além disso, nem mesmo a mais precisa das ‘raposas’ teria alcançado resultados 100% precisos no conjunto de suas medições – o que, inclusive, pode se justificar pela própria *regra de regressão à média*, que, conforme apresentada por Daniel Kahneman, possui uma explicação (que é a própria regularidade estatística), mas não uma causa já diagnosticada³²³.

Por sua vez, apurou Tetlock que ‘ouriços’ seriam menos precisos em suas previsões, ao mesmo tempo em que estariam menos imunes às suas convicções ideológicas, se comparados

³¹⁷ *Ibid.*, p.125.

³¹⁸ *Ibid.*, p.21.

³¹⁹ *Ibid.*, p.126, tradução livre: “Hedgehogs should thus be more disappointed by disconfirmation, and delighted by confirmation, than foxes” (original).

³²⁰ *Ibid.*, p.21.

³²¹ “Foxes were more sensitive to how contradictory forces can yield stable equilibria and, as a result, “overpredicted” fewer departures, good or bad, from the status quo. But foxes did not mindlessly predict the past. They recognized the precariousness of many equilibria and hedged their bets by rarely ruling out anything as “impossible” (*Ibidem*).

³²² *Ibidem*.

³²³ KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*, p.222-233.

às ‘raposas’³²⁴. O enviesamento provocado por sua paixão por suas próprias teorias e ideologias os leva a pender para a realização de previsões que se revelem mais extremas e, por isso, distantes da realidade – especialmente quando feitas a longo prazo e referentes ao domínio de sua especialidade. “As habilidades analíticas que sustentam sua aclamação acadêmica não conferiram vantagem em exercícios de previsão e atualização de crenças”³²⁵. Em contrapartida, na esporádica ocorrência de eventos extremos e surpreendentes que correspondam à previsão de um ‘ouriço’, este provavelmente demandar-lhe-á o crédito por lhe ter antecipado³²⁶.

As pesquisas conduzidas por Tetlock também lhe revelaram outra importante conclusão, relacionada ao efeito de sabedoria das multidões, já apontado anteriormente, e segundo a qual a apuração da média de múltiplas decisões individuais independentes tende a resultar em decisão coletiva ótima³²⁷. Percebeu Tetlock que especialistas-ouriços se beneficiariam mais de sua agregação, do que especialistas-raposas: o agrupamento e apuração da média entre as medições extremamente ruidosas (visto que diversificadas e extremas) de ‘ouriços’ proporciona, em geral, resultado que não se distancia muito da média das medições menos ruidosas de ‘raposas’³²⁸.

De toda forma, no que concerne especificamente às medições preditivas realizadas por especialistas políticos, no âmbito daquele que Tetlock denomina ‘mercado de prognósticos políticos’ (*marketplace for political prognostication*), o autor considera que as razões para os erros de medição não se explicariam exclusivamente pelo enviesamento dos especialistas, mas também pelo comportamento dos ‘consumidores’ de informações, na interação com aqueles especialistas. No que concerne a este comportamento, Philip Tetlock apresenta três aspectos que entende serem de relevância. Em primeiro lugar, aponta a desmotivação dos ‘consumidores’ em criteriosamente conduzir sua própria avaliação sobre a qualidade das informações e medições preditivas em que escolham confiar e replicar³²⁹. Porém, e este seria o

³²⁴ “Low scorers look like hedgehogs: thinkers who ‘know one big thing’ aggressively extend the explanatory reach of that one big thing into new domains, display bristly impatience with those who ‘do not get it’, and express considerable confidence that they are already pretty proficient forecasters, at least in the long term” (TETLOCK. *Expert Political Judgment*, p.73).

³²⁵ *Ibid.*, p.233, tradução livre: “The analytical skills undergirding academic acclaim conferred no advantage in forecasting and belief-updating exercises” (original).

³²⁶ *Ibid.*, p.90.

³²⁷ Cf. item 2.5.1, *supra*.

³²⁸ Cf. TETLOCK, Philip. **Talks at Google: Expert Political Judgment – How good is it? How can we know?** [Virtual]. Autors@Google Series, 24 ago.2006. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f73A-HB-08M> – Acesso em 10 abr.2022.

³²⁹ “They do not think it worth their while trying to gauge quality on their own. So, they rely on low-effort heuristics that prize attributes of alleged specialists, such as institutional affiliation, fame, and even physical attractiveness, that are weak predictors of epistemic quality. Indeed, our data—as well as other work—suggest that consumers,

segundo aspecto, ainda que haja motivação dos ‘consumidores’, ressalta Tetlock que esta não raramente se vê conduzida pelos estímulos ‘errados’, de forma que, ao invés de se interessarem pela busca da verdade entre as previsões, se preocupariam os ‘consumidores’ por confirmar suas próprias opiniões pré-existentes e aprimorar suas autoimagens³³⁰. Por fim, como terceiro aspecto, aponta Tetlock que, ainda que existam ‘consumidores’ motivados pela busca da verdade, estes inevitavelmente se sujeitam aos seus próprios enviesamentos e ruídos, além de enfrentarem a dificuldade natural ao ambiente político³³¹, de identificar qual seria a previsão de especialista mais próxima da verdade.

Em mais recente pesquisa sobre medições preditivas realizadas por especialistas, cujos resultados publicou em 2016³³², Philip Tetlock e Dan Gardner reconhecem, porém, que – apesar de remanescer uma margem irreduzível de incerteza em medições preditivas – tomadores de decisão especialistas podem melhorar seu potencial de acerto e reduzir seu próprio enviesamento, caso acompanhem criteriosamente seu desempenho ao longo do tempo. Não por intermédio do uso mais expansivo de vocábulos vagos como ‘talvez’, ‘provavelmente’, ‘possivelmente’ ou ‘com uma distinta possibilidade’. Mas no sentido de que podem, de fato, calibrar sua habilidade de tomar decisões preditivas, com melhor resolução³³³, com o tempo.

A viabilidade de se cultivar essa habilidade de predições subjetivas, entretanto, condiciona-se à independência do tomador de decisões, de forma que não se vincule à necessidade (declarada ou subentendida) de comprovar nenhuma ideologia ou preferência política. E, para tanto, caso o especialista decisor – no caso de *deliberações individuais* estratégicas para coletividades – seja membro integrante ou de alguma outra forma se envolva com grupo suscetível a sentir diretamente os efeitos dessa decisão, é indispensável que se esforce para conservar sua visão de fora, evitando o viés de ponto cego³³⁴. Por se tratar de especialista, pressupõe-se que sua habilidade em não se afastar da taxa-base e de dados técnico-estatísticos seja mais apurada do que a de decisores que não possuam expertise na matéria.

especially the emphatically self-confident hedgehogs among them, often rely on low-effort heuristics that are negative predictors of epistemic quality” (TETLOCK. *Expert Political Judgment*, p.231).

³³⁰ *Ibid.*, p.232.

³³¹ “There are three intertwined reasons for suspecting this is true of many political controversies: (a) the propensity of partisans to make vague-to-the-point-of-oracular predictions that can be rendered consistent with a wide range of contradictory outcomes and thus never falsified; (b) the ingenuity of partisans, especially hedgehogs, in generating justifications and excuses whenever a respected member of their camp is so rash as to offer a prediction that can be falsified; (c) the inscrutability of the environment, which makes it easy for partisans to pick and choose convenient what-if scenarios in which the policies favored by one’s side always lead to better outcomes than would have otherwise occurred and the policies favored by the other side always lead to worse outcomes” (*Ibidem*).

³³² TETLOCK, GARDNER. *Superprevisões*, op. cit.

³³³ A acurácia de previsões probabilísticas é medida pela Função de Brier (Brier Score), que analisa duas variáveis: calibração e resolução.

³³⁴ Cf. item 2.5.2, *supra*.

Além do fato de que especialistas tendem a reagir com mais precisão a novas informações do que multidões, atentando-se mais ao grau de (ir)relevância dos novos dados, do que se influenciando pela comoção pública (ou, em casos de decisões judiciais, pelo *efeito backlash*) que possam gerar.

Tetlock e Gardner apontam que seria ideal o hipotético cenário de um torneio de previsões³³⁵, em que, repetidamente, o tomador de decisões faria previsões e ajustes, para futuras previsões mais apuradas. Mesmo porque, como esclarecem³³⁶, uma das principais fontes de erros em medições por especialistas estaria em sua propensão de, muito rapidamente, formarem uma opinião sobre algo e, em seguida, tornarem-se muito resistentes à superação desta mesma opinião. Neste sentido, torneios de previsões estimulam o tomador de decisão a exercitar sua habilidade de superar as próprias concepções e reduzir sua resistência em ajustar suas teorias a novas evidências. Afinal, o que torna especialistas superprevisores³³⁷ é sua progressiva habilidade de reduzir, com o tempo, a diferença entre suas estimativas e a realidade constatada.

³³⁵ TETLOCK, GARDNER. *Superprevisões*, op. cit.

³³⁶ TETLOCK. *Talks at Google*, op. cit.

³³⁷ TETLOCK, Philip. Superforecasting. In: **Long Now's Seminar Series** [Seminário Virtual], Long Now Foundation, nov.2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pedNak4S9IE> - Acesso 10 abr.2022.

3. O LITÍGIO COLETIVO, SEUS AGENTES, INSTITUIÇÕES E ESTRUTURAS: UMA TEORIA A PARTIR DOS DEBATES METODOLÓGICO E ONTOLÓGICO

O alerta de Chimamanda Adichie sobre o perigo de que o *poder* dos narradores converta em histórias únicas³³⁸ os fenômenos sociais, coletivos e multifacetados, é confirmado pelas conclusões das investigações científicas conduzidas pela Psicologia Comportamental – as quais demonstram o modo como interferências cognitivas, que operem sobre os mecanismos heurísticos dos sujeitos tomadores de decisão (‘narradores’ desses fenômenos sociais, por assim dizer), podem fazer anteparo entre as histórias reais e as narradas. Em contrapartida, como se antecipou no princípio do capítulo anterior³³⁹, o papel antagonístico que pode ser desempenhado por essas interferências cognitivas não implica que, migrando-se ao extremo oposto, os sujeitos devessem impermeabilizar o seu agir deliberativo contra quaisquer tipos de influências externas com potencial para lhes provocar modificações.

Pelo contrário, tratar-se-ia de esforço desperdiçado e que estaria a desconsiderar importantes premissas sociológicas a respeito do potencial transformativo de fenômenos sociais sobre o agir reflexivo e deliberativo dos agentes. As mesmas premissas sociológicas, inclusive, constituirão marco teórico para a formulação que se propõe neste capítulo, a respeito da mutabilidade e da reverberação de efeitos prospectivos como atributos intrínsecos ao gênero dos litígios coletivos, e que constituirá fundamento para, nas partes subsequentes da pesquisa, a consideração de modelo de processo coletivo que se faça *permeável* a tais atributos do litígio.

Nesse sentido, complementarmente ao capítulo anterior e com o intuito de se ir ao encontro do propósito fundamental da Parte I desta pesquisa, que constitui embasamento teórico aos seu desenvolvimento subsequente, este capítulo se propõe a: (i) analisar criticamente a evolução dos debates ontológico e metodológico, conforme tenham se originado de proposições reducionistas do individualismo e do coletivismo, e se consolidado em torno de exegeses com enfoque relacional; (ii) delimitar, à luz desta análise, a acepção de fenômeno social que se adotará, dimensionando seu poder causal para transformar sistemas sociais, mediante a provocação de modificações nas interações entre seus agentes e suas partes relacionais; (iii) enquadrar os litígios coletivos na categoria dos fenômenos sociais, identificando-lhes, portanto, correspondente potencial transformativo; (iv) propor formulação teórica para o gênero dos litígios coletivos, mediante a identificação da mutabilidade e da reverberação de efeitos

³³⁸ ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*.

³³⁹ Cf. item 2.1, *supra*.

prospectivos como traços que lhes sejam intrínsecos, em todas as suas conformações; e (v) diagnosticar o poder causal do agir deliberativo dos sujeitos para provocar transformações nos litígios coletivos e, portanto, para tornar suas tomadas de decisão efetivamente estratégicas para coletividades.

Partindo-se, assim, ao alcance do primeiro intuito delineado, volta-se imediatamente o olhar à ciência da Sociologia, que se dedica com afínco à apuração sobre o quanto os fenômenos sociais devam ser explicados a partir dos indivíduos neles envolvidos ou a partir de suas relações, normas sociais ou quaisquer outro tipo de vínculo que os una (debate metodológico), e também sobre o enquadramento da coletividade como um ser que, para o Direito, possua ou não existência autônoma (debate ontológico).

Margaret Archer simplifica a compreensão a respeito do tema, atribuindo ao debate ontológico um enfoque *descritivo* sobre a coletividade, e ao debate metodológico, um enfoque *explicativo-causal* sobre os fenômenos sociais³⁴⁰. E, partindo-se desta interpretação, alerta para o fato de que teorias explicativas não se constroem de forma desacompanhada de conceitos e premissas referenciais descritivas, razão pela qual “há sempre uma conexão entre a ontologia social e a metodologia explicativa”³⁴¹. Esta mesma conexão, por outro lado, por vezes, é responsável por uma referenciação indistinta da comunidade acadêmico-científica aos debates metodológico e ontológico, atribuindo-se, por exemplo, ao individualismo ontológico, ideias que na verdade se amoldariam ao individualismo metodológico, e vice-versa.

Neste capítulo, propõe-se exame concomitante dos debates metodológico e ontológico com o intuito de se obter o máximo proveito das conexões explicativo-descritivas que são, por eles, proporcionadas, sem, todavia, se pretender embaralhá-los um ao outro indistintamente. Movendo-se pelo propósito de se evitar o risco de tal embaralhamento, inclusive, antecipam-se os pressupostos que alicerçam estes debates – como um convite para que já se observem os pontos de interseção, em que coincidam um com o outro, e os aspectos em relação aos quais se distanciem.

Quanto ao debate metodológico, a respeito da extensão do papel dos agentes, individual ou coletivamente articulados, na explicação dos fenômenos sociais³⁴², tem-se que se

³⁴⁰ Cf. ARCHER, Margaret S. **Realist Social Theory: The Morphogenetic Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

³⁴¹ *Ibid.*, p.13, tradução livre: “there is always a connection between social ontology and explanatory methodology” (original).

³⁴² “In line with the general trend in philosophy of science, there was a point at which most theorists endorsed the Covering Law model of explanation. According to this model, a scientific explanation takes the form of a deductive or inductive argument which shows why an event in need of explanation was to be expected. Today, this view is rarely, if ever, espoused. Instead, a number of different notions of explanation are appealed to in the debate. For

concentrou, tradicionalmente, na averiguação acerca do protagonismo, ora de fundamentos individualistas, ora holísticos, nas ciências sociais³⁴³. Polarizou-se, portanto, o debate, entre o *individualismo metodológico* e o *holismo metodológico*, respectivamente. E, no âmago desta última corrente, identificaram-se dissidências, conforme a consideração de que as explicações holísticas dependeriam ou não de esclarecimentos suplementares, provenientes do nível das relações individuais, para sua sustentação³⁴⁴. Estes posicionamentos dissidentes delimitaram as manifestações *atenuadas e acentuadas* do *holismo metodológico*³⁴⁵.

A corrente *individualista metodológica*³⁴⁶ explica o comportamento dos sistemas sociais (logo, os fenômenos sociais) a partir do exame de “processos internos ao sistema, envolvendo suas partes componentes ou unidades, em um nível abaixo daquele do sistema”³⁴⁷. Na visão de James Coleman, essas unidades podem ser indivíduos, instituições ou subgrupos³⁴⁸. Porém, interpretações mais clássicas da corrente individualista tendem a considerar que ela se ergue sobre o axioma de que “eventos sociais são provocados por *pessoas*”³⁴⁹, sendo estas a essencial força motriz dos acontecimentos históricos e sociais. Segundo John Watkins³⁵⁰, um de seus representantes, este postulado não se invalidaria nem mesmo diante do reconhecimento de que fatores externos e objetivos operariam sobre tais acontecimentos e eventos. “Pode-se dizer que clima, fome, localização de minerais e outros fatores físicos ajudam a determinar a história”³⁵¹, mas ainda assim, nas palavras de Watkins, não invalidam as bases que sustentam

instance, some participants in the debate embrace the erotetic model of explanation which states that an explanation is an answer to a why-question. Others subscribe to the causal-information view of explanation which has it that an explanation provides information about the causal process leading to the event in need of explanation, and so on. [...] Three commonly mentioned forms of explanations are functional explanations, intentional explanations, and straightforward causal explanations, as they may be called. In the past, methodological holists have often favored the use of functional explanations. Accordingly, they have explained the continued existence of various social phenomena by reference to their function, or effect, in some society. By contrast, methodological individualists frequently make use of intentional explanations: They explain actions by appeal to individuals' reasons or motivations for their actions. Today, functional and intentional explanations are often regarded as a species of causal explanations while being contrasted with straightforward causal explanations.” (ZAHLE, Julie; COLLIN, Finn. Introduction. In: ZAHLE, Julie; COLLIN, Finn [Org.]. **Rethinking the Individualism-Holism Debate**: Essays in the Philosophy of Social Science. Dordrecht: Springer, 2014, p.6-7).

³⁴³ *Ibid.*, p.5.

³⁴⁴ *Ibid.*, p.9.

³⁴⁵ *Ibid.*, p.5.

³⁴⁶ Cf. item 3.1, *infra*.

³⁴⁷ COLEMAN, James S. **Foundations of Social Theory**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1994, p.2, tradução livre: “processes internal to the system, involving its component parts, or units at a level below that of the system” (original).

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ WATKINS, John W.N. Methodological Individualism: A Reply. In: **Philosophy of Science**, v.22, n.1, jan.1955, p.58, tradução livre: “It is based on the metaphysical commonplace that social events are brought about by *people*” (original).

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ *Ibidem*, tradução livre: “one can say that climate, famine, the location of minerals, and other physical factors help to determine history” (original).

o individualismo, uma vez que estes fatores “operam seja pela alteração (e algumas vezes pela destruição) de pessoas, ou por intermédio das ideias de pessoas, sobre eles”³⁵².

Em contraste, ambas as manifestações do *holismo metodológico*³⁵³ defendem interpretação mais determinista³⁵⁴ dos fenômenos sociais, no sentido de que a influência exercida pelo meio e pelas circunstâncias sobre as ações e tomadas de decisão dos indivíduos seria decisivamente preponderante, se comparada à autodeterminação desses mesmos sujeitos.

Mais recentemente, vem se renovando o debate metodológico, em consideração a um modelo sociológico fundamentado na associação entre o comportamento de interesse e a receptibilidade do contexto social para este comportamento. Este último modelo, para tanto, “depende de uma amostra de casos de comportamento do sistema ou da observação do comportamento do sistema como um todo durante um período de tempo”³⁵⁵. Caminha-se, assim, em direção a formulações com enfoque primordial nas relações entre os agentes e as estruturas sociais (e não no protagonismo de um ou de outro), e que atribuam relevância, portanto, à forma como interpretações, comportamentos e tomadas de decisão dos sujeitos são impactadas e impactam nos fenômenos sociais. Seria esse impacto mais determinante no que concerne à atuação individual dessas pessoas, ou à atuação das organizações ou estruturas em torno das quais as pessoas se agremiem?

A formulação deste último questionamento (que se procurará responder) engatilha-se às preocupações que, a seu turno, regem o debate ontológico. É possível considerar que, nos sistemas sociais, estruturas ou coletividades possuam existência autônoma, para além dos indivíduos? Como se demonstrará, a corrente *individualista* considera que não, qualificando coletividades como a agregação dos indivíduos que a integrem, no sentido de que “as propriedades individualistas das pessoas determinam exhaustivamente as propriedades sociais”³⁵⁶. Em contrapartida, a resposta positiva da corrente *coletivista* à mesma pergunta permite perceber a compreensão de que a coletividade extrapolaria a simples soma de seus membros.

³⁵² WATKINS. *Methodological Individualism*, p.58, tradução livre: “they operate either by altering (and sometimes destroying) people, or through people's ideas about them” (original).

³⁵³ Cf. item 3.2, *infra*.

³⁵⁴ Julie Zahle e Finn Collin apontam que interpretações holísticas metodológicas enfatizam propriedades estatísticas dos grupos para explicar como organizações sociais produzem efeitos (ZAHLE, COLLIN. *Rethinking The Individualism-Holism Debate*, p.6).

³⁵⁵ COLEMAN. *Foundations of Social Theory*, p.2.

³⁵⁶ EPSTEIN, Brian. Ontological Individualism Reconsidered. In: *Synthese*, v.166, 2009, p.188, tradução livre: “individualistic properties of people exhaustively determine social properties” (original).

3.1. O INDIVIDUALISMO E SUAS ABORDAGENS REDUCIONISTAS

Apesar de não ter sido responsável pela formulação da denominação *individualismo metodológico*, comumente atribui-se a Max Weber os alicerces para a teorização que originou a respectiva corrente do debate metodológico. Ainda que a expressão que lhe dá nome tenha sido cunhada pelo economista Joseph Schumpeter³⁵⁷ – discípulo de Weber –, na primeira década do século XX³⁵⁸, deixou este de lhe atribuir a significação sociológica, a qual só pôde ser encontrada no início da década de 1920, com a publicação póstuma da obra ‘Economia e Sociedade’, de Max Weber³⁵⁹, na Alemanha, traduzida ao inglês quase cinquenta anos depois.

Em ‘Economia e Sociedade’, Max Weber destaca que o objeto de estudo da ciência da sociologia seria essencialmente o significado contextual da ‘ação’ – e, por ‘ação’, se entenderia a significação e orientação do comportamento de uma ou mais pessoas individuais³⁶⁰. Nesse sentido, reconhece que, para fins cognitivos práticos ou, ainda, jurídicos, poderia ser útil tomarem-se ficcionalmente as construções sociais, tais como associações, estados ou empresas, como se indivíduos fossem – no entanto, não se trataria, ao seu ver, de procedimento adequado à sociologia³⁶¹. Para esta ciência, destacou, “estas entidades continuam como meros processos e específicos contextos para a ação de pessoas individuais, uma vez que estas últimas são os únicos agentes compreensíveis de ação significativamente orientada”³⁶². Com essas palavras, Weber deixou claro que não pretenderia adentrar no debate ontológico sobre a possibilidade da existência *per se* de entidades coletivas, para fins jurídicos ou práticos, limitando-se a investigar como se explicariam os fenômenos sociais envolvendo essas agremiações de pessoas.

³⁵⁷ Para Schumpeter, a expressão “individualismo metodológico” expressava apenas a ideia de que, para se descrever determinadas relações econômicas, era necessário começar do plano dos indivíduos. “Importantly, for Schumpeter, methodological individualism was no universal injunction or methodological principle from which we depart at our peril. Instead for him it was an attempt to demarcate the ‘pure theory’ of economics from other approaches and methods of scientific inquiry” (HODGSON, Geoffrey M. Meanings of Methodological Individualism. In: **Journal of Economic Methodology**, v.14, n.2, p. 211-26, jun.2007).

³⁵⁸ Cf. SCHUMPETER, Joseph. On the Concept of Social Value. In: **The Quarterly Journal of Economics**, v.23, n.2, p.213–232, fev.1909.

³⁵⁹ A obra em questão, recentemente, recebeu nova tradução ao inglês e reformulada edição: WEBER, Max. **Economy and Society**. A New Translation. Tradução de Keith Tribe. Cambridge, Massachusetts e London, England: Harvard University Press, 2019.

³⁶⁰ *Ibid.*, p.89.

³⁶¹ *Ibid.*, p.89-90.

³⁶² *Ibid.*, p.90, tradução livre: “these entities remain merely processes and specific contexts for the action of individual people, since for us these are the sole understandable agents of meaningfully oriented action” (original).

Defensores do individualismo metodológico argumentam que “fenômenos sociais de larga-escala devem ser explicados pelas situações, disposições e crenças dos indivíduos”³⁶³. Em outras palavras, “fatos ou fenômenos sociais são exaustivamente construídos a partir de, ou dependentes de, fatos individuais”³⁶⁴, de forma que, a princípio, não se poderiam explicar os fatos sociais em extrapolação à mera combinação de múltiplos fatos individuais. Situações sociais, por mais complexa que seja a forma pela qual se apresentem, seriam explicadas, assim, tão somente como o resultado de emaranhada formatação dos indivíduos envolvidos. Além do mais, pensando que referidos fenômenos sociais poderiam porventura consistir em *problemas* sociais, o individualismo metodológico considera que a análise a nível individual facilitaria, inclusive, a aplicação de intervenções à superação destes problemas – as quais seriam mais eficazes se aplicadas em níveis microscópicos do sistema³⁶⁵. “Mesmo quando a intervenção se dá no nível do sistema, como uma mudança de política feita pelo governo de uma nação, sua implementação deve ocorrer normalmente em níveis mais baixos, e essa implementação é o que determina as consequências para o sistema”³⁶⁶.

Após a publicação póstuma de ‘Economia e Sociedade’, nas décadas de 1940 e 1950, o individualismo metodológico ganhou novamente holofote, e foi importado por estudiosos da filosofia – como Friedrich von Hayek³⁶⁷ e Karl Popper³⁶⁸. Hayek, em suas publicações sobre o tema ainda na década de 1940, postulou que, para analisar os fenômenos sociais, o cientista social “sistematicamente parte dos conceitos que guiam os indivíduos em suas ações, e não dos resultados de suas teorizações sobre suas ações”³⁶⁹. E, em apontamento que paira o limiar entre o debate metodológico e o debate ontológico, alertou ao cientista social que não se deveriam considerar como sendo fatos, mas meras teorizações e abstrações

³⁶³ WATKINS. *Methodological Individualism*, p.58, tradução livre: “large-scale social phenomena must be accounted for by the situations, dispositions and beliefs of individuals” (original).

³⁶⁴ EPSTEIN, Brian. What is Individualism in Social Ontology? Ontological Individualism vs. Anchor Individualism. In: ZAHLE, Julie; COLLIN, Finn [Org.]. **Rethinking the Individualism-Holism Debate: Essays in the Philosophy of Social Science**. Dordrecht: Springer, 2014, p.17-38, tradução livre: “social facts or phenomena are exhaustively built out of, or depend on, individualistic ones” (original). A explicação é apontada por Brian Epstein em meio às suas ponderações sobre o debate ontológico, mas, em razão de sua mais forte identificação e correspondência às questões sensíveis ao debate metodológico, são aqui apontadas.

³⁶⁵ COLEMAN. *Foundations of Social Theory*, p.3.

³⁶⁶ *Ibidem*, tradução livre: “Even where an intervention is at the level of the system, such as a policy change made by a nation’s government, its implementation must ordinarily occur at lower levels, and that implementation is what determines the consequences for the system” (original).

³⁶⁷ Cf. HAYEK, Friedrich von. Scientism and the Study of Society – Part I. In: **Economica**, New Series, v.9, n.35, p.267-291, ago.1942.

³⁶⁸ Cf. POPPER, Karl. The Poverty of Historicism, III. In: **Economica**, v.12, n.46, p. 69–89, 1945.

³⁶⁹ HAYEK, *op. cit.*, p.286, tradução livre: “[...] systematically starts from the concepts which guide individuals in their actions and not from the results of their theorizing about their actions” (original).

populares, as ideias sobre coletividades, tais como sociedades, sistema econômico, capitalismo ou imperialismo – por ele consideradas “pseudo-entidades”³⁷⁰.

May Brodbeck interpretou esta formulação de Hayek, no sentido de que termos que expressassem fenômenos coletivos designariam não mais do que nomes para teorias sobre a conexão entre componentes, pois, para além dessas teorias, o todo seria sempre, meramente, “um padrão imperceptível de relações igualmente imperceptíveis”³⁷¹. Nesse sentido, haveria uma diferenciação entre as ideias *constitutivas* do fenômeno social (que guiam os indivíduos em suas ações) e ideias *sobre* o fenômeno social, mas que não o constituam ou expliquem (teorias sobre a conexão entre os sujeitos individuais)³⁷². Portanto, apontava-se o individualismo metodológico de Hayek na direção de não atribuir valor relevante às interações e conexões entre indivíduos, como fatores a influenciar a explicação de fenômenos sociais. Ao mesmo tempo em que foi interpretada por May Brodbeck, a formulação também foi alvo de crítica pela mesma autora, a qual ponderou que o fato de fenômenos coletivos poderem ser decompostos em seus elementos não invalidaria por si só a influência das relações entre estes elementos na constituição e explicação do todo³⁷³.

Para a ilustração de suas premissas, May Brodbeck concebeu um sujeito fictício, Jones, cujo comportamento, quando em meio a um grupo de, por exemplo, mil pessoas, poderia não coincidir com a lógica pela qual se comportaria caso o grupo tivesse menos integrantes³⁷⁴. A intenção do exemplo seria de reforçar a ideia de que o fenômeno social não poderia ser explicado pela consideração isolada dos comportamentos de seus indivíduos, mas pela interação psicológica destes indivíduos entre si e com o grupo – o que, na leitura de May Brodbeck, revelaria a insuficiência da corrente do individualismo metodológico.

John Watkins, por outro lado, refuta que a exemplificação escolhida por Brodbeck conduziria à conclusão por ela alcançada, entendendo que o comportamento do sujeito Jones variaria, conforme o meio em que estivesse inserido, na medida em que cada multiplicidade de sujeitos estabeleceria entre si diferentes padrões de comportamento orgânico – o que, a seu ver, reforçaria a corrente do individualismo metodológico³⁷⁵. Anos mais tarde, em 1967, Friedrich von Hayek pareceu redirecionar seu próprio posicionamento para acompanhar essa leitura de

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ BRODBECK, May. On The Philosophy of Social Sciences. In: **Philosophy of Science**, v.21, n.2, abr.1954, p.152, tradução livre: “a whole is always a nonperceptible pattern of equally nonperceptible relations” (original).

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ *Ibid.*, p.153.

³⁷⁴ *Ibid.*, p.154.

³⁷⁵ WATKINS. *Methodological Individualism*, p.59-60.

Watkins, e reconheceu que as ações de um grupo constituem-se em mais do que o padrão observável nas ações de seus indivíduos, o que demonstra a influência das conexões ‘destas ações individuais entre si’, ‘das ações individuais com elementos externos’ e ‘do próprio grupo com o meio externo’, na constituição e explicação do fenômeno social³⁷⁶. Conceitos macroscópicos passam a ser analisados assim, pelo próprio individualismo metodológico, como importantes para se explicarem fenômenos coletivos: “não precisa haver similaridade entre o comportamento de um complexo e o comportamento dos elementos de um complexo”³⁷⁷.

Esta transição entre as ideias que fundamentaram e fundamentam o individualismo metodológico revela uma ambivalência entre (i) o postulado de que fenômenos sociais deveriam ser explicados exclusivamente a partir dos comportamentos, crenças e decisões de indivíduos, e (ii) a premissa de que, para a explicação dos fenômenos sociais, deveriam ser conjugados comportamentos, crenças e decisões de indivíduos, e fatores interacionais entre esses mesmos indivíduos³⁷⁸. O primeiro postulado (i) inevitavelmente enfatiza a apreensão dos indivíduos como seres orientados por modelos de tomadas de decisão estritamente racionais³⁷⁹, o que remete à racionalidade Bayesiana, sobre a qual já se discorreu anteriormente³⁸⁰. Por sua vez, a mais recente interpretação (ii), reformulada, do individualismo metodológico dialoga melhor com a teoria de heurísticas e vieses de Amos Tversky e Daniel Kahneman, assim como com os próprios apontamentos do capítulo anterior desta pesquisa³⁸¹, quando se demonstrou a forma pela qual as interações internas e externas do grupo (ou ‘do todo’) interferem no comportamento e nas tomadas de decisão de seus indivíduos integrantes. Superam-se, como consequência, as explicações sobre fenômenos sociais que se reduzam à noção da soma do comportamento de seus indivíduos. Como destaca May Brodbeck, “multidões podem ser grupos de indivíduos, mas também há as multidões”³⁸².

A metamorfose pela qual passaram as formulações do individualismo metodológico provocou reflexos também no debate ontológico, estimulando a revisitação de premissas fundamentais de sua própria corrente individualista. Geoffrey Hodgson pondera a respeito, para observar que, da ideia de que o mundo social consistiria simplesmente de indivíduos agregados,

³⁷⁶ Cf. HAYEK, Friedrich von. **Studies in Philosophy, Politics and Economics**. Chicago: The University of Chicago Press, 1967.

³⁷⁷ BRODBECK. *On The Philosophy of Social Sciences*, p.153.

³⁷⁸ Cf. HODGSON. *Meanings of Methodological Individualism*, *op. cit.*

³⁷⁹ Cf. ZAHLE, COLLIN. *Rethinking the Individualism-Holism Debate*, p.6.

³⁸⁰ Cf. item 2.2, *supra*.

³⁸¹ Cf. item 2.5.1, *supra*.

³⁸² BRODBECK, *op. cit.*, p.153, tradução livre: “crowds may be groups of individuals, but there are also crowds” (original).

o individualismo ontológico passou a caminhar em direção à compreensão de que o mundo social consiste “em indivíduos e relações interativas entre eles”³⁸³. Para explicar este novo paradigma e a forma como ainda se mantém coerente com as premissas individualistas, Brian Epstein demonstra que, na realidade, a constatação de Hodgson estaria a fazer referência às propriedades intrínsecas e extrínsecas dos indivíduos³⁸⁴: ou seja, propriedades que possuam os indivíduos analisados isoladamente (por exemplo, sua altura, idade e personalidade) e aquelas que estes indivíduos possuam quando analisados em interação com outros (por exemplo, sua opinião sobre determinado tema, sua condição financeira ou sua preferência política).

Até mesmo Philip Pettit, adepto de formulações teóricas coletivistas, apresenta interpretação do individualismo que se alinha à tal premissa de que, no mundo social, os indivíduos não seriam seres pensantes solitários: exatamente pelo fato de terem a habilidade de pensar, criariam relações de interdependência (desenvolveriam propriedades extrínsecas) – que não exibiriam, porém, laços de causalidade entre si³⁸⁵. E complementa, apontando como, à sua interpretação, teria o individualismo evoluído para uma ‘teoria de superveniência’, segundo a qual “se se replicarem as coisas como são com e entre indivíduos, serão replicadas todas as realidades sociais que prevalecem em seu meio: não há propriedades ou poderes sociais que serão deixados de fora”³⁸⁶.

Em consonância com esta ideia, esclarece Watkins, adicionalmente e retornando-se ao debate metodológico, que “uma explicação individualista a um evento social não precisa se referir a indivíduos específicos”³⁸⁷, podendo se tratar de uma “explicação anônima”, que, como considera, não se confunde com o que se denominará *holismo metodológico*. Com o intuito de exemplificar a diferença, Watkins remete à hipotética mudança de direcionamento no resultado de uma dada eleição, para o qual se poderia oferecer “explicação anônima”, conforme o individualismo metodológico, no sentido de que “crescente número de eleitores (anônimos) se tornou progressivamente insatisfeito com algum partido, à medida que este permanecia no poder”³⁸⁸. Por sua vez, sustenta que uma explicação conforme o holismo metodológico, para o

³⁸³ HODGSON, *op. cit.*, p.3-4, tradução livre: “[...] of individuals and interactive relations between them” (original).

³⁸⁴ EPSTEIN. *What is Individualism in Social Ontology*, p.25-26.

³⁸⁵ PETTIT, Philip. Groups With Minds of Their Own. In: SCHMITT, Frederick F. [Org.]. **Socializing Metaphysics: The Nature of Social Reality**. New York: Rowman & Littlefield Publishers: 2003, p.191.

³⁸⁶ *Ibidem*, tradução livre: “Individualism insists on the supervenience claim that if we replicate how things are with and between individuals, then we will replicate all the social realities that obtain in their midst: there are no social properties or powers that will be left out” (original).

³⁸⁷ WATKINS. *Methodological Individualism*, p.60, tradução livre: “an individualistic explanation of a social event need not refer to specific individuals; it may be what I called an ‘anonymous explanation’” (original).

³⁸⁸ *Ibidem*, tradução livre: “an increasing number of (anonymous) electors grow increasingly dissatisfied with any party the longer it remains in office” (original).

mesmo evento, apontaria supostamente no sentido de que “existe uma lei social, que não pode ser derivada de princípios individualistas, a qual requer padrão de oscilação no comportamento eleitoral”³⁸⁹.

O exemplo revela que John Watkins considera o holismo metodológico, em suma, como corrente que parte da premissa de que a atuação individual é mero resultado de sua inserção em um meio social que lhe é determinista, e cujas normas devam ser compreendidas como um todo e não como derivações de princípios individuais. “Nessa visão, o comportamento social dos indivíduos deveria ser explicado nos termos das posições ou funções desses indivíduos e das leis que governam o sistema”³⁹⁰.

3.2. A RESPOSTA DO COLETIVISMO E SUA TENDÊNCIA DETERMINISTA

Como a interpretação de John Watkins já permite antecipar, as manifestações do holismo metodológico transitam em torno da compreensão acerca do maior ou menor grau do determinismo que o meio social e suas instituições exercem no comportamento dos indivíduos, e o quanto são responsáveis por explicar os fenômenos sociais, invertendo-se a lógica aplicável ao individualismo metodológico.

Um dos mais proeminentes expoentes dessa forma de pensar é Pierre Bourdieu, com seu *construtivismo estruturalista*. A sociologia filosófica de Bourdieu constrói-se sobre o postulado de que “as estruturas constitutivas de um tipo particular de ambiente [...] produzem *habitus*, sistemas de disposições duráveis, transponíveis, estruturas organizadas predispostas a funcionar como estruturantes, ou seja, como princípios da geração e composição de práticas”³⁹¹. Como consequência, entende Bourdieu que esses *habitus* passam a nortear comportamentos e representações dos indivíduos, sem se constituírem em efetivas normas e sem que se identifique um objetivo declarado de domínio ou de coordenação de ações³⁹². Operam-se, assim, a partir de lógica determinista, sobre as ações e tomadas de decisão de indivíduos.

³⁸⁹ *Ibidem*, tradução livre: “there is a social law, which cannot be derived from individualistic principles, which requires an oscillating pattern of electoral behavior” (original).

³⁹⁰ WATKINS. *Methodological Individualism*, p.58-59, tradução livre: “On this view, the social behavior of individuals should be explained in terms of the positions or functions of these individuals and of the laws which govern the system” (original).

³⁹¹ BOURDIEU, Pierre. **Outline of a Theory of Practice**. Coleção: Cambridge Studies in Social and Cultural Anthropology. Tradução de Richard Nice. New York: Cambridge University Press, 2013, p.72, tradução livre: “The structures constitutive of a particular type of environment [...] produce habitus, systems of durable, transposable dispositions, structured structures predisposed to function as structuring structures, that is, as principles of the generation and structuring of practices [...]” (original).

³⁹² *Ibidem*. “el habitus de Bourdieu [...] como una especie de centro neurálgico colectivo/personal capaz de hacer que las cosas ocurran en el mundo social, tiene aparentemente como fin ser un enlace entre las personas y las

Bourdieu não relativiza sua compreensão determinista para a explicação de fenômenos sociais, nem mesmo quando estes envolverem tomadas de decisão preditivas dos indivíduos – decisões estas que, por isso, em uma primeira análise, poderiam aparentar orientarem-se e serem determinadas por circunstâncias futuras e incertas. Para estes cenários, Pierre Bourdieu propõe que não se desvencilham os indivíduos do *habitus*, nem mesmo para a formulação de estratégias e planos de ação, de forma que as constroem a partir do resultado que se tenham observado em práticas passadas para situações semelhantes³⁹³.

O viés peremptório do determinismo do *habitus*, conforme delineado por Bourdieu, revela sua correspondência com a ideia de um *holismo metodológico acentuado*, como aqui já se referenciou, o qual essencialmente considera dispensável (ou, porventura, inaproveitável) aos fenômenos sociais os fundamentos explicativos individualistas. Assim, a despeito da inquestionável relevância do construtivismo estruturalista de Bourdieu às ciências sociais aplicadas e à filosofia, por outro lado, no que concerne especificamente ao debate metodológico, não causa surpresa que o holismo metodológico acentuado conserve-se como corrente absolutamente minoritária³⁹⁴.

Comparativamente maior é a adesão ao *holismo metodológico atenuado*, talvez por sua interlocução com as mais recentes manifestações do próprio individualismo³⁹⁵, as quais timidamente começam a atribuir importância descritivo-explicativa aos efeitos das interações entre os indivíduos. As próprias críticas ao individualismo ontológico, formuladas por Brian Epstein, apesar de não serem suficientes para separá-lo da referida corrente, apresentam certa tendência de aproximação a postulados coletivistas. Nesse sentido, Brian Epstein defende a predominância de um *individualismo de âncora* (ou, em inglês, *anchor individualism*) para explicar os fenômenos sociais. Segundo este entendimento, “coisas têm propriedades sociais em virtude de as pessoas as conceberem de certa maneira, ou as tratarem de certa maneira, ou agirem de certa maneira”³⁹⁶, de tal forma que os interesses individuais não apenas se somam uns aos outros para constituírem o fato social, mas juntos são também reinterpretados, ou seja, assumem nova conotação, quando em conjunto, para ancorar a existência de um fato social. O

estructuras” (KIVINEN, Osmo; PIIRONEN, Tero. Hacia un relacionismo metodológico pragmático. De la filosofización de la sociología a la sociologización de la filosofía. In: **Revista CS**, n.6, Cali (Colômbia), jul-dez.2010, p.383).

³⁹³ BOURDIEU. *Outline of a Theory of Practice*, p.72-73.

³⁹⁴ ZAHLE, COLLIN. *Rethinking the Individualism-Holism Debate*, p.7.

³⁹⁵ Cf. item 3.1, *supra*.

³⁹⁶ EPSTEIN. *What is Individualism in Social Ontology*, p.18, tradução livre: “things have social properties in virtue of people conceiving of them in a certain way, or treating them in a certain way, or acting in a certain way” (original).

somatório de interesses individuais não resulta apenas em seu feixe, mas se torna âncora para projetar e estabelecer convenções aptas a nortear a perspectiva social desse feixe.

Em verdade, alguns destes postulados defendidos por Epstein apresentam forte interlocução com a sociologia de Émile Durkheim³⁹⁷, que, sob o olhar do holismo metodológico, também refuta a ideia de que fatos sociais se expliquem pelo mero somatório de comportamentos e crenças de indivíduos. Durkheim sustenta que o fato social emerge a partir da *transformação* desses elementos individuais proporcionada por sua agremiação³⁹⁸ – ou seja, considera o sociólogo que componentes individuais são transformados pelo simples fato de se combinarem uns aos outros – e de sua interação com fatores externos, objetivos. Pontua, assim, que não se devem confundir a utilidade dos fatos sociais, com suas causas: a desejabilidade de um determinado fato social aos indivíduos relaciona-se aos seus efeitos e amplifica sua utilidade, mas não é suficiente, por certo, para lhe dar causa³⁹⁹. Por isso, e talvez nesse ponto é possível que se distancie da visão que ora se adota nesta pesquisa, Durkheim estabelece rígida linha divisória entre fenômenos sociais e explicações psicológicas, uma vez que compreende que não podem ser os fatos sociais imediatamente explicados por estados da mente ou da consciência individuais⁴⁰⁰. Porém, não se pode revestir de certeza a especulação quanto a este distanciamento (por isso, ressalvá-la sob a vagueza do “talvez”), na medida em que a teoria sociológica de Durkheim construiu-se muitas décadas antes de se estruturar a teoria de heurísticas e vieses da psicologia comportamental, a qual se adota como premissa transdisciplinar às ponderações que se desenvolvem na presente pesquisa, e que reforça a permeabilidade dos mecanismos de tomada de decisão humanas às interferências do meio, das circunstâncias e das pessoas com quem o decisor interagir.

Efetivamente, a explicação psicológica a que Durkheim se opõe, para os fenômenos sociais, consiste naquela voltada à consciência do indivíduo⁴⁰¹. Mas não rejeita a ideia de que a “vida social seja um sistema de representações e estados mentais, desde que [...] essas representações sejam, *sui generis*, diferentes em natureza daquelas que constituam a vida mental do indivíduo e sujeitas às suas próprias leis”. Ou seja, não há óbices em se explicar os

³⁹⁷ DURKHEIM, Émile. The Nature of Society and Causal Explanation. In: **American Journal of Sociology**, Letter to the Editor, v.3, p.848-849, 1898.

³⁹⁸ DURKHEIM, Émile. **Le Suicide: Étude de Sociologie**. Paris: FAncienne Librairie Germer Bailliere et Cie., Félix Alcan, éditeur, 1897.

³⁹⁹ DURKHEIM, Émile. The Rules of Sociological Method. In: LUKES, Steven [Org.]. **The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology and its Method**. 2.ed. Basingstoke, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2013.

⁴⁰⁰ DURKHEIM, Émile. The Psychological Conception of Society. In: **Revue Philosophique**, Letter to the Directeur, v.52, p.704, 1901.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

fatos sociais também a partir de representações mentais já transformadas em razão de sua agregação e do influxo de interferências externas.

Também em oposição ao individualismo metodológico, destaca-se a doutrina de Frank Jackson e Philip Pettit, os quais, atribuindo à sua visão holística metodológica atenuada a alcunha de *ecumenismo explicativo*, priorizam as explicações estruturais dos fenômenos sociais que, por sua vez, devem ser apenas complementadas por fundamentos referentes à esfera dos indivíduos⁴⁰². Nesse sentido, Jackson e Pettit rejeitam o que denominam de “preferência de fino-grão”, ou seja, “um desejo de apurar detalhes causais cada vez específicos na explicação de qualquer condição ou evento”⁴⁰³, e postulam que explicações mais “granuladas” podem proporcionar informações causais estruturais que explicações refinadas não consigam apurar⁴⁰⁴.

A ideia de que explicações mais certas ao fenômeno social possam advir de análises mais macroscópicas que se façam deste, suscita outro interessante ponto de vista sobre o holismo metodológico, e que pode ser identificado nas pesquisas de Alan Garfinkel. Valendo-se de exemplo de fato social ocorrido em ambiente escolar, Garfinkel narra situação hipotética em que professor decida atribuir notas progressivas, em escala, aos seus alunos – da mais alta à mais baixa –, de forma a conceder nota máxima a apenas um(a) estudante⁴⁰⁵. À luz desse cenário, elabora duas perguntas, sucessivas: (i) por que apenas um(a) estudante poderia receber a nota máxima, e (ii) considerando-se que apenas uma pessoa possa receber nota máxima, por que tal estudante seria especificamente aquele(a) que veio a ser escolhido(a)? Elucida, ainda, que a primeira pergunta assumiria enfoque estrutural, ao passo que a segunda refletiria preocupação essencialmente individual. Partindo-se destas premissas, Garfinkel demonstra como a segunda pergunta (ii) pressupõe uma prévia resposta satisfatória à primeira pergunta (i): ou seja, a pergunta individualista toma as questões estruturais como postas, estabelecidas. O exemplo é utilizado por Garfinkel, portanto, para ilustrar que explicações conforme o individualismo metodológico não questionam as estruturas dos fenômenos sociais, o que ele intitula como “viés pro-institucional” – sugerindo que explicações regidas pelo individualismo metodológico correriam o risco de ser intrinsecamente enviesadas.

⁴⁰² JACKSON, Frank; PETTIT, Philip. In Defense of Explanatory Ecumenism. In: **Economics and Philosophy**, v.8, n.1, Cambridge University Press, p.1-21, abr.1992.

⁴⁰³ *Ibid.*, p.2, tradução livre: “a desire to get at greater and greater causal detail in the explanation of any condition or event” (original).

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p.19.

⁴⁰⁵ GARFINKEL, Alan. **Forms of Explanation: Rethinking the Questions in Social Theory**. New Haven, CT: Yale University Press, 1981.

Sob o ponto de vista do debate ontológico, a corrente coletivista se opõe às ideias individualistas de que estruturas sociais não seriam autônomas ou independentes, pré-existent ou de que não teriam eficácia causal⁴⁰⁶. Defensor da existência autônoma do grupo, em relação aos seus membros, o coletivismo pode ter seu argumento explicado a partir de uma analogia com a aplicação de regras jurídicas: “a importância contínua de qualquer norma depende da continuidade da adesão das pessoas a ela [...], *mas* esta adesão não é o que faz a norma, caso contrário normas se tornariam meras descrições do que fazem as pessoas, sem nenhuma função regulatória ou constitutiva”⁴⁰⁷. Pelo mesmo motivo, seguindo-se em defesa do determinismo operado pelo todo sobre as partes, coletivistas consideram que os papéis ocupados pelas pessoas são mais relevantes para a descrição das estruturas sociais do que as interações interpessoais propriamente ditas⁴⁰⁸. Adicionalmente, organiza-se o coletivismo ontológico em torno da premissa de que as estruturas sociais preexistem aos indivíduos, os quais nascem em contexto social que já se encontra em curso e assumem seus papéis de acordo com a sistemática que rege estas estruturas⁴⁰⁹.

Resgatando-se algumas dessas premissas, e em retorno ao debate metodológico, Maurice Mandelbaum pondera que o *holismo metodológico* “não precisa negar que a existência de uma sociedade pressupõe a existência de indivíduos, e que estes indivíduos precisam possuir certas capacidades de pensamento e ação para que a sociedade exista”⁴¹⁰. Por outro lado, e nesse ponto tenta rebater as críticas fundamentalmente direcionadas às teorias holísticas, sopesa que “não é preciso sustentar que uma sociedade é uma entidade independente de todos os seres humanos, para se reconhecer que fatos sociais não sejam redutíveis aos fatos do comportamento individual”⁴¹¹. Suas ressalvas permitem antever um nítido sintoma que prenunciou o esvaecimento da corrente coletivista: até mesmo o *holismo metodológico* hesitou em se alinhar

⁴⁰⁶ ARCHER, Margaret. Social Integration and System Integration: Developing the Distinction. In: **Sociology**, v.30, n.4, nov.1996, p.681.

⁴⁰⁷ ARCHER. *Social Integration and System Integration*, p.682, tradução livre: “the continued salience of any rule depends on people continuing to adhere to it [...], *but* their adherence is not what makes the rule, otherwise rules just become descriptions of what people do and have no regulatory or constitutive function” (original).

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ *Ibidem*. E prossegue Margaret Archer, em explicação às postulações da corrente coletivista: “Denial of the pre-existence of social forms was intended to deprive them of any causal efficacy, yet this claim also fails if such properties are resistant to change or take a considerable time to alter. Although many of them may *eventually* be changed by human action, nevertheless *while* such environmental factors endure, they can constrain and facilitate different activities and may have consequences which are not trivial for future social change” (*ibidem*).

⁴¹⁰ MANDELBAUM, Maurice. Societal Facts. In: **The British Journal of Sociology**, v.6, n.4, dez.1955, p.313, tradução livre: “one need not deny that the existence of a society presupposes the existence of individuals, and that these individuals must possess certain capacities for thought and for action if that we term a society is to exist” (original).

⁴¹¹ *Ibidem*, tradução livre: “one need not hold that a society is an entity independent of all human beings in order to hold that societal facts are not reducible to the facts of individual behavior” (original).

completamente ao *coletivismo ontológico*. E isso se deve à predominância do empirismo ainda em meados do século XX e ao fato de que “permaneceu impossível substanciar a existência de qualquer propriedade social não-observável dentro dos limites de uma epistemologia empirista, na qual o conhecimento vem apenas da experiência sensorial”⁴¹².

As inquietações ontológicas a respeito dos fatos sociais⁴¹³, portanto, poderiam ser respondidas com mais precisão se superados os limites do empirismo⁴¹⁴, e admitida a consideração de propriedades, às entidades, não-observáveis pela experiência sensorial.

3.3. NEM INDIVIDUALISMO, NEM COLETIVISMO: A RENOVAÇÃO DOS DEBATES METODOLÓGICO E ONTOLÓGICO

A tradicional polarização, principalmente do debate metodológico, em torno das abordagens individualistas e holísticas, como se percebe, ainda não se permitia afastar – nem sequer provisoriamente – da epistemologia empírica e, por isso, admitia a produção de conhecimento sociológico exclusivamente a partir da experiência sensorial⁴¹⁵. A exigência, portanto, inviabilizava que se concebesse a existência de propriedades sociais não-observáveis, tampouco no debate ontológico⁴¹⁶, de tal forma que, até mesmo os coletivistas não se libertavam da ideia de que quaisquer propriedades de complexos sociais dependeriam da existência e da atividade das pessoas individuais que deles participassem. Para ilustrar a relutância, novamente se recorre ao entendimento de Mandelbaum, segundo o qual, “a admissão de que todos os fatos sociais dependem da existência de seres humanos que possuam certas capacidades de pensamento e de ação não exclui de modo algum a afirmação de que esses fatos são irreduzíveis aos fatos relativos a um indivíduo”⁴¹⁷. Assim, nem mesmo o coletivismo conseguia libertar os fenômenos sociais e coletivos da ideia de que seriam um produto acidental e secundário – um epifenômeno – das atividades de indivíduos.

⁴¹² ARCHER. *Social Integration and System Integration*, p.685, tradução livre: “it remained impossible to substantiate the existence of any non-observable societal property within the confines of an empiricist epistemology, where knowledge comes only from sense experience” (original).

⁴¹³ “‘Societal facts’ referred to forms of social organizations, to social institutions, to persistent roles, that is to systematic and enduring relationships. In short, these were neither human nor super-human in nature, but relational, and relations depended upon people but at the same time exerted an independent influence over their activities” (*Ibidem*).

⁴¹⁴ *Ibid.*, p.686.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p.685.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ MANDELBAUM. *Societal Facts*, p.315, tradução livre: “the admission that all societal facts depend upon the existence of human beings who possess certain capacities for thought and for action by no means precludes the contention that these facts are irreducible to facts concerning those individuals” (original).

Margaret Archer se refere, tanto ao individualismo, quanto ao coletivismo, como ‘teorias de conflação’, ou seja, de indevida combinação reducionista de valores. Intitula, assim, como ‘conflação ascendente’ a teoria individualista, que faz dos fatos sociais o epifenômeno das atividades dos agentes individuais; e como ‘conflação descendente’ a teoria coletivista, que, com seu determinismo, reduz a ação dos agentes ao epifenômeno de sistemas socioculturais⁴¹⁸.

A proliferação de manifestações atenuadas das correntes individualista e coletivista, como se demonstrou, constituiu-se, também, em termômetro do fato de que a comunidade acadêmico-científica identificava, nas clássicas teorizações, um certo grau de insuficiência para a explicação dos fenômenos sociais e para a descrição de estruturas coletivas. Com o declínio do empirismo⁴¹⁹ e o consequente desprendimento da interpretação dos fenômenos sociais e coletivos a partir da necessidade de apurações sensoriais (direcionadas, por exemplo, àquilo que se fizesse visível, observável), reformularam-se os debates metodológico e ontológico, os quais passaram a ser protagonizados pela dualidade entre ‘agência’ e ‘estrutura’.

A ideia de ‘agência’ deriva da qualidade de se agir, significando, portanto, a autodeterminação dos indivíduos em fazer suas próprias escolhas e agir independentemente, alcançando seu próprio potencial, ao passo que ‘estrutura’ corresponderia aos arranjos e conformações que limitem essa autodeterminação, restringindo a disponibilidade de escolhas e de oportunidades aos indivíduos⁴²⁰. Trata-se, tão logo, de conceitos que refletem o pêndulo entre liberdade de escolha (voluntarismo) e determinismo. E, como já se adiantou, Margaret Archer detecta que, tanto o individualismo, quanto o holismo metodológicos propõem formulações que limitam inadequadamente a observação do encadeamento existente entre

⁴¹⁸ ARCHER, Margaret. **Being Human: The Problem of Agency**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, p.307.

⁴¹⁹ Comumente, atribui-se o declínio do empirismo às críticas e questionamentos que lhe foram apresentados pela filosofia da ciência a partir do final da década de 1950. Cf. POPPER, Karl. **The Logic of Scientific Discovery**. Londres e Nova York: Routledge, 2005 (Primeira edição em inglês: 1959). Cf. também POLANYI, Michael. **Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy**. London: Routledge & Kegan Paul, 1978. E, por fim, cf. KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**, with an Introductory Essay by Ian Hacking. 50th Anniversary Edition. 4.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

⁴²⁰ Cf. PLEASANTS, Nigel. Free Will, Determinism and the ‘Problem’ of Structure and Agency in the Social Sciences. In: **Philosophy of the Social Sciences**, v.49, n.1, 2019, p.4-5: “the social sciences are faced with the apparent dichotomy between individuals’ free agency and the social-structural causation that bears upon them. [...] However, the default theoretical strategy nowadays is to seek to avoid both extremes. [...] These theories are grounded on the metaphysical postulation that the essential property of individuals’ agency is their ability to have acted differently to how they actually acted. [...] This conception of agency seems to place the individual beyond the reach of social-structural causation, but structurationist theory recognizes a ‘conditioning’ and ‘influencing’ role for social structure”.

‘agência’ e ‘estrutura’. Enquanto o individualismo metodológico cerceia o papel da ‘estrutura’ e a atribui inércia e dependência, o holismo metodológico afunila o alcance da ‘agência’⁴²¹.

Não se deve, entretanto, compreender equivocadamente a reformulação do debate, como se pretendesse apenas atribuir novas nomenclaturas aos mesmos dilemas. Pelo contrário: o dilema entre ‘agência’ e ‘estrutura’ rompe com as teorizações reducionistas – que fazem dos indivíduos o produto da sociedade, ou da sociedade o produto dos indivíduos⁴²² –, para compreender que, tanto a sociedade, quanto as pessoas que dela fazem parte, possuem seus próprios poderes e propriedades, que devem ser considerados de forma relacional⁴²³. Anthony Giddens acrescenta, neste aspecto, que a ideia de ‘agência’ faz alusão “não às intenções que as pessoas têm de fazer algo, mas à sua capacidade de fazê-lo propriamente dita (razão pela qual ‘agência’ implica poder [...])”⁴²⁴. A conotação que se atribui ao ‘poder’, neste contexto, equivale à capacidade transformativa da ação do agente⁴²⁵ – que se desprende, portanto, dos rígidos laços deterministas propostos pelas teorias coletivistas.

A partir da delimitação dessa premissa investigativa, os debates metodológico e ontológico passam a se organizar ao entorno de nova polarização, que ora considera haver entre ‘agência’ e ‘estrutura’ uma relação de mutualidade constitutiva⁴²⁶, de inseparabilidade, ora considera existir entre elas uma relação de influência causal, para a emergência de suas propriedades⁴²⁷. O primeiro posicionamento, protagonizado pelo postulado da inseparabilidade, foi defendido pela *teoria da estruturação*, a qual foi considerada expressão de uma perspectiva filosófico-sociológica *elisionista*. O último, a defender a relação de influência causal entre ‘agência’ e ‘estrutura’, passou a ser defendido pela corrente *emergentista*.

Ante a relevância do debate para as investigações científicas que se conduzem neste trabalho, e com o intuito de delimitar claramente sua filiação à última dentre as correntes metodológicas e ontológicas a serem apresentadas – o *realismo social ontológico* –, dedicam-

⁴²¹ ARCHER. *Realist Social Theory*, p.33. Também cf. ARCHER. *Being Human*, p.253: “On the one hand, protagonists of ‘Modernity’s Man’ would basically answer that society contributed ‘nothing’ to our making: on the contrary, it is that pre-formed and atomistic being who, along with others like him, generates the entirety of the social structure from his built-in disposition to be a rational actor. On the other hand, advocates of ‘Society’s Being’ would basically answer that society contributed ‘everything’ to our making: since this view contains no human beings as such but only social agents, formed from ‘indeterminate material’, who energize the social system after appropriate socialization”.

⁴²² ARCHER. *Being Human*, p.17.

⁴²³ *Ibidem*.

⁴²⁴ GIDDENS, Anthony. **The Constitution of Society**: Outline of the Theory of Structuration. Cambridge: Polity Press, 1986, p.9, tradução livre: “Agency refers not to the intentions people have in doing things but to their capability of doing those things in the first place (which is why agency implies power [...])” (original).

⁴²⁵ *Ibid.*, p.15.

⁴²⁶ ARCHER. *Social Integration and System Integration*, p.687.

⁴²⁷ *Ibid.*, p.688.

se as subseções seguintes à breve diferenciação entre as principais teses defendidas pelos expoentes da *teoria da estruturação* e do *emergentismo*.

3.3.1. Teoria da Estruturação e o Paradigma da Inseparabilidade

Essencialmente, a *teoria da estruturação* (*theory of structuration*), que tem por principal expoente Anthony Giddens⁴²⁸, opõe-se à independência de variações entre ‘agência’ e ‘estrutura’, concebendo-as como mutuamente constitutivas e, portanto, inseparáveis. Em razão do referido postulado, que constitui sua característica fundamental, a teoria foi considerada por Margaret Archer (que a ela se opõe) como expressão de um movimento filosófico-sociológico que se intitulou *elisionista*⁴²⁹, sob ponto de vista crítico, para englobar teorias que confeririam direcionamento meramente simbólico à interação entre ‘agência’ e ‘estrutura’. Simbólico por implicar “(i) uma negação de sua separabilidade, porque (ii) qualquer aspecto da ‘estrutura’ é tido por dependente da atividade no tempo presente e igualmente aberto à transformação, e (iii) à convicção de que qualquer eficácia causal da estrutura depende de sua evocação pela agência”⁴³⁰. A nomenclatura *elisionismo*, assim, é escolhida como uma referência à supressão da independência entre ‘agência’ e ‘estrutura’, tomadas exclusivamente em sua inseparabilidade.

A inseparabilidade entre as propriedades estruturais e os agentes que as instanciem, a rigor, exigiria que, para que fossem perfeitamente analisadas, não se as destacassem uma da outra – o que, na prática, proporcionaria irrazoável dificuldade. Assim, a fim de tornar mais tangível a análise científica dos fenômenos sociais, a *teoria da estruturação* de Giddens admitiu que se colocassem parênteses fictícios em torno de cada um desses elementos, como um exercício artificial metodológico, que não anula sua premissa de que nenhum aspecto sistêmico (logo, nenhuma propriedade estrutural) poderia variar de forma independente da ‘agência’⁴³¹.

Colocando-se entre parênteses hipotéticos, portanto, a ideia de ‘agência’, identifica-se que, para a *teoria da estruturação*, ela traduz a qualidade de executar ‘ação’ – que consiste no “fluxo contínuo de intervenções no mundo, que sejam iniciadas por agentes autônomos”⁴³².

⁴²⁸ GIDDENS. *The Constitution of Society*, op. cit.

⁴²⁹ ARCHER. *Realist Social Theory*, p.60.

⁴³⁰ *Ibidem*, tradução livre: “(i) a denial of their separability, because (ii) every aspect of 'structure' is held to be activity-dependent in the present tense and equally open to transformation, and (iii) the conviction that any causal efficacy of structure is dependent upon its evocation by agency” (original).

⁴³¹ ARCHER. *Social Integration and System Integration*, p.690.

⁴³² THOMPSON, John B. The Theory of Structuration. In: HELD, David; THOMPSON, John B. [Org.]. **Social Theory of Modern Societies: Anthony Giddens and his Critics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003,

Neste aspecto, pode-se identificar diferencial característico à *teoria da estruturação*, na medida em que concebe as ‘ações’ como inseridas em lógica de ‘monitoramento reflexivo’, segundo a qual “nem toda ação é ‘premeditada’, no sentido de ser guiada por clara intenção que o agente tenha em mente; mas muitas ações são ‘propositadas’, visto que monitoradas pelos agentes que, continuamente, avaliam o que fazem, como outros reagem e em que circunstância fazem”⁴³³. A proposição claramente posiciona os indivíduos enquanto agentes conscientes de seus atos, ainda que se estratifique a ‘ação’ em um ciclo no qual condições desconhecidas permeiam o contexto em que é praticada e, como consequência, efeitos não antecipados passam a poder advir dela⁴³⁴. Esses efeitos não antecipados, por sua vez, na relação cíclica, constituem as condições desconhecidas que permeiam o contexto em que a próxima ação será praticada. A margem de incerteza inerente à prática de ‘ações’, portanto, endossa a necessidade do monitoramento reflexivo que se propõe.

A referida relação cíclica, a seu turno, permite visualizar a ideia que a mesma *teoria da estruturação* utilizará para conceituar ‘estrutura’, visto que as condições desconhecidas ao entorno da ‘ação’ e seus efeitos não antecipados podem constituir-se em ciclos de produção e reprodução de ‘estruturas’⁴³⁵. E, neste ponto, ressalta-se um elemento central à teoria em análise, que consiste na relação estreita entre produção e reprodução, no sentido de que “as estruturas que tornam uma ação possível são, na performance desta ação, reproduzidas”⁴³⁶.

Para melhor se compreender a sistemática, passa-se a colocar entre parênteses hipotéticos, também, a ideia de ‘estrutura’, diferenciando-se da simples interação entre os agentes, em um contexto social. Com essa diferenciação, pretende-se evidenciar a forma como a ‘estrutura’ se distancia da comum ideia de uma padronização de relações (interação entre os agentes) ou fenômenos sociais, de acordo com as premissas da *teoria da estruturação*. Aos conjuntos de interações padronizadas e regulares, se dá o nome de ‘sistemas sociais’⁴³⁷, e estes não se apresentam como sinônimos de ‘estruturas’, mas as manifestam como propriedade, atributo. A ‘estrutura’ é, por sua vez, compreendida como uma ordem virtual de propriedades

p.58, tradução livre: “[...] continuous flow of interventions in the world which are initiated by autonomous agents” (original).

⁴³³ THOMPSON. *The Theory of Structuration*, p.58, tradução livre: “Not all action is ‘purposeful’, in the sense of being guided by clear purposes which the agent has in mind; but much action is ‘purposive’, in the sense that it is monitored by actors who continually survey what they are doing, how others react to what they are doing, and the circumstances in which they are doing it” (original).

⁴³⁴ *Ibid.*, p.59.

⁴³⁵ *Ibidem*.

⁴³⁶ *Ibid.*, p.58, tradução livre: “the structures that render an action possible are, in the performance of that action, reproduced” (original).

⁴³⁷ *Ibid.*, p.61.

“que tornam possível a existência de práticas sociais que se identifiquem como semelhantes em vários intervalos de tempo e espaço e que lhes emprestam forma sistêmica”⁴³⁸. Em termos mais simplificados, John Thompson explica que as ‘estruturas’ consistem em “‘regras e recursos’ que sejam implementados na interação, que deste modo estruturam a interação, e que sejam, neste mesmo processo, reproduzidas”⁴³⁹. Como consequência, a ‘estrutura’ não compreende o conjunto de ações ou interações em si, mas o atributo de geração e reprodução de regras e recursos imanente a essas interações.

Essas regras e recursos (‘estrutura’) gerados e reproduzidos nas interações entre agentes, por sua vez, podem assumir três diferentes modalidades: interpretativas, facilitadoras ou normativas, conforme respectivamente proporcionem significado a ‘ações’ de comunicação, dominação às ‘ações’ de poder, ou legitimação às ‘ações’ de sanção⁴⁴⁰. E, neste ponto, ressalta-se que, novamente, a diferenciação de modalidades é aqui tomada entre parênteses hipotéticos, visto que não se manifestam de maneira nitidamente separada, na prática. Pelo contrário, “essas diferentes modalidades são tecidas juntas nas práticas sociais, de modo que mesmo a ação ou interação mais mundana expressa aspectos sobrepostos do todo estrutural”⁴⁴¹.

Conforme esta interpretação, ainda, concebem-se as ‘instituições’ não como algo estável e concreto, mas como constantes processos fluidos de transformação⁴⁴², que refletem a simbiose entre práticas sociais dos agentes e a geração e reprodução de regras e recursos a elas imanentes – instantânea manifestação de suas propriedades estruturais. Nesse sentido, com o intuito de exemplificação, John Thompson aponta que tanto instituições políticas, quanto econômicas, têm a modalidade facilitadora (que proporciona dominação às ações de poder) como central à sua constituição, exibindo, também, em segundo e terceiro planos, as modalidades interpretativa e normativa⁴⁴³. Por sua vez, instituições jurídicas deslocam ao papel central a modalidade normativa (conferindo legitimação às ações de sanção), e ao segundo plano, a facilitadora⁴⁴⁴.

Toda esta caracterização tem também o propósito de demonstrar como, à luz da *teoria da estruturação*, as ‘estruturas’ não existem no espaço e no tempo de forma autônoma,

⁴³⁸ GIDDENS. *The Constitution of Society*, p.17, tradução livre: “the properties which make it possible for discernibly similar social practices to exist across varying spans of time and space and which lend them 'systemic' form” (original).

⁴³⁹ THOMPSON. *The Theory of Structuration*, p.60.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p.60-61.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p.61, tradução livre: “These different modalities are woven together in social practices, so that even the most mundane action or interaction expresses overlapping aspects of the structural whole” (original).

⁴⁴² ARCHER. *Social Integration and System Integration*, p.689.

⁴⁴³ THOMPSON, *op. cit.*, p.61.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

mas constituem uma ordem virtual de propriedades que garantem o elo entre diferentes espaços e tempos, nos ‘sistemas sociais’. Por isso, Giddens faz referência a elas como sendo uma “interseção entre presença e ausência”⁴⁴⁵. Na própria ideia de espaço-tempo, se encontra, inclusive, um dos mais sensíveis alicerces teóricos da *teoria da estruturação*, o qual se alinha à premissa heideggeriana de que o tempo e o espaço não devem ser tratados como meras molduras que circundem ou ornamentem a vida social, mas como modos de presença que constituam a ontologia do ser⁴⁴⁶. Conforme a *teoria da estruturação*, o espaço-tempo assume importância ontológica e pode se ‘esticar’ de forma que as propriedades da ‘estrutura’ garantam o elo de interação entre sujeitos ‘presentes’ ou ‘ausentes’ no espaço ou no tempo específicos⁴⁴⁷. A teoria corrobora a ideia de dissolução de fronteiras espaço-temporais para a comunicação e interação social⁴⁴⁸ dos indivíduos, unificando-os na inseparabilidade de ‘agência’ e ‘estrutura’. Toda esta configuração do espaço-tempo encontra explicação na interpretação (destoante do entendimento sociológico majoritário⁴⁴⁹) que a *teoria da estruturação* atribui às noções de ‘integração social’ e de ‘integração de sistema’: a primeira, designando interações rotinizadas entre pessoas presentes no mesmo espaço e tempo, e a segunda (viabilizada pelas evoluções nos meios de comunicação ocorridas a partir do século XIX), permitindo interações sociais com outros sujeitos que não se encontrem presentes no mesmo espaço ou tempo.

Em contrapartida, não há margem para se considerar qualquer tipo de correlação de pré-existência ou causalidade entre ‘agência’ e ‘estrutura’⁴⁵⁰, na medida em que quaisquer destas ideias implicariam alguma separação (e não unificação) entre seus processos. A *teoria da estruturação*, de forma nenhuma, como já se adiantou, pretende identificar sequenciamento temporal sucessivo entre ‘agência’ e a manifestação das propriedades estruturais de ‘sistemas sociais’, mas, pelo contrário, prega sua simbiose e inseparabilidade, no sentido de que a forma

⁴⁴⁵ GIDDENS. *The Constitution of Society*, p.16, tradução livre: “an intersection of presence and absence” (original).

⁴⁴⁶ GREGORY, Derek. Presences and Absences: Time-space Relations and Structuration Theory. In: HELD, David; THOMPSON, John B. [Org.]. **Social Theory of Modern Societies**: Anthony Giddens and his Critics. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p.191.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p.189.

⁴⁴⁸ Cf. DIJK. *The Network Society*, p.157: “Traditional society is based on direct interaction between people living close to each other. Modern societies stretch further and further across time and space. Barriers of time are broken by the spread of customs or traditions. Information is stored to be used later or to be passed on to future generations. Barriers of space are broken by the increasing reach of communication and transportation. With the introduction of global networks reaching into every home, the process of time-space distantiation seems to be approaching its limit, at least in developed societies. Many take it for granted that we have a ‘global village’. Distance and time seem to lose any relevance”.

⁴⁴⁹ Sobre a ‘integração social’ e a ‘integração de sistema’, cf. item 3.3.2, *infra*.

⁴⁵⁰ ARCHER. *Social Integration and System Integration*, p.688.

sistêmica se identifica na consolidação de ‘ações’ (práticas sociais) pelos agentes, que concomitantemente implementam e reproduzem regras e recursos (propriedades estruturais)⁴⁵¹.

À possibilidade de se conceituarem ‘agência’ e ‘estrutura’ exclusivamente de forma que esteja uma em função da outra, a *teoria da estruturação* denomina ‘dualidade da estrutura’, e neste ponto se distancia irreversivelmente das abordagens individualistas e coletivistas, marcadas pelo reducionismo⁴⁵²: ‘agência’ deixa de ser tida como produto acidental e secundário da ‘estrutura’, assim como a recíproca também se faz verdadeira. Como consequência, a ontologia desta corrente se constrói a partir da premissa de que a realidade social se constitui fundamentalmente de práticas sociais presentes, ou seja, contemporâneas, de forma que “nem ‘estrutura’, nem ‘agência’, tenham propriedades independentes, autônomas ou anteriores, mas apenas aquelas que se manifestem, se reproduzam ou se transformem, via ‘práticas sociais’”⁴⁵³ atuais. John Thompson atribui essencial diferenciação entre esta teoria, de um lado, e o individualismo e o coletivismo, de outro, considerando que estes últimos seriam estáticos quanto à sua perspectiva de análise, em contraste com o olhar dinâmico proposto pela *teoria da estruturação*. Além do mais, explica que a respectiva teoria refuta relações de causalidade e pré-existência entre ‘agência’ e ‘estrutura’ porque seu enfoque “não é como a estrutura determina a ação ou como a combinação de ações compõem a estrutura, mas sim como a ação é *estruturada* em contextos cotidianos e como as propriedades estruturadas da ação são, pela própria performance de uma ação, deste modo *reproduzidas*”⁴⁵⁴.

Margaret Archer, por outro lado, apresenta crítica contundente à teoria e à sua essência *elisionista*, pois nela vislumbra irremediável paradoxo. Ao mesmo tempo em que se trata de teorização que busca se opor aos reducionismos e à conflagração propostas pelo individualismo e pelo coletivismo⁴⁵⁵, ela própria também culmina por estabelecer conflagração – não polarizada, em priorização ora da ‘agência’, ora da ‘estrutura’, mas centralizada. Equivale-

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² ARCHER. *Realist Social Theory*, p.61.

⁴⁵³ ARCHER. *Social Integration and System Integration*, p.688, tradução livre: “neither ‘structure’ nor ‘agency’ have independent or autonomous or anterior features, but only those properties which are manifested in and reproduced or transformed through ‘social practices’” (original).

⁴⁵⁴ THOMPSON. *The Theory of Structuration*, p.56, tradução livre: “What must be grasped is not how structure determines action or how a combination of actions make up structure, but rather how action is *structured* in everyday contexts and how the structured features of action are, by the very performance of an action, thereby *reproduced*” (original).

⁴⁵⁵ “We should guard against two forms of reductionism [...]. One is a reductive conception of institutions which, in seeking to show the foundation of institutions in the unconscious, fails to leave sufficient play for the operation of autonomous social forces. The second is a reductive theory of consciousness which, wanting to show how much of social life is governed by dark currents outside the scope of actors' awareness, cannot adequately grasp the level of control which agents are characteristically able to sustain reflexively over their conduct” (GIDDENS. *The Constitution of Society*, p.5).

se a dizer, assim, que a “conflação central da teoria da estruturação priva ambos os elementos de sua relativa autonomia, não pela via da redução de um ao outro, mas pela compactação dos dois juntos, inseparavelmente”⁴⁵⁶.

A conformação proposta entre ‘agência’ e ‘estrutura’ pela *teoria da estruturação* é, de fato, alvo de inúmeras críticas doutrinárias que fazem oposição às explicações *elisionistas* dos fenômenos sociais. Um dos mais sensíveis e polêmicos de seus postulados, certamente, consiste na própria conceituação que se dá à ‘estrutura’, visto que se distancia muito da noção que tradicionalmente propõe a sociologia para o termo⁴⁵⁷. A própria literatura de John Thompson demonstra forte ressalva à caracterização que a *teoria da estruturação* atribui ao referido termo, considerando-a muito ampla e abstrata, em desconsideração às especificidades das estruturas sociais⁴⁵⁸. Nesse sentido, insurge-se, a princípio, contra a utilização da expressão ‘regras e recursos’ para a caracterização da ‘estrutura’, sob o argumento de que o vocábulo ‘regra’ é, por si só, excessivamente polissêmico, podendo significar “regras morais, regras de trânsito, regras burocráticas, regras de gramática, regras de etiqueta, regras de futebol”⁴⁵⁹. E, conforme se pontua, a própria explicação fornecida pela *teoria da estruturação* não se mostra suficientemente clara para desvendar a espécie de ‘regra’ a que se faz referência, visto que ora se apontam regras de semântica (quanto à modalidade interpretativa, que confere significado a ‘ações’ de comunicação), ora regras jurídicas (quanto à modalidade normativa, que proporciona legitimação às ‘ações’ de sanção), ou ainda regras hierárquicas ou de comando (quanto à modalidade facilitadora, que assegura dominação às ‘ações’ de poder). Nas palavras de Thompson, “por um lado, Giddens quer tomar as regras como procedimentos generalizáveis em todo tipo de prática social”⁴⁶⁰, ao passo que, “Giddens está também ciente de que algumas

⁴⁵⁶ ARCHER, *op. cit.*, p.688, tradução livre: “the Central conflation of structuration theory deprives *both* elements of their relative autonomy, not through *reducing* one to the other, but by *compacting* the two together inseparably” (original).

⁴⁵⁷ Cf. item 3.3, *supra*.

⁴⁵⁸ THOMPSON. *The Theory of Structuration*, p.62-63.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p.63, tradução livre: “moral rules, traffic rules, bureaucratic rules, rules of grammar, rules of etiquette, rules of football” (original). Assim, inclusive, prossegue Thompson, em sua crítica: “they still do not give us a clear idea of exactly what, on Giddens's account, are the rules which comprise social structure. In *New Rules of Sociological Method* Giddens suggests, as I indicated earlier, that structures of signification can be analyzed as 'semantic rules' and structures of legitimation can be analyzed as 'moral rules'. Elsewhere he modifies this account, placing less emphasis on two kinds of rules and stressing instead that all rules have two 'aspects': they relate both to the constitution of meaning and to the sanctioning of conduct. But what, we may justly ask, would be an example of such a rule?” (*Ibidem*).

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p.64, tradução livre: “on the one hand, Giddens wants to regard rules as generalizable procedures implemented in every kind of social practice” (original).

regras, ou alguns tipos ou aspectos de regras, são muito mais importantes que outros para a análise, por exemplo, da estrutura social de sociedades capitalistas”⁴⁶¹.

Ultrapassando-se ainda a crítica semântica que se formula, John Thompson também questiona a pertinência de se conceituarem ‘estruturas sociais’ como sendo equivalentes a ‘regras e recursos’, por mais reciprocamente relevantes que sejam. O autor, neste ponto, fundamenta sua crítica naquilo que denomina ‘diferenciação estrutural’, que consiste no fato de que estruturas sociais não podem ser compreendidas exclusivamente a partir das regras que a elas se aplicam, sendo indispensável também que se considerem demais aspectos. Para ilustrar seu ponto, John Thompson convida à análise do caso de instituições de ensino (como escolas ou universidades), nas quais se diagnostique que certos indivíduos ou grupos de indivíduos tenham menores oportunidades de ingresso e participação⁴⁶² – cenário que, muitíssimo provavelmente, não se poderá explicar apenas pelas regras semânticas, jurídicas ou hierárquicas aplicáveis, que se produzam ou reproduzam. Tampouco poderia ser este cenário reduzido aos meros efeitos não antecipáveis de ‘ações’. Na realidade, “o que está em questão é o fato de que restrições de oportunidades se operam *diferentemente*, afetando desigualmente vários grupos de indivíduos, cuja categorização dependa de certas suposições sobre a estrutura social”⁴⁶³ – e referidas diferenças não podem ser apreendidas pela exclusiva análise de regras aplicáveis.

Além disso, aponta Thompson também o fato de que identidades entre ‘estruturas’ não podem ser suficientemente explicadas pelas regras produzidas e reproduzidas por intermédio das ‘ações’ de seus agentes, devendo-se considerar adicionalmente propriedades que extrapolem esse cenário, como por exemplo o conjunto de elementos e relações que limitem os tipos de regras que possam ser produzidas e reproduzidas, e, “com isso, delimitem o escopo de variação institucional”⁴⁶⁴.

Também propondo análise crítica à *teoria da estruturação* de Giddens, Derek Gregory⁴⁶⁵ alerta como sua concepção de rotinização do tempo-espço – por intermédio da reprodução de regras e recursos pela via de ‘ações’ que são igualmente estruturadas por essas mesmas regras e recursos que se reproduziram – pode gerar a incompleta interpretação de que

⁴⁶¹ *Ibid.*, p.64-65, tradução livre: “Giddens is well aware that some rules, or some kinds or aspects of rules, are much more important than others for the analysis of, for example, the social structure of capitalist societies” (original).

⁴⁶² THOMPSON. *The Theory of Structuration*, p.65.

⁴⁶³ *Ibidem*, tradução livre: “what is at issue is the fact that the restrictions on opportunities operate differentially, affecting unevenly various groups of individuals whose categorization depends on certain assumptions about social structure” (original).

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p.66.

⁴⁶⁵ GREGORY. *Presences and Absences*, p.213.

a ‘estrutura’ exerceria um poder de congelamento das realidades sociais, fazendo-lhes perenes e dificultando-lhes a transformação. Naturalmente, a teoria de Giddens não ignora o poder transformativo da ‘agência’ dos indivíduos, mas deixa de lhe atribuir central relevância e opta por priorizar a observação das ‘instituições’ como frutos das rotinizações no espaço-tempo.

Como consequência dessa minimização da importância que se atribui ao poder da ação dos indivíduos, Derek Gregory identifica⁴⁶⁶ que fica também subestimado o valor da intencionalidade estratégica e da consciência discursiva dos indivíduos agentes. A rotinização do espaço-tempo, a partir da reprodução de regras, alicerça-se muito mais no comportamento mecânico ou, quando muito, em decisões tácitas dos indivíduos agentes (‘consciência prática’), do que em seus processos deliberativos discursivos, expressos – ou nos próprios riscos de erros e de interferências cognitivas nesses processos deliberativos. Portanto, ainda que não anule a relevância de tomadas de decisões discursivas em fenômenos sociais, indevidamente encobre seu potencial transformativo e determinante. Logo, como se vê, culmina por desvalorizar o fato de que conformações pré-existent do meio e circunstâncias possam provocar interferências (inclusive cognitivas) nas ações e tomadas de decisões dos agentes, ou, ainda, que diversos efeitos prospectivos possam advir dessas ações e decisões na configuração sistêmica das estruturas sociais.

3.3.2. Emergentismo, Realismo Social Ontológico e Dualismo Analítico

Contrastando-se com a abordagem da *teoria da estruturação*, o *realismo social ontológico* preocupa-se em propor interpretação aos fenômenos sociais e coletivos que possa exaltar o potencial transformativo (e não meramente reprodutivo) das ‘ações’ dos indivíduos e, conseqüentemente, também dos conflitos sociais⁴⁶⁷, conservando-se em oposição às tradicionais abordagens filosófico-sociológicas reducionistas do fenômeno social.

O alicerce fundamental do *realismo* postula que “é a natureza dos objetos que determina sua possibilidade cognitiva”⁴⁶⁸. Transportando-se a máxima ao estudo metodológico e ontológico dos fenômenos sociais, tem-se que “formas sociais são uma condição necessária para qualquer ato intencional, [...] sua *preexistência* estabelece sua *autonomia* como possíveis

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p.198.

⁴⁶⁷ ARCHER. *Social Integration and System Integration*, p.679.

⁴⁶⁸ BHASKAR, Roy. **The Possibility of Naturalism: A Philosophical Critique of the Contemporary Human Sciences**. 3.ed. London: Routledge, 2005, p.27, tradução livre: “it is the nature of objects that determines their cognitive possibilities” (original).

objetos de investigação científica e [...] seu *poder causal* estabelece sua realidade”⁴⁶⁹. Em termos mais simplificados, o *realismo social ontológico* compreende que contextos sociais preexistem às ações intencionais dos agentes (individuais ou coletivos) e, por isso, no debate ontológico, devem ter reconhecida sua existência autônoma em relação a essas ações. Da mesma forma, exercem forte influência sobre essas ações e sobre o potencial de sua própria transformação (*poder causal*). Roy Bhaskar pontua, ainda, que este poder causal das formas sociais, por sua vez, se manifesta por intermédio da ‘agência’ humana, a qual, por si só, também tem seu próprio poder causal⁴⁷⁰.

A esse enfoque do *realismo social ontológico*, segundo o qual emergem, das formas sociais e das ações humanas, propriedades autônomas (poderes causais), dá-se o nome de *emergentismo*. A primeira e principal diferença que registra o distanciamento entre a *teoria da estruturação* e o enfoque *emergentista* consiste no entendimento do último sobre a separabilidade de ‘agência’ e ‘estrutura’. Como esclarece Roy Bhaskar, pessoas e sociedade “não constituem dois momentos do mesmo processo. Em vez disso, referem-se a dois tipos radicalmente diferentes de coisas”⁴⁷¹. Por outro lado, não se pode reduzir um ao outro, como pretendem o *individualismo* e o *coletivismo*: “quando se considera a gama de predicados aplicáveis aos indivíduos e ao comportamento individual [...] o problema real parece não ser tanto como se poderia dar uma explicação individualista do comportamento social, mas como se poderia dar uma explicação não-social”⁴⁷² ao comportamento dos indivíduos. Sob a perspectiva de Bhaskar, a busca por explicações muito refinadas e atomizadas aos fenômenos sociais enfraquece mais do que fortalece a qualidade da argumentação, na medida em que a preocupação fundamental da sociologia envolve as relações entre indivíduos e o que delas decorrer⁴⁷³.

Ao contrário do que propõe a teoria de Anthony Giddens, a corrente *emergentista* separa categoricamente as ações de indivíduos e as estruturas sociais, identificando-lhes diferentes propriedades que delas emergem. A *emergência* parte da noção de que “o todo pode ter propriedades (ou poderes) que não sejam possuídas por suas partes – ou, em termos mais

⁴⁶⁹ *Ibidem*, tradução livre e destaques no original: “social forms are a necessary condition for any intentional act, [...] their *pre-existence* establishes their *autonomy* as possible objects of scientific investigation and [...] their causal power establishes their reality” (original).

⁴⁷⁰ BHASKAR. *The Possibility of Naturalism*, p.28.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p.36, tradução livre: “They do not constitute two moments of the same process. Rather they refer to radically different kinds of thing” (original).

⁴⁷² *Ibid.*, p.30, tradução livre: “when one considers the range of predicates applicable to individuals and individual behavior [...] the real problem appears to be not so much that of how one could give an individualistic explanation of social behavior, but that of how one could ever give a non-social [...] explanation” (original).

⁴⁷³ *Ibidem*.

rigorosos, propriedades que não seriam possuídas por suas partes se estas não estivessem organizadas em um grupo, com a forma deste tipo particular de todo”⁴⁷⁴. Em sua leitura dos fenômenos sociais, as “estruturas sociais, apesar de produtos de indivíduos humanos, têm poderes causais de si próprias, que não podem ser reduzidos aos poderes desses indivíduos”⁴⁷⁵. Dave Elder-Vass, de forma marcadamente didática, ilustra metaforicamente o ponto, a partir da análise da água, como substância: suas moléculas são compostas por átomos de hidrogênio e de oxigênio, os quais, isoladamente, possuem suas propriedades atômicas, mas não aquelas que exibem quando organizados em moléculas que se encontrem em estado de agregação líquido (ou sólido, ou ainda gasoso – como se preferir analisar)⁴⁷⁶. Conforme o *emergentismo*, assim, os “poderes e propriedades característicos [do todo] dependem *tanto* da presença de suas partes caracterizantes, *quanto* de estarem estas partes organizadas em sua estrutura institucional característica”⁴⁷⁷.

Este primeiro esclarecimento já permite antever que os conceitos de ‘agência’ e ‘estrutura’, no *emergentismo*, assumem contornos diferentes daqueles estabelecidos pela *teoria da estruturação*, e passam a corresponder, respectivamente, à ‘integração social’ e à ‘integração de sistema’ delineadas por David Lockwood⁴⁷⁸. E, por sua vez, a adequada compreensão destas últimas, que conferem notoriedade à sociologia de Lockwood, condiciona-se ao olhar sobre os sistemas sociais, a partir da diferenciação entre suas partes⁴⁷⁹ e seus agentes. Nas palavras de Lockwood, “enquanto o problema da integração social foca sua atenção nas relações ordenadas ou conflitantes entre os *agentes*, o problema da integração de sistema foca nas relações ordenadas ou conflituosas entre as *partes* do sistema social”⁴⁸⁰. Constata-se, portanto, que a ‘integração social’, assim como a ‘integração de sistema’, se preocupam com as relações sociais

⁴⁷⁴ ELDER-VASS, Dave. For Emergence: Refining Archer’s account of Social Structure. In: **Journal for the Theory of Social Behaviour**, v.37, n.1, 2007, p.28, tradução livre: “Emergence is the idea that a whole can have properties (or powers) that are not possessed by its parts – or, to put it more rigorously, properties that would not be possessed by its parts if they were not organized as a group into the form of this particular kind of whole” (original).

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p.27, tradução livre: “social structures, although the product of human individuals, have causal powers of their own, which cannot be reduced to the powers of those individuals” (original).

⁴⁷⁶ ELDER-VASS. *For Emergence*, p.28-29.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p.29, tradução livre: “its characteristic properties or powers depend both on the presence of its characteristic parts and on their being organized into the characteristic structure of the higher-level entity” (original).

⁴⁷⁸ LOCKWOOD, David. Social Integration and System Integration. In: ZOLLSCHAN, George K.; HIRSCH, Walter [Org.]. **Explorations in Social Change**. Boston: Houghton Mifflin, 1964, p.244-257.

⁴⁷⁹ A utilização que aqui se faz da palavra “parte” não apresenta nenhuma correspondência à acepção jurídico-processual do mesmo termo – que será, para fins de distinção, referenciada neste trabalho como “parte processual”.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p.245, tradução livre e destaques no original: “whereas the problem of social integration focuses attention upon the orderly or conflictual relationships between the *actors*, the problem of system integration focuses on the orderly or conflictual relationship between the *parts* of a social system” (original).

cooperativas (ordenadas) e com as conflituosas, alternando-se quanto ao enfoque microscópico da análise, para a ‘integração social’, e ao seu enfoque macroscópico ou sistêmico, para a ‘integração de sistema’.

No que concerne à ‘integração de sistema’, ou seja, à análise das relações entre as ‘partes’ do todo social, Lockwood não restringe sua teorização à compreensão de que referidas ‘partes’ deveriam supostamente assumir natureza institucional (limitando-se, por exemplo, às instituições econômicas, políticas, jurídicas, familiares ou religiosas⁴⁸¹). Mas lhes confere contornos mais fluidos, que se amoldam à perspectiva de análise⁴⁸², de forma que o todo social pode exibir (i) partes normativas e partes não-normativas, (ii) partes do núcleo institucional e partes do substrato material, ou (iii) partes do estado de coisas jurídico e partes da situação fática. Porém, como postula Nicos Mouzelis, revela-se pouco palpável a afirmação de que o todo social poderia exibir simultaneamente partes normativas e não-normativas, materiais e institucionais. Conforme sua interpretação, partindo-se da “premissa de que todas as partes do sistema implicam regulação normativa, [...] partes do sistema sempre se referem a complexos institucionalizados de normas/papeis”⁴⁸³, os quais, por sua vez, podem apresentar diferentes graus de rigidez ou maleabilidade, conforme sua suscetibilidade a mudanças.

Desse ponto, identifica-se que incompatibilidades (relações conflituosas) entre as partes do todo social assumem importância central no desencadeamento de transformações sociais⁴⁸⁴. É a partir desta ideia que se exalta o potencial transformativo de conflitos. Porém, não bastam essas incompatibilidades para que, automaticamente, sejam desencadeadas transformações sociais, uma vez que, conforme a interpretação que ora se faz, as ‘instituições’ não são tomadas de forma antropomórfica⁴⁸⁵, ‘coisificada’, mas como partes relacionais de um todo social e que impliquem regulação normativa. Assim, as transformações sociais encontram-se também condicionadas à “forma como os agentes lidam com as contradições: quão conscientes eles estão das incompatibilidades entre as instituições, o que eles fazem para manter ou mudar o status quo contraditório, etc.”⁴⁸⁶. As transformações sociais, portanto, passam a ser analisadas tanto sob perspectiva mais ampla, considerando-se as relações institucionais para

⁴⁸¹ MOUZELIS, Nicos. Social and System Integration: Lockwood, Habermas, Giddens. In: **Sociology**, v.31, n.1, fev.1997, p.112.

⁴⁸² MOUZELIS. *Social and System Integration*, p.112.

⁴⁸³ *Ibidem*, tradução livre: “premise that all system parts entail normative regulation, [...] system parts always refer to institutionalized complexes of norms/roles” (original).

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p.113.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, tradução livre: “how actors handle contradictions: how conscious they are of incompatibilities between institutions, what they do in order to maintain or change the contradictory status quo, etc.” (original).

modificação na conformação das partes do todo social ('integração de sistema'), quanto sob perspectiva atomizada, considerando-se as relações entre os agentes individuais ou coletivos participantes desse todo ('integração social'). A fim de se ilustrar esse último caso, "poderia ser argumentado, por exemplo, que certas instituições são menos maleáveis, difíceis de serem modificadas, porque poderosos grupos de interesse as sustentam de forma mais ou menos intencional"⁴⁸⁷. Ainda, sob a perspectiva de Lockwood, a possibilidade de análise do conflito sob olhar, ora macroscópico (à luz da 'integração de sistema'), ora microscópico (conforme a 'integração social'), se aplica a quaisquer esferas institucionais: "um empreendimento econômico, uma burocracia pública, uma organização religiosa"⁴⁸⁸.

Sob o marco teórico das concepções de Lockwood a respeito da 'integração social' e da 'integração de sistema', Margaret Archer propõe interpretação dos fenômenos sociais a partir da identificação dos poderes causais (propriedades) que emergem da 'estrutura' e da 'agência' e que "em última análise, habilitam as pessoas a refletir sobre seu contexto social, e a agir reflexivamente em relação a ele, seja individualmente ou coletivamente"⁴⁸⁹. Consolida-se, portanto, a ideia do *realismo social ontológico* de que há uma relação de causalidade entre 'agência' (por Archer, identificada como sendo correspondente à 'integração social') e 'estrutura' (equivalente à 'integração de sistema'). Tal causalidade firma o potencial de transformação das ações e tomadas de decisão individuais e coletivas dos agentes envolvidos, e converte os indivíduos em agentes que, simultaneamente, modificam o contexto social e passam por modificações provocadas por ele. Graças a esta ressignificação do papel do indivíduo como agente efetivo na modulação das 'estruturas' sociais, reconhece-se sua habilidade de "criativamente reformular seu ambiente social, suas configurações institucionais

⁴⁸⁷ *Ibidem*, tradução livre: "It could be argued, for instance, that certain institutions are less malleable, harder to change, because powerful interest groups support them in a more or less purposive manner" (original).

⁴⁸⁸ MOUZELIS. *Social and System Integration*, p.115, tradução livre: "an economic enterprise, a public bureaucracy, a religious organization, or a family group" (original). Quanto a este aspecto, por sua vez, distancia-se da filosofia social de Habermas, o qual retém apenas parcialmente as ideias de Lockwood, para considerar que ações coordenadas, sob o ponto de vista da 'integração social', se baseiam no consenso alcançado pela comunicação ou assegurado pelas normas; ao passo que, sob a perspectiva da 'integração de sistema', a coordenação de ações deriva de mídias de direção sistêmica de dinheiro e poder, que se operam por trás dos agentes (*Ibidem*). A partir desta noção, se considera que a evolução social fez com que se diferenciasssem fortemente as esferas institucionais econômico-políticas, daquelas que fossem culturais, familiares e religiosas. Assim, para Habermas, mostraram-se as formas de coordenação de ações correspondentes à 'integração de sistema' adequadas apenas às interações entre instituições econômico-políticas (que Habermas denomina *System*), ao passo que o consenso pela comunicação ou aplicação de normas restou apropriado às interações entre demais tipos de instituições (correspondentes à sua categoria de *lifeworld*): "From this perspective, modernity's pathology consists of the lifeworld being colonized by steering media that are 'appropriate' only to the economic and political spheres. As traditional normative regulations recede, communicative co-ordination is replaced by steering-media co-ordination, resulting in a dehumanization of the lifeworld" (*Ibidem*).

⁴⁸⁹ ARCHER. *Being Human*, p.308, tradução livre: "which ultimately enable people to reflect upon their social context, and to act reflexively towards it, either individually or collectively" (original).

ou idealizadas, ou ambas”⁴⁹⁰. À essa abordagem do *realismo social ontológico* – que propõe a análise das interações entre os diferentes tipos de poderes causais da ‘agência’, a fim de se mensurar como os indivíduos simultaneamente moldam a sociedade e são moldados por ela –, Margaret Archer dá o nome de *morfogênese*.

Visualiza Archer que a ‘estrutura’ (arranjo e conformação do meio) antecede o agir do indivíduo (‘agência’), e esse agir, apesar de se adaptar à ‘estrutura’, também é autodeterminante e livre o suficiente para promover alterações nessa mesma ‘estrutura’⁴⁹¹. Assim, explica os fatos sociais conforme uma lógica em escala temporal e cíclica na qual “estrutura e agência emergem, entrelaçam-se e redefinem uma à outra”⁴⁹². Não se trata, porém, de tentativa de se identificar qual teria sido o primeiro a se manifestar, para dar origem aos primitivos fenômenos sociais (como o dilema ‘do ovo e da galinha’⁴⁹³) – até mesmo porque tão distante regressão não seria possível, nem útil aos propósitos da pesquisa sociológica de Archer. Mas se trata, sim, de identificar o tipo de correlação que distingue e, ao mesmo tempo, entrelaça ‘agência’ e ‘estrutura’, a fim de proporcionar explicação aos fatos sociais.

Entretanto, não se pode confundir a relação de causalidade entre ‘agência’ e ‘estrutura’, proposta por Margaret Archer, com uma noção de simples ‘determinismo’ entre os dois elementos, uma vez que não é correto inferir que, de acordo com sua análise dos fenômenos sociais, a ‘estrutura’ preexistente determinaria a ‘agência’, que, por sua vez, determinaria uma ‘estrutura’ reformulada. A referida representação cíclica constitui mera explicação para fins metodológicos, quando, na realidade, compreende Archer que transformações sociais são co-construídas pelas propriedades causais autônomas dos agentes atuais (resguardando-lhes a autodeterminação), em conjunto com a cultura e ‘estrutura’ pré-existentes, podendo esta relação assumir diferentes conformações. Por isso, filiando-se à sociologia de David Lockwood, a *morfogênese* de Margaret Archer reconhece que as interações entre agentes (individuais ou coletivos) não se resumem à implementação e reprodução de regras e recursos (como se

⁴⁹⁰ *Ibidem*, tradução livre: “creatively redesigning their social environment, its institutional or ideational configurations, or both” (original).

⁴⁹¹ “Fundamentally the morphogenetic argument that structure and agency operate over different time periods is based on two simple propositions: that structure necessarily pre-dates the action(s) which transform it; and that structural elaboration necessarily post-dates those actions” (ARCHER. *Realist Social Theory*, p.76).

⁴⁹² *Ibidem*, tradução livre: “structure and agency themselves emerge, intertwine and redefine one another” (original). Quanto a este aspecto, cumpre distinguir a importância que diferentes ramos da sociologia atribuem à agência e à estrutura, nesse entrelace. Enquanto Margaret Archer atribui ênfase à agência, no sentido de que indivíduos têm capacidade de refletir deliberadamente sobre situações sociais e, assim, desenvolver projetos no sentido de alterá-las, Pierre Bourdieu enfatiza a possibilidade de indivíduos agirem sem correspondente reflexão, em razão do forte papel desempenhado pelo condicionamento social na determinação de comportamentos (cf. ELDER-VASS, Dave. Reconciling Archer and Bourdieu in an Emergentist Theory of Action. *In: Sociological Theory*, v.25, n.4, 2007, p.325-346).

⁴⁹³ *Ibid.*, p.75.

propunha na *teoria da estruturação*), mas constituem indispensável fator desencadeador de transformações sociais, que podem modificar a forma como se interrelacionam as partes do sistema social – eliminando-lhes incompatibilidades.

Quando se fala que as transformações sociais são co-construídas a partir de poderes causais de agentes ‘atuais’, assim como da cultura, pode-se também constatar que existe um fundamental elemento temporal, que não pode ser desconsiderado pela *morfogênese* de Margaret Archer. Não apenas não se prega a simultaneidade entre a atuação dos poderes causais de ‘agência’ e ‘estrutura’, como também se observa que “se analisando os *processos* pelos quais estrutura e agência modelam e remodelam uma à outra, ao longo do tempo, [...] podem-se explicar resultados sociais variáveis, em momentos diferentes”⁴⁹⁴. Unindo-se, assim, a separabilidade analítica entre ‘agência’ e ‘estrutura’, à sua distinção temporal, têm-se os dois elementos essenciais que caracterizam a metodologia científica que rege não apenas a *morfogênese* de Margaret Archer, como também todo o *realismo social ontológico* – o assim chamado *dualismo analítico*.

3.3.3. Outras Vertentes do Dualismo Analítico

Também recebe o mesmo nome (*dualismo analítico*) a interpretação que Wolfgang Schluchter⁴⁹⁵ faz da teoria de Max Weber (classicamente referenciado como individualista metodológico), em razão de lhe apontar traços que se assemelhem à proposta de Margaret Archer. Nas palavras de Schluchter, “uma teoria da dualidade da estrutura e da ação que esteja além de qualquer dualismo ontológico também é uma característica fundamental do programa de pesquisa weberiano”⁴⁹⁶, e por isso a semelhança. Ao mesmo tempo, porém, reconhece Schluchter existir distanciamento entre as duas teorias⁴⁹⁷, na medida em que Archer aplicaria como marco teórico a dicotomia entre ‘integração social’ e ‘integração de sistema’ de David Lockwood, ao passo que Weber seguiria a tradicional distinção entre ‘micro’ e ‘macro’ – posteriormente utilizada e explicada por James Coleman.

⁴⁹⁴ ARCHER. *Social Integration and System Integration*, p.693, tradução livre: “analyzing the *processes* by which structure and agency shape and re-shape one another over time [...] we can account for variable social outcomes at different times” (original).

⁴⁹⁵ SCHLUCHTER, Wolfgang. A Dualidade entre Ação e Estrutura: Esboços de um Programa de Pesquisa Weberiano. In: **Política & Sociedade**, v.15, n.34, Florianópolis, p.18-42, set-dez.2016 (nota de rodapé n.º 11).

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p.19.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

Por esse motivo, a fim de se compreender a leitura *dualista analítica* atribuída por Schluchter à teoria de Weber, é indispensável retomarem-se algumas considerações a respeito do individualismo metodológico, feitas por James Coleman. Conforme as palavras deste sociólogo, sua proposta individualista não assumiria contornos extremistas, na medida em que não consideraria que os fenômenos sociais se explicariam exclusivamente por ações e orientações individuais, mas também pelo resultado da integração dos indivíduos, que resulta na emergência de fenômenos no nível sistêmico⁴⁹⁸. Interpretação, portanto, que se amolda às versões atenuadas do individualismo metodológico aqui já expostas⁴⁹⁹. No entanto, a particularidade da teorização de Coleman consiste em seu modelo *macro-micro-macro* para a explicação de fenômenos sociais que envolvam alguma transformação sistêmica de um estado macro ‘A’ para um estado macro ‘B’, e na correlação que busca estabelecer com a sociologia de Max Weber.

Para demonstrar seu modelo *macro-micro-macro*, James Coleman⁵⁰⁰ invoca a proposição macrosocial formulada por Weber, no sentido de que a ética religiosa de sociedades protestantes após a Reforma (‘A’) postularia valores que teriam favorecido o desenvolvimento de formas de organização econômica capitalistas (‘B’). Ressalva que, para alcançar esta conclusão⁵⁰¹, apesar de sugerir estatisticamente uma relação causal entre o protestantismo e o capitalismo, Weber teria reconhecido a fragilidade de se tentar explicar o fenômeno social apenas a nível sistêmico e, por isso, teria buscado esclarecer a transição entre os dois fenômenos macrosociais principalmente a partir da conexão que teria se estabelecido entre eles em nível microsocial⁵⁰².

Interpretando esta formulação de Weber, James Coleman ainda assim identifica que não seria a simples agregação de fenômenos microsociais apta a explicar a transição ocorrida entre dois macrofenômenos. Portanto, Coleman vislumbra a explicação do fenômeno social em três componentes sequenciados, a saber: um componente *macro-para-micro*, um componente

⁴⁹⁸ COLEMAN. *Foundations of Social Theory*, p.5.

⁴⁹⁹ Cf. item 3.1, *supra*.

⁵⁰⁰ COLEMAN. *Foundations of Social Theory*, p.6.

⁵⁰¹ WEBER, Max. **The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism**. 1.ed. London: Routledge Classics, 2001.

⁵⁰² Cf. SCHLUCHTER. *A Dualidade entre Ação e Estrutura*, p.21. Em compilação às conclusões alcançadas por Weber, na esfera dos fenômenos microsociais, Coleman pondera: “Thus the proposition system begins and ends at macro levels, but in between it dips to the level of the individual [...]: 1. Protestant religious doctrine generates certain values in its adherents. 2. Individuals with certain values (referred to in proposition 1) adopt certain kinds of orientations to economic behavior. (The central orientations to economic behavior are characterized by Weber as antitraditionalism and duty to one’s calling.) 3. Certain orientations to economic behavior (referred to in proposition 2) on the part of individuals help bring about capitalist economic organization in a society” (COLEMAN, *op. cit.*, p.8).

de ação individual (*micro-micro*) e um componente *micro-para-macro*⁵⁰³. Conforme esta lógica, ainda, escolhe como lente, para a análise do componente de ação individual, a teoria da ação intencional racional voltada à maximização de resultados, de essência Bayesiana⁵⁰⁴ e adotada pela ciência econômica, distanciando-se de considerações da psicologia comportamental para a explicação das ações individuais. Neste ponto, James Coleman justifica sua escolha consciente, sob o pretexto de que, “quando as ações tratadas como intencionais são ações de indivíduos, [...] e a ação a ser explicada é o comportamento de um sistema social, [...] então a explicação do comportamento do sistema não é em termos de causas finais, mas em termos de causas eficientes”⁵⁰⁵. E acrescenta que sua escolha tenta garantir simplicidade ao método, a fim de torná-lo manejável⁵⁰⁶.

Ao analisar a teorização de James Coleman, contudo, Wolfgang Schluchter tece críticas contundentes, apontando que esta interpretação não captaria com precisão a explicação conferida por Weber ao fenômeno social, tendo-se em vista que Weber não teria tido a intenção de explicar a origem do capitalismo em si, a partir do protestantismo, mas sim analisar um lado da relação causal a partir da qual a ética protestante favoreceu a proliferação do ‘espírito’ do capitalismo, ou seja, a modulação de uma mentalidade entre os fiéis⁵⁰⁷. Como consequência, reconhecendo-se tratar de apenas um lado da respectiva relação causal, Weber não estaria admitindo a existência de nenhuma espécie de relação normativa abstrata a associar a religião (como aspecto cultural) e o capitalismo (como aspecto econômico).

No que concerne especificamente à sociologia de Weber, estas observações assumem relevante importância, pois o referido sociólogo atribui perspectiva dual aos fenômenos sociais⁵⁰⁸, consistentes em sua estrutura ou complexo institucional (referenciado por Schluchter como sendo sua ‘forma’⁵⁰⁹) e seu ‘espírito’ (construção coletiva de sentido, cultura), de tal maneira, que não se equivaleria dizer, de forma nenhuma, que o protestantismo possuiria relação causal com o capitalismo (‘forma’) ou que exibiria essa causalidade com o espírito do capitalismo (‘espírito’). Dito isto, conforme o ponto de vista individualista metodológico de

⁵⁰³ *Ibid.*, p.19.

⁵⁰⁴ Cf. item 2.2, *supra*.

⁵⁰⁵ COLEMAN. *Foundations of Social Theory*, p.16, tradução livre: “When the actions treated as purposive are actions of individuals, however, and the action to be explained is the behavior of a social system, [...] then the explanation of system behavior is not in terms of final causes but in terms of efficient causes” (original).

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p.19.

⁵⁰⁷ SCHLUCHTER. *A Dualidade entre Ação e Estrutura*, p.21-23.

⁵⁰⁸ Cf. WEBER, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. E, também, cf. WEBER, Max. Anticritical Last Word on the Spirit of Capitalism. Tradução e Introdução de Wallace M. Davis. In: **American Journal of Sociology**, v.83, n.5, p.1105-1131, mar.1978.

⁵⁰⁹ SCHLUCHTER, *op. cit.*, p.25.

Weber, tanto ‘forma’, quanto ‘espírito’ dos fenômenos sociais seriam explicados por ações individuais e não por leis em nível macro.

Exatamente a partir deste panorama, Wolfgang Schluchter diverge ao considerar que a explicação weberiana para os fenômenos sociais que envolvam transformação sistêmica de um estado ‘A’ para um estado ‘B’ se classificaria como *dualismo analítico* (ou, ainda, como *relativismo metodológico*), distanciando-se do individualismo metodológico, sem, contudo, equiparar-se ao holismo metodológico⁵¹⁰. Com base nesta lógica, o modelo de explicação weberiano se daria em três etapas, sendo a (i) primeira, de definição da situação em nível macro (identificando-se sua ‘forma’ e ‘espírito’); a (ii) segunda, de seleção, pelos agentes individuais, das ações a serem adotadas diante da respectiva situação identificada na primeira fase; e a (iii) terceira, consistente na transformação dos aspectos macroscópicos, a partir da modificação da construção coletiva de sentido (‘espírito’) e das estruturas institucionais (‘forma’)⁵¹¹. A diferença fundamental entre esta leitura da sociologia weberiana como sendo um relativismo metodológico, e o modelo macro-micro-macro de James Coleman, constitui-se na dualidade que se confere aos fenômenos macrosociais na primeira, alterando-se, portanto, a forma como as ações individuais incidiriam sobre eles. E, ainda com relação à proposta relativista, deve-se destacar que não reproduz a lógica determinista do holismo metodológico, pois não condiciona irremediavelmente a ação individual humana a nenhuma lei macroestrutural imposta pela ‘forma’ e pelo ‘espírito’, mas situa os indivíduos no papel de observadores e intérpretes destes fenômenos, aptos a transformá-los por suas ações.

Não se trata de interpretação que corresponda, contudo, às referências ao *realismo social ontológico* e ao *dualismo analítico* que se realizarão, doravante, neste trabalho – o qual, como já se adiantou e se explicará, constrói-se sobre o marco teórico da conjugação entre as distinções de ‘integração social’ e ‘integração de sistema’ de David Lockwood, e a abordagem morfogênica de Margaret Archer, em transdisciplinaridade com a teoria de heurísticas e vieses da psicologia comportamental de Daniel Kahneman e Amos Tversky.

3.4. OS LITÍGIOS COLETIVOS ENQUANTO FENÔMENOS SOCIAIS

Em atenção ao escopo da pesquisa, as incursões realizadas à ciência da Sociologia sobre as explicações e descrições que esta fornece aos fenômenos sociais, constituem alicerce

⁵¹⁰ *Ibid.*, p.26.

⁵¹¹ SCHLUCHTER. *A Dualidade entre Ação e Estrutura*, p.26.

teórico para seu subsequente afunilamento à análise do litígio coletivo. Este é entendido como o “conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais”⁵¹².

Pelo simples fato de ser identificado como ‘conflito de interesses que envolva grupo mais ou menos amplo de pessoas’, o litígio coletivo se permite revestir da essência de fenômeno social, ou seja, fenômeno com aptidão para afetar e modificar o equilíbrio interacional existente entre agentes e partes do sistema social⁵¹³. Como diagnosticou Lockwood⁵¹⁴, conflitos sociais como um todo possuem potencial transformativo, sendo que as características da integração social e da integração de sistema (que variam conforme a sociedade para a qual se direcionar o olhar analítico) podem amplificar ou restringir o alcance dessa aptidão dos litígios coletivos para transformar o sistema social – mas não se cogita que referida aptidão seja reduzida à sua inexistência. Da mesma forma, os arranjos que regem as interações peculiares a cada forma social preexistente podem tornar estas formas mais ou menos suscetíveis a modificações. Porém, novamente, não eliminam por completo a potencialidade transformativa dos litígios coletivos, em razão do poder causal que emerge dos atos lesivos que os deflagram. Sobre o respectivo poder causal, se discorrerá ainda neste capítulo ⁵¹⁵.

A partir desta identificação da natureza de fenômeno social do litígio coletivo, são atraídas para se aplicarem a ele as conclusões a que se alcançou como resultado dos debates ontológico e metodológico da Sociologia. Especialmente, a aplicação destas conclusões exige que se assegure, na delimitação teórica e no tratamento jurídico-processual, o reconhecimento do inerente potencial transformativo dos litígios coletivos sobre os sistemas sociais. E, para tanto, por mais que, conforme a conceituação destes litígios, não se atribua centralidade às ‘características estritamente pessoais’ das pessoas que integrem a coletividade, não se podem desconsiderar as interações que se estabeleçam entre elas – agentes do sistema social – ou entre as partes⁵¹⁶ porventura identificáveis desse sistema. Afinal, os arranjos que regem estas interações demarcam como serão tomadas as decisões estratégicas para a coletividade, no

⁵¹² VITORELLI, Edilson. Levando os Conceitos a Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e suas Diferenças. In: **Revista de Processo**, v.284/2018, p.333-369, out.2018.

⁵¹³ Cf. item 3.3.2, *supra*.

⁵¹⁴ LOCKWOOD. *Social Integration and System Integration*, *op. cit.*

⁵¹⁵ Cf. item 3.5, *infra*.

⁵¹⁶ Ressalta-se que ainda não se atribui ao vocábulo, aqui, sua conotação jurídico-processual, mas sociológica.

respectivo sistema social, e concomitantemente a maior ou menor suscetibilidade desse sistema a transformações a serem desencadeadas a partir do litígio⁵¹⁷.

Uma vez que a ciência do Direito se preocupa intrinsecamente com a resolução de litígios coletivos voltada à garantia ou ao reestabelecimento dos interesses jurídicos envolvidos, a compreensão do potencial transformativo desses litígios (tomados enquanto fenômenos sociais) demanda que se avalie o tratamento que o Direito brasileiro confere às coletividades, quanto à sua titularidade de direitos e sua atuação em juízo. Ao se proceder a esta avaliação, contudo, depara-se com imediata obscuridade, a qual leva Edilson Vitorelli a diagnosticar incisivamente que “o principal problema para a definição da titularidade dos direitos transindividuais é a identidade do seu titular”⁵¹⁸.

3.4.1. O Imbróglio sobre a Titularidade dos Direitos Coletivos *Lato Sensu*

A partir da década de 1980, o Direito brasileiro desenhava os pilares para aquele que, nos tempos que se seguiram, se passou a denominar *microsistema* de tutela jurisdicional aos direitos coletivos e que, atualmente, tem-se intitulado *sistema integrado*⁵¹⁹ de tutela jurisdicional coletiva – a fim de, adequadamente, fazer jus à sua complexidade, relevância e amplitude, as quais poderiam se ver diante de equivocadas interpretações de esvaecimento em razão da conotação apequenada do prefixo de um *microsistema*. Efetivamente, a proliferação de normas infraconstitucionais em proteção a interesses transindividuais, no Brasil, se verificou de forma mais ou menos simultânea à tendência de constitucionalização de direitos sociais (de prestação estatal positiva) da era de redemocratização⁵²⁰ e à chegada, aos países latino-americanos, dos movimentos decorrentes da segunda onda de acesso à justiça⁵²¹, os quais se preocupavam com a criação de instrumentos a garantir, concretizar e exigir, ainda que pela via judicial, estes direitos sociais fundamentais.

⁵¹⁷ Cf. itens 3.5 e 3.6, *infra*.

⁵¹⁸ VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos**. 2.ed.rev.ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.52.

⁵¹⁹ Cf. THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; PORTILHO, Silvia de Abreu Andrade. **Usucapião Especial Urbana Coletiva: Aspectos Relevantes de Direitos Material e Processual**. Curitiba: Appris, 2019, p.132. No mesmo sentido, cf. THIBAU, Tereza Cristina S. B.; ALEXANDRE, Camila Figueiredo. As Técnicas da Mineração de Dados como Instrumento de Tutela Coletiva de Crianças e Adolescentes na Internet e os Marcos Legais no Brasil e nos Países da União Europeia. In: THIBAU, Tereza Cristina S. B.; ALVARENGA, Samuel [Org.]. **Direito e Processo Coletivo: Diálogos Interdisciplinares**. V.1. Belo Horizonte: Vorto, 2019, p.198.

⁵²⁰ Sobre o tema, se discorrerá com maior detalhamento adiante. Cf. capítulo 5, *infra*.

⁵²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

Assim, notou-se à época evidente esforço doutrinário em se idealizar anteprojetos que proporcionassem arcabouço à definição das diretrizes normativas a serem seguidas, principalmente na regulamentação da Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990). Dentre as fontes inspiradoras destes esforços, em harmonia ao histórico prestígio e relevância da doutrina e *praxis* italianas ao Direito Processual Civil brasileiro, identificavam-se as pesquisas de Michele Taruffo⁵²² e Vincenzo Vigoriti⁵²³, que, já desde a década de 1960, demonstravam preocupação à proteção e teorização de direitos titularizados por coletividades e dedicavam-se a estabelecer marco distintivo entre direitos de natureza difusa e direitos de natureza coletiva⁵²⁴.

A dicotomia, deve-se reconhecer, por sua vez, revelava o influxo das pesquisas italianas na regulamentação original da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* (conforme sua redação de 1938), que, no direito estadunidense, normatizava a tutela a coletividades a partir das espécies de direitos, conforme fossem *true*, *hybrid* ou *spurious*⁵²⁵. Apesar de, na experiência norte-americana, referida forma de classificação ter se revelado pouco pragmática e ineficiente, vindo a ser superada ainda na própria década de 1960⁵²⁶, sistematização semelhante, alicerçada na diferenciação entre direitos *difusos*, *coletivos em sentido estrito* e *individuais homogêneos*, foi adotada em diversos ordenamentos jurídicos de *Civil Law*⁵²⁷ nas décadas seguintes, encontrando, até os dias atuais, aplicação e exigibilidade nestes ordenamentos. Portanto, nesse

⁵²² TARUFFO, Michele. I Limiti Soggettivi del Giudicato e Le Class Actions. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 24, 1969.

⁵²³ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi Collettivi e Processo**: La Legittimazione ad Agire. Milano: Giuffrè, 1979.

⁵²⁴ “Vincenzo Vigoriti preocupa-se, também, com a diferenciação entre os conceitos de coletivo e difuso. A organização passa a ser, para o autor da obra, o elemento distintivo entre os interesses coletivos e difusos, na medida em que estes últimos se referem a um estado mais fluido do processo de agregação dos interesses individuais, ou seja, no qual não se faz presente a coordenação das vontades singulares” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.107).

⁵²⁵ “A ‘true’ class action was one in which the right to be enforced was ‘joint’, or when it was ‘common’ or when it was ‘secondary in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce the right and a member of the class therefore becomes entitled to enforce it’. All class suits that were not ‘true’ were hybrid or spurious. In these class actions, the right asserted were not joint, but several. In a hybrid class action, the object of the proceeding was the adjudication of claims that did or might affect specific property in the action. If the rights of individual plaintiffs were separate causes of action and had no common right to a fund or property, the class was a ‘spurious’ class” (MULLENIX, Linda. General Report – Common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda [Orgs.]. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law**: uma Análise de Direito Comparado. 2.ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.265-266). Cf. item 4.4, *infra*.

⁵²⁶ Cf. item 4.5.1, *infra*.

⁵²⁷ Exemplificativamente, apontam-se os casos de Portugal, Uruguai, Peru e Argentina (GRINOVER, Ada Pellegrini. Relatório Geral Civil Law – Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda [Orgs.]. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law**: uma Análise de Direito Comparado. 2.ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.21-250).

sentido caminhou o Código de Defesa do Consumidor⁵²⁸ brasileiro, no parágrafo único de seu artigo 81, classificando os direitos coletivos *lato sensu* em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

Aos primeiros, reservaram-se titulares indeterminados e indetermináveis – não para se considerar impossível dizer se um dado indivíduo se inseriria ou não no referido grupo de titulares, mas para se destacar a impossibilidade de se listarem exaustivamente todos aqueles pertencentes a este grupo. Parece razoável dizer, portanto, que a indeterminabilidade recai sobre os contornos da identidade do grupo em si, e não de seus membros individualmente considerados – os quais podem refletir, um a um (ainda que sejam muito numerosos), sobre sua própria identificação com o direito respectivo.

Por sua vez, em relação aos direitos ‘coletivos em sentido estrito’, a lei considera determinável sua titularidade, exatamente para fazer referência implícita ao fato de que é possível delimitar com maior clareza os contornos do grupo interessado, ou seja, identificar *todos* aqueles que a ele pertençam (ainda que, porventura, muito numerosos). Mais uma vez, percebe-se que a determinabilidade a que o legislador faz referência recai sobre o grupo em si, e não sobre seus membros – os quais, novamente, em análise reflexiva, um a um, podem sempre se identificar como membros integrantes do grupo.

Esta ideia de que a referência de titularidade determinável ou indeterminável feita pelo legislador recai sobre o grupo em si, e não sobre seus membros, é reforçada pela indivisibilidade que a legislação atribui ao conteúdo do direito ‘difuso’ ou ‘coletivo em sentido estrito’ respectivo. Ao se determinar a indivisibilidade do direito, portanto, deixa-se claro que não seria ele um simples resultado da somatória de frações menores de direitos individuais daqueles que pertençam ao grupo, e se acentua que a titularidade do direito em questão recai sobre o grupo em si, e não sobre seus membros.

Diferente, contudo, é a conclusão a que se pode alcançar em relação aos direitos ‘individuais homogêneos’, para os quais o legislador se limita a dizer que seriam aqueles de origem comum. Ora, ao se caracterizar como ‘comum’ a origem, utiliza-se o legislador de adjetivo essencialmente relacional, ou seja, que verdadeiramente compara diferentes origens, a fim de classificá-las como ‘comuns’ (entre si). O que se percebe, portanto, é que, apesar da economia de palavras do legislador, a ideia de multiplicidade de titulares é implícita aos direitos individuais homogêneos (diferentemente do que ocorre com os difusos e coletivos em sentido

⁵²⁸ BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a Proteção do Consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em 17 abr.2021.

estrito, dos quais é titular o grupo). E o mesmo se pode considerar a respeito da natureza ‘individual’ desses titulares – ou talvez se possa dizer que esta seria verdadeiramente explícita, em razão da própria nomenclatura que escolheu o legislador atribuir a esses direitos. Portanto, neste caso, ao avesso do que se opera com os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito, a lei sustenta a ideia de que os interesses ‘individuais homogêneos’ permitiriam a tutela jurisdicional conjunta de múltiplas frações menores de direitos individuais, protegidos juridicamente também em seu ‘somatório’.

A análise das três categorias permite observar um contraste entre os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, de um lado, e os direitos individuais homogêneos, de outro. A dicotomia, inclusive, já foi percebida há algumas décadas, por José Carlos Barbosa Moreira⁵²⁹, que instituiu a categorização desses direitos como ‘essencialmente coletivos’ (difusos e coletivos em sentido estrito) e ‘acidentalmente coletivos’ (individuais homogêneos). A proposta de Barbosa Moreira, portanto, identificava que direitos difusos e coletivos em sentido estrito teriam sua titularidade atribuída pelo legislador ao grupo em si, ao passo que a titularidade dos direitos individuais homogêneos seria atribuível a cada um dos membros desse grupo, e seria, assim, considerada juridicamente em conjunto apenas por ficção jurídica.

3.4.1.1. A Classificação Legislativa Brasileira no Pêndulo entre Individualismo e Coletivismo

A classificação dicotômica proposta por José Carlos Barbosa Moreira parece sugerir a mesma lógica que também pode ser identificada nas versões mais tradicionais do debate ontológico entre o *individualismo* e o *coletivismo*. Enquanto para a corrente individualista (agregativa), “as coletividades devem ser compreendidas como meras ficções resultantes da soma dos seus integrantes, que devem ser reconhecidos como os verdadeiros sujeitos de direito”⁵³⁰ (o que se aproxima à ideia de direitos acidentalmente coletivos, ou individuais homogêneos), por outro lado, para a corrente coletivista, há “existência das coletividades de forma independente dos seus membros individuais”⁵³¹ (o que se encontra em relação aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, visto que essencialmente coletivos).

Em explicação ao *individualismo ontológico* sob a perspectiva dos interesses jurídicos, Joseph Raz demonstra como, para a caracterização de um determinado direito

⁵²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: Terceira Série. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.193-221.

⁵³⁰ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A Certificação Coletiva**: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2020, p.34.

⁵³¹ *Ibid.*, p.35.

coletivo, três fatores precisariam confluir: (i) a existência de alguma questão de interesse humano que justificasse sujeitar pessoas a um dever; (ii) o interesse pessoal de membro de um grupo acerca desta questão, em razão de sua condição de membro, assim como o direito desse mesmo indivíduo ao alcance de bem comum ao grupo do qual é membro, no tocante à resolução desta questão; e, por fim, (iii) a insuficiência do interesse de cada um dos membros do referido grupo, se tomado isoladamente, para justificar o dever ao qual, por espelhamento, outras pessoas se sujeitem para proporcionar este bem comum⁵³². Retoma-se, portanto, a leitura do direito coletivo como feixe de interesses individuais, caracterizado unicamente pela confluência de pretensões que, apenas quando tratadas em conjunto, adquirem viabilidade e juridicidade para serem exigidas judicialmente.

Verificando-se sua correspondência à categoria de direitos acidentalmente coletivos desenhada por Barbosa Moreira, constata-se que a concepção de fato se aproxima, mas não corresponde com máxima exatidão, à definição legal de direitos individuais homogêneos trazida pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro. No sistema processual pátrio, não há óbice normativo à judicialização individual por parte de cada titular destes direitos – que são tratados coletivamente por mera ficção jurídica. Por outro lado, reconhece-se que o proveito econômico destas judicializações individuais, não raro, seria inferior aos ônus financeiros do processo. Logo, a regulamentação desses direitos como acidentalmente coletivos proporciona sim alternativa economicamente viável de judicialização de pretensões individuais comuns.

Por sua vez, o *coletivismo ontológico*, sob enfoque jurídico, contrapõe-se à corrente individualista e postula a existência de direitos que seriam próprios da coletividade *per se*, e que não se confundiriam com o conjunto de interesses individuais (homogêneos ou não) de seus membros. A corrente jurídico-filosófica é defendida por Dwight G. Newman⁵³³, o qual demonstra como interesses próprios de coletividades poderiam ser assimilados a partir de duas diferentes perspectivas: os direitos coletivos *legais* e os direitos coletivos *morais*.

Por direito *moral*, delimita o autor as reivindicações justificadas, mas que independam de respaldo jurídico ou político do Estado por norma expressa⁵³⁴. Por outro lado, direitos *legais* seriam aquelas reivindicações reconhecidas pela correta interpretação de regras

⁵³² RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. New York: Oxford University Press, 1988, p.208: “A collective right exists when the following three conditions are met. First, it exists because an aspect of the interest of human beings justifies holding some person(s) to be subject to a duty. Second, the interests in question are the interests of individuals as members of a group in a public good and the right is a right to that public good because it serves their interest as members of the group. Thirdly, the interest of no single member of that group in that public good is sufficient by itself to justify holding another person to be subject to a duty”.

⁵³³ NEWMAN, Dwight G. Collective Rights. In: **Philosophical Books**, v.48, n.3, p.221–232, jul.2007.

⁵³⁴ *Ibid.*, p.222.

e princípios de um determinado sistema jurídico – ainda que, porventura, não venham a ser, na prática, adequadamente garantidas⁵³⁵. A partir desta diferenciação, sustenta Newman que muitos dos argumentos contra o coletivismo ontológico, na verdade, não seriam suficientes a refutar a existência de direitos coletivos *legais*, mas tentariam fazer oposição aos direitos coletivos *morais*⁵³⁶. Isso porque majoritariamente tais argumentos partiriam da premissa de que as comunidades não poderiam, autonomamente, sentir dor, sofrimento, nem prazer, e por isso tampouco estariam aptas para serem titulares de direitos. Trata-se de críticas que, sob o ponto de vista jurídico-filosófico, se construiriam a partir do olhar do já superado empirismo e que, como demonstra o autor, não interfeririam na possibilidade de as comunidades serem titulares de interesses *legais*⁵³⁷.

Conforme a visão de Newman, nem mesmo a ideia de *feixes de direitos individuais* prejudicaria a possibilidade de serem as coletividades titulares de interesses coletivos *legais*, na medida em que tais feixes não se confundiriam com os direitos de coletividades, mas diriam respeito aos direitos individuais *de membros* de coletividades, titularizados exclusivamente em razão de seu status de *membros*⁵³⁸. Em outras palavras, a existência desses feixes de direitos individuais não constituiria óbice à coexistência de direitos *do grupo*.

Neste ponto específico, a corrente *coletivista ontológica* ressignifica a ideia de ‘feixe de direitos individuais’ proposta pela corrente *individualista*, e lhe atribui a natureza de gênero, do qual decorreriam duas espécies. A primeira corresponderia aos direitos associativos formais dos membros da coletividade – como, por exemplo, o direito de participar de assembleias, votar ou retirar-se da entidade social organizada. A segunda espécie contemplaria direitos não-associativos, titularizados pelos membros da coletividade em razão de seu status de membros. E, neste caso, incluiria o direito de cada membro do grupo de defender determinada situação jurídica para a coletividade⁵³⁹, que atendesse melhor, em última análise, aos seus próprios interesses como indivíduo integrante.

⁵³⁵ *Ibidem*.

⁵³⁶ NEWMAN. *Collective Rights*, p.222.

⁵³⁷ *Ibid.*, p.224-225. Como esclarece Dwight Newman, sequer se poderia considerar que, para cada direito *moral* corresponderia um direito *legal*, ou vice-versa: “An argument that a particular moral right exists (or has weight in the sense that it preempts the reasons for action that would have applied in the absence of this right) may be relevant but does not automatically support a normative claim that a semantically analogous legal right should exist” (*ibid.*, p.223-224). E vai adiante, ao destacar que direitos morais individuais podem, porventura, ser bem tutelados juridicamente por direitos legais coletivos (como é o caso de direitos morais de igualdade), ao passo que direitos morais coletivos podem vir a ser melhor tutelados por direitos legais individuais.

⁵³⁸ *Ibid.*, p.223.

⁵³⁹ Transportando-se o cenário ao direito brasileiro, seria possível visualizar esta ideia em relação aos cidadãos autores de ações populares (Lei n.º 4.717/65) ou mesmo em relação aos casos em que a legislação confere simultaneamente legitimidade extraordinária e ordinária para que sujeitos ajuízem ações individuais em tutela de bem ou interesse comum. É o caso do artigo 1.314 do Código Civil, que confere ao condômino a legitimidade para

A noção de ‘feixe de direitos individuais’ ressignificada pelo *coletivismo ontológico* se distancia mais da definição legal brasileira de direitos individuais homogêneos, se comparada com a interpretação do *individualismo ontológico*. A leitura dada por Dwight Newman a esse feixe parece dar centralidade ao sentimento de pertencimento do membro em relação ao grupo, como fundamento causal a lhe conferir a titularidade do direito individual e, mesmo, a lhe impulsionar a buscar, individualmente, a tutela jurisdicional do feixe de direitos comuns, a partir de suas deliberações individuais – hipótese que é admitida apenas em caráter excepcional pelo direito brasileiro (e ainda assim desvinculada dos casos de tutela jurisdicional a direitos individuais homogêneos)⁵⁴⁰.

No entanto, a ideia do status de membro do grupo como fundamento causal à titularidade do direito individual não está presente como elemento intrínseco à definição legal brasileira de direitos individuais homogêneos. Para estes direitos, a configuração do grupo não apenas tende a ser casuística e detectada *a posteriori* em relação à ocorrência de fato que os viole, como também, frequentemente, não é sequer percebida pelos indivíduos titulares, que, em grande parte das vezes, não desenvolvem sentimento de pertencimento a este respectivo grupo, unindo-se apenas pelos elos da ficção jurídica.

E, como já se adiantou, conforme o entendimento do *coletivismo ontológico*, os feixes de interesses individuais não se confundiriam e nem necessariamente coincidiriam com os direitos próprios da coletividade *per si*. O fato de a conservação das características ancestrais de determinada área urbana ser de interesse da coletividade, em razão de seu valor histórico, não implica que este seja também o interesse de indivíduos membros dessa coletividade. É perfeitamente possível, por exemplo, que um desses indivíduos, atuando em setor de construção civil, posicione-se de forma diversa com relação às condições dessa mesma preservação, priorizando o atendimento de seus propósitos particulares⁵⁴¹. Inclusive, como admite o *coletivismo ontológico*, “[é] plenamente possível [...] conceber situações concretas em que o

ajuizar, isoladamente, ação em defesa da posse comum do bem em condomínio. Disposição similar se verifica no direito empresarial, haja vista que “cada acionista pode demandar a anulação de decisão assemblear que interessa a todos os demais sócios por ela afetados” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 63.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.309).

⁵⁴⁰ A título de exemplificação, apontam-se as hipóteses de autorização legal à legitimidade extraordinária para que o condômino ingresse individualmente com ação de nulidade de deliberação assemblear ou para defesa da posse do bem comum (cf. BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm - Acesso em 16 jun.2022), ou que o cidadão ajuíze ação popular em proteção a direito indivisível da coletividade (cf. BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. **Regula a Ação Popular**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm - Acesso em 16 jun.2022).

⁵⁴¹ Cf. item 2.6.2, *supra*. Cf. HARDIN. *The Tragedy of the Commons*, *op. cit.*

interesse coletivo colide com o interesse da maioria dos membros do grupo”⁵⁴². Uma tal constatação, que se tem por premissa filosófica, reitera que, internamente a cada *grupo*, existem múltiplas vozes, clamores por interesses de natureza jurídica ou não jurídica bradados por indivíduos membros do grupo, ou ainda por estratificações deste grupo em subgrupos com maior coesão e alinhamento em seus propósitos, em comparação ao todo.

Esta ideia do *coletivismo ontológico* jurídico de que os direitos da coletividade *per si* teriam existência ‘autônoma’, em relação aos interesses individualizáveis de seus membros, amolda-se bem à definição legal concedida pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, em vista da caracterização de sua titularidade e da indivisibilidade de seu objeto. Por outro lado, tanto a respectiva definição legal das duas espécies de direitos de coletividades, quanto a formatação tradicional dos processos coletivos no Brasil, conferem pouquíssimo ou nenhum enfoque à possível heterogeneidade interna aos direitos de coletividades – algo que, da mesma forma, o próprio *coletivismo ontológico* se revela insuficiente para pormenorizar.

Heterogeneidade essa que não é caracterizada apenas pela coexistência de múltiplos feixes de interesses individuais⁵⁴³, ao lado do interesse da coletividade *per si*. Mas que existe também na ideia de que, conforme sejam as características das integrações sociais e de sistema, poderá não haver um consenso interno acerca de quais seriam os interesses desta coletividade *per si*. À medida que os mecanismos de tomadas de decisão por deliberação coletiva ou por deliberação individual aplicados estiverem sujeitos à incidência de ruídos de nível, ruídos de padrão estável ou ruídos de ocasião, decorrentes de vieses, pode haver maior ou menor variância interna quanto à definição de quais seriam os interesses ‘da coletividade’.

Em reprodução da mesma insuficiência, também a regulamentação tradicional dos processos coletivos, no Brasil, pauta-se pelo desenho legislativo de relação jurídica processual de lógica marcadamente ‘bipolar’, promovendo tratamento à lide coletiva como se esta fosse integrada pela simples contraposição de dois interesses. De um lado, o interesse do pretense causador de dano à coletividade e, do outro, o (supostamente) uníssono interesse da coletividade *per si* em ver reparado o aludido dano ou interrompida a continuidade de seus efeitos, a partir da adoção de uma determinada providência reparadora ou compensatória desejada por todos.

Destaca-se que, especialmente para a fase de conhecimento dos processos coletivos, curiosamente o legislador brasileiro tampouco estipula diferenciação no tratamento processual

⁵⁴² TAVARES. *A Certificação Coletiva*, p.37.

⁵⁴³ Agrupamentos de interesses individuais dos membros dessa coletividade, que decorram ou não de seu status de membros.

que se confere à coletividade, conforme se estiver diante de caso que envolva direitos difusos ou coletivos em sentido estrito (nos quais possa ser tomada a coletividade como sujeito *per si*, à luz do *coletivismo ontológico* jurídico), ou diante de caso que envolva direitos individuais homogêneos (em relação aos quais não é a coletividade legislativamente tratada como entidade que possua existência autônoma). E o interesse ‘uníssono’, conforme a sistemática, por sua vez, é traduzido pela formulação de pedidos declaratórios, constitutivos ou condenatórios que costumam refletir a medição preditiva ou avaliativa realizada por ente legitimado ao processo coletivo e a sua própria conclusão sobre qual seria a via mais adequada para recomposição dos interesses coletivos.

A coletividade titular de direitos difusos e coletivos em sentido estrito é tratada juridicamente no Brasil como “um ente distinto do Estado, mas, ao mesmo tempo, diferente dos indivíduos que compõem a população nacional”⁵⁴⁴. Porém, permanece não havendo, no direito pátrio, esclarecimento a respeito “de que modo esse grupo seria materializado, ou quais prerrogativas ele deteria em relação ao direito, nem como as exerceria”⁵⁴⁵. Como aponta Edilson Vitorelli, no ordenamento jurídico brasileiro, a ideia da coletividade como titular de direitos tem sido questão a que, tradicionalmente, não se dedicou a tratar com contornos de rigor científico⁵⁴⁶, inclusive de forma que “o enquadramento de autores como coletivistas ou individualistas decorre de uma leitura de expressões utilizadas em suas obras, provavelmente sem a intenção consciente de se extrair daí uma conclusão”⁵⁴⁷. Surpreendentemente, portanto, por muito tempo se contentou com o emprego cotidiano e polissêmico da palavra ‘coletividade’, sem delimitação jurídica precisa e específica, para fazer referência ao sujeito titular de direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito).

Não se atribuem às coletividades personalidade jurídica que equivalha àquela concedida às pessoas jurídicas pelo Código Civil de 2002. Tampouco se pode fazer a correspondência entre a interpretação que se dá à ideia de ‘coletividade’, e à noção de ‘entes despersonalizados’ que aplica o direito civil brasileiro. E, verdadeiramente, entende-se que assim se deve permanecer. A necessidade de uma delimitação jurídico-sociológica do termo não implica a imposição de se lhe conferir um enquadramento civil como pessoa jurídica ou ente despersonalizado, porque em um ou em outro caso, passa-se a exigir do respectivo sujeito uma unicidade volitiva, ou seja, uma manifestação de vontade única, oficial e juridicamente

⁵⁴⁴ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.54.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p.55.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p.57.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p.56.

emanada de sua personalidade ou pseudopersonalidade. Vontade unitária esta que se concretizaria em posicionamentos sujeitos às imposições civis e processuais civis de manutenção de coerência interna e relativa estabilidade, por meio de instrumentos jurídicos como a preclusão lógica, a *supressio*, a *surrectio*, ou a proibição do *venire contra factum proprium*. Em contrapartida, quanto mais heterogênea se revela a coletividade envolvida em determinado litígio, mais suscetíveis a ruídos tendem a ser suas tomadas de decisão internas, haja vista as discrepâncias entre graus de severidade e ideologias entre seus membros ou entre os subgrupos que a integrem. Portanto, deixa de ser natural exigir-lhes coerência interna e estabilidade.

O risco de discrepantes níveis de ruídos a que possam se sujeitar os mecanismos de tomadas de decisão por deliberação coletiva não apenas refuta eventuais pretensões de se lhes compelir à unificação (e consequente engessamento) de suas manifestações de vontade, como também endossa as conclusões alcançadas por Edilson Vitorelli⁵⁴⁸, no sentido de que não seria adequado ao ordenamento jurídico prosseguir insistindo na organização do sistema integrado de tutela jurisdicional às coletividades em torno de categorias *de direitos* – que se identifiquem, inerentemente, pelo tipo de titularidade que se confira à coletividade. Até mesmo porque, como já se demonstrou, referido modelo, tal como proposto pelo legislador, não apenas se revela insuficiente para dimensionar o papel processual que se atribui à coletividade, como também se prende ao tradicional e reducionista debate ontológico entre individualismo e coletivismo.

O adequado dimensionamento do papel processual que se atribui à coletividade não pode desconsiderar as interações entre seus agentes (integração social) e entre suas partes (integração de sistema), seja no que concerne às influências recíprocas que exerçam um sobre o outro, seja em sua autodeterminação para tomadas de decisão coletivas, ou individuais para o todo. Como consequência, este dimensionamento não pode se mostrar alheio ao entrelace entre os debates ontológico e metodológico, e tampouco às mais recentes formulações que protagonizem este debate – o qual não mais se prende aos contornos do empirismo.

3.4.2. Em Direção à Dissipação do Imbróglio: Categorização dos Litígios Coletivos em Espécies

Em atenção à diversidade dos tipos de interação que se possam estabelecer entre os integrantes de uma dada coletividade, em relação a determinada situação litigiosa, Edilson

⁵⁴⁸ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, op. cit.

Vitorelli propõe renovado olhar sobre o sistema integrado de tutela aos direitos de coletividades. Para tanto, também em breve incursão à ciência da Sociologia, ampara-se nas três categorias de concepções sobre ‘sociedades’, diagnosticadas por Anthony Elliott e Bryan Turner⁵⁴⁹, que ora consideram as sociedades como estruturas, ora como “solidariedade ou comunidades de cuidado, atenção e consenso”⁵⁵⁰, ou ainda como criação, ou seja, “dimensões imaginárias da comunicação e sociabilidade”⁵⁵¹.

A noção de ‘sociedade como estrutura’ incorpora alguns valores das correntes do holismo metodológico e do coletivismo ontológico, para dar ênfase ao todo em detrimento de seus integrantes, ou seja, à “crença de que é possível entender a vontade do povo a partir da compreensão de uma vontade geral, que vai além da soma das vontades individuais. [...] Suprime-se a diversidade para criar uma comunidade imaginária de iguais”⁵⁵². Por sua vez, a ideia de ‘sociedade como solidariedade’, mediante abordagem pouco mais interacional, valoriza os vínculos que enlaçam seus indivíduos uns aos outros, como, por exemplo, seus próprios traços culturais, em um estilo de subjetividade no qual “espontaneidade e convenção social se interconectam perfeitamente”⁵⁵³. E, finalmente, a compreensão de ‘sociedade como criação’, reflexo de teorizações mais contemporâneas e em mais próximo diálogo com as renovadas correntes dos debates metodológico e ontológico⁵⁵⁴, enfatiza a natureza mutável das sociedades, para exaltar o “substrato imaginativo no coração das relações sociais”⁵⁵⁵. Este último entendimento reconhece que “relações sociais estão em constante mutação”⁵⁵⁶, por intermédio das interações entre seus integrantes.

A partir da observação das diferentes formas como as sociedades poderiam se apresentar, Edilson Vitorelli propõe⁵⁵⁷ organização da tutela a coletividades a partir da natureza *dos litígios* (e não *dos direitos* que possam estar envolvidos), reconhecendo-se como premissa que a diferenciação entre litígios demonstrar-se-ia mais útil à definição e amoldamento dos instrumentos processuais adequados à sua resolução, do que conjecturas a respeito da natureza dos direitos. Afinal, é esta a lógica que pauta o Direito Processual Civil de uma forma ampla,

⁵⁴⁹ ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan. **On Society**. Cambridge: Polity Press, 2012.

⁵⁵⁰ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.42.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² *Ibid.*, p.43.

⁵⁵³ ELLIOTT, TURNER. *On Society*, p.67, tradução livre: “spontaneity and social convention, seamlessly interconnect”. No mesmo sentido, Edilson Vitorelli acrescenta que a sociedade como solidariedade é “definida como um grupo social fortemente unido, baseado em uma vizinhança local, com vigorosos sentimentos de pertencimento e ausência de individualismo” (VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.45).

⁵⁵⁴ ELLIOTT, TURNER. *On Society*, p.101. Cf. item 3.3, *supra*.

⁵⁵⁵ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.47.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p.48.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

não havendo por que não ser este o caso, também, com o Direito Processual Coletivo. Alinha-se por isso, também, sua proposta à advertência de David Lockwood, de que as variações nas características da integração social e da integração de sistema de uma sociedade amplificam ou restringem o potencial transformativo de seus conflitos sociais⁵⁵⁸. Nesse sentido, a partir das mencionadas incursões na Sociologia, Vitorelli formula sistemática para se analisarem os litígios que envolvam interesses de coletividades conforme duas variáveis que lhes são essenciais: sua *complexidade* e sua *conflituosidade*⁵⁵⁹.

Por *complexidade*, compreende Vitorelli “a existência de potencial desacordo razoável acerca de qual seria a tutela jurisdicional adequada do direito material em determinado contexto litigioso”⁵⁶⁰, de tal forma que, quanto mais variadas sejam as possibilidades resolutivas e, logo, quanto maior seja o potencial de desacordo em relação a elas, mais *complexo* será o litígio. Trata-se, portanto, de característica que lhe será *exógena*⁵⁶¹. Por sua vez, e relacionando-se intrinsecamente ao primeiro conceito, tem-se por *conflituosidade* a efetiva “medida do desacordo interno à própria sociedade, envolvida no litígio coletivo, acerca de qual seria a tutela adequada do direito material violado ou do modo de persegui-la”⁵⁶². Assim, trata-se de característica *endógena* ao litígio⁵⁶³. A partir da interação entre estas variáveis, diagnostica Vitorelli três espécies de litígios transindividuais, ou seja, concernentes a coletividades, os quais classifica conforme sua *difusão global, local ou irradiada*.

Aos litígios de *difusão global*, identifica-se grau de *complexidade* tendencialmente baixo (embora sujeito a variações), assim como baixíssimo grau de *conflituosidade*⁵⁶⁴, em razão do alcance não individualizável e excessivamente uniforme da lesão a direitos. Trata-se de litígio que envolve a “sociedade entendida como estrutura”⁵⁶⁵, sendo sua remediação de interesse geral significativo, portanto.

A seu turno, os litígios de *difusão local* diferenciam-se dos anteriores no que tange ao grau de sua *conflituosidade*, que tende a ser médio⁵⁶⁶. Estes litígios envolvem “lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, [...] grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso

⁵⁵⁸ LOCKWOOD. *Social Integration and System Integration*.

⁵⁵⁹ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.77-78.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p.67.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p.77.

⁵⁶² *Ibid.*, p.67-68.

⁵⁶³ *Ibid.*, p.77.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p.82.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p.79-80.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p.85.

interno”⁵⁶⁷, mas que, exatamente em razão desta coesão social e do direcionamento específico da lesão, vejam-se suscetíveis a dissidências interiores, que possam intensificar-se conforme a percepção de cada membro deste grupo com relação à forma como se atingiu pela lesão⁵⁶⁸. Insere Edilson Vitorelli nesta categoria de litígios também aquelas lesões que atinjam gravemente e de modo específico grupos cujos integrantes compartilhem entre si mais sutil afinidade, decorrente de suas semelhantes perspectivas sociais (“compreensão que os indivíduos têm de determinados eventos sociais e suas consequências”⁵⁶⁹).

Por fim, têm-se os litígios de *difusão irradiada*, de alta *complexidade* e, conseqüentemente, alta *conflituosidade*⁵⁷⁰, nos quais a lesão a direitos atinge, com diferentes intensidades e nuances, pessoas de diferentes comunidades, grupos, perspectivas sociais⁵⁷¹ e que, por esta razão, apresentarão diferentes perspectivas a respeito do ideal percurso resolutivo. A noção de sociedade como criação, que enfatiza sua aptidão transformativa e constante fluxo de mutação, manifesta-se com maior ênfase nessa última classificação dos litígios envolvendo coletividades.

Como já se adiantou, a classificação conforme os tipos de litígios, proposta por Edilson Vitorelli, exitosamente transcende os limites impostos pelo empirismo à dicotomia clássica dos debates metodológico e ontológico, entre individualismo e coletivismo, para o fim de se concentrar na análise dos litígios coletivos conforme os tipos de interações que se estabeleçam entre os agentes da coletividade e, porventura, se existentes, entre suas partes⁵⁷². Ou seja, direciona o olhar, respectivamente, para a integração social e a integração de sistema. Ainda que cada uma das categorias de litígios por ele delimitadas – litígios transindividuais de difusão global, local e irradiada – constituam manifestações, respectivamente, das concepções de sociedade como estrutura, como solidariedade e como criação, todas atribuem papel central à forma como se estabelecem as interações, sob ponto de vista endógeno e exógeno.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p.83.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p.85.

⁵⁶⁹ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.85.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p.91.

⁵⁷¹ “Mesmo que os titulares desses direitos não possam ser perfeitamente individualizados, não se pode extrair dessa dificuldade a conclusão de que os impactos ocasionados pela lesão a um direito transindividual vão ser sentidos, na mesma proporção e intensidade, por todas as pessoas do mundo, do país ou mesmo das futuras e incertas gerações de seres humanos que talvez venham a ocupar esse planeta. A dificuldade de identificação não deve autorizar o tratamento dos indivíduos como uma massa amorfa, irrelevante para a condução do litígio, como se ele não fosse surgir, nas vidas de uma parte deles, impactos concretos e imediatos, que não ocorrerão nas vidas de outras pessoas que não integram aquela sociedade. Em síntese, mesmo que possa haver dúvida sobre os contornos do grupo titular do direito, haverá zonas de certeza positiva e de certeza negativa, que não devem ser desconsideradas” (*ibid.*, p.92-93).

⁵⁷² Cf. item 3.3.2, *supra*.

Em alinhamento ao paradigma *emergentista*, a respectiva teorização de litígios coletivos admite como premissa que, a depender da forma como socialmente se agremiarem e se organizarem os agentes, deles poderão emergir propriedades diferentes daquelas que eles apresentariam isoladamente, ou caso estivessem organizados diferentemente. Por isso, à luz da proposta de Vitorelli, “a titularidade dos direitos transindividuais somente pode ser definida a partir da sua violação ou ameaça de violação, ou seja, do litígio coletivo”⁵⁷³. Trata-se, essa titularidade, de propriedade que emerge a partir do tipo de interações que os agentes integrantes do grupo estabeleçam entre si e da forma como se organizem diante do litígio.

Em relação aos litígios transindividuais de difusão global, por exemplo, a lesão a direitos atinge de modo impessoal e imperceptível a maioria dos agentes individuais que integrem a coletividade, de forma que “nenhum dos indivíduos que compõem a sociedade se importa suficientemente com o litígio para agir [...]. Mas o interesse coletivo, da sociedade, em evitar ou reparar a lesão, é significativo”⁵⁷⁴. Por sua vez, no que tange aos litígios transindividuais de difusão local, está-se diante de “lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades [...] com grande consciência de identidade própria e cuja lealdade do membro para com o grupo é essencial”⁵⁷⁵. E, ainda, quanto aos litígios transindividuais de difusão irradiada, tem-se que “atingem pessoas determinadas, mas o fazem de formas e intensidades distintas e variadas, sem que entre elas exista qualquer tipo de perspectiva uniforme em relação ao conflito”⁵⁷⁶. Em todos os três cenários, portanto, é elemento central de análise o tipo de interação de agentes entre si e com o meio que decorra da lesão específica a direitos.

3.5. UMA PROPOSTA EMERGENTISTA PARA O GÊNERO DOS LITÍGIOS COLETIVOS

Ainda em direção ao ideal de superação das lacunas deixadas pelo reducionismo da literalidade da classificação legislativa conforme os tipos de direitos, passa-se a questionar se não haveria mais à noção de ‘litígio coletivo’, enquanto gênero, do que a singela ideia de um conflito de interesses de grupo, cujo enfoque do tratamento atribuído pela parte contrária não se concentraria nas características inerentemente individuais de seus membros⁵⁷⁷.

⁵⁷³ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.75.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p.83.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p.95.

⁵⁷⁷ VITORELLI. *Levando os Conceitos a Sério*.

Sustenta-se, neste trabalho, que sim. Em todas as suas conformações – sejam de difusão global, local ou irradiada –, observa-se a insuficiência de se atribuir aos litígios coletivos o mesmo tipo de abordagem que se confere aos litígios individuais, com predominante enfoque retrospectivo. As proposições do realismo social ontológico e da morfogênese aos fenômenos sociais permitem perceber o potencial eminentemente transformativo dos conflitos sociais – e, portanto (enquanto tipos de conflitos sociais) também dos litígios coletivos. Como consequência, para a resolução de litígios coletivos, não basta se guiar pelo propósito de ‘retorno ao *status quo ante*’, como se fosse hipoteticamente possível (ou proveitoso) conduzir grupos, comunidades ou sociedades em uma expedição temporal regressiva, por intermédio da qual se pudessem reconstituir não apenas contextos, como também interações.

O lapso temporal inevitável entre o dano em si e o completo desfazimento de seus efeitos (tomando-se por hipótese essa possibilidade) faz com que se constatem, ao momento da reparação, formas sociais e agentes que já não correspondam mais àqueles existentes ao momento da prática do ato lesivo. A premissa suscita a máxima da metafísica de Heráclito⁵⁷⁸, segundo a qual ‘tudo flui, nada permanece’, mas também encontra correspondência na explicação fornecida pelo *dualismo analítico* ao debate metodológico, e pelo *realismo social* ao debate ontológico – ambos alinhados ao paradigma *emergentista*.

Retomam-se, sucintamente, estas explicações.

Como atesta o *emergentismo*, poderes causais emergem tanto das formas sociais, quanto das ações humanas. Sob a perspectiva do debate ontológico (e, tão logo, descritivo-existencial), é a emergência desses poderes causais que confere autonomia e realidade às formas sociais, separando-as da ideia de um simples conjunto ou feixe de agentes. Trata-se do postulado sobre o qual se alicerça o *realismo social ontológico*. Por sua vez, sob o ponto de vista do debate metodológico (ou seja, explicativo-causal), o reconhecimento desses poderes causais confirma a distinção temporal entre as formas sociais e os atos dos seus agentes. Formas sociais, assim, preexistem aos atos dos agentes e, conjuntamente com características autônomas desses mesmos agentes, *causam* seus atos subsequentes. Estes atos, por sua vez, conjuntamente com as características preexistentes das formas sociais, *causam* alterações na configuração destas formas. Nesta correlação, tem-se o cerne do *dualismo analítico*.

Ao se transportarem estes axiomas à compreensão que se propõe dos litígios coletivos, observa-se que a situação litigiosa que envolver os interesses de um determinado

⁵⁷⁸ Cf. SANTOS, Maria Carolina Alves dos. A Lição de Heráclito. In: **Trans/Form/Ação**, v.13, São Paulo, p.1-9, 1990.

grupo exerce poderes causais sobre a configuração social deste mesmo grupo – estimulando-se modificação no equilíbrio preexistente das interações entre seus agentes e entre suas partes⁵⁷⁹. Ressalta-se que se fala aqui em ‘estímulo’ e não em ‘imposição’ de modificações. Isso porque a extensão das transformações nessas formas sociais condiciona-se, concomitantemente, à permeabilidade a mudanças do modelo de interações entre seus agentes.

Materializa-se, assim, o *dualismo analítico*: os poderes causais do ato ou fato que deflagra o litígio coletivo, em conjunto (dual) com as características preexistentes das formas sociais, cocriam modificações em sua conformação. Essas modificações nas formas sociais, por sua vez, estimulam e provocam mudanças nos atos subsequentes dos agentes que integrem este grupo e, por vezes, na maneira como interajam entre si. Ou seja, essas modificações nas formas sociais, também em conjunto (dual) com as características específicas e preexistentes desses agentes, cocriam modificações no modo como eles interajam ou tomem decisões estratégicas para a coletividade. E assim se prossegue, reflexivamente. Por isso se dizer também que, ao momento de concretização de medidas à sua resolução, a relação litigiosa coletiva já não guardará as mesmas características que apresentava quando da prática do ato lesivo ou do início da ameaça de dano.

Finalmente, e ainda antes de se apresentar a substância da proposição emergentista que se traça para o gênero dos litígios coletivos, tecem-se alguns esclarecimentos semânticos, que nortearão a utilização dos termos ‘agência’, ‘estrutura’ e ‘instituições’ neste e nos capítulos que se seguirão, desta pesquisa. Valendo-se dos postulados da abordagem sociológica emergentista, as noções que se atribuem à agência e à estrutura acompanharão a interpretação de Margaret Archer sobre as integrações sociais e as integrações de sistema⁵⁸⁰, respectivamente.

Assim, adota-se aqui a premissa de que ‘agência’ (integração social) corresponde às interações entre os agentes de uma sociedade ou, como aqui se refere, de um sistema social. Neste ponto, ressalva-se, porém, que, embora Margaret Archer pretenda fazer referência ao ser humano, ou seja, ao indivíduo, como correspondente ao conceito de ‘agente’, a aplicação de sua teoria ao contexto jurídico impõe que se lhe atribua conteúdo semântico mais amplo, para que sejam considerados também ‘agentes’ as pessoas jurídicas e entes despersonalizados. Por outro lado, ‘estruturas’ (integrações de sistema) equivalem às interações entre as ‘partes’ do sistema social, que podem ter existência fática e não-normativa ou existência normativa-formal (categoria em que se identificam as ‘instituições’⁵⁸¹). Lembra-se que não se consideram as

⁵⁷⁹ Cf. item 3.3.2, *supra*.

⁵⁸⁰ LOCKWOOD. *Social Integration and System Integration*, *op. cit.*

⁵⁸¹ MOUZELIS. *Social and System Integration*, *op. cit.*

‘instituições’, nesta pesquisa, de forma coisificada⁵⁸², mas sim como as partes relacionais de um todo social, que impliquem regulação normativa, tais como os sistemas educacional ou de saúde, por exemplo.

3.5.1. A Elasticidade dos Sistemas Sociais e a Mutabilidade como Atributo Intrínseco aos Litígios Coletivos

Se, como demonstra o *dualismo analítico*, tanto as formas sociais, quanto o modo como agem e interagem os agentes singulares, tendem a se reequilibrar e a assumir nova configuração a partir da lesão ou da ameaça de lesão ao interesse que envolver coletividades, também o próprio litígio coletivo apresentará correspondente dinamicidade até que venha a ser resolvido. O litígio coletivo, portanto, como gênero, não é estático – e o mesmo se pode dizer de suas espécies. Não se poderia sequer pensar em uma situação de litígio coletivo que, uma vez deflagrada, entrasse em estado de ‘congelamento’, a fim de se aguardar a conclusão de seus procedimentos resolutivos. Uma vez que se provoque (ou se ameace a provocar) dano a direito coletivo em sentido *lato*, rompe-se o estado preexistente de equilíbrio entre as integrações sociais e de sistema, o que inevitavelmente lhes exigirá reformulação ainda que provisória deste equilíbrio e modificará as variáveis que incidam sobre a relação litigiosa. Portanto, reformulam-se (em maior ou menor medida) os riscos provocados pelo ato lesivo ao interesse coletivo e, de forma correspondente, modificam-se as perspectivas para sua superação.

A mensuração específica do potencial de mutabilidade condiciona-se à averiguação da ‘elasticidade’ do sistema social que constitua o cenário e o contexto do litígio. Atribui-se ao termo significação semelhante àquela que regem os postulados da Física, segundo os quais a elasticidade consistiria na medida da propensão de um corpo material a deformar quando submetido a forças externas, mas retomar sua forma original, após cessar a interferência dessas forças. Trata-se de cálculo físico que permite, também, que se apure o ‘limite elástico’ deste corpo sólido, a partir do qual as forças externas extrapolem a aptidão do corpo de se reconstituir à sua forma original, e passem a provocar deformações irreversíveis. Redimensiona-se o arranjo entre átomos ou moléculas, para se constituírem novas estruturas corpóreas.

Ao se transpor esta analogia à investigação do potencial de mutabilidade dos litígios coletivos, observa-se que a averiguação da elasticidade de um sistema social diante de um litígio se condiciona à combinação da análise (*i*) da ‘tensão provocada pelas forças externas’, ou seja,

⁵⁸² Cf. item 3.3.2, *supra*.

da intensidade com que o ato ou fato que deflagra o litígio coletivo é percebido em escala atômica (pelos agentes singulares do sistema social) ou em escala molecular (pelas partes relacionais do sistema social) e (ii) das características preexistentes dos arranjos internos que regem as interações entre agentes e partes da forma social. Trata-se de variáveis que se mensuram de forma interdependente, até mesmo porque os arranjos internos da forma social podem interferir no modo como os litígios venham a ser percebidos e interpretados pelos agentes e partes de um sistema social.

Nessa correlação, ‘limites elásticos’ baixos refletem alta suscetibilidade do sistema social à modificação de suas formas originais e, portanto, à alteração também do litígio coletivo em si – o que aqui, apenas para o fim de simplificação, se denomina *grau de mutabilidade* do litígio coletivo. Por outro lado, cabe a ressalva de que não se trata de correlação que se pretenda amoldar à lógica algébrica das equações da Física, que inspiram a analogia, uma vez que não se propõe a mensuração do grau de mutabilidade dos litígios coletivos a partir da aplicação e apuração de grandezas numéricas – formulando-se, assim, um hipotético ‘coeficiente de mutabilidade’ dos litígios coletivos. Isso porque, por mais que a ideia dos graus de mutabilidade traga subjacente a proposta de se analisarem os litígios coletivos comparativamente, criando-se uma escala de sua mutabilidade, trata-se de mensuração que se propõe que seja qualitativa e não quantitativa. Mesmo porque, não seria coerente com a identificação da mutabilidade como atributo intrínseco aos litígios coletivos, admitir-se uma mensuração numérica suscetível à obtenção de resultado zero para o cálculo do grau de mutabilidade.

E tampouco se trata de mensuração que vise a acrescentar classificações às espécies de litígios coletivos (de difusão global, local ou irradiada) já delimitadas pela doutrina brasileira ou, muito menos, que pretenda se sobrepor – ainda que parcialmente – a elas. Pelo contrário, a detecção da existência de uma mutabilidade intrínseca solidifica o enquadramento de todas essas classificações sob o mesmo gênero (o dos litígios coletivos), ao mesmo tempo em que a análise do grau de mutabilidade desses litígios corrobora, em mais um adicional argumento, a classificação proposta por Edilson Vitorelli⁵⁸³. Isso porque, como se verá, também a partir da análise dos graus de mutabilidade dos litígios coletivos, aqueles de difusão global tendem a revelar menor mutabilidade, em contraste, no polo oposto, aos litígios de difusão irradiada, que apresentam maior mutabilidade.

Desta última observação, extrai-se a constatação de que existirá, em certa medida, relação de paralelismo entre os elementos que regem a classificação dos litígios coletivos

⁵⁸³ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, op. cit.

conforme sua difusão (global, local ou irradiada) e aqueles que permitem a mensuração do grau de mutabilidade desses litígios. Como já se expôs, a categorização dos litígios coletivos em espécies examina o balanceamento entre sua complexidade e sua conflituosidade, sendo a primeira, exógena e a segunda, endógena. Por sua vez, o grau de mutabilidade dos litígios coletivos pode ser mensurado em escala qualitativa, de forma (i) diretamente proporcional à intensidade da percepção do litígio no sistema social em escala atômica (nas interações entre seus agentes) e molecular (entre partes relacionais deste sistema social) e (ii) inversamente proporcional à adaptabilidade prévia dos sistemas sociais para absorver e amortecer seus efeitos. Ambas essas variáveis, portanto, preponderantemente endógenas.

A propriedade endógena das duas variáveis que condicionam o grau de mutabilidade dos litígios coletivos permite, imediatamente, correlacioná-las com o atributo da conflituosidade, delineado por Edilson Vitorelli, para a classificação das espécies de litígios. A correlação, inclusive, não causa estranhamento, à vista de que o requisito da conflituosidade propõe-se a averiguar o tipo de reação que o litígio coletivo provoca nas interações entre os agentes e as partes relacionais do sistema social – exatamente o mesmo desencadeamento que fundamenta a conclusão de que a mutabilidade seria atributo inerente ao gênero dos litígios coletivos. Além disso, destaca-se o fato de que (assim como se observa em relação ao grau de mutabilidade) nenhuma das categorias de litígios coletivos delimitadas por Edilson Vitorelli apresenta conflituosidade ‘inexistente’, mas variam em sua exibição de baixíssimos a altos níveis de conflituosidade, estando ela, assim, sempre presente – ainda que nos litígios coletivos de difusão global simples⁵⁸⁴.

A conclusão que se alcança, diante disso, aponta para o fato de que o grau de mutabilidade interna – onipresente nos litígios coletivos, em maior ou menor medida – é elemento que compõe a mensuração qualitativa, por sua vez, da escala de conflituosidade. Em outras palavras, quanto maior a intensidade da percepção do litígio no sistema social, e quanto menos adaptáveis forem suas estruturas preexistentes para promover imediata ação responsiva ao litígio, que neutralize seus efeitos, maior será seu grau de mutabilidade e, conseqüentemente, também será maior sua conflituosidade.

E vale ressaltar, diante dessas conclusões, que em momento nenhum cogita-se a equivalência completa entre as ideias de conflituosidade e de grau de mutabilidade. Até porque não se pretende, aqui, propor modificação à conceituação teórica do que seria conflituosidade. Assim, adere-se à proposição de que a conflituosidade consiste no “indicador que representa o

⁵⁸⁴ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.468 et seq.

grau de conflito interno ao grupo que está envolvido no litígio”⁵⁸⁵, e também à ideia de que tal “grau de concordância ou discordância, dentro do grupo, pode ser maior ou menor, dependendo das características do litígio”⁵⁸⁶. Por outro lado, sustenta-se que, quanto a essas ‘características do litígio’ que interfiram na mensuração da escala de conflituosidade, assumirá primordial relevância a extensão das modificações que o litígio coletivo provocará nas interações entre os agentes e as partes relacionais do sistema social afetado (ou seja, seu grau de mutabilidade).

Analisa-se brevemente, assim, as variáveis que se entrelaçam ora para acentuar, ora para amenizar o grau de mutabilidade dos litígios coletivos.

3.5.1.1. A Intensidade da Percepção do Litígio Coletivo no Sistema Social

Esta consiste, talvez, na variável que melhor permita visualizar a correlação entre o grau de mutabilidade e as classificações dos litígios coletivos conforme sua difusão global, local ou irradiada. Iniciando-se a partir dos litígios coletivos de difusão global, nota-se que Edilson Vitorelli atribui à sua categoria menor conflituosidade, conforme, entre os agentes integrantes do sistema social, seja “improvável que [...] se importem em participar da definição acerca do modo como o litígio será resolvido”⁵⁸⁷, uma vez que a superação da situação litigiosa é do interesse genérico, impessoal, de todos. Invocando-se, aqui, uma das exemplificações utilizadas por este autor, tal foi a situação que se constatou no litígio coletivo objeto da ação civil pública n.º 0005429-04.2011.4.01.3813⁵⁸⁸, proposta pelo Ministério Público Federal, perante a Subseção Judiciária de Governador Valadares, em Minas Gerais, “com o objetivo de condenar uma empresa aérea e uma seguradora a restituir aos consumidores valores cobrados pela venda abusiva de seguro-viagem”⁵⁸⁹. No caso em questão, o valor unitário que vinha sendo cobrado dos consumidores a este título, e em torno do qual se configurava o litígio coletivo, era de aproximadamente duas dezenas de reais apenas, fazendo com que a percepção deste litígio coletivo a nível atômico (nas interações entre os agentes do sistema social) fosse muito baixa⁵⁹⁰,

⁵⁸⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p.34.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p.39.

⁵⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Sentença na Ação Civil Pública n.º 0005429-04.2011.4.01.3813**. 1ª Vara da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG. Publicação: 24/06/2014.

⁵⁸⁹ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.468.

⁵⁹⁰ Até mesmo por isso, a imprescindibilidade de se proporcionar tratamento processual coletivo à demanda. A desproporção entre os irrisórios valores individualizáveis do dano e o custo relativamente alto da litigância individual (que compreende tanto as custas e despesas processuais, quanto gastos com contratação de advogado, reunião de documentos, entre outros) torna financeiramente inviável que o ordenamento jurídico exija seu tratamento jurisdicional atomizado (cf. VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.468). Acrescenta,

ainda que existente. Por sua vez, pode-se perceber, com pouco maior nitidez, algum impacto do respectivo litígio coletivo no âmbito das interações entre as partes relacionais do sistema social, ou seja, entre suas instituições – identificando-se, no caso em questão, interesse da própria Agência Nacional de Aviação Civil, a qual integrou, inclusive, o polo passivo da relação jurídica processual.

Como consequência da baixa intensidade do impacto provocado por este litígio nas interações entre as instituições do sistema social, e da ainda menor intensidade deste impacto nas interações entre os agentes do sistema social, o poder causal que emerge da situação litigiosa para (em conjunto com as características preexistentes do sistema social) cocriar modificações em sua conformação, estará também enfraquecido. Em decorrência disso, qualitativamente, ter-se-á mais baixo grau de mutabilidade, de tal forma que tendem a ser muito pouco tangíveis as modificações provocadas por este litígio na conformação do sistema social – ou, ainda que sejam tangíveis, se observarão em pouca quantidade, ou extensão. Em correspondência à branda repercussão nas interações entre os agentes e as partes relacionais do sistema social, também será semelhantemente baixa sua conflituosidade.

Ao se invocar, por sua vez, litígio coletivo que se classifique como sendo de difusão local, lógica análoga pode ser verificada. Rememora-se, para tanto, que, em litígios desta natureza, “ainda que o interesse em questão possa, indiretamente concernir a toda a sociedade, há um grupo mais restrito, que tem relações de identidade entre seus membros, impactado pela lesão de modo tão mais grave que os demais indivíduos”⁵⁹¹. Delineia-se o litígio coletivo local, assim, em torno do próprio apontamento de que a situação litigiosa impactará de forma mais direta nas interações entre agentes e instituições que constituam determinada fração do sistema social. Diante disso, as máximas sobre as quais se constrói a teoria emergentista⁵⁹² demonstram que, sendo maior o impacto da situação litigiosa nas interações entre agentes e instituições, mais intenso será o poder causal que emergirá desta mesma situação para cocriar modificações no sistema social. Logo, diagnostica-se tendencialmente maior grau de mutabilidade nestes litígios coletivos de difusão local, em comparação àqueles de difusão global.

inclusive, Edilson Vitorelli, que “[...] o que justifica que as lesões globais sejam tuteladas coletivamente não é o desinteresse dos indivíduos ingressarem em juízo, nem a inviabilidade de atuação do Poder Judiciário, caso isso ocorresse, mas a percepção de que o objetivo social visado nessas hipóteses – impedir que o causador da lesão se aproprie dos benefícios dela decorrentes – não é passível de ser alcançado pela via do processo individual. Ainda que se cogite ser teoricamente possível que todas as vítimas ajuizassem ações individuais buscando a reparação de suas lesões, a sociedade sofreria prejuízo, porque teria que suportar custos processuais mais elevados que os da demanda coletiva, para chegar ao mesmo resultado” (VITORELLI, *op. cit.*, p.477).

⁵⁹¹ *Ibid.*, p.514.

⁵⁹² Cf. itens 3.3.2 e 3.5, *supra*.

E, por fim, quando se está a tratar de litígios coletivos de difusão irradiada, a própria doutrina já apresenta posicionamento consolidado, no sentido de reconhecer sua mutabilidade intrínseca⁵⁹³. A fim de explicar a conformação de litígios coletivos desta natureza, Vitorelli os compara, por analogia, com os efeitos provocados por “uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro”⁵⁹⁴. Por este cenário ilustrativo, pretende o autor demonstrar o fato de que litígios coletivos de difusão irradiada reverberam seus efeitos de formas diferentes, ora com maior, ora com menor intensidade, sobre pessoas que (sob ponto de vista não necessariamente geográfico) se encontrem mais próximas ou mais afastadas de seu epicentro, respectivamente⁵⁹⁵. Conforme cada caso concreto, este epicentro poderá ser maior (em “lesões de caráter centrífugo, cujos efeitos são distribuídos de modo mais uniforme na sociedade, [...] tendendo, por essa razão, à criação de um círculo social maior”⁵⁹⁶) ou menor (em “lesões que têm caráter centrípeto, ou seja, as pessoas que se encontram muito próximas ao centro da sociedade sofrem efeitos muito intensos em decorrência do dano, mas esses efeitos declinam rapidamente quando o foco se afasta do centro”⁵⁹⁷).

O modo heterogêneo, portanto, como os efeitos dessa espécie de litígio coletivo são sentidos pelos diferentes agentes e partes do sistema social, tem a aptidão de impactar tanto nas interações entre aqueles mais próximos ao epicentro, uns com os outros, quanto nas interações entre eles e os agentes que tenham sentido tais efeitos de maneira mais abrandada. Assim, como ora se sustenta, o alto grau de mutabilidade destes litígios decorrerá diretamente da alta intensidade deste impacto do litígio coletivo sobre *as interações* entre agentes e partes do sistema social (inclusive, suas instituições), o que desencadeia a cocriação de modificações nestas mesmas interações, de forma mais imediata.

Para exemplificar a espécie, Edilson Vitorelli se vale do exemplo da instalação de uma usina hidrelétrica que exigir, em decorrência do indispensável alagamento correspondente,

⁵⁹³ Cf. VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.587-591. Cf. também VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos Conceituais. In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v.7, p.147-177, jan-jun.2018. E em sentido similar, cf. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.241 et seq.

⁵⁹⁴ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.93.

⁵⁹⁵ “Esse círculo hipotético não termina em uma linha precisa, tal como as ondas causadas em um lago não acabam em um ponto perfeitamente determinado, mas em um *ralentando* de situações jurídicas. As pessoas da periferia do círculo são afetadas de modo progressivamente menor, até que não se possa mais definir uma lesão pessoalmente atribuível a alguém, o que marca o limite externo da sociedade” (*Ibid.*, p.94).

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p.95.

⁵⁹⁷ *Ibidem*.

um deslocamento populacional para cidades ou regiões adjacentes⁵⁹⁸. Em primeiro lugar, nota-se que o deslocamento da população se iniciará, na prática, muito antes da adoção de políticas públicas e medidas oficiais para promovê-lo – e, portanto, tende a ocorrer de forma desordenada e preponderantemente informal, trazendo novas conformações ao sistema social e ao próprio litígio coletivo, que passa a incluir, também, problemas de assentamento populacional irregular, por exemplo. Adicionalmente, ainda que se aguardasse a definição de local específico para essa migração e se criasse infraestrutura para tanto, “há problemas que são verificáveis somente após o deslocamento, tais como a qualidade da construção da nova cidade e as novas dinâmicas com as cidades vizinhas”⁵⁹⁹ – interações que assumem novas conformações à medida que cocriadas pelo poder causal que emerge do impacto do litígio coletivo e das estruturas preexistentes no sistema social.

Daí a se constatar que, quanto maior a possibilidade de se perceberem nitidamente os efeitos de um litígio coletivo nas interações sociais atomizadas (entre agentes do sistema) e moleculares (entre partes do sistema), maior será a tensão que este litígio provocará para que se modifiquem, em resposta, as conformações destas mesmas interações, aumentando o grau de mutabilidade. Ressalva-se que, quando aqui se fala em impacto ou percepção do litígio coletivo no sistema social, não se está diante de ideia que pretenda equivaler à ‘consciência sobre a existência do litígio coletivo, pelos agentes singulares’ e, tampouco, à ‘gravidade’ deste mesmo litígio. Diferenciam-se, por ora, estas ideias.

A conotação que ora se atribui à expressão ‘percepção do litígio coletivo’ extrapola a simples ideia de se estar ciente (ou consciente) de sua existência, mas corresponde mais fielmente à noção de se sentir sua repercussão, seus efeitos, em suas interações interpessoais, sociais ou institucionais. Por isso, distancia-se também da ideia de ‘gravidade’ do litígio coletivo. Classificar os litígios coletivos como mais graves ou menos graves exigiria análise excessivamente marcada por relativismos, e altamente suscetível a *ruído de nível*⁶⁰⁰, haja vista que diferentes agentes ou subgrupos da coletividade poderiam atribuir diferentes gravidades à

⁵⁹⁸ “A única forma de se polarizar essa demanda é opor pessoas que consideram que a Usina deve ser construída, àquelas que se opõem à sua construção. Fora desses extremos, a maior parte dos interesses estará em posições intermediárias, que favorecerão determinados aspectos do projeto e desfavorecerão outros. Se o empreendimento deslocou a população de uma cidade ou bairro, haverá pessoas insatisfeitas com o deslocamento, outras que o consideram benéfico, e haverá uma miríade de posições intermediárias, de pessoas que estão, ao mesmo tempo, satisfeitas e insatisfeitas com diferentes aspectos do mesmo evento. Esses interessados integrarão grupos mais próximos ao epicentro da lesão, em posições parcialmente compatíveis, mas também parcialmente conflitantes. Mais afastado dele estarão, por exemplo, os moradores das cidades vizinhas e da zona rural, que não serão deslocados, mas sofrerão impactos na dinâmica de suas relações com a cidade que se muda” (VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.585).

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p.587.

⁶⁰⁰ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, op. cit.

mesma situação litigiosa. Ou, ainda, o mesmo agente ou subgrupo poderia classificar, ora como mais grave, ora como menos grave, a mesma situação litigiosa, conforme circunstâncias ocasionais (*ruído de ocasião*) interferissem em sua percepção sobre o litígio⁶⁰¹. Por outro lado, não se desconsidera que a percepção dos membros do grupo, individual ou coletivamente considerados, sobre a gravidade da situação litigiosa pode sim afetar a intensidade da percepção do litígio coletivo sobre as interações entre agentes e entre partes do sistema social.

Por fim, não se pode desconsiderar que um litígio coletivo – de difusão global, local ou irradiada –, possa apresentar repentina elevação exponencial de seu grau de mutabilidade, em decorrência também da intensidade do impacto provocado pela percepção de fatos ou circunstâncias supervenientes, que repercutam seus efeitos no próprio litígio. Aproveita-se o ensejo para reavivar o exemplo fático em torno do qual se construíram as premissas trazidas pelo capítulo anterior: a pandemia da Covid-19. Seus efeitos sistêmicos puderam (e podem, ainda na data de conclusão deste trabalho) ser sentidos em diferentes setores da economia, política e sociedade, provocando modificações nas configurações de litígios coletivos das mais diversas naturezas. Termômetro disso são os aditivos a Termos de Ajustamento de Conduta que se celebraram a partir de então, para adequação de obrigações voltadas à resolução e superação de litígios coletivos, cuja exequibilidade ou pertinência tenham sido impactadas pela pandemia.

Apenas para exemplificação, aponta-se o Segundo Termo de Ajustamento de Conduta⁶⁰² celebrado entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a SUPERVIA Concessionária de Transporte Ferroviário S.A., para adequação do cronograma para execução de obras de implantação de estruturas de acessibilidade em 104 estações de trem e em 20 trens de sua responsabilidade. O litígio coletivo inerente à ausência de acessibilidade nos respectivos locais teria provocado o ajuizamento de múltiplas ações civis públicas – nas comarcas do Rio de Janeiro, Nilópolis, Nova Iguaçu, Japeri, Queimados e Belford Roxo –, além de 1.297 ações individuais, entre 2019 e outubro de 2021. Foi assinado o Primeiro Termo de Ajustamento de Conduta em outubro de 2019, e as ações individuais passaram a ser parcialmente suspensas, quanto aos seus pedidos pseudoindividuais de adequação das estruturas de acessibilidade.

⁶⁰¹ Pode-se até considerar, por isso, que a percepção sobre a ‘gravidade’ constitua variável relevante (embora não determinante) a acentuar a *conflituosidade* do litígio coletivo, à luz da classificação de Edilson Vitorelli (VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, *op. cit.*).

⁶⁰² BRASIL, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. **Termo de Ajustamento de Conduta que entre si celebram o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a SUPERVIA Concessionária de Transporte Ferroviário S.A., para definição do cronograma de execução das obras [...] além de outras disposições ajustadas entre as partes**. 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/tac_supervia.pdf - Acesso em 16 jun.2022.

Em cumprimento a este primeiro ajustamento, a Concessionária entregou relatórios de diagnósticos de acessibilidade e elaboraram-se cronogramas de execução das obras entre novembro de 2019 e fevereiro de 2020. Porém, a superveniência da pandemia da Covid-19 – fator absolutamente exógeno ao litígio – provocou a inviabilidade de cumprimento dos cronogramas originalmente apresentados, seja em razão das medidas de restrição de circulação, para prevenção contra a contaminação, seja em decorrência da edição do Decreto Estadual n.º 47.336/2020 que, diante do estado de calamidade pública no Estado do Rio de Janeiro, “dispôs sobre a suspensão das obrigações contratuais dos operadores de transporte público de passageiros, [...] não só quanto ao pagamento de multas e outorgas ao Poder Concedente, como também no que se refere ao cumprimento de investimentos”⁶⁰³.

Como consequência, após sucessivas reuniões de negociação, foi celebrado, em janeiro de 2022, o Segundo Termo de Ajustamento de Conduta, para adequação das premissas técnicas e financeiras das obrigações voltadas à resolução do litígio, assim como dos requisitos e cronogramas à realização das obras. As perspectivas para superação do cenário de violação aos direitos da coletividade modificaram-se, não apenas para se exigir o aditamento dos prazos estipulados, como também para se reconhecer que, sobretudo nos anos de 2020 e 2021, foram alterados os padrões de interação entre os usuários e o fornecimento do serviço de transporte ferroviário, reduzindo-se dramaticamente a demanda pelo serviço e afetando-se a sazonalidade típica. O contexto levou o grupo econômico do qual faz parte a SUPERVIA Concessionária a apresentar pedido de recuperação judicial, permitindo-se perceber o quanto se modificou sua capacidade econômica no período⁶⁰⁴.

3.5.1.2. Adaptabilidade das Formas Sociais Preexistentes do Sistema Social

É importante que se reconheça, por sua vez, que não é apenas a percepção do litígio coletivo no âmbito das interações entre agentes e partes de um sistema social⁶⁰⁵, que será determinante para a mensuração de seu grau de mutabilidade. Retoma-se a analogia da medição do limite de elasticidade de um corpo, o qual se condiciona tanto à intensidade da força que se exerça sobre ele, quanto à aptidão deste mesmo corpo para absorver esta tensão e se conservar ou se reconstituir à sua forma original. Redireciona-se o foco, assim, a essa segunda característica: quanto *mais* adaptadas estiverem as formas sociais preexistentes (sobretudo as

⁶⁰³ *Ibid.*, p.6.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p.7-8.

⁶⁰⁵ Cf. LOCKWOOD. *Social Integration and System Integration*, op. cit.

instituições) de um sistema social, para neutralizar os efeitos ou adotar medida responsiva diante de ato ou fato que provoque dano ou risco de dano a interesse de coletividade, *menor* tende a ser a mutabilidade social provocada por este mesmo ato ou fato. Segue-se a lógica de uma proporção à ordem inversa, no que concerne a esta variável.

Quanto menos adaptado estiver o arranjo entre as instituições que integrem um sistema social, para – de forma elástica – absorver os impactos nocivos de um determinado ato lesivo aos interesses coletivos, mais esses impactos serão sentidos pelos agentes singulares e pelas demais partes integrantes desse mesmo sistema social, os quais terão mais profundamente afetada a forma como interagem entre si e com as instituições que sejam partes do sistema. Em correspondência, ciclicamente, maior tensão se imprimirá sobre essas instituições para que modifiquem suas formas originais e assumam novo arranjo – que seja mais adaptado para absorver os impactos de eventuais e futuros atos lesivos aos interesses coletivos.

A adaptabilidade de um sistema social para amortecer os impactos de um cenário ou ato lesivo à coletividade é o resultado da aptidão das instituições desse sistema social (suas partes relacionais com regulação normativa) para modularem transitoriamente o equilíbrio de suas interações, a fim de proporcionarem resposta mais ou menos imediata que contrabalance aqueles impactos nocivos. Evidentemente, a modulação desta dinâmica de interações entre as instituições do sistema social, conforme o *dualismo analítico*, possui por si só poderes causais para cocriar modificações nas interações entre os agentes singulares, integrantes do todo (integração social), e entre suas demais partes relacionais (integração de sistema). Porém, trata-se de modulações da dinâmica interinstitucional que se pretende sejam exclusivamente responsivas ao ato lesivo, com o intuito de perdurarem tão somente pelo período suficiente a se mitigarem os seus efeitos. E, principalmente, modulações responsivas que visem a reduzir a intensidade da percepção⁶⁰⁶ dos efeitos nocivos do litígio coletivo, sobretudo no âmbito das interações entre agentes do sistema social. Até mesmo por essa razão, se diz que as duas variáveis do cálculo do grau de mutabilidade se manifestam de forma interdependente.

Como já se expôs, não se admite a possibilidade de que litígios coletivos não provoquem nenhuma mutabilidade aos sistemas sociais. Pelo contrário, esta mutabilidade é tomada como atributo inerente, ainda que porventura observada em graus baixíssimos. Logo, a adaptabilidade do sistema social para neutralizar os impactos de um ato ou fato lesivo à coletividade, por intermédio da modulação responsiva de sua dinâmica de interações, constitui tentativa de se exceder em proporções mínimas o ‘limite elástico’ do sistema social, para que

⁶⁰⁶ Cf. item 3.5.1.1, *supra*.

este retome sua dinâmica original na máxima extensão possível (ou na máxima extensão desejável), após resolvido o litígio. Fala-se, aqui, em retomada ‘na máxima extensão possível ou desejável’, pois se reconhece que inevitavelmente esta modulação temporária do equilíbrio das interações institucionais, em resposta ao litígio, exerce poderes causais que provocam algumas modificações duradouras nas interações no sistema social.

Em outras circunstâncias, o próprio litígio coletivo (sobretudo no que concerne àqueles de difusão irradiada) pode não ser o resultado de um ato ou fato lesivo pontualmente considerado. Mas ser o reflexo de uma situação de desconformidade nas interações entre partes relacionais e com regulação normativa deste sistema (ou seja, entre suas instituições), que já se perquire, se retroalimente e, porventura, se agrave em curva linear ou exponencial, há algum tempo⁶⁰⁷. Em cenários como este, constata-se logicamente uma baixíssima adaptabilidade das estruturas preexistentes do sistema social para neutralizar os impactos do litígio coletivo e, portanto, o grau de mutabilidade será consideravelmente mais alto (seguindo-se a proposta que se defende, de que este grau de mutabilidade seja inversamente proporcional à adaptabilidade das estruturas preexistentes do sistema social). Não se pode desconsiderar, tampouco, a possibilidade de que, nestas hipóteses, as próprias interações entre instituições organizem-se em torno de sistemáticas de tomadas de decisão excessivamente hierarquizadas, ou que se pautem apenas por modelos de deliberação individual insuficientemente representativos – de modo que, por mais desejável que possa ser, porventura, a mutabilidade, como decorrência do respectivo litígio coletivo, esta seja refreada.

A possibilidade é útil, também, para se desconstruir eventual concepção de que graus de mutabilidade elevados dos litígios coletivos sejam eminentemente indesejados ou prejudiciais ao sistema social. Pelo contrário, o grau de mutabilidade é ora considerado como simples característica do litígios coletivos (que, como já se adiantou, não necessariamente acentua ou ameniza sua gravidade), e cuja relevância se encontra mais na repercussão que deva provocar nas tomadas de decisão para resolução destes litígios⁶⁰⁸, do que na formulação de um juízo de valor negativo ou positivo a seu respeito.

3.5.2. A Reverberação de Efeitos Prospectivos pelo Litígio Coletivo

⁶⁰⁷ Sobre esta subespécie de litígios coletivos de difusão irradiada, cf. partes II e III, *infra*.

⁶⁰⁸ Cf. item 3.6, *infra*.

Como decorrência do potencial transformativo dos fenômenos sociais (identificado pela morfogênese da corrente emergentista) e, conseqüentemente, da mutabilidade inerente aos litígios coletivos, conclui-se também pela reverberação inevitavelmente prospectiva de seus efeitos – o que torna insuficiente que se busque sua resolução a partir de enfoque que seja exclusivamente retrospectivo (mais recorrente, em meio às tutelas jurisdicionais reparatórias). Sustenta-se, portanto, que é característica comum ao gênero dos litígios coletivos, em todas as suas espécies, a reverberação de efeitos prospectivos, a qual poderá ser mais acentuada ou menos intensa, conforme a medida qualitativa do grau de mutabilidade do respectivo litígio. Assim, quanto maior a mutabilidade do litígio coletivo (e, conseqüentemente, também do sistema social), mais nítidas e profundas serão suas repercussões presentes e futuras nas interações entre os agentes e as partes do sistema social e em vista disso, mais estas repercussões devem ser levadas em consideração para que o litígio coletivo seja efetivamente resolvido.

As modificações nas integrações sociais e de sistema⁶⁰⁹ provocadas pelos poderes causais que emergem do próprio litígio coletivo, em conjunção com as características das formas sociais preexistentes, tornam inevitável que – em maior ou menor medida – o litígio coletivo provoque alguma transformação social, o que é inerente aos fenômenos sociais como um todo. Logo, análises exclusivamente retrospectivas de litígios desta natureza simplesmente desconsideram as transformações sociais (ainda que porventura muito tímidas) que estes venham a provocar. De imediato, transparece o alcance insatisfatório do olhar retrospectivo ao litígio coletivo, até mesmo porque, como já se conjecturou⁶¹⁰, as modificações nas interações entre agentes e instituições, inevitáveis diante do poder causal do litígio coletivo, podem ser intensificadas também pelo impacto de fatos supervenientes, oriundos de fontes ou situações que, originalmente, não se encontravam diretamente relacionadas a ele (como é o caso dos efeitos da pandemia da Covid-19). Portanto, a tentativa de se solucionar o litígio coletivo a partir de olhar retrospectivo, que se proponha a reconstituir o *status quo ante*, não apenas se revela pouco pragmática, como também implicitamente tenta, em vão, desfazer modificações sociais que já tenham se concretizado e irradiado efeitos para além do próprio litígio coletivo. Ou, no mínimo, ainda que não tente reconstituir contextos já inexistentes (e, deve-se dizer, inaplicáveis), um olhar exclusivamente retrospectivo não se revela apto a dimensionar o conflito por completo, visto que desconsidera parcela relevante de suas repercussões.

⁶⁰⁹ LOCKWOOD. *Social Integration and System Integration*, op. cit.

⁶¹⁰ Cf. item 3.5.1.1, *supra*.

O ponto pode ser demonstrado a partir da observação exemplificativa de litígios coletivos de diversas naturezas (envolvendo questões de consumo, meio ambiente, ordem urbanística, políticas públicas ou outras igualmente de interesse coletivo), e que se classifiquem conforme sua difusão global, local ou irradiada. Conforme a lógica que vem sendo construída, litígios que apresentem maior conflituosidade exibirão também alto grau de mutabilidade e, por conseguinte, litígios coletivos de difusão irradiada apresentarão maior reverberação de efeitos prospectivos, se comparados a litígios coletivos de difusão global, por exemplo. Mas, em decorrência do potencial transformativo inerente aos fenômenos sociais em sua essência e, portanto, presente nos litígios coletivos, também em relação a esses litígios de difusão global será possível identificar, no caso concreto, a reverberação de efeitos prospectivos – ainda que em proporções sucintas.

Assim se constata, ao se analisar, por exemplo, o objeto da ação civil pública n.º 5048951-39.2020.4.04.7000, em trâmite perante o juízo da 11ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Trata-se de ação que busca o cumprimento de metas normativas climáticas assumidas pela União, no âmbito da Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) e em conformidade com o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm), com o intuito de mitigação da emissão de gases de efeito estufa⁶¹¹ – o que delinea, a princípio, litígio coletivo de difusão global. Em decisão monocrática que concedeu efeito suspensivo a Agravo de Instrumento interposto contra decisão interlocutória, foi reconhecida a natureza de ‘litígio climático’ do objeto da ação e se destacou expressamente que sua judicialização representaria “mais uma oportunidade de trazer à tona a emergência climática no debate público”⁶¹². Na mesma decisão, enfatizou-se, também, como a simples judicialização de cerca de 1.200 litígios climáticos, perante diversas jurisdições⁶¹³ ao redor do mundo, estaria provocando alteração em comportamentos institucionais em direção à promoção de melhores práticas, em geral, em prol da “proteção climática”⁶¹⁴. O exposto reconhecimento do potencial de transformação social da

⁶¹¹ “Em suma, [...] (i) trata-se de uma ação coletiva vinculada ao Direito das Mudanças Climáticas (litigância climática); (ii) tutela bem ambiental de abrangência nacional, pois visa proteger o direito de todos à estabilidade climática; e (iii) exige a implementação, pela União, da restauração florestal como um dos instrumentos de atingimento das metas climáticas assumidas pela demandada” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento n.º 5033746-81.2021.4.04.0000/PR** (Origem: ACP n.º 5048951-39.2020.4.04.7000). 3ª Turma. Relatora Des. Federal Vânia Hack de Almeida. Publicação: 19/08/2021).

⁶¹² BRASIL. *Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento n.º 5033746-81.2021.4.04.0000/PR*, p.3.

⁶¹³ Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Massachusetts v. Environmental Protection Agency** – 549 U.S. 497, 127 S. Ct. 1438 (2007). Cf. também NETHERLANDS. Supreme Court of the Netherlands (Hoge Raad). **Urgenda Foundation v. State of the Netherlands**, ECLI:NL:HR:2019:2007. Publicação: 13/01/2020.

⁶¹⁴ BRASIL. *Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento n.º 5033746-81.2021.4.04.0000/PR*, p.4.

judicialização de litígios climáticos, na referida decisão judicial, corrobora não apenas as observações que são aqui tecidas a respeito da mutabilidade como atributo inerente dos litígios coletivos, como também sobre os efeitos prospectivos intrínsecos a estes litígios.

No caso específico que se trouxe à análise, é evidente que os efeitos prospectivos exorbitam a própria noção de mutabilidade dos litígios coletivos, na medida em que os pedidos de proteção e reparação ambiental formulados foram especificamente fundamentados em seu propósito de futura redução da emissão de gases de efeito estufa. Tão logo, identifica-se o efeito prospectivo a partir de sua mera fundamentação. No entanto, as considerações apresentadas na decisão monocrática em Agravo de Instrumento demonstram que o efeito prospectivo desta litigância compreende não apenas a promoção de redução futura na emissão de gases do efeito estufa, como também engajamento social em favor da causa ambiental e consequente alteração nas dinâmicas interacionais entre instituições, em prol de práticas climaticamente sustentáveis. E, ainda que este último efeito prospectivo desse litígio climático específico não seja nitidamente observável, quando analisado o caso isoladamente, não se pode considerá-lo inexistente, visto que se trata de judicialização de litígio climático que se insere em tendência mais ampla de judicialização que avança⁶¹⁵ no Brasil.

Também é possível identificar efeito prospectivo no litígio coletivo objeto da ação n.º 0700899-55.2018.8.07.0001, proposta pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática (IBDI)⁶¹⁶, em face da Apple Computer Brasil Ltda. Sob o fundamento de prática de obsolescência programada em relação aos aparelhos iPhone 6, 6 Plus, 6s, 6s Plus, SE, 7 e 7 Plus, pediu-se que fosse a empresa ré condenada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo e à substituição de aparelhos afetados⁶¹⁷. Alegava-se que seriam práticas abusivas o lançamento de sucessivas atualizações de sistema operacional, que provocariam o esgotamento mais acelerado da capacidade de armazenamento dos aparelhos (conforme relatórios obtidos pelo *software Geekbench*), e o lançamento consecutivo de novos modelos em curto intervalo.

Também neste caso se observa como a própria situação litigiosa, por sua natureza, apresenta indiscutível potencial indutor de comportamentos sociais e, portanto, afeta as

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ “Após o recebimento da petição inicial, o Ministério Público solicitou sua habilitação aos autos na qualidade de litisconsorte ativo, bem como apresentou aditamento à petição inicial, documento em que requereu, além da indenização pleiteada, condenação da requerida em se abster de utilizar mecanismos que afetem a capacidade de aparelhos que já se encontram no mercado” (SAMPAIO, Jéssica Santos Nunes. Legitimação no Processo Coletivo: Análise dos Legitimados no Caso Apple. In: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes [Org.]. **Casebook de Processo Coletivo**: Estudos de Processo a partir de Casos. V.1: Tutela Jurisdicional Coletiva. São Paulo: Almedina, 2020, p.243).

⁶¹⁷ Cf. SAMPAIO. *Legitimação no Processo Coletivo: Análise dos Legitimados no Caso Apple*, op. cit.

interações entre agentes e partes do sistema social. A prática de obsolescência programada que, em suma, consiste em provocar a limitação da vida útil de determinado bem de consumo, a princípio, demanda dos consumidores a precoce substituição de seu aparelho celular por um modelo mais novo, para que seja possível seu pleno funcionamento tecnológico e a utilização das funcionalidades proporcionadas pelas atualizações de *software*. Porém, com o tempo, essa troca precoce de aparelho celular, que antes seria uma necessidade indesejada, se torna um padrão de consumo. E esta própria reformulação induzida do padrão de consumo tende, por sua vez, a se encaminhar para cenário no qual se passa a vislumbrar valor agregado em se possuir o mais recente modelo de smartphone, o que estimula que o consumidor troque de aparelho antes mesmo que este se torne incompatível com as atualizações do sistema operacional.

O que se busca demonstrar é que um olhar exclusivamente retrospectivo ao litígio coletivo em questão, buscaria a reconstituição de um *status quo ante* que não mais corresponde, nem corresponderá, à reformulação de padrões de consumo induzidas pelo próprio litígio. Como consequência, a ausência do olhar prospectivo nas vias resolutivas, inevitavelmente, reduz a efetividade e o alcance da tentativa de solução do litígio coletivo.

Trata-se de constatação que se torna ainda mais evidente, como esperável, quando são analisados litígios coletivos de difusão irradiada. Isso porque a intensidade com que litígios coletivos de difusão irradiada impactam nas relações entre agentes e partes do sistema social, situados ou não no epicentro dos efeitos da situação litigiosa, avoluma seu grau de mutabilidade e, como consequência, acentua a reverberação de seus efeitos prospectivamente.

Considere-se, para ilustração, o litígio coletivo que deu objeto à ação civil pública n.º 0001349-19.2014.8.22.0015, distribuída para a 1ª Vara Cível de Guajará-Mirim/RO e proposta pelo Ministério Público do Estado de Rondônia. O litígio correspondente delineava-se em torno do estado de calamidade provocado pela cheia dos rios Madeira, Mamoré, Beni, Laje e outros ao seu redor, em 2014, que teria ocorrido em proporções que não eram esperadas, inundando e afetando gravemente diversas localidades e regiões dos estados de Rondônia e Acre, “ocasionando uma série de prejuízos materiais e imateriais a toda a população local, com graves reflexos e mazelas de toda ordem, sociais, financeiros e até mesmo morais”⁶¹⁸. Em Inquérito Civil prévio ao ajuizamento da ação civil pública, apurou-se que a cheia dos rios teria provocado o fechamento de estradas; prejudicado o abastecimento de produtos (inclusive do

⁶¹⁸ ALVARENGA, Samuel. Da Estratégia na Formulação de Pedidos em Ações Coletivas envolvendo Casos Complexos: Implantação e Operacionalização de Defesa Civil Municipal para o Enfrentamento de Inundação Durante Estado de Calamidade. In: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes [Org.]. **Casebook de Processo Coletivo: Estudos de Processo a partir de Casos**. V.1: Tutela Jurisdicional Coletiva. São Paulo: Almedina, 2020, p.107.

gênero alimentício), gerando aumento dos preços; reduzido o escoamento da produção local; desalojado famílias que residiam em áreas inundadas urbanas e rurais; exigido a remoção por via aérea de pacientes dos hospitais da rede pública, para outras regiões; provocado crise no abastecimento de combustíveis (em prejuízo à utilização de viaturas policiais, ambulâncias, transportes públicos e escolares); ampliado o desemprego; além de ter inviabilizado ou afetado gravemente a prestação de serviços públicos em geral⁶¹⁹.

Como consequência do intenso impacto do litígio coletivo nas interações entre agentes e entre instituições do sistema social, assim como da escassa adaptabilidade das estruturas para absorverem e neutralizarem esses impactos (elementos que compõem a medição qualitativa da mutabilidade dos litígios coletivos), observou-se também intensificada conflituosidade, que se identificou no próprio surgimento de lideranças locais e regionais com diferentes postulações, assim como na intensificação de confrontos armados envolvendo, sobretudo, pequenos agricultores e indígenas⁶²⁰. As características do litígio coletivo em questão permitem diagnosticar que, para que fosse solucionado, não se sustentariam tentativas imediatistas de se reconstituir o exato cenário existente previamente à inundação, mediante olhar retrospectivo que desconsiderasse as modificações das formas sociais, cocriadas pela situação litigiosa. O enfrentamento do estado de calamidade, pelo contrário, condicionava-se à formulação de plano de ação para recuperação, que fosse sensível às adaptações espontâneas dos modos de vida e de interações, decorrentes do próprio litígio. E, principalmente, que considerasse que as originais formas de interação e organização entre as instituições envolvidas não se mostraram suficientemente adaptadas para neutralizar os impactos de litígios coletivos de tal amplitude, ou para responder aos seus efeitos tempestiva e adequadamente.

Sobretudo em vista desta última constatação, a petição inicial da ação civil pública respectiva investiu inusual nível de detalhamento⁶²¹, para formular pedidos que pretendiam estabelecer sistemática (i) de controle de assiduidade, pontualidade e produtividade de todos os servidores e voluntários da Defesa Civil estadual e local (especificamente em relação a Guajará-Mirim e Nova Mamoré); (ii) de recebimento de doações de produtos e serviços; (iii) de identificação de famílias desalojadas, desabrigadas ou de alguma forma afetadas pela inundação; (iv) de ocupação de abrigos; (v) de organização e fiscalização de ações assistenciais; (vi) de controle, acompanhamento e prestação de contas sobre o uso de materiais e recursos;

⁶¹⁹ *Ibid.*, p.108-111.

⁶²⁰ *Ibid.*, p.109.

⁶²¹ Sobre a tendência de excessivo detalhamento na formulação de pedidos ou na elaboração judicial de medidas prospectivas de reestruturação institucional, e as críticas que lhe sejam pertinentes, cf. item 4.4.2, *infra*.

(vii) de adaptação e cumprimento de calendários escolares; (viii) de reforço de pessoal em suporte à Defesa Civil local e auditoria de suas atividades periódicas⁶²². A especificidade dos provimentos que se buscava perante o Poder Judiciário, ainda em 2014, permitia prenunciar a provável resistência que se encontraria em seu eventual acolhimento – prognóstico que foi confirmado pela realidade fática. Apesar do deferimento dos pedidos de tutela jurisdicional provisória, pelo juízo de primeiro grau, a decisão foi integralmente reformada em sede de julgamento de agravo de instrumento, quando se entendeu que “não pode o Judiciário assumir o controle da Administração, mormente em juízo de cognição sumária e superficial”⁶²³. Dois anos mais tarde, em primeiro grau, foi proferida sentença de extinção do processo sem exame do mérito⁶²⁴.

Por mais que, no caso em questão, não se tenha efetivamente alcançado a resolução jurisdicional meritória do litígio coletivo, as tomadas de decisão do Ministério Público do Estado de Rondônia (enquanto parte autora em proteção dos interesses coletivos), na elaboração da petição inicial, demonstram sua assimilação de que os efeitos do litígio se reverberariam prospectivamente. Embora, em contrapartida, suscitem debate sobre seu detalhamento, seja no que concerne à atribuição constitucional de funções típicas e atípicas aos Poderes⁶²⁵, seja quanto à sua (in)adequabilidade diante da fluidez da situação litigiosa⁶²⁶.

3.5.2.1. Resolução por Medições Preditivas e Avaliativas

Considerado o recorte metodológico que se realiza, a importância de se diagnosticar o grau de mutabilidade e, conseqüentemente, a extensão dos efeitos prospectivos dos litígios coletivos, consiste em se delimitar a dimensão que assumirão as medições preditivas – ao lado das inerentes medições avaliativas – para sua resolução. Quanto mais nítidos forem os efeitos prospectivos reverberados por um litígio coletivo, por intermédio dos poderes causais que este exercer nas interações entre agentes e partes relacionais do sistema social, maior será a necessidade (e o volume) de medições preditivas para que seja solucionado.

⁶²² ALVARENGA. *Da Estratégia de Formulação de Pedidos em Ações Coletivas...*, p.123-152.

⁶²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento n.º 0004393-91.2014.8.22.0000**. 1ª Câmara Especial. Relator Des. Eurico Montenegro. Publicação: 06/11/2014.

⁶²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Sentença na Ação Civil Pública n.º 0001349-19.2014.822.0015**. 1ª Vara Cível da comarca de Guajará-Mirim. Publicação: 05/05/2016.

⁶²⁵ Cf. item 4.4.3, *infra*.

⁶²⁶ Cf. itens 4.4.1 e 4.4.2, *infra*.

Em contrapartida, paralelamente ao aumento da importância e da abundância de medições preditivas, amplifica-se também a margem de incertezas intratáveis e de informações imperfeitas⁶²⁷ das tomadas de decisão. Especificamente no caso da resolução de litígios coletivos pelo método do processo judicial, conforme o escopo desta pesquisa, tal conclusão abrange não apenas as tomadas de decisão realizadas por magistrados em sua prestação jurisdicional, como também as decisões tomadas por sujeitos não-investidos da jurisdição (por exemplo, na narrativa que se realizará do litígio coletivo⁶²⁸, na delimitação dos pedidos para sua resolução, ou no tipo de estratégias que serão adotadas ao longo da relação jurídica processual). Como decorrência disso, todas as etapas, pré-processuais ou processuais, para a resolução do litígio coletivo envolverão tomadas de decisão para as quais haverá informações impossíveis de serem conhecidas e, porventura, ainda, informações que, embora razoavelmente mensuráveis, não se conheça efetivamente.

Deve-se ressaltar, neste ponto, que, quando se conjectura sobre a necessidade de realização de medições preditivas para a resolução de litígios coletivos, não se tem a intenção de insinuar que não seriam também indispensáveis as medições de natureza avaliativa. Pelo contrário, consideram-se essas últimas como inerentes ao próprio método processual de resolução de litígios, pela via jurisdicional. Sejam as tomadas de decisão por parte dos sujeitos não-investidos da jurisdição que culminem por determinar a narrativa que se fará do litígio coletivo na relação jurídico-processual, sejam as tomadas de decisão por aqueles que estejam investidos da função jurisdicional: “a solução jurídica que se der a um problema de direito processual somente será aceitável se estiver em conformidade com a pauta conceitual por ela fornecida”⁶²⁹. Em suma, a técnica processual impõe valorações sucessivas ao sujeito tomador de decisões, ao qual cabe adequar seu discurso e vincular suas conclusões deliberativas a uma interpretação do litígio que se alinhe à dogmática jurídica – o que, referenciando-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior, traduz a ideia de subsunção⁶³⁰. É válido dizer, mesmo, que por trás da simples ideia de se interpretar fatos ou situações, há uma atribuição de valor, ou seja, uma medição avaliativa⁶³¹. O próprio diagnóstico de um conflito social como sendo ou não um litígio

⁶²⁷ Cf. item 2.2, *supra*.

⁶²⁸ Cf. ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*.

⁶²⁹ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.134.

⁶³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 4.ed.rev.e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.316-319.

⁶³¹ A doutrina do *instrumentalismo* de Cândido Rangel Dinamarco, adicionalmente, considera que o juiz deve se mostrar sensível às escolhas valorativas da sociedade, para que estas se reflitam em sua consciência sociopolítica, a guiar suas resoluções processuais (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.231). Especificamente sobre a interpretação constitucional, e destacando a forma

coletivo condiciona-se à avaliação da desconformidade da situação que se narra com o ordenamento jurídico e, vale acrescentar, a própria literalidade das normas (assim como a doutrina e a jurisprudência) também se encontra inevitavelmente sob interpretação e, portanto, sob avaliação, em tomadas de decisão no contexto processual.

Por isso, não havendo incerteza quanto à recorrência de medições avaliativas para as tomadas de decisão na resolução de litígios pela via processual, as considerações que se tecem nesta pesquisa são especialmente direcionadas às medições preditivas.

A implicação do aumento de medições preditivas está em sua alta suscetibilidade a erros provenientes de interferências cognitivas⁶³². Mas, ainda que não se considere a configuração de efetivo erro na tomada de decisão, ou que não se identifique nenhuma espécie de viés ou ruído na deliberação que a origine (o que se cogita apenas para fins hipotéticos, até mesmo porque o arranjo existente entre os Sistemas 1 e 2 os torna intrinsecamente suscetíveis a mecanismos heurísticos de enviesamento), é preciso também reconhecer que, quanto maior for o grau de mutabilidade do litígio coletivo, maior tende a ser a oscilação em relação à previsibilidade de seus efeitos prospectivos⁶³³. Portanto, para o caso dos litígios coletivos que apresentem acentuada mutabilidade e efeitos prospectivos muito nítidos ou, até preponderantes, menos efetivas tendem a ser as tomadas de decisões para sua resolução, quando se encontrarem sob rigidez de institutos processuais que as façam imodificáveis. A afirmação não tem o condão, nem sequer a intenção, de fazer com que o atributo da coisa julgada seja afastado peremptoriamente do sistema integrado brasileiro de tutela jurisdicional aos interesses de coletividades⁶³⁴. Mas é sintoma da necessidade da flexibilização deste mesmo atributo, para que não se congelem as decisões tomadas por sujeitos investidos da jurisdição, quando o método processual for aplicado para a resolução de litígios coletivos cuja mutabilidade seja muito alta e os efeitos prospectivos, predominantes⁶³⁵.

como deve envolver avaliações não apenas normativas, como também políticas, esclarece Luiz Guilherme Marinoni: “Embora a teoria da interpretação e os critérios interpretativos certamente tenham relevância para a interpretação constitucional, neutralizar a natureza e o significado político do texto constitucional, dando-se ênfase a uma preocupação centrada exclusivamente na teoria da interpretação, constitui ingenuidade inescusável ou, pior do que isso, uma tentativa sub-reptícia de afastar a atenção sobre a realidade contida na interpretação da Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.841).

⁶³² Cf. capítulo 2, *supra*.

⁶³³ Trata-se de fator, inclusive, apto a intensificar a *complexidade* de um litígio coletivo, pelo fato de ampliar as possíveis alternativas à sua resolução.

⁶³⁴ Também chamado de microssistema de tutela jurisdicional coletiva.

⁶³⁵ Sobre a possibilidade de flexibilização do atributo da coisa julgada, na resolução processual de litígios coletivos que apresentem altíssima mutabilidade interna e amplo efeito prospectivo, cf. item 6.3.1, *infra*.

Deve-se, contudo, ainda, retomar a observação com a qual se iniciou o parágrafo anterior. A exacerbada suscetibilidade das medições preditivas a interferências cognitivas que amplifiquem o risco de que incidam em erros – especificamente no contexto da resolução de litígios coletivos pelo método processual –, além de estimular a flexibilização procedimental, também passa a exigir reflexão sobre os mecanismos deliberativos que sejam adotados para as tomadas de decisão que tenham o potencial de interferir de forma determinante na resolução destes litígios pela via processual. Tomadas de decisão que sejam, por conseguinte, estratégicas para coletividades, que tenham o *poder* de determinar a narrativa de um litígio coletivo e que assumam o risco de se tornarem a narrativa *definitiva* deste litígio⁶³⁶.

3.6. O PODER CAUSAL DAS TOMADAS DE DECISÃO PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS COLETIVOS

Como últimas observações que, ao mesmo tempo, entrelaçam conclusões parciais para a primeira parte desta pesquisa e proporcionam orientação interpretativa à proposta emergentista de litígios coletivos: (i) dá-se ênfase à sua incompatibilidade com interpretações de essência predominantemente determinista e (ii) acentua-se o poder causal das tomadas de decisão dos agentes singulares ou inseridos no arranjo (formal ou fático) organizacional das partes do sistema social, para a resolução de litígios coletivos. As duas observações, inclusive, como se perceberá, harmonizam-se uma a outra, em relação de interdependência.

No que tange à primeira (i), consiste na reafirmação de que a abordagem da corrente emergentista que é importada, nesta pesquisa, da ciência da Sociologia para a ciência do Direito, e que constitui marco teórico para a proposição que se faz sobre o gênero dos litígios coletivos, é particularmente *morfogênica*. Isso significa dizer que é trazida para a proposta emergentista de litígios coletivos, a interpretação que Margaret Archer⁶³⁷ fornece ao *dualismo analítico* e ao *realismo social ontológico*, por intermédio de sua morfogênese. Rememora-se o que, aqui, já se pontuou, sobre o fato de que essa matriz interpretativa considera que os poderes causais que emergem das interações entre agentes e partes relacionais do sistema social “habilitam as pessoas a refletir sobre seu contexto social, e a agir reflexivamente em relação a ele”⁶³⁸. Sobre este postulado, Archer alicerça o seu argumento de que os indivíduos seriam participantes ativos

⁶³⁶ ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*, op. cit.

⁶³⁷ ARCHER. *Being Human*, op. cit.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 308, tradução livre: “enable people to reflect upon their social context, and to act reflexively towards it” (original).

da modulação do próprio sistema social em que se encontrarem inseridos⁶³⁹. E também, a partir do mesmo dogma, explica que os indivíduos “têm os poderes de reflexão crítica sobre seu contexto social e de redesenhar criativamente seu ambiente social, suas configurações institucionais ou ideacionais, ou ambos”⁶⁴⁰.

Todavia, embora a observação afaste interpretações excessivamente deterministas da proposta emergentista apresentada para os litígios coletivos, reitera-se que é apenas a esse ‘excesso’ que se faz resistência. A abordagem da morfogênese não desconsidera a influência determinante das formas sociais preexistentes, até mesmo porque, como se aponta, o poder causal destas habilitaria o agir reflexivo dos indivíduos (sem lhes retirar a autodeterminação). A ponderação se alinha com o entendimento de Dave Elder-Vass⁶⁴¹, o qual, a partir de 2007, filiou-se às ideias de Margaret Archer, para demonstrar como poderiam ser proveitosamente conciliadas com elementos da teoria determinista de Pierre Bourdieu.

Em uma promissora revisitação dos postulados da abordagem morfogênica, Dave Elder-Vass corrobora a construção teórica de Archer, especialmente no que tange à valorização da deliberação reflexiva consciente dos agentes, na explicação do agir humano e dos fenômenos sociais⁶⁴². Ao mesmo tempo, identifica a necessidade de se fazer leitura não-restritiva de seus princípios, para o fim de que se reconheça claramente que estas deliberações refletem também “as disposições adquiridas em nossas crenças e comportamento, e o efeito do contexto social nessas disposições”⁶⁴³. É evidente que não propõe Elder-Vass a ampla aplicação da ontologia de Pierre Bourdieu à abordagem morfogênica, visto que exibem muitas dissonâncias entre si. Porém, realiza recorte metodológico em uma das nuances do conceito de *habitus*⁶⁴⁴ traçado por Bourdieu, para enfatizar o seu reconhecimento de que “crenças socialmente influenciadas contribuem para a nossa reprodução da estrutura social”⁶⁴⁵. Não adere, por outro lado, à máxima de Bourdieu de que as estruturas sociais seriam internalizadas na literalidade pelos indivíduos.

Como resultado das incursões de Dave Elder-Vass na literalidade da abordagem original de Margaret Archer, passa-se a considerar uma morfogênese que, além de atribuir centralidade ao papel da deliberação reflexiva dos agentes (singulares ou inseridos no arranjo

⁶³⁹ *Ibidem*.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, tradução livre: “human beings have the powers of critical reflection upon their social context and of creatively redesigning their social environment, its institutional or ideational configurations, or both” (original).

⁶⁴¹ ELDER-VASS. *Reconciling Archer and Bourdieu in an Emergentist Theory of Action*, *op. cit.*

⁶⁴² *Ibid.*, p.344,

⁶⁴³ *Ibid.*, p.345, tradução livre: “acquired dispositions on our beliefs and behavior, and the effect of social context on those dispositions” (original).

⁶⁴⁴ Cf. item 3.2, *supra*.

⁶⁴⁵ ELDER-VASS. *Reconciling Archer and Bourdieu in an Emergentist Theory of Action*, p.345, tradução livre: “socially influenced beliefs contribute to our reproduction of social structure” (original).

organizacional das partes do sistema social) para a cocriação de modificações nos sistemas sociais, também reconhece que esta deliberação reflexiva é suscetível à influência da forma como estes agentes interajam com as crenças sociais e com demais estímulos do contexto social. Consequentemente, demonstra-se o alinhamento entre a abordagem morfogênica que constitui marco teórico para a proposta emergentista que se constrói aos litígios coletivos, e a avaliação que se realiza sobre as tomadas de decisão estratégicas para coletividades, no capítulo anterior.

Do mesmo modo, confirma a segunda observação (*ii*), e também conclusão parcial desta tese, de que as tomadas de decisão dos agentes (inseridos ou não em organizações formais ou informais das partes relacionais do sistema social) assumem estratégico poder causal para participar da cocriação de modificações nas formas sociais e, por conseguinte, para determinar decisivamente as modificações interacionais que levem à resolução de litígios coletivos.

PARTE II:
LITÍGIOS ESTRUTURAIS E PROCESSOS COLETIVOS COM ENFOQUE
PROSPECTIVO: “ANTES-AGORA-DEPOIS-E-DEPOIS-AINDA”¹

Compreendera que sua vida, um grão de areia lá no fundo do rio, só tomaria corpo, só engrandeceria, se se tornasse matéria argamassa de outras vidas. Descobria também que não bastava saber ler e assinar o nome. Da leitura era preciso tirar outra sabedoria. Era preciso autorizar o texto da própria vida, assim como era preciso ajudar construir a história dos seus. E que era preciso continuar decifrando nos vestígios do tempo os sentidos de tudo que ficara para trás. E perceber que por baixo da assinatura do próprio punho, outras letras e marcas havia. **A vida era um tempo misturado do antes-agora-depois-e-do-depois-ainda. A vida era a mistura de todos e de tudo. Dos que foram, dos que estavam sendo e dos que viriam a ser².**

Ao contar a história de Ponciá Vicêncio – e de como ela, que carregava a herança do avô no sangue, nos trejeitos e na essência, saiu do interior e foi viver na cidade grande – Conceição Evaristo traz uma profunda reflexão sobre *o tempo*. No romance, que, apesar de escrito nos idos da década de 1990, foi publicado apenas em 2003, a própria narrativa não se estabelece de forma estática no espaço-tempo, fluindo com a mesma cadência que lembranças brotam e se dissipam na memória da protagonista, Ponciá. Dessa forma, a história intercala digressões temporais a uma infância feliz, em que a protagonista vivia no campo, com a família – embora as formas sociais impusessem um modo de exploração do trabalho que lhe privasse amplamente do convívio, primeiro com o pai, e depois com o irmão –, e descrições psicológicas de um presente em que Ponciá vive o vazio da desconexão com sua essência.

Também esta essência, como se adiantou, encontra-se no *tempo*: ao longo de todo o enredo, Conceição Evaristo conduz as personagens em torno da onipresença de uma *herança*. Herança, contudo, que não é tomada em sua significação patrimonial, mas histórica e cultural, materializada, metaforicamente, na representação do avô de Ponciá, e na forma como ela, que com ele conviveu apenas enquanto criança ‘de colo’, copiava-lhe o jeito de, ao mesmo tempo, rir e chorar, a postura, a forma de andar em círculos e com o braço para trás. Para além da metáfora, a herança deixada pelo avô de Ponciá muito mais representava o legado daqueles que a antecederam; a luta, o sofrimento e a resiliência dos negros, no Brasil, que, embora libertos pela legislação, viam-se inseridos em sistema social que lhes perpetuava as mazelas e lhes impunha condições de vida precárias.

¹ EVARISTO, Conceição. **Ponciá Vicêncio**. 3.ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2017, p.110.

² *Ibid.*, p.109-110.

Acompanhados pela onipresença deste legado, Ponciá e o irmão, Luandi, partem – cada um em um diferente momento – à cidade grande, movidos pela esperança de um futuro que prometia oportunidades. No entanto, para ambos, o encontro com a realidade se mostrou mais árduo que a promessa, e o fôlego era encontrado apenas na esperança de um reencontro: um com o outro, ambos com a mãe e, nitidamente para Ponciá, com o campo e as águas do rio. Para Luandi, por outro lado, o prevalecer da *herança* demorou-se mais até que ficasse claro. Permanecia vacilante, enquanto Luandi era movido pelo sonho de se tornar soldado, casar-se com Bilisa e trazer no uniforme a autoridade que o sistema social, até então, não lhe permitia ter. Ironicamente, o sonho da farda se concretizou após o falecimento de Bilisa, e ao momento em que Luandi alcançou seu tão esperado reencontro: com a mãe e com Ponciá. Momento, em que constatou que, para “autorizar o texto da própria vida”³ e construí-lo para o futuro, precisaria conectar-se com sua herança, para “ajudar a construir a história dos seus”⁴ – deixava a farda recém-conquistada e voltava ao campo. Entendia que, na vida, misturam-se os tempos de antes-agora-depois-e-depois-ainda.

Alegoria de uma realidade que, em muito transcende a história de Ponciá Vicêncio e de seu irmão Luandi, o romance de Conceição Evaristo retrata um contexto de profunda desconformidade nas interações entre instituições do sistema social (ou seja, desconformidade entre suas estruturas), que se faz sentir de modo muito intenso também no âmbito das relações sociais entre seus agentes individuais e que se retroalimenta pela conformação preexistente das instituições públicas e privadas. Como decorrência disso, exhibe-se marcadamente mutável: em uma mutabilidade que se faz perceber ao longo de toda a trama, a partir da forma como se torna presente o elemento temporal, em sua fluidez de passado-presente-futuro. E que, portanto, se torna componente central à narrativa, revelando como não podem ser as relações interpretadas e os conflitos sociais superados, ao descuido do tempo.

³ *Ibid.*, p.110.

⁴ *Ibidem.*

4. LITÍGIOS ESTRUTURAIS, SEU DIAGNÓSTICO NO DIREITO COMPARADO E SEU ENQUADRAMENTO AO GÊNERO DOS LITÍGIOS COLETIVOS

Reconhecidamente, a Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América preocupou-se em consagrar a todos os cidadãos americanos direitos de igualdade face às proteções da lei⁵. No entanto, a literalidade de sua redação, somada ao enviesamento conservador e majoritariamente oligárquico dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário ainda nas últimas décadas do século XIX, fizeram com que se interpretasse que um referido dever de promoção da igualdade vinculasse apenas órgãos da esfera pública. Como consequência, consolidou-se na Suprema Corte, por maioria de votos, àquele tempo, que práticas discriminatórias, com base em critérios raciais por exemplo, caso praticadas no âmbito exclusivo das relações privadas (sendo impostas por teatros, bares, restaurantes), não seriam ilícitas ou sequer inconstitucionais⁶.

Na mesma época, proliferaram nos estados do sul daquele país (que exibiam mais arraigada herança escravagista) leis segregacionistas estabelecendo separação espacial entre negros e brancos em transportes públicos, teatros, escolas, hospitais, hotéis, dentre outros, o que consolidou doutrina que se passou a conhecer como ‘separados, mas iguais’. Referidas leis culminaram com a judicialização do caso *Plessy v. Ferguson*⁷, no qual homem com traços fenotípicos brancos e herança genética minoritariamente negra arguia seu direito a utilizar vagão de transporte público destinado a passageiros brancos. A Suprema Corte, nesta ocasião, e mediante divergência de *Justice* John Marshall Harlan, revelou-se absolutamente conivente às leis segregacionistas de estados do sul, entendendo-lhes constitucionais, inclusive quanto à delimitação de seus próprios e particulares critérios de diferenciação entre brancos e negros. Em outras palavras, com este precedente, consolidava a Suprema Corte norte-americana o

⁵ “As emendas da Reconstrução redesenharam a relação entre os Estados e a União. A Constituição original via no governo federal a maior ameaça à liberdade individual. Após a Guerra Civil, ficou claro que os governos locais é que deveriam ser contidos. De uma Constituição que protegia os Estados contra a interferência federal, passou-se a uma Constituição que centralizava na União a autoridade e os poderes para proteger os indivíduos contra a interferência estadual” (VIOLIN, Jordão. **Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: A Experiência Norte-Americana na Resolução de Litígios Policêntricos**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 241p., 2019, p.16-17).

⁶ Cf. WILKINSON III, J. Harvey. **From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration – 1954-1978**. New York: Oxford University Press, 1981, p.16. E prossegue o autor, apresentando estratégia argumentativa que preponderava à época: “That amendment declared only that no state shall deny citizens their constitutional rights; Congress and the Court were equally disabled from regulating the affairs of private individuals. In light of the lynching cases, the Court's rationale was not surprising. But the tone of its new ruling certainly was. No longer were blacks ‘children’ to be looked after; no longer were their rights what the Civil War amendments were all about. Paternalism, and with it all pretense of federal protection, was suddenly abandoned” (*Ibidem*).

⁷ UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Plessy v. Ferguson - 163 U.S. 537**, 16 S. Ct. 1138 (1896).

entendimento de que leis segregacionistas não importariam inferiorização de todo um grupo ou categoria – o que fortaleceu e legitimou, nas décadas seguintes, a proliferação daquelas que se passou a conhecer por “Leis de Jim Crow”⁸.

No ambiente das escolas, os efeitos da política pública segregacionista eram ainda mais nocivos. Estados sulistas, em média, gastavam, por aluno branco, o triplo da verba que despendiam por aluno negro (nos estados da Geórgia e do Mississippi, essa proporção alcançava o patamar de cinco para um)⁹. Neste contexto, na década de 1950, a *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)*, por sua sede no Kansas, desafiou a política segregacionista aplicada nas escolas pelo *Board of Education* de Topeka, a partir da tentativa articulada de treze pais em matricular vinte crianças negras, dentre as quais Linda Brown, em escolas destinadas a brancos que se localizavam mais próximas de suas residências, em comparação às escolas para negros.

Como imaginado, todas estas tentativas se revelaram frustradas, o que conduziu à judicialização do caso, que se referencia como *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁰ e que, em primeiro grau, novamente não alcançou sucesso às pretensões, razão pela qual, por vias recursais, a NAACP o levou à apreciação da Suprema Corte. Neste Tribunal, este caso, que era o único que enfrentava como seu objeto principal a doutrina ‘separados, mas iguais’, foi reunido a outros casos, provenientes de diferentes estados (Carolina do Sul, Virgínia, Distrito de Columbia e Delaware) que discutiam matérias análogas, também manejados pela NAACP. Dada a importância da matéria e seu potencial de transformação social, preocupou-se a Suprema Corte em buscar consenso quanto à sua decisão. Porém, atuou com enviesamento político, ao mesmo tempo em que jurídico e sociológico, de modo que se limitou a considerar a inconstitucionalidade da política segregacionista no âmbito de escolas e a determinar a eliminação da discriminação em escolas públicas de forma célere, refreando-

⁸ Em análise do caso, Wilkinson pondera que, sendo perfeitamente previsível a longo prazo o aprofundamento do abismo socioeconômico que derivaria de referidas leis segregacionistas, não seria legítimo à Suprema Corte valer-se da escusa de que estaria a seguir o temperamento de seu tempo: “The Supreme Court is the one branch of government for which it is never quite a sufficient apology to say simply that it followed, by design or from sixth sense, the temper of its time. The Court, in fact, is where minorities must seek refuge when the time itself becomes too heated, too cruel, too extravagant. And the Constitution fairly commands resistance to majority moods, something the late-nineteenth century Court at least fleetingly recognized. Finally, the temper-of-the-times argument quite overlooks the Court's co-equal obligation to the temper of the framers of the Civil War amendments, something it surely understood and just as certainly emasculated” (WILKINSON III. *From Brown to Bakke*, p.21).

⁹ *Ibid.*, p.19.

¹⁰ Nas palavras de Stephen Yeazell, *Brown* foi parte de uma revolução (YEAZELL, Stephen C. *Brown, the Civil Rights Movement, and the Silent Litigation Revolution*. In: **Vanderbilt Law Review**, v.57, n.6, p.1975-2003, nov.2004).

se, contudo, quanto à fixação de um plano de implementação com prazos e condições uniformes¹¹.

Um ano após a prolação da paradigmática decisão de 1954¹², que se passou a conhecer por *Brown I*, pouca ou nenhuma transformação prática foi alcançada no propósito de dessegregação escolar, e novas argumentações foram apresentadas à Suprema Corte em sustentação de qual ou quais medidas seriam mais adequadas à implementação da decisão. Nesta ocasião, viu-se a Corte diante do desafio de promover mudança organizacional, ideológica e nas interações entre instituições de grande porte do sistema social, que se apresentavam com características e em contextos muito distintos em cada localidade do país – embora todas exibindo a mesma inconstitucionalidade segregacionista. Portanto, conduziu-se a Suprema Corte à prolação da decisão *Brown II*¹³, em 1955, por intermédio da qual delegou às Cortes locais o encargo de conduzir as transformações sociais destinadas à eliminação da segregação escolar por critérios raciais, enfrentando questões relacionadas às instalações das escolas, ao transporte público e às necessárias alterações legislativas em âmbito local e regional. Nesta segunda decisão, ponderou expressamente a Suprema Corte, dentre outros, que, ao modular as medidas remediais a serem aplicadas, deveriam as Cortes locais se pautar por princípios de *equity*¹⁴, permitindo-se flexibilidade prática, de forma a viabilizar seus ajustes e a conciliação de interesses públicos e privados¹⁵.

Como se poderia antecipar, a transformação institucional, social e jurídica imposta por *Brown I* e *Brown II* enfrentou, ao longo das décadas que se seguiram, sucessivos desafios à sua implementação decorrentes, em grande medida, da resistência ideológica e política de diversas comunidades à absorção do novo valor social, e que se materializaram, por exemplo,

¹¹ WILKINSON III. *From Brown to Bakke*, p.25: “The Court, in *Brown*, for all its bravado, knew only too well the mood of its day. And that mood was not ignored. With the segregation cases, the Court moved in its own sweet time. It called for reargument. It sought unanimity. It spoke in a tone both bland and conciliatory. It postponed in the original *Brown* decision any plan for implementation. When a plan was announced, it refrained from fixing deadlines or uniform conditions. All it asked was the elimination of racial discrimination in public schools “with all deliberate speed.” But the temper of the time – for all its influence – stopped short of subverting the principle. That segregated schools were inherently unequal and hence unconstitutional remained clear and intact. Unlike its ancestor, the Supreme Court in *Brown* found a way to be both politic and principled. And therein lay all the difference”.

¹² UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka** - 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686 (1954).

¹³ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka** - 349 U.S. 294, 75 S. Ct. 753 (1955).

¹⁴ Sobre *equity*, à luz do direito estadunidense, se discorrerá adiante. Cf. item 4.2, *infra*.

¹⁵ UNITED STATES OF AMERICA, *Brown v. Board of Education of Topeka* - 349 U.S. 294, p.300. “In fashioning and effectuating the decrees, the courts will be guided by equitable principles – characterized by a practical flexibility in shaping remedies and a facility for adjusting and reconciling public and private needs”.

em fenômenos como a ‘fuga branca’ (*white flight*) que prolongaram, em muitos anos, contextos fáticos de escolas segregadas¹⁶.

Além disso, apesar da inquestionável conquista jurídica e social representada por *Brown I* e *Brown II*, não se pode desconsiderar o fato – devidamente percebido por William Fletcher – de que em nenhuma dessas decisões alcançou-se a minúcia de se distinguir ‘dessegregação’ e ‘integração’, conceitos cuja delimitação seria elementar ao alcance da máxima efetividade dos propósitos sociais a permear o litígio coletivo¹⁷. Os primeiros anos após a prolação das decisões escancararam a realidade de que os dois conceitos não coincidiram, nem seriam interdependentes, uma vez que, caso tal fosse a realidade, “o desmantelamento do aparato de segregação deveria, sem mais, ter desobstruído o caminho à integração”¹⁸, o que não ocorreu. Entretanto, o alcance do real objetivo pretendido pela Suprema Corte nestas decisões – a integração substancial das escolas, com a eliminação da segregação tanto sob o ponto de vista normativo e jurídico, quanto prático, e a plena convivência interracial de crianças e adolescentes nos mesmos estabelecimentos educacionais – dependeria da adoção de postura e suscitação de princípios pela Corte, os quais esta ainda não parecia estar confortável em assumir, sobretudo face à resistência social e jurídica quanto à coercibilidade de direitos fundamentais sociais que sequer constariam expressamente do texto constitucional estadunidense.

Referida postura, na concepção de William Fletcher, envolveria escolher entre aplicar o *princípio histórico* (segundo o qual teriam as crianças o direito de frequentar escolas, sem terem nunca sofrido segregação inconstitucional, de forma que o foco deveria concentrar-se na eliminação dos reflexos, dos efeitos, da segregação inconstitucional do passado) e o *princípio do resultado final* (que estabeleceria ter o estudante direito a uma escola efetivamente integrada)¹⁹. Somente após a prolação das decisões *Brown I* e *Brown II*, e vendo-se novamente diante do mesmo dilema nos casos *Green v. County School Board of*

¹⁶ Trata-se de fenômeno que impôs graves desafios à implementação dos remédios estruturais, sobretudo nas áreas rurais do sul dos Estados Unidos, uma vez que a mobilidade residencial promovida por famílias de pessoas brancas era tratada como “autossegregação”, por escolha individual, inapta a gerar responsabilização por descumprimento oficial da decisão estrutural (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. In: **Harvard Law Review**, v.117, 2004, p.1023).

¹⁷ Cf. FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. In: **The Yale Law Journal**, v.91, n.4, 1982, p.674-675.

¹⁸ *Ibid.*, p.674, tradução livre: “[...] dismantling the apparatus of segregation should, without more, have cleared the way to integration” (original).

¹⁹ *Ibid.*, p.676-677. A efetiva integração de crianças, neste ponto, dependeria não apenas do abandono de normas segregacionistas, como também da sensibilidade ao fato de que crianças que representassem minorias, proporcionalmente ou sociopoliticamente, em cada escola, não poderiam sofrer tratamento inferiorizado ou tácitas desvantagens, além de apresentarem maior probabilidade de se sentirem inseridas caso possuíssem alguns professores que representassem a mesma respectiva minoria (SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1024).

*New Kent County*²⁰, *Davis v. School Commissioners of Mobile County*²¹, *Keyes v. School District no.1, Denver, Colorado*²², e *Pasadena City Board of Education v. Spangler*²³⁻²⁴, culminou a Suprema Corte por se posicionar claramente em escolha ao *princípio histórico*, o que enfraquecia a tese da obrigatoriedade de uma efetiva integração²⁵.

Apesar desta escolha, ainda assim “Brown e o movimento de litigância de direitos civis auxiliaram à criação de uma crença renovada, não apenas no direito, mas mais especificamente na litigância como um nobre chamado e como uma avenida para mudança social”²⁶. Isso porque a proibição da segregação em escolas públicas, determinada pela Suprema Corte em *Brown*, desenvolveu-se em postulado interpretativo do texto constitucional mais amplo, no sentido de que segregações de diversas naturezas, perpetradas pelo Estado ou

²⁰ UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Charles C. Green et al v. County School Board of New Kent County, Virginia et al - 391 US 430**, 88 S. Ct. 1689 (1968).

²¹ UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Birdie Mae Davis et al, Petitioners, v. Board of School Commissioners of Mobile County et al - 402 U.S. 33**, 91 S.Ct. 1289 (1971).

²² UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Wilfred Keyes et al, Petitioners, v. School District no.1, Denver, Colorado et al - 413 US 189**, 93 S. Ct. 2686 (1973).

²³ UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Pasadena City Board of Education v. Spangler - 427 U.S. 424**, 96 S. Ct. 2697 (1976).

²⁴ FLETCHER. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, p.677-679.

²⁵ “For about three decades after *Brown v. Board of Education* held segregation unconstitutional, the Court’s docket of segregation cases dealt with claims that school boards were moving too slowly to eliminate it. The Court mostly agreed. The tone began to shift in the 1970s and 1980s, with a Court led by Chief Justices Warren Burger and then William Rehnquist limiting the steps it would require schools to take to desegregate. By the late 1980s and 1990s the tenor of the Court’s holdings was clear: Almost everywhere, school boards had done enough to eliminate segregation. In 2007, shortly after Chief Justice Roberts came to the Court, the tone shifted again. Now the Court held that school boards had done too much to eliminate racial segregation. In the late 1990s and early 2000s, school boards in Seattle and Louisville had used programs aimed at integrating their schools. They believed it was good social and educational policy for each school in the district to mirror the racial composition of the district as a whole rather than, for example, that of the neighborhood where the school was located. So they developed policies to assign students to schools to achieve this integration. Each board’s program began with a complicated set of rules that didn’t refer to race, but both systems used race as a tie-breaker: If the other rules hadn’t achieved the desired racial makeup of a specific school, a student’s race – white, African American, or (in Seattle) Asian—would determine which school he or she attended. These programs were voluntary from the school boards’ point of view, but of course they were not voluntary from the point of view of students and their parents. Groups of white parents in both cities challenged the programs, claiming they were unconstitutional because the tie-breaking rules expressly relied on race” (TUSHNET, Mark. **Taking Back the Constitution: Activists Judges and the Next Age of American Law**. New Haven: Yale University Press, 2020, p.67-68).

²⁶ YEAZELL. *Brown, the Civil Rights Movement, and the Silent Litigation Revolution*, p.1976, tradução livre: “Brown and the civil rights litigation movement helped create a renewed belief, not just in the law, but more specifically in litigation as a noble calling and as an avenue for social change” (original). No mesmo sentido, J. Harvey Wilkinson: “Brown may be the most important political, social, and legal event in America’s twentieth-century history. Its greatness lay in the enormity of injustice it condemned, in the entrenched sentiment it challenged, in the immensity of law it both created and overthrew. It is rich in national insight, a beginning point of American introspection. It was a crossroads, not just for an outcast race, but for an outcast region, a testing ground for liberal values and theory, a challenge for the rule of the law and the authority of the Court. The story of Brown is the story of revolution: of a thousand tales of human suffering and sacrifice subsumed in the winning of a principle. So also was the triumph in Brown the triumph of revolution, a witness both to the end of an old order and the advent of an uncertain, perceptibly better, though unmistakably imperfect new” (WILKINSON III. *From Brown to Bakke*, p.6).

qualquer de seus agentes, violariam direitos de minorias à proteção igualitária da lei, e assim, teve-se início período que se passou a denominar Segunda Reconstrução²⁷.

4.1. PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIAGNÓSTICO E SOBRE A INCURSÃO AO DIREITO COMPARADO

O caso *Brown*, em toda a profundidade que lhe é inerente, constitui abundante domínio para a análise de questões sensíveis ao gênero dos litígios coletivos e à configuração do método do processo judicial, para a sua resolução. No que concerne ao primeiro ponto, vê-se nitidamente que tem por objeto litígio coletivo que expressa, de forma acentuada, tanto a complexidade, quanto a conflituosidade, conforme os parâmetros delineados por Edilson Vitorelli²⁸ – e que, por isso, amolda-se à espécie dos litígios coletivos de difusão irradiada. E, enquanto litígio coletivo de tal espécie, apresentava grau de mutabilidade particularmente alto, revelando, portanto, a intensidade de seu impacto no âmbito das interações entre agentes e partes relacionais do sistema social, assim como a inadequabilidade do arranjo institucional preexistente para reduzir ou extirpar os efeitos nocivos da política pública segregacionista.

Este último elemento é identificado *a priori*, no litígio coletivo correspondente, que encontra, na inconstitucionalidade do próprio arranjo institucional preexistente, explicação para seu desencadeamento.

Por sua vez, a intensidade com que o litígio coletivo que deu origem ao caso *Brown* impactava as interações entre agentes e partes relacionais do sistema social podia ser percebida sob várias perspectivas. Como se narrou, a segregação racial no sistema educacional, à época, nos Estados Unidos, inseria-se no contexto muito mais amplo da política pública ‘separados, mas iguais’ e das Leis Jim Crown, de matriz segregacionista. Por trás do marco político-jurídico, pairava a legitimação estatal ao tratamento ideológico e materialmente opressor contra a comunidade negra, que se via, crescentemente, vítima de violência privada²⁹. Adicionalmente, exigências³⁰ legislativas de requisitos para inscrição

²⁷ Cf. RENDLEMAN, Doug. Brown II’s ‘All Deliberate Speed’ at Fifty: a Golden Anniversary or a Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy? In: **San Diego Law Review**, v.41, p.1578, 2004.

²⁸ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, op. cit.

²⁹ Cf. PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo [Org.]. **Processos Estruturais**. 4.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022, p.96-97.

³⁰ *Ibid.*, p.94, nota de rodapé 14: “En el contexto de reglas que exigían alfabetismo y propiedad para votar, la cláusula del abuelo eximía de estos requisitos a quienes tuvieran ancestros (abuelos) que gozaran del derecho a votar antes de la guerra civil (obviamente los negros, que por entonces eran esclavos, nunca podrían disfrutar de esta excepción)”.

eleitoral, assim como intimidações de diversas espécies, dificultavam a articulação político-eleitoral da comunidade negra – o que tornava ainda mais improvável o seu acesso aos espaços de debate democrático e ao processo legislativo. Nesse cenário, a conservação da segregação no sistema educacional, assim como as discrepâncias entre investimentos destinados ao ensino público para crianças negras e para crianças brancas, constituíam estratégica ferramenta a serviço daqueles que tinham o interesse de perpetuar o desempoderamento político-econômico e eleitoral da comunidade negra.

Em contrapartida, o impacto da situação litigiosa sobre as interações no sistema social passou a se intensificar, também, em decorrência de cenário distinto, que se entrelaçou ao litígio coletivo da segregação no sistema educacional. Trata-se da ideologia antifascista que ganhou força ao redor do mundo, no pós-segunda Guerra. Como relata analiticamente Mariela Puga, ao fim da segunda Guerra, “a democracia dos Estados Unidos estará na mira de todo o mundo, e as repulsas raciais dentro do país aparecerão como uma marca vergonhosa que terá que ser removida”³¹. O cenário internacional, portanto, vinha a modificar as características do próprio litígio coletivo, provocando mudanças nas interações entre agentes e instituições do sistema social, para estimular na comunidade negra a aspiração de seu empoderamento político e social, assim como para tornar possíveis as articulações com instituições de amplo espectro público. “Repentinamente, o litígio foi adquirindo conteúdo econômico e social, caráter coletivo, e era acompanhado, em não raras ocasiões, por alianças com o Departamento de Estado”³². Com isso, o acionamento do Poder Judiciário para que se tornasse o palco da discussão da situação litigiosa convertia-se em promissora “estratégia de luta”³³.

Neste ponto, também o litígio demonstra como seu alto grau de mutabilidade atuava como elemento impulsionador de sua própria conflituosidade³⁴. Como as características do relato permitem antever, o litígio coletivo que constituiu objeto do caso *Brown* não exibia dissidências ideológicas, jurídicas, sociais e políticas que se resumissem à bipolarização entre os interesses da comunidade negra, de um lado, e dos defensores de políticas segregacionistas, de outro. Muito mais que isso, identificavam-se inúmeros centros de interesses, impulsionados por motivações de diversas ordens e alinhando-se a variados

³¹ PUGA. *La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education*, p. 97, tradução livre: “La democracia de Estados Unidos estará en la mira de todo el mundo, y las repugnancias raciales en el interior del país aparecerán como una vergonzante marca que será necesario remover” (original).

³² *Ibid.*, p.98, tradução livre: “Repentinamente, el litigio fue adquiriendo contenido económico y social, carácter colectivo, y era acompañado, en no pocas ocasiones, por alianzas con el Departamento de Estado” (original).

³³ *Ibidem*: “El litigio, como estrategia de lucha, adquirirá diversas formas en este período”.

³⁴ Cf. item 3.5.1, *supra*.

posicionamentos, além do fato de que, das próprias lideranças e porta-vozes da comunidade negra, originavam-se diferentes medições avaliativas sobre o cenário.

À época, articulavam-se à frente do movimento negro a NAACP, que defendia a priorização do engajamento público e da transformação social a partir das vias de acesso jurisdicionais e da litigância estratégica, assim como a *Congress for Racial Equality (CORE)* e a *Southern Christian Leadership Conference (SCLC)*, que entendiam pela melhor via de ação por intermédio de boicotes e mobilizações diretas³⁵, e demais organismos. A intensidade com que a política pública segregacionista era sentida no âmbito das interações sociais, em escala atômica e molecular³⁶, somada à aspiração de empoderamento da comunidade negra, como decorrência do movimento antifascista (elementos cocriadores de modificações nessas mesmas interações sociais), fizeram ainda se acentuar as dissidências que se anunciavam entre as referidas lideranças do movimento negro. Isso porque, à frente das organizações que defendiam mobilizações sociais diretas, destacavam-se ativistas que “adotavam abertamente a nova linguagem de direitos humanos”³⁷ introduzida internacionalmente pela Organização das Nações Unidas e que, “no final da década de 1940, promoveram intensa ofensiva de denúncias contra a Administração Federal dos Estados Unidos perante a recém-criada Comissão de Direitos Humanos (CDH)”³⁸. Dentre estes ativistas responsáveis pelo acionamento da comunidade internacional, estava o membro da NAACP, Du Bois – embora demais líderes desta associação fizessem oposição à vinculação de suas pautas à então recente temática dos Direitos Humanos, em vista de seu temor de que pudessem ser, à época, consideradas “linguagem e conteúdo de reivindicações comunistas”³⁹. Este último grupo, predominante na organização interna da NAACP, via melhor prospecto em se pleitear a dessegregação de instituições do sistema social.

Em razão da inclinação ideológica que se atribuía ao seu teor, e do tom acusatório que poderia enfraquecer a influência política dos Estados Unidos perante a comunidade

³⁵ PUGA. *La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education*, p.102.

³⁶ Cf. item 3.5.1, *supra*.

³⁷ PUGA. *La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education*, p.101, tradução livre: “adoptaban abiertamente el nuevo lenguaje de los derechos humanos” (original).

³⁸ *Ibidem*, tradução livre: “hacia fines de la década de 1940, ellos promovían una ofensiva intensa de denuncias en contra de la Administración Federal de Estados Unidos ante la recientemente creada Comisión de Derechos Humanos (CDH)” (original). Sobre o tema, cf. também ANDERSON, Carol. **Eyes Off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003, p.79-80: “Asserting that the conditions in postwar America were ‘intolerable’ and that the federal government had refused to ameliorate those conditions, the Congress’ leadership decided to take African Americans’ plea for justice and equality to the UN. At the NNC’s request, historian Herbert Aptheker drafted an eight-page report to the UN that outlined African Americans’ economic, political, and social oppression”.

³⁹ PUGA. *La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education*, p.101, tradução livre: “lenguaje y del contenido de las reivindicaciones comunistas” (original).

internacional, as respectivas denúncias peticionadas à Comissão favoreceram interesses de Estados ideologicamente antagônicos ao posicionamento econômico do governo estadunidense e, por isso, encontraram sua adesão. A manobra provocava, assim, forte impacto à política externa estadunidense, de forma que pressionados, demais ativistas do movimento negro integrantes da NAACP, porém defensores das políticas econômicas do *New Deal*, engajaram-se para evitar que tais petições fossem discutidas em Genebra⁴⁰. Exitosos ao final desta empreitada, opuseram-se à continuidade de Du Bois na NAACP. Como consequência, “o caso marcará o *momentum* no qual a NAACP vai impor a sua visão sobre os eixos do debate político dentro do movimento emancipatório negro, pondo a ênfase na dessegregação racial *das instituições* e no litígio como estratégia”⁴¹.

Adicionalmente, outro aspecto do caso permite antever simultaneamente o modo como o alto grau de mutabilidade do litígio coletivo intensifica sua conflituosidade, ao mesmo tempo em que lhe proporciona inevitável reverberação de efeitos prospectivos. Trata-se da reação de famílias de pessoas brancas à transformação social desencadeada após as decisões judiciais *Brown I* e *Brown II*, a que se deu o nome de ‘fuga branca’. As transformações pelas quais passou o próprio litígio e o sistema social, desencadearam ou aprofundaram dissidências internas à comunidade branca, realçando-se aqueles dispostos a, até mesmo, transferir o próprio endereço, ‘fabricando segregação espacial’ responsável por alterar características dos espaços urbanos de diversos municípios.

Ao mesmo tempo, o fenômeno suscita a reflexão sobre como as tomadas de decisão realizadas pelo órgão jurisdicional, no transcurso do processo judicial, poderiam ter sido mais acuradas em suas medições preditivas, em vista do fato de que, ao lado da declaração de inconstitucionalidade da política pública de segregação nas escolas, a delimitação de parâmetros para a atuação das Cortes locais, em ‘continuidade cognitiva’⁴² à Suprema Corte, contemplaria principalmente mensurações sobre efeitos que se projetariam para o futuro.

Efeitos prospectivos esses que, conforme demonstra Mark Tushnet, reverberaram mais de quatro décadas adiante, quando, em 2007, a Suprema Corte teria entendido⁴³ como excessivas e, portanto, desalinhadas com o propósito constitucional, políticas públicas

⁴⁰ ANDERSON. *Eyes Off the Prize*, p.108-111.

⁴¹ PUGA. *La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education*, p.104, tradução livre: “el caso marcará un *momentum* en el que la NAACP va a imponer su visión sobre los ejes del debate político dentro del movimiento emancipador negro, poniendo el acento en la desegregación racial de las instituciones y en el litigio como estrategia” (original).

⁴² Sobre o que, neste trabalho, se denomina ‘cognição contínua’, cf. item 6.3.3, *infra*.

⁴³ UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1** - 551 U.S. 701, 127 S. Ct. 2738 (2007).

adotadas nas décadas de 1990 e 2000, pelos sistemas educacionais de Seattle e Louisville, para assegurar a integração racial nas escolas. A proposta destes sistemas educacionais era de que a composição do corpo discente de cada escola refletisse as proporções raciais da população do município (ao invés daquela da vizinhança onde a escola estivesse situada), e por isso, designavam cada criança munícipe para uma escola, a fim de criar uma correspondência a essas proporções. Entendeu a Corte, nesta mais recente oportunidade, que, para que o poder público adotasse classificações raciais individuais como critério, teria que demonstrar sua estrita adaptação e indispensabilidade para o alcance do melhor interesse coletivo – o que não teria ocorrido, no caso em questão⁴⁴.

A Parte II desta pesquisa, assim, resulta da identificação, em *Brown*, de um perfil de litigância que, à época, vinha assumindo contornos muito mais amplos. Forte indício disso era o fato de que as lideranças da NAACP, majoritariamente alinhadas à política econômica do *New Deal*, defendiam que a estratégia mais adequada para a conquista dos ideais do movimento negro consistiria na judicialização de litígios coletivos originados de inconstitucionalidades no funcionamento das instituições – não somente aquelas referentes ao sistema de educação. Propagava-se nos Estados Unidos, a partir de meados da década de 1950, um perfil de litigância voltado ao acionamento das Cortes para a resolução de litígios coletivos aptos a exibir versões peculiarmente acentuadas de todas as características intrínsecas ao gênero. E especialmente diante da nitidez com que se manifestavam essas características no caso *Brown*, constituem-se um convite para a reflexão sobre o quanto o método do processo judicial, no direito processual civil norte-americano, teria sido modulado para tentar se fazer *permeável* à intensa mutabilidade de que poderiam se revestir alguns litígios coletivos trazidos à apreciação jurisdicional. Além disso, o mesmo convite à reflexão estimula que seja expandida geograficamente a análise, para se contextualizar a forma como o dito perfil de litigância teria se reproduzido em países latino-americanos, até que, em anos mais recentes, passasse a ser alvo de formulações teóricas específicas também no Brasil.

Em concretização parcial aos propósitos da Parte II, portanto, este capítulo volta-se a: (i) diagnosticar os contornos mais amplos do perfil de litigância que se desenvolvia perante as Cortes estadunidenses a partir da década de 1950; (ii) delimitar sua derivação do gênero dos litígios coletivos, avaliando-se o grau de mutabilidade e a reverberação de efeitos prospectivos correspondentes; (iii) reformular o valor semântico de sua designação (originalmente atribuída pela doutrina jurídica estadunidense) para que transmita também sua

⁴⁴ *Ibid.*

significação sociológica; (iv) apurar como se amoldou o direito processual civil norte-americano ao respectivo perfil de litigância; e (v) traçar, historicamente, qual percurso evolutivo o referido tipo de litigância pavimentou na experiência daquele país.

4.2. NOVAS FORMULAÇÕES À ADJUDICAÇÃO E O APOGEU DAS *INJUNCTIONS* NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Inúmeros aspectos da forma como foi resolvido o caso *Brown* escancaravam a necessidade de se revisitar o método processual, de forma a adequá-lo para a resolução de litígios coletivos com maior complexidade, maior grau de mutabilidade – e, portanto, também maior conflituosidade e reverberação de efeitos prospectivos. A fragilidade da aplicação rígida do procedimento é revelada pelas dificuldades para se dar concretude à decisão *Brown I*, que, ainda em meados do século XX, levaram a Suprema Corte a delegar a continuidade da cognição para Cortes locais, de forma que estas pudessem adaptar as providências pertinentes à realidade local ou regional, em vistas de uma melhor resolução ao litígio – o que, ainda assim, exigiu décadas de esforços interinstitucionais e sociais. Por outro lado, o *perigo das histórias únicas*⁴⁵ também ganha materialidade a partir do apontamento de Mariela Puga de que a tutela jurisdicional ao caso *Brown* teria sido, ao fim e ao cabo, seletiva, na medida em que se teria solucionado litígio mais estreito do que aquele realmente existente e apresentado⁴⁶. Nas palavras da autora, trata-se de constatação que revela a forma como a atividade judicial decisória envolvendo litígios coletivos “também pode ser lida em termos políticos e regulatórios”⁴⁷.

A profunda transformação pela qual passaria o papel do juiz (e, por consequência, das partes) no processo, em decorrência da complexificação dos litígios, foi diagnosticada por Abram Chayes já na década de 1970, quando identificou que, para além das *class actions* relacionadas à dessegregação nas escolas e em demais instituições, propagava-se nos Estados Unidos a judicialização de volume cada vez maior de litígios, que não consubstanciavam disputas bilaterais entre as partes, fundadas em direitos individuais e privados, mas verdadeiras postulações por políticas constitucionais ou infraconstitucionais, que tornavam cada vez mais urgente o afastamento do modelo tradicional de adjudicação norte-americano⁴⁸.

⁴⁵ ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*, op. cit.

⁴⁶ PUGA. *La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education*, p.109-115.

⁴⁷ *Ibid.*, p.131, tradução livre: “también puede leerse en términos políticos y regulativos” (original).

⁴⁸ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, op. cit.

Como pressuposto lógico, entretanto, à pretensão de se adentrar aos meandros dessa transformação e efetivamente compreendê-la em todas as suas particularidades, realiza-se breve digressão à cultura processual estadunidense até então prevalecente. A tradição anglo-saxônica que ancora historicamente o ordenamento jurídico norte-americano, conforme as clássicas concepções doutrinárias do Direito Processual, associa-o aos postulados que caracterizam os sistemas processuais *adversariais*⁴⁹ – apesar de que, reproduzindo-se a ressalva de José Carlos Barbosa Moreira, “em nenhum lugar ou momento da história se consagrou sistema processual *quimicamente puro*: todos os modelos conhecidos combinam elementos de diversificada inspiração”⁵⁰. Enquadrar-se como preponderantemente *adversarial* o modelo processual estadunidense equivale a notar que o *common law* tende a priorizar a função política do devido processo legal, no sentido de valorizar o papel das exigências de adequada notificação e audiência das partes enquanto instrumentos para “engajar o litigante como cidadão em importante instituição governamental para a decisão de direitos”⁵¹. Nessa estruturação, cabe às partes, em grande medida, maior arbítrio na condução do processo, por intermédio da obtenção e apresentação de provas, reservando-se às Cortes um papel de neutralidade na decisão das questões suscitadas⁵². Como pontua Michele Taruffo, a “imagem

⁴⁹ BLOCK, Michael K., PARKER, Jeffrey S., VYBORNA, Olga, DUŠEK, Libor. An Experimental Comparison of Adversarial versus Inquisitorial Procedural Regimes. In: **American Law and Economics Review**, v.2, n.1, 2000, p.171.

⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p.161, destaques no original. No mesmo sentido, Amalia D. Kessler: “The models of adversarial and inquisitorial systems of justice are precisely that – models to which no actual legal system precisely corresponds, since all legal systems combine both adversarial and inquisitorial elements” (KESSLER, Amalia D. Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial. In: **Cornell Law Review**, v.90, n.5, Jul.2005, p.1187).

⁵¹ *Ibid.*, p.1185, tradução livre: “[...] a positive, political function, designed to engage the litigant qua citizen in an important governmental institution for deciding rights” (original). Ao lado da função política (positiva) da adequada notificação e da audiência dos litigantes, Amalia D. Kessler aponta ainda duas outras relevantes funções destas: a função negativa, para fiscalizar e conter atos abusivos por parte do Estado, e a função de busca da verdade, para garantir que as partes apresentem à Corte informações relevantes à resolução do litígio (*Ibidem*).

⁵² *Ibid.*, p.1188. A doutrina contrasta o retrato, com os traços característicos dos sistemas *inquisitoriais*: “Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo” (DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. In: **Revista de Processo**, v.198, 2011, p.213). No mesmo sentido: “The adversarial and inquisitorial models are distinguished primarily by whether the parties or the court control three key aspects of the litigation: initiating the action, gathering the evidence, and determining the sequence and nature of the proceedings” (KESSLER. *Our Inquisitorial Tradition*, p.1187). Sobre o sistema inquisitorial, ainda considera Amalia Kessler: “[...] the court itself initiates the litigation and undertakes significant responsibility for gathering evidence, not just for ruling on the conclusions that should be drawn from it” (*Ibid.*, p.1188). Também, cf. TULLOCK, Gordon. On the Efficient Organization of Trials. In: CONGLETON,

do juiz como árbitro passivo do encontro judicial é de fato um ponto cardeal fundamental na estrutura do *sistema adversarial*, porque este se funda na rigorosa aplicação conjunta dos princípios da *acusação pelas partes* e da *apresentação de provas pelas partes*”⁵³.

Por outro lado, como anteciparam as palavras de Barbosa Moreira, as manifestações práticas dos dois sistemas podem mesclar elementos entre si, de modo que pode o juiz conduzir diretamente etapas do processo investigativo (formulando perguntas às testemunhas, por exemplo), em sistemas *adversariais*, assim como podem as partes desempenhar algum papel de destaque nas Cortes, em sistemas *inquisitoriais*⁵⁴. Especificamente em relação ao modelo processual estadunidense, Amalia D. Kessler exemplifica apontando que, concomitantemente ao gradativo aumento da complexidade da litigância, observou-se uma crescente manipulação dos instrumentos processuais pelas partes processuais – explorando-se, sobretudo, seu elevado custo, a fim de impor obstáculos financeiros às suas contrapartes⁵⁵. Como consequência, o modelo *adversarial* passava a se revelar insustentável à resolução de determinados litígios, o que conduziu à introdução de práticas não-adversariais (dentre as quais os métodos autocompositivos adequados à solução de conflitos), voltadas majoritariamente a “aumentar o poder do juiz de gerenciamento do *discovery*, para, *inter alia*, encorajá-lo a realizar conferências pré-julgamento, nas quais o escopo, natureza e momento do *discovery* são estabelecidos em um plano cuja implementação a Corte pode regular e fazer cumprir”⁵⁶.

Roger D., HILLMAN, Arye L., KONRAD, Kai A. [Org.]. **40 Years of Research on Rent Seeking 2 – Applications: Rent Seeking in Practice**. 1.ed. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008, p.362.

⁵³ TARUFFO, Michele. **El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana: El Modelo Americano del Proceso de Connotación Dispositiva**. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008, p.107, tradução livre: “La imagen del juez como árbitro pasivo del encuentro judicial es de hecho un punto cardinal fundamental en la estructural del *adversary system*, por cuanto este se funda en la rigurosa aplicación conjunta de los principios de la *party-prosecution* y de la *party-presentation* de las pruebas” (original).

⁵⁴ TULLOCK. *On the Efficient Organization of Trials*, p.362. Faz-se ressalva, contudo, a respeito do entendimento de Gordon Tullock, visto que este autor considera, em sua pesquisa, a superioridade do sistema inquisitorial em comparação ao sistema adversarial – lastreando-se na premissa de que litígios envolveriam necessariamente a contraposição de uma parte totalmente “certa”, a uma totalmente “errada” (sugestivamente por ele referenciadas como Mr. Right e Mr. Wrong) que poderia tentar defraudar a condução das investigações e a produção probatória. O entendimento do referido autor, contudo, no sentido da superioridade do sistema inquisitorial em relação ao adversarial não reflete o posicionamento defendido na presente tese, e é, inclusive, contraposto por trabalhos científicos que demonstram que a análise da melhor eficiência do sistema inquisitorial ou do sistema adversarial à resolução do litígio depende da estrutura de informações disponibilizadas aprioristicamente às partes (cf. BLOCK *et al.* *An Experimental Comparison of Adversarial versus Inquisitorial Procedural Regimes*, p.173).

⁵⁵ KESSLER. *Our Inquisitorial Tradition*, p.1189: “Devices such as discovery and expert testimony often bear little relationship to their supposed purpose of truth-seeking. Instead, they serve as weapons for wearing down the other side, thereby ensuring the victory of litigants who are wealthy enough to make repeated motions for production and to find experts willing to testify to any claim”.

⁵⁶ *Ibid.*, p.1191, tradução livre: “[...] augment judges' power in managing the discovery process by, *inter alia*, encouraging them to hold pretrial conferences in which the scope, nature, and timing of discovery are set forth in a plan, whose implementation the court can then regulate and enforce” (original).

Nesse sentido, Michele Taruffo demonstra que, apesar de sistemas de tradição *adversarial* conferirem relevo à iniciativa processual das partes, em contraste à passividade do papel do juiz, não haveria obstáculos em harmonizar esses sistemas com poderes criativos para um juiz *'problem solver'* e *'policy maker'* na tomada de decisões⁵⁷. Quanto ao ponto, inclusive, Taruffo concebe como “abstrata e deformante” a rigorosa separação entre estes papéis⁵⁸ e reconhece ao juiz não apenas uma importância interna à estrutura do processo (mais aproximada aos tradicionais moldes *adversariais*), como também uma função política e social, que emana ao exterior da estrutura processual, sistematizando-se e interagindo de forma coerente estes diferentes rostos da figura do juiz⁵⁹.

Dada a tradição liberal, o sistema processual *adversarial* e o modelo de *Common Law* que caracterizam a política e o legado jurídico estadunidenses, delineou-se originalmente um cenário em que a litigância se materializava de forma majoritariamente bipolar⁶⁰, mediante a contraposição de interesses unitários opostos, e o processo se manifestava como um episódio contido em si mesmo – com enfoque retrospectivo (voltado à remediação de danos já ocorridos e à penalização dos respectivos agentes causadores destes danos), decisões com efeitos confinados às próprias partes e relação de interdependência entre o dano sofrido e o remédio compensatório aplicado⁶¹.

Em consonância à predominância deste modelo tradicional de litigância, Lon Fuller desenvolveu pesquisa referencial acerca da *adjudicação* enquanto instituto e forma de ordenamento social no contexto jurídico-social-político estadunidense, a qual, escrita em sua versão inicial em 1957, foi somente publicada na Harvard Law Review em 1978⁶², logo após seu falecimento. Neste trabalho, Lon Fuller problematizava como delimitar quais problemas poderiam ser remetidos à solução judicial adjudicatória e quais, em contrapartida, deveriam ser reservados ao espaço político-legislativo. Para alcançar resposta à problematização,

⁵⁷ TARUFFO. *El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana*, p.107-108.

⁵⁸ *Ibid.*, p.109.

⁵⁹ *Ibid.*, p.108.

⁶⁰ “El caso bipolar se presenta como la típica disputa entre dos partes o polos enfrentados que compiten frente al juez. Este último, actúa como el árbitro que solucionará la desavenencia entre intereses particulares aplicando reglas de derecho sustantivo. Esa solución, sin embargo, no pretenda imponerse o regular las relaciones de otros que no participan en la disputa bipolar. Las desavenencias bipolares remiten, por lo general, a hechos del pasado que son judicialmente reconocidos. Esos hechos son presentados en la *litis* como eventos discretos (en el sentido temporal, espacial y personal), y respecto a ellos, las partes reclaman diferentes títulos o posiciones jurídicas. [...] el reclamo de una posición jurídica, por parte de un actor, significa lógicamente la negación de la posición jurídica reclamada por el otro. En concordancia, los litigios bipolares nos ofrecerán un escenario, y una dinámica, indiscutiblemente adversarial” (PUGA, Mariela. El Litigio Estructural. In: **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, ano 1, n.2, nov.2014, p.49).

⁶¹ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1282-1283.

⁶² FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. In: **Harvard Law Review**, v.92, n.2, p.353-409, Dez.1978.

propôs-se o autor a distinguir a *adjudicação* de demais formas de ordenamento social, considerando-a, portanto, ao lado da *organização para o alcance de fins comuns* (representada, exemplificativamente, pelos pleitos eleitorais) e da *organização por reciprocidade* (representada, exemplificativamente, pelo instrumento contratual). A partir desta metodologia, demonstrou que as três formas se distinguiam, sobretudo, quanto ao modo de participação das partes afetadas: (a) em pleitos eleitorais, partes participam por intermédio do voto, (b) em contratos, por meio da negociação, e (c) na adjudicação, pela apresentação de provas e argumentos racionais⁶³. Lon Fuller, portanto, identificou a *adjudicação* como a forma de ordenamento social, direcionada à formulação de decisões, a partir da participação de partes por intermédio da argumentação racional e da apresentação de provas – em consonância, tão logo, aos moldes *adversariais* do processo civil estadunidense⁶⁴.

Nesta visão tradicional de *adjudicação* norte-americana, o envolvimento judicial apresentava notável limitação na apuração dos fatos (como natural decorrência, inclusive, da nítida diferenciação que o referido ordenamento jurídico estabelece entre a apuração dos fatos – *factfinding* – e a declaração da lei), assim como na organização do litígio para julgamento, o que caracterizava sua passividade⁶⁵. Sobre este modelo, inclusive, Abram Chayes destaca ser o júri responsável pela apuração dos fatos, em exercício de uma espécie de equidade crua, rudimentar. E, uma vez que “o impacto imediato do julgamento era confinado às partes, o modelo tradicional seria relativamente relaxado a respeito da precisão de sua apuração de fatos”⁶⁶.

Em contrapartida, Lon Fuller ressaltou, os propósitos da adjudicação seriam frustrados, caso a racionalidade e os elementos probatórios apresentados na participação das partes não encontrassem seu reflexo na decisão que viesse a ser alcançada ao final⁶⁷. Com

⁶³ *Ibid.*, p.363.

⁶⁴ “The traditional conception of adjudication reflected the late nineteenth century vision of society, which assumed that the major social and economic arrangements would result from the activities of autonomous individuals. In such a setting, the courts could be seen as an adjunct to private ordering, whose primary function was the resolution of disputes about the fair implications of individual interactions” (CHAYES. *The Role of The Judge in Public Law Litigation*, p.1285). Conforme ponderou Abram Chayes, este modelo tradicional de *adjudicação* correspondia a demandas políticas do século XIX, nos Estados Unidos, no sentido de se confirmar a estrita limitação dos poderes governamentais mediante a correspondente minimização do espaço de atuação judicial, e também no sentido de legitimar as crescentes consequências políticas das ações de um Poder Judiciário que não era responsabilizado sob o ponto de vista político (*Ibid.*, p.1288).

⁶⁵ *Ibid.*, p.1286.

⁶⁶ *Ibid.*, p.1287, tradução livre: “the immediate impact of the judgement was confined to the parties, the traditional model was relatively relaxed about the accuracy of its factfinding” (original).

⁶⁷ FULLER. *The Forms and Limits of Adjudication*, p.367. “The view taken in this paper is that adjudication is a form of social ordering institutionally committed to ‘rational’ decision. This follows from the only mode of participation it accords to the affected party, the litigant” (*Ibid.*, p.380). Segundo Fuller, a racionalidade da decisão no método adjudicatório depende da correspondência entre sua fundamentação e as provas e argumentos suscitados pelas partes, sob pena de ser caracterizado vício na decisão que muito se distancie destes parâmetros

base nestas premissas, o autor formulou algumas conclusões a respeito de sua concepção de *adjudicação*, no sentido de que se trataria de um mecanismo de tomada de decisão judicial, que conferiria às partes oportunidade de participação mediante apresentação de provas e argumentos racionais, de forma que o sucesso desta participação dependeria da articulação racional dos princípios a alicerçarem referidos argumentos (o que os caracterizaria como reivindicações de direitos ou acusações de culpa). Como consequência, entendia Fuller que a *adjudicação* direcionava-se mais adequadamente à resolução de questões que fossem apresentadas nos moldes de reivindicações de direitos ou acusações de culpa⁶⁸.

Exatamente em razão desta última conclusão, Lon Fuller ponderou que se tratava a *adjudicação* de método inadequado e relativamente inapto para a resolução de problemas que ele chamou de ‘policêntricos’, sob o fundamento de que a impossibilidade de delimitação abrangente e formalizada de ‘certos’ e ‘errados’, que ele entendia ser inerente a esses problemas, impediria que eles correspondessem à elevada e minuciosa racionalidade exigida pelo método *adjudicatório* de organização social⁶⁹. Mesmo porque, Fuller identificava que problemas policêntricos seriam suscetíveis a rápidas oscilações contextuais, as quais não poderiam ser satisfatoriamente acompanhadas pelas Cortes⁷⁰.

A concepção de Lon Fuller sobre o que seriam problemas ‘policêntricos’ encontra inspiração na obra de Michael Polanyi, ‘The Logic of Liberty’, na qual este autor, a partir de premissas matemáticas e econômicas, identifica o policentrismo na disposição de pontos unidos entre si por hastes, em emaranhado que se assemelha a uma teia: esclarece Polanyi que, se se pendurar uma tal estrutura verticalmente, pela ponta superior, e se atrelar à ponta inferior um pequeno volume com peso, que a puxe gravitacionalmente para baixo, toda a conformação da estrutura se redimensionará, a fim de suportar a alteração de posicionamento da ponta inferior⁷¹.

Lon Fuller efetivamente compara o exemplo de Polanyi à analogia de uma teia de aranha, no sentido de que a tração em uma das pontas redistribui de forma complexa a tensão

(*Ibid.*, p.388). Melvin Eisenberg identifica a *responsividade* como um dos principais traços do modelo de adjudicação proposto por Lon Fuller: “What distinguishes adjudication from other forms of social ordering is not simply that the parties have the right to present proofs and reasoned argument to which the decision-maker must attend, but that the decision ought to proceed from and be congruent with those proofs and arguments” (EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller. In: **Harvard Law Review**, v.92, 1978, p.413).

⁶⁸ FULLER. *The Forms and Limits of Adjudication*, p.369.

⁶⁹ *Ibid.*, p.371.

⁷⁰ *Ibid.*, p.394.

⁷¹ POLANYI, Michael. **The Logic of Liberty**: Reflections and Rejoinders. Coleção The International Library of Sociology. Abingdon, Oxfordshire, UK: Routledge, 1951 (Reimpressão Digital: 2007), p.170-171.

entre todos os demais fios da teia⁷². Em termos jurídicos, assim, problemas “policêntricos” se caracterizariam pela existência concomitante de inúmeros centros de interesse inter-relacionados, mediante pontos comuns de influência, de tal forma que alterações na conformação, ou nos interesses jurídicos, de um destes centros provocariam repercussões em todos os demais – podendo, até mesmo, redefinir o rol de partes afetadas pelo respectivo problema. Na compreensão de Lon Fuller, “a multiplicidade de pessoas afetadas não é uma característica invariável de problemas policêntricos”⁷³, apesar de, na prática, se tratar de traço de frequente recorrência em litígios dessa natureza⁷⁴. De toda forma, de acordo com sua compreensão, a predominância deste enfoque policêntrico ao problema o tornaria inadequado à solução *adjudicatória*, sendo, a seu ver, satisfatoriamente solucionado apenas pelos métodos da reciprocidade (método contratual) e da direção gerencial (*managerial direction*)⁷⁵.

Os anos que se seguiram à década de 1950 e ao desenvolvimento da pesquisa de Lon Fuller, revelaram, porém, que o crescimento da complexidade dos litígios, ao invés de os distanciar da solução *adjudicatória*, sob o fundamento de sua inadequabilidade enquanto método resolutivo, culminaram por provocar, em contrapartida, uma reformulação da própria *adjudicação*, a qual passou a se distanciar de suas formas tradicionais, para assumir novas feições e se amoldar aos litígios complexos.

Neste cenário, assumiu grande importância o trabalho de Abram Chayes, que, ao diagnosticar um novo modelo de litigância, passou a atribuir também um renovado papel ao juiz. Ao então novo modelo, referido autor denominou *litigância de interesse público*, reconhecendo expressamente não se tratar de nomenclatura completamente satisfatória⁷⁶, mas que visaria corresponder à judicialização de litígios que tivessem por objeto a reivindicação de políticas públicas constitucionais ou infraconstitucionais e que, por esta razão, abrangeriam contornos subjetivos mais extensos e amorfos. Nestes termos, as partes seriam guiadas por um juiz que assumiria um papel dominante no processo e que contaria com a atuação colaborativa também de terceiros especialistas. No ‘novo’ modelo, o emaranhado das relações entre os diferentes sujeitos processuais impregnaria a tradicional *adjudicação* da utilização também de

⁷² FULLER. *The Forms and Limits of Adjudication*, p.395.

⁷³ *Ibid.*, p.397.

⁷⁴ “[...] the more interacting centers there are, the more the likelihood that one of them will be affected by a change in circumstances, and, if the situation is polycentric, this change will communicate itself after a complex pattern to other centers” (*Ibid.*, p.397).

⁷⁵ Lon Fuller exemplifica a resolução de problemas policêntricos pelo método da *direção gerencial*, a partir do caso do treinador de uma equipe de baseball: a este cabe decidir as posições em que cada jogador atuará, quando tirar um arremessador ou quando e quem designar para rebater, dentre outras questões, que em termos matemáticos, são de grande complexidade e influência ao resultado das partidas, mas que inevitavelmente dependem do elemento intuitivo deste treinador (*Ibid.*, p.398).

⁷⁶ CHAYES. *The Role of The Judge in Public Law Litigation*, p.1284.

métodos de negociação e mediação, em diversas fases do procedimento, e permitiria ao juiz a criação e gerenciamento de diversas e contínuas soluções remediais, com efeitos coletivos⁷⁷.

Na realidade, um dos principais traços atribuídos a este modelo de *adjudicação*, por Abram Chayes, é o crescimento da importância de *equitable remedies* (em uma tradução literal, remédios equitativos)⁷⁸, em especial, as *injunctions*. O instituto jurídico dos *equitable remedies* não corresponde com exatidão à semântica que se atribui à ‘equidade’ no direito brasileiro. Em correspondência à significação que era atribuída ao instituto em sua origem, no direito inglês, *equitable remedies* consistem em pretensões de natureza declaratória, injuntiva ou mandamental, que encontram nas *injunctions* o principal instrumento para sua veiculação.

A essas últimas, contudo, eram classicamente atribuídas diversas limitações⁷⁹, além de possuírem espectro de aplicação condicionado à impossibilidade de utilização de *legal remedies* (reparações em pecúnia, que demandariam transferências pontuais de capital e ausência de envolvimento continuado das Cortes em fase de cumprimento), de tal forma que, historicamente, “as Cortes encaminharam requerentes de *injunctions* para processos políticos, à polícia ou à autoajuda”⁸⁰. Ainda assim, nas esparsas possibilidades de cabimento de *injunctions*, era enfatizado seu enfoque proibitivo, no sentido de caracterizarem ordens de

⁷⁷ CHAYES. *The Role of The Judge in Public Law Litigation*, p.1284.

⁷⁸ A origem dos *equitable remedies* remonta aos antecedentes históricos do direito norte-americano, encontrados no direito inglês. Durante séculos, na Inglaterra, prevaleceu sistema dual de justiça, compreendido pela *law jurisdiction* e pela *equity jurisdiction*: “pode-se dizer que o sistema de *common law* tinha jurisdição sobre as pretensões de natureza pecuniária e indenizatória (*damages*) e o sistema de *equity* tinha jurisdição sobre as pretensões declaratórias e injuntivas ou mandamentais (*injunctions*)” (GIDI, Antonio. **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.40). Cortes de *equity* tinham atuação suplementar às Cortes de *law*, suprindo as lacunas destas por meio de provimentos mais flexíveis, compreendendo ordens de fazer ou não fazer, e não propriamente as clássicas condenações por compensação em pecúnia. Referidas Cortes de *equity* não apenas foram responsáveis por criarem direitos substantivos, como também remédios processuais que lhes eram próprios (*equitable remedies*). Com o passar do tempo, unificaram-se as Cortes na Inglaterra, mas a tradição dual entre *law remedies* e *equitable remedies* foi importada pelo direito norte-americano, que os aplicou sob o mesmo tribunal (*Ibid.*, p.44-45), estabelecendo, contudo, diferenciações no plano da distribuição de competência, ao determinar, por exemplo, que *law remedies*, pretendidos por intermédio de pleitos condenatórios, seriam submetidos ao júri popular, diferentemente de *equitable remedies*, pretendidos pela via de *injunctions*, pleitos mandamentais, que seriam apreciados e concedidos pelo próprio juiz de primeiro grau. Em razão de sua origem histórica suplementar à *law jurisdiction*, contudo, ao longo dos séculos foram os *equitable remedies* considerados medidas subsidiárias aos remédios legais, somente sendo aplicados, portanto, diante da impossibilidade de reparações em pecúnia. “According to traditional doctrine, equity would not enjoin a crime, protect personal rights, or act when a legal remedy was deemed adequate” (HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Developments in the Law – Injunctions. *In: Harvard Law Review*, v.78, n.5, p.996, Mar.1965).

⁷⁹ Dentre estas limitações, aponta-se a dificuldade de exigibilidade no que concerne ao cumprimento das decisões a veicular *injunctions*: “The difficulty of detecting violations of injunctive decrees has seldom resulted from a lack of standards by which compliance can be measured. The trial judge has broad discretion in formulating the order and can generally fix intelligible standards of performance. But courts sometimes lack the means to discover the defendant’s conduct” (*Ibid.*, p.1012).

⁸⁰ *Ibid.*, p.997, tradução livre: “courts have referred injunction plaintiffs to the political process, the police or self-help” (original). Sobre o tema, cf. FISS, Owen. Civil Rights Injunctions. *In: Addison Harris Lecture*, Paper 7, 1978.

proibição da continuidade da prática de determinadas condutas. Entretanto, o já mencionado crescimento da busca por soluções *adjudicatórias* a litígios coletivos policêntricos pressionou as Cortes a uma mudança cultural e jurisprudencial no tocante à aplicação de *injunctions* e, com isso, os órgãos jurisdicionais se tornaram cada vez mais receptivos à possibilidade de expedição também de ordens mandamentais por esta via (inclusive contra oficiais integrantes da estrutura governamental)⁸¹. Diferentemente dos *legal remedies*, caracterizados por pretensões condenatórias submetidas ao crivo do júri popular⁸², as *injunctions* – assim como os demais *equitable remedies* – comportariam espectro mais flexível de medidas e não se sujeitariam ao julgo do júri, sendo seu trâmite e julgamento de competência do juiz singular⁸³.

Deve-se reconhecer que a natureza policêntrica e complexa dos litígios coletivos que passavam a ser levados à resolução pela via jurisdicional, e cujo objeto centralizava-se na reivindicação de políticas públicas constitucionais ou infraconstitucionais, não tornaria mais adequado, evidentemente, o julgamento pelo júri, por diferentes razões. Em primeiro lugar, porque o tipo de representação ao povo proporcionada pelo júri guardaria essência mais ornamental⁸⁴, do que propriamente de um reflexo do eco de vozes populares (como se espera encontrar correspondência nos órgãos legislativos de cargos eletivos, por exemplo). Em segundo lugar, pela ausência de instrumentos de prestação de contas (*accountability*) aplicáveis às decisões colegiadas unânimes de júris, que, essencialmente, derivam de deliberações ‘a portas fechadas’ e sequer demandam fundamentação⁸⁵. E o terceiro motivo é

⁸¹ Cf. HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. *Developments in the Law*, p.1062.

⁸² Neste ponto, destaca-se o contraste entre o papel do júri popular no direito norte-americano e no direito brasileiro, na medida em que, neste último, se limita sua atuação à esfera do Direito Penal, no julgamento da materialidade e autoria de crimes contra a vida. Diferentemente, no contexto jurídico norte-americano, que encontra sua matriz no *Common Law*, o julgamento por júri popular em Cortes federais é assegurado pela Constituição também para ações cíveis, a partir da histórica compreensão de que a decisão acerca de questões de direito incumbiria aos juízes, ao passo que decisões a respeito de questões de fato caberiam ao júri: “its role is to evaluate the evidence and to reconstruct what took place, as it would have appeared to an objective on-the-scene observer” (WEINER, Stephen A. The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction. In: **California Law Review**, v.54, n.5, p.1870, dez.1966). Sobre a temática, também cf. JAMES JR., Fleming. Right to a Jury Trial in Civil Actions. In: **The Yale Law Journal**, v.72, p.655-693, 1963.

⁸³ Assim como a própria dicotomia entre *legal remedies* e *equitable remedies*, também a ausência de competência do júri para o julgamento de *injunctions* tem origem histórica. No sistema inglês, de onde estes institutos foram herdados, a *equity jurisdiction* era exercida por *courts of Chancery*, que não reconheciam o direito ao julgamento pelo júri. Com a absorção desta influência jurídica pelas Cortes norte-americanas, a Constituição estadunidense optou por incorporar o direito ao julgamento pelo júri nos moldes e com os limites em que este já existia no ordenamento jurídico inglês, conservando, portanto, a competência dos juízes singulares para o julgamento de *injunctions* (cf. FISS. *Civil Rights Injunctions*, p.50-51).

⁸⁴ *Ibid.*, p.57.

⁸⁵ “The properly constituted (i.e. randomly chosen) jury panel is a representative body in the same sense that a scepter might be said to represent the sovereign – it *stands* for the public (the pictorial or ornamental sense of representation). But there is no sense in which the jury panel (and much less that much smaller group that survives excuses and challenges) can be said to *speak* for the public (the agency sense of representation) as a legislature might. This is due not just to the unanimity requirement, which could be modified, but also to the absence of any mechanism of accountability between the public and the jury, and the conceptual impossibility of

agravado pelo segundo, consistindo no reconhecimento de que levar a questão ao julgamento por deliberação coletiva não a isentaria de viés, nem de ruído – os quais seriam, inclusive, de muito mais difícil diagnóstico em deliberações ‘a portas fechadas’. O debate judicial acerca do mérito e da implementação de políticas públicas, ou da (re)estruturação de instituições sociais, assim como a elaboração de soluções remediais a estas questões, dependeriam, por outro lado, de processo decisório com acentuada publicidade, inclusive no que concerne ao convencimento das instâncias julgadoras e aos fundamentos (políticos e jurídicos) a reger tal convencimento. Mais uma vez, a aplicação de *injunctions* se revelava ideal.

A partir da observação desta transformação do olhar da comunidade jurídica em direção às *injunctions* cíveis, Owen M. Fiss identificou, em 1978, três modalidades à sua aplicação: a *injunction* preventiva, a *injunction* reparadora e a *injunction* estrutural⁸⁶. A modalidade preventiva mais se aproximaria da tradicional associação de *injunctions* a medidas proibitivas, por se destinar a proibir que determinado ato ou conjunto de atos viesse a ser praticado no futuro; a modalidade reparadora determinaria ao seu destinatário a prática de atos ou curso de ação com o objetivo de reparar os efeitos de dano praticado no passado; e, por fim, a modalidade estrutural – objeto deste trabalho – se direcionaria à reorganização de uma instituição social existente⁸⁷. A proeminência da qual se revestiram as modalidades de *injunctions* reparadora e estrutural durante a ressignificação pela qual passou a *adjudicação* em meados do século XX, na percepção daquele autor e em alinhamento à já mencionada compreensão de Abram Chayes, caracterizou o chamado “triunfo da *equity*”⁸⁸.

A *adjudicação* passou a exigir o contínuo envolvimento das Cortes após a expedição da ordem proibitiva ou mandamental, em razão da própria natureza dos remédios

developing such an accountability mechanism. The secrecy of the jury’s deliberations (the fact that it need not discuss the case in public), the fact that the jury need not explain or justify decisions, and its one-shot quality (i.e. the fact that a new jury is convened for each case) preclude the development of a proper mechanism of accountability. And these are core features of the jury” (FISS. *Civil Rights Injunctions*, p.57-58).

⁸⁶ *Ibid.*, p.7. A estas modalidades, Desirê Bauermann acrescenta, ainda, as *prophylactic injunctions* (profiláticas), voltadas a “salvaguardar o direito do autor ao direcionar o comportamento do réu com o objetivo de minimizar as chances de ocorrência de uma violação no futuro (BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das Obrigações de Fazer ou Não Fazer** – Estudo Comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p.28). Também sobre *injunctions*, cf. PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation. In: **Vanderbilt Law Review**, v.70, n.1, p.167-220, 2017. Cf. LAMPE, Joanna R. **Nationwide Injunctions: Law, History and Proposals for Reform**. Washington, DC: Congressional Research Service, 2021. Considerando-se perniciosos os efeitos de *injunctions* nas tomadas de decisão de Cortes federais, cf. BRAY, Samuel L. Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction. In: **Harvard Law Review**, v.131, n.2, p.417-482, 2017. Durante a presidência de Donald Trump, observou-se a utilização crescente de *Nationwide injunctions*, perante Cortes locais, com o intuito de se questionarem políticas públicas de âmbito federal. Sobre o tema, cf. DALEY, Kevin. William Barr: More Nationwide Injunctions in Trump Era than in Entire 20th Century. In: **The Daily Signal**, 22 maio.2019. Disponível em: <https://www.dailysignal.com/2019/05/22/bill-barr-used-this-1-figure-to-prove-nationwide-injunctions-are-a-problem/> - Acesso em 08 jun.2022.

⁸⁷ FISS. *Civil Rights Injunctions*, p.7.

⁸⁸ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1292.

equitativos de *injunctions* (em especial, em suas modalidades reparadoras ou estruturais). Percebia-se a necessidade de se permitir às partes a revisitação da ordem expedida, a fim de pleitear às Cortes seu reforço ou modificação, em adequação às circunstâncias fáticas supervenientes⁸⁹. Consequentemente a este contínuo envolvimento e revisitação das ordens proibitivas ou mandamentais, tornaram-se as Cortes publicamente responsáveis pelas consequências de suas decisões que pudessem colateralmente afetar terceiros⁹⁰.

Esse mesmo envolvimento, por sua natureza contínua, duradoura, revelava o enfoque prospectivo dos remédios equitativos de *injunctions* – em contraste à essência predominantemente retrospectiva dos *legal remedies*, característicos da *adjudicação* tradicional. A característica, por este motivo, fazia das *injunctions* um instrumento especialmente atrativo para a resolução de litígios coletivos⁹¹ com alto grau de mutabilidade. Referido enfoque prospectivo não equivale, contudo, à desconsideração por completo de eventos pregressos na apuração dos fatos e modulação do remédio aplicável. A doutrina de Owen M. Fiss, inclusive, reconhece que as modalidades de *injunctions* reparadora e estrutural importam também um olhar ao passado: *injunctions* reparadoras se dedicam a adotar medidas para neutralizar os efeitos de um dano ou erro passado, assim como *injunctions* estruturais dependem do erro ou mal funcionamento antecedente da instituição (na medida em que, na compreensão do autor, o mero risco de erro ou dano futuro não seria suficiente a desencadear o remédio estrutural)⁹². Confirmam-se, no ponto, as considerações expostas na Parte I, a respeito da combinação de medições preditivas e avaliativas para a resolução de litígios que reverberem efeitos preponderantemente prospectivos – assim como também se confirma a inafastabilidade das medições avaliativas às tomadas de decisão na via jurisdicional. No entanto, o escopo de seus remédios direciona-se a possibilidades futuras, à adequação de situações jurídicas e estruturação de instituições sociais para o futuro. Em outras palavras, não têm as *injunctions* por enfoque a apuração de “culpados” por atos de violações de direitos ou por situações juridicamente inadequadas, e tampouco sua penalização, mas direcionam-se, em contrapartida, à apuração de medidas que, para o futuro, possam remediar a respectiva

⁸⁹ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1292. “The liability determination is not simply a pronouncement of the legal consequences of past events, but to some extent a prediction of what is likely to be in the future. And relief is not a terminal, compensatory transfer, but an effort to devise a program to contain future consequences in a way that accommodates the range of interests involved” (*Ibid.*, p.1294).

⁹⁰ *Ibid.*, p.1292.

⁹¹ Cf. MALVEAUX, Suzette M. Class Actions, Civil Rights, and the National Injunction. In: **Harvard Law Review Forum**, v.131, p.56-64, 2017.

⁹² FISS. *Civil Rights Injunctions*, p.9-11.

violação de direitos constatada. O remédio “busca ordenar ações futuras ou ameaças destas, ou modificar uma linha de conduta atualmente em curso ou atualmente existente”⁹³.

Precisamente para se assegurar este escopo prospectivo das medidas remediais de *injunctions*, tornou-se também naturalmente necessário superar-se o feitiço “casual”⁹⁴ e de passividade judicial da tradicional fase de apuração dos fatos (*factfinding*), a fim de se implementar modelo de *factfinding* correspondentemente prospectivo. Os contornos renovados à *adjudicação* que então se estabeleciam passaram a demandar a concentração da responsabilidade pela apuração dos fatos na figura do juiz. Isso porque, ao menos em um primeiro momento, a decisão para elaboração de remédios equitativos de *injunctions* seria “majoritariamente um processo discricionário no qual o juiz de primeira instância é chamado a avaliar e apurar as consequências de programas alternativos que possam corrigir a falha substantiva”⁹⁵.

Adicionalmente, a natureza policêntrica dos litígios coletivos que eram, cada vez mais, levados às Cortes, na época, assim como os contornos subjetivos amorfos da litigância, tornaram impossível a continuidade da predominância do controle das partes sobre a apuração dos fatos, da forma como se verificava no clássico modelo de *adjudicação* do sistema *adversarial* norte-americano. No reformulado perfil de litigância que se instalava, conferia-se a estas partes o papel de produzir as provas, mas não de organizá-las para julgamento⁹⁶.

Apesar de igualmente diagnosticar a ampliação do espaço de aplicabilidade e a crescente adesão da comunidade jurídica norte-americana aos remédios equitativos de *injunctions* em meados do século XX, Owen M. Fiss propôs análise da transição à qual foi submetida a *adjudicação* a partir de diferente perspectiva. No princípio da década de 1980 – quando já se começava a assistir, durante o governo de Ronald Reagan (1981-1989), a um declínio da receptibilidade social como um todo e da comunidade jurídica especificamente em relação às variadas formas de manifestação do poder do Estado, dentre as quais pela própria via da *adjudicação* – Owen M. Fiss apresentou ensaio no qual analisou os “Dois Modelos de Adjudicação”⁹⁷, e pontuou que, essencialmente, a função da *adjudicação* sempre teria sido (e

⁹³ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1296, tradução livre: “the lawsuit generally seeks to enjoin future or threatened action, or to modify a course of conduct presently in train or a condition presently existing” (original).

⁹⁴ *Ibid.*, p.1297.

⁹⁵ *Ibid.*, p.1296, tradução livre: “The elaboration of a decree is largely a discretionary process within which the trial judge is called upon to assess and appraise the consequences of alternative programs that might correct the substantive fault” (original).

⁹⁶ *Ibid.*, p.1297.

⁹⁷ FISS, Owen M. Two Models of Adjudication. In: GOLDWIN, Robert A., SCHAMBRA, William A. [Org.]. **How Does the Constitution Secure Rights?** Washington: American Enterprise Institute, 1985, p.36-49. Trata-

assim o continuaria sendo) a de conferir significado e expressão aos valores incorporados no texto constitucional, de modo a, assim, criar⁹⁸ e promover o cumprimento de direitos, não se reduzindo sua função à simples resolução de disputas entre indivíduos⁹⁹.

Como consequência, em sua avaliação, o que teria passado por transformação, em meados do século XX, com a crescente complexidade dos litígios apresentados ao Poder Judiciário, seriam as “formas” e não a “função” da *adjudicação*¹⁰⁰. Valendo-se das nomenclaturas utilizadas pelo respectivo autor, a *adjudicação* transmutou-se da forma de *resolução de disputas* para a forma de *reformas estruturais*, sendo a primeira minguada sob o ponto de vista sociológico, por não comportar as pretensões de agrupamentos sociais ou instituições, sobretudo de grupos que transcenderiam instituições, e a segunda especialmente sensível a estes grupos, instituições e sujeitos processuais coletivos. Exatamente por esta razão, na compreensão de Owen M. Fiss, as *reformas estruturais* teriam desafiado a lógica binária de litigância em que dois polos processuais contenderiam perante um órgão julgador, e passaram a contemplar uma estrutura antagônica multidirecional entre as partes – mediante a concomitância de interesses de diversos grupos, por vezes divididos internamente, “organizados em torno de uma agência decisória singular, o juiz”¹⁰¹.

Esta percepção de Fiss, que se distancia sutilmente da compreensão de Abram Chayes acerca da *litigância de interesse público*¹⁰², atribui a dois fatores elementares a transição da *adjudicação* rumo às *reformas estruturais*: (i) a tomada de consciência de que a ameaça principal aos valores constitucionais provém da forma como organizações de larga-escala, em especial as burocracias estatais, operam (e não da conduta atomizada de cada indivíduo), e (ii) o reconhecimento de que a única forma de eliminação destas ameaças consiste na reestruturação destas organizações¹⁰³. Neste sentido, identifica Owen M. Fiss, também, na transição entre a forma de *resolução de disputas* e a de *reformas estruturais*, um

se de ensaio apresentado em conferência realizada pelo American Enterprise Institute, e publicado, na sequência, em coletânea produzida a partir do respectivo evento.

⁹⁸ O autor inicia seu ensaio a partir da pontuação de que “direitos não são premissas, mas conclusões”, que emergem a partir do processo de se conferir significado aos valores constitucionais (FISS. *Two Models of Adjudication*, p.36).

⁹⁹ Neste aspecto, Owen Fiss realiza análise crítica à leitura da adjudicação “ângulo por ângulo” proposta por Lon Fuller, para demonstrar que a própria racionalidade – aspecto central da teorização deste autor – não é binária, admitindo análises estruturais, como um todo. Considera que, ao contrário do que propõe Lon Fuller, o direito à participação, para a legitimação do processo *adjudicatório*, não se vincula a uma indispensável individualização, sendo possível conceber-se a representação *dos grupos e subgrupos* interessados: “The judge must be certain that the full range of interests is vigorously represented, but he need not turn his back on the constitutional claim or deny an effective remedy because each and every individual affected will not or cannot meaningfully participate in the suit” (FISS. *The Forms of Justice*, p.41).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.36.

¹⁰¹ FISS. *Two Models of Adjudication*, p.38.

¹⁰² Cf. item 4.4, *infra*.

¹⁰³ FISS. *Two Models of Adjudication*, p.36.

redirecionamento no que concerne aos fins a que se propõe alcançar com a litigância: do protagonismo dos desejos e interesses jurídicos privados de indivíduos, à centralização do foco nos valores públicos consubstanciados na Constituição, que “informam e limitam a função do governo e constituem a principal fonte de nossa moralidade pública”¹⁰⁴. Como consequência, nessa nova forma de *adjudicação*, passa a ser “papel central do juiz interpretar a moralidade pública incorporada na Constituição”¹⁰⁵, superando-se a pressuposição clássica ao modelo de *resolução de disputas*, de que a natural harmonia social dependeria da ausência (ou da mínima) intervenção das Cortes ou do Estado¹⁰⁶. Em outras palavras, supera-se uma concepção de que o papel das Cortes seria de atuação extraordinária e pontual voltada ao reestabelecimento do *status quo* (de harmonia social), para se passar a questionar este mesmo *status quo* e confiar às Cortes o múnus de criar um novo *status quo*, de forma a evidenciar sua natureza de fonte de poder governamental¹⁰⁷.

Em suma, contrasta-se a visão de *adjudicação* de Owen M. Fiss àquela de Lon Fuller, essencialmente, na medida em que este último, comparando a *adjudicação* às eleições ou contratos, concebe-a a partir do modo como participam os indivíduos: em um fluxo de legitimação “da base para o topo”¹⁰⁸. Diferentemente, Owen M. Fiss situa a *adjudicação* no mesmo plano das ações executivas ou legislativas, concebendo-a a partir da investidura do poder estatal ao juiz: em um fluxo de legitimação, portanto, “do topo para a base”¹⁰⁹.

4.3. A EVOLUÇÃO TEÓRICA DO POLICENTRISMO

Como natural decorrência da consolidação de uma forma de *adjudicação* em que se evidencia como papel das Cortes a reestruturação de organizações burocráticas estatais de larga-escala, enraíza-se também a constatação – na contramão da concepção de Lon Fuller já apresentada – de que a atividade *adjudicatória* deve se tornar correspondentemente adequada ao tratamento de litígios que sejam ‘policêntricos’. Todavia, a que acepção de *policentrismo* se passa a fazer referência?

¹⁰⁴ FISS. *Two Models of Adjudication*, p.40, tradução livre: “[...] that inform and limit the function of government and constitute the principal source of our public morality” (original).

¹⁰⁵ *Ibidem*: “[...] one of the central tasks for the judge is to interpret the public morality embodied in the Constitution” (original).

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.41.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.41-43.

¹⁰⁸ FISS. *The Forms of Justice*, p.41.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

O referencial de *policentrismo* cunhado por Michael Polanyi¹¹⁰, embora com louvor retratasse os multifacetados interesses aplicáveis às relações econômicas em meados do século XX, foi por ele desenhado, e por Lon Fuller referenciado, em momento histórico que antecedeu o apogeu da transformação das formas de *adjudicação* e, portanto, não pretendeu – e nem o poderia – retratar e corresponder à estrutura subjetiva coletiva e antagonica multidirecional de um modelo de litigância que se propusesse a reorganizar instituições sociais e políticas burocráticas de larga-escala¹¹¹. As repercussões econômicas por ele tratadas não seriam, tampouco, plenamente demonstráveis hoje em dia, em razão do irrefreável avanço tecnológico e do desenvolvimento de inteligência artificial apta a prever comportamentos sociais e de mercado, influenciar tendências de consumo, e assim prevenir e solucionar diversos dos dilemas econômicos multidirecionais que os preocupavam.

Por outro lado, isso não equivale dizer que teria Polanyi se equivocado por completo em sua concepção de *policentrismo*, seja por refletir a realidade de um tempo, seja por ter traçado as premissas para uma subsequente teoria para o *policentrismo* jurídico.

Ao importar a teoria de Polanyi para o cenário jurídico, Lon Fuller identificou que *problemas policêntricos* têm múltiplos centros de interesses coexistentes, interrelacionados e interagindo a partir de pontos de influência, de forma que “cada mudança em qualquer agente pode gerar um diferente conjunto de repercussões nos demais agentes”¹¹². Ressalvou, em contrapartida, que não identificaria como elementos indissociáveis deste *policentrismo* a multiplicidade de pessoas afetadas, nem as rápidas alterações no contexto fático a permear estes problemas (fluidez dos estados de fato e de direito), apesar de expressamente reconhecer se tratar de características a eles frequentes¹¹³.

Em análise à obra de Fuller, Melvin Aron Eisenberg identifica que a natureza *policêntrica* a que se faz referência pode se situar tanto *no problema* em si, quanto *em sua solução*, de tal forma que diferentes tratamentos resolutivos podem vir ou não a ofuscar o *policentrismo* do problema¹¹⁴. Para demonstrar seu argumento, exalta o modo como “muitos problemas jurídicos aparentam ser não-policêntricos apenas porque o *Common Law* os

¹¹⁰ POLANYI. *The Logic of Liberty*, op. cit.

¹¹¹ À guisa de exemplificação da espécie de litigância, cf. itens 4.5.1 e 4.5.2, *infra*.

¹¹² FULLER. *The Forms and Limits of Adjudication*, p.395, tradução livre: “[...] each shift in any one player might have a different set of repercussions on the remaining players” (original).

¹¹³ *Ibid.*, p.397.

¹¹⁴ EISENBERG. *Participation, Responsiveness and the Consultative Process*, p.424.

soluciona tratando como ‘irrelevantes’ um número de circunstâncias e ramificações que podem ser consideradas perfeitamente relevantes em outros tempos e lugares”¹¹⁵.

A partir desta constatação e da própria evolução do comportamento das Cortes estadunidenses desde a formulação teórica proposta por Fuller na década de 1950, Eisenberg identifica inconsistência na compreensão de que o enfoque *policêntrico do problema*, por si só, o tornaria inapto à solução *adjudicatória*. Esta observação é respaldada pelo que ele denomina de *problema dos múltiplos critérios* (que não se confundiria com o *policentrismo* em si, apesar de frequentemente se associar a ele), segundo o qual determinados problemas, para serem solucionados, dependeriam do sopesamento de múltiplos critérios de natureza não jurídica, e especificamente a estes problemas (e não aos de natureza *policêntrica* em geral) a solução *adjudicatória* não se revelaria a mais adequada, a seu ver, por não prover o órgão decisor de autoridade gerencial¹¹⁶. Replicando-se o exemplo utilizado pelo próprio autor, pode-se visualizar *problema de múltiplos critérios* na tomada de decisão, por um treinador de equipe de futebol, acerca de quais jogadores seriam escalados para uma determinada partida e para jogar em qual função: trata-se de escolha que envolve critérios de agilidade, experiência, disciplina, comprometimento, vontade e espírito de equipe, desvinculados de um equivalente *direito* de cada jogador de ser escalado¹¹⁷. Eisenberg compreende, portanto, que litígios adequados à via *adjudicatória* dependem de soluções que “podem ser alcançadas pela determinação de direitos por intermédio da aplicação de padrões autoritativos”¹¹⁸.

Apesar de, como já demonstrado, o crescimento da utilização de *injunctions* para a resolução de litígios complexos, com o tempo, ter extrapolado este limite delineado por Eisenberg (assim como aqueles propostos por Fuller) à aplicação da solução *adjudicatória*, sua teoria de *problemas de múltiplos critérios* foi amalgamada ao *policentrismo* para o aprofundamento das análises dos desafios e dos riscos no tratamento de litígios complexos pela via da *adjudicação*.

¹¹⁵ *Ibidem*, tradução livre: “More generally, many legal problems seem nonpolycentric only because the common law solves them by treating as ‘irrelevant’ a number of circumstances and ramifications that might be considered perfectly relevant at other times or places” (original).

¹¹⁶ *Ibid.*, p.425.

¹¹⁷ *Ibid.*, p.424-425.

¹¹⁸ *Ibid.*, p.424, tradução livre: “[...] can be reached by determining rights through the application of an authoritative standard” (original). E prossegue o autor: “Classical ad-judication is an inappropriate process for solving problems whose optimal solution consists of a regime whose elements are discretionary in the sense that (i) interdependent interests must be manipulated to create the regime, thereby undermining the relevance of standards designed to assess competing claims of right, or (ii) the difficulty of ordering criteria in a preferential manner, or the presence of other severe uncertainties, frustrates creation of the regime through the formulation of stable decisional rules” (EISENBERG. *Participation, Responsiveness and the Consultative Process*, p.426).

Assim, a partir deste referencial teórico e metodológico, poucos anos mais tarde, em 1982, William A. Fletcher, publicou pesquisa no Yale Law Journal, classificando o *policentrismo* em duas espécies, a saber, o *policentrismo jurídico* e o *policentrismo não-jurídico*¹¹⁹. A primeira destas espécies a assimilar litígios caracterizados pela existência simultânea de diversos centros de interesses juridicamente protegidos e interrelacionados, e a segunda integrada pela concomitância de inúmeros centros de interesses não tutelados juridicamente e interrelacionados. Complementarmente, e considerando o complexo emaranhado do qual se revestem os litígios em suas manifestações práticas, concebeu William A. Fletcher, também, a possibilidade de combinação das duas espécies anteriores, em um *policentrismo* simultaneamente *jurídico* e *não-jurídico*¹²⁰ (híbrido). Para exemplificar esta possibilidade híbrida, o autor se valeu do exemplo de uma demanda judicial proposta contra órgãos que compõem a Administração Pública, na qual se fundamente pedido de reforma do sistema prisional na necessidade de garantia de direitos fundamentais da população encarcerada: ao lado do referido interesse jurídico do grupo sob condição de encarceramento, passam a coexistir também interesses não jurídicos, seja de natureza política do(s) gestor(es) público(s), de natureza orçamentária do ente federado, ou ainda interesses de ordem social e econômica de outros grupos da população que poderiam ver reduzida a verba pública disponível a ser aplicada em outra determinada área ou projeto de sua preferência¹²¹.

A constatação destas diferentes manifestações ao fenômeno do *policentrismo* clarificou o fato de que não haveria muito de atípico ou inusitado na apreciação de litígios *juridicamente policêntricos* pelo Poder Judiciário, afinal a própria Teoria Geral do Direito proporciona classicamente aos operadores jurídicos a aplicação de critérios de ponderação de princípios e solução de antinomias aparentes ou reais entre normas, especializando-se ao ponto de proporcionar inclusive regras para o tratamento de antinomias entre os próprios mencionados critérios¹²². Assim, contrapondo-se múltiplos interesses jurídicos antinômicos, bastaria ao órgão julgador, em seu papel de intérprete do ordenamento, aplicar tais critérios, não se afastando, em essência, da função de *resolução de disputas* da tradicional *adjudicação*.

Desafiador ao Poder Judiciário, contudo, a demandar o já retratado afastamento da tradicional forma de *adjudicação*, seriam os litígios *policêntricos não-jurídicos* ou, ainda, aqueles marcados pela confluência dos dois modelos (híbridos), a apresentar *policentrismo* não apenas na esfera do problema, como também, das soluções, como pontuado por

¹¹⁹ FLETCHER. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, p.645-649.

¹²⁰ *Ibid.*, p.645-646.

¹²¹ *Ibid.*, p.646.

¹²² Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3.ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, p.249-270.

Eisenberg. Em outras palavras, em referidos litígios, não apenas concorreriam múltiplos centros de interesses não tuteláveis juridicamente, de natureza social, econômica, política, cultural, histórica, dentre outras (podendo manifestar-se atreladas ou não a valores jurídicos), como também seria possível a identificação de diferentes percursos resolutivos, conforme se pretendesse priorizar um ou alguns desses interesses, alternadamente. Cenário correspondente ao que Edilson Vitorelli diagnosticou como *complexidade* dos litígios coletivos¹²³.

Ironicamente ou não, as crescentes *injunctions* intentadas perante o Poder Judiciário norte-americano, que veiculavam insatisfações acerca da implementação de políticas públicas ou buscavam reestruturação de instituições burocráticas de larga-escala, a partir das décadas de 1950 e 1960, conforme diagnósticos de Abram Chayes¹²⁴ e Owen M. Fiss¹²⁵, revelaram em sua imensa maioria litígios *policêntricos não-jurídicos* ou híbridos, tanto na esfera do problema em si, quanto na das soluções disponíveis. E, como consequência, conjuntamente à própria transformação das formas de *adjudicação* – que enalteceu os *equitable remedies*, passou a adotar enfoque prospectivo, admitiu contornos amorfos e extensos aos seus limites subjetivos, e ampliou a centralidade do papel do juiz na apuração dos fatos –, passou-se a considerar estender também aos órgãos jurisdicionais a responsabilidade por fazer escolhas, ao julgar, entre alternativas remediais desvinculadas de critérios puramente jurídicos. Assim, ainda que tenha sido o litígio imediatamente motivado por violação de valores jurídicos, a multiplicidade de interesses que contempla de forma mediata passou a exigir da Corte que “reorganize as funções governamentais de um ramo político de um estado, apoiando-se largamente em sua inassistida discricionariedade em desempenhar esta função”¹²⁶.

No entanto, subsiste a indagação: a distribuição constitucional de Poderes no Estado Democrático de Direito admite aos órgãos jurisdicionais a prerrogativa para a reorganização discricionária de funções governamentais, justificada no propósito de resolução de litígios *policêntricos não jurídicos* ou, mesmo, híbridos? A resposta a esta inquietação, contudo, condiciona-se à solução de outro questionamento, que lhe precede: quais seriam os elementos essenciais caracterizadores desse modelo de litígio *policêntrico*, fruto da retratada evolução desde as décadas de 1950 e 1960, que exigiu uma transformação da tradicional

¹²³ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, op. cit.

¹²⁴ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, op. cit.

¹²⁵ FISS. *The Forms of Justice*, op. cit.

¹²⁶ FLETCHER. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, p.647, tradução livre: “the court must reorganize the governmental functions of a political branch of a state, relying largely on its own uncontrolled discretion in performing the task” (original).

adjudicação, de cultura *adversarial*, do ordenamento jurídico norte-americano? É o que, sequencialmente, se esclarece nos tópicos seguintes.

4.4. LITÍGIOS DE INTERESSE PÚBLICO, LITÍGIOS ESTRUTURAIS OU LITÍGIOS INSTITUCIONAIS?

As linhas até aqui traçadas já permitem a conclusão de que a reformulação da *adjudicação*, ocorrida nos Estados Unidos da América a partir da década de 1950, encontrou sua motivação na emergência de um novo modelo de litigância, cujos traços distintivos não se limitaram à ampliação da busca por *equitable remedies* (pela via de *injunctions*) e à concomitância de inúmeros centros de interesses – majoritariamente *não-jurídicos*. Em verdade, o momento histórico em que se inseria o país em meados do século XX favoreceu a frutificação de litígios *policêntricos* que se lêem sob diversas alcunhas, dentre as quais *litígios de interesse público*, *litígios estruturais* ou *litígios institucionais* – denominações que, alternadamente, apontam sutis (ou, não tão sutis) traços distintivos entre si.

A alcunha *litigância de interesse público* (ou, em inglês, *public interest litigation*) foi concebida e escolhida por Abram Chayes¹²⁷, para fazer referência ao novo modelo de litigância que compelia à transformação do padrão adjudicatório aplicado pelas Cortes estadunidenses em meados das décadas de 1950 a 1970. Um dos traços centrais apontados pelo autor, à espécie de litígios que lhe impulsionava, consistia no rompimento com a conformação bipolar de partes nos litígios individuais tradicionais, para se adotarem contornos subjetivos mais amplos. A correspondência processual a esta espécie de arranjo, destaca o autor, só se tornou possível à medida que se abandonou a concepção estreita que se impunha à possibilidade de “junção de partes com ‘interesse’ na controvérsia”, no direito norte-americano. Sob o império do tradicional sistema de litigância, as Cortes “definiam o conceito de ‘interesse’ restritivamente para excluir aqueles sem um direito legal independente ao remédio a ser concedido na disputa principal”¹²⁸. A percepção, contudo, de que os efeitos da litigância¹²⁹ por vezes não irradiariam apenas aos sujeitos nos polos duais das relações processuais bipolares conduziu ao declínio da estreiteza da interpretação do que seria “junção

¹²⁷ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, *op. cit.*

¹²⁸ *Ibid.*, p.1289, tradução livre: “the Courts defined the concept of ‘interest’ narrowly to exclude those without an independent legal right to the remedy to be given in the main dispute” (original).

¹²⁹ Não se pretende fazer referência, neste ponto, à irradiação *erga omnes* ou *ultra partes* dos efeitos da coisa julgada, tal como previsto no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro às ações coletivas. Pelo contrário, refere-se, de forma mais ampla, aos efeitos jurídicos, políticos, sociais, econômicos, que advêm da mera existência do litígio e de seu tratamento perante o Poder Judiciário.

de partes com ‘interesse’ na controvérsia”, a fim de se adotar compreensões mais eficientes e racionais¹³⁰.

A própria normatização, no direito norte-americano, da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, em sua redação de 1938, para a tutela jurisdicional coletiva, conforme as espécies *de direitos* (classificados, por esta redação já revogada da norma, como *true*, *hybrid* e *spurious*¹³¹), encontrava-se em franco declínio nas décadas de 1950 e 1960¹³², não apenas face à percepção de que o esforço de se categorizar tais espécies demonstrava-se exaustivo e complexo, como também inócuo. E, na raiz dessa inocuidade, observava-se que a normatização então proposta às *class actions* norte-americanas reunia e tratava indistintamente titulares indetermináveis (ou, ainda que determináveis), sob a unidade supostamente coesa do polo processual, mediante o fundamento da classificação una da espécie de direito coletivo tutelado, o que culminava por inserir a ação coletiva na clássica lógica *adversarial* de *adjudicação* tradicional, com estrutura subjetiva bipolar (idêntica à aplicável aos litígios individuais). Em outras palavras, a própria normatização processual coletiva forjava uma redução da complexidade dos litígios envolvendo coletividades, ocultando os ecos plurais das vozes heterogêneas emanadas pelos próprios grupos.

O diagnóstico traçado por Abram Chayes revela, contudo, que, antes mesmo da reforma pela qual passou o sistema processual civil norte-americano em 1966¹³³, já se poderia constatar uma transformação no perfil de litigância, a revelar a insuficiência das conformações subjetivas processuais bipolares. A natureza inerentemente ampla e pública dos fatos que se passavam a levar à juízo, consistentes majoritariamente em insatisfações contra inadequadas implementações de políticas públicas, fazia com que se tornasse “difícil desenhar uma linha determinando aqueles que possam participar, de forma a eliminar qualquer um que seja ou possa ser significativamente [...] afetado pelo resultado”¹³⁴. Adicionalmente, ainda na visão de Chayes, demonstrava-se contraproducente e incoerente à natureza das *class actions* enquadrá-las nos rígidos preceitos e moldes da clássica *adjudicação*¹³⁵, e se tornava imperativo o enfrentamento de questões como: “até que ponto pode ser o grupo estendido e

¹³⁰ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1289.

¹³¹ MULLENIX. *General Report: Common Law*, p.265-266. Cf. item 3.4.1, *supra*.

¹³² Declínio este que antecedeu ampla reforma pela qual passou a normatização processual civil norte-americana como um todo em 1966.

¹³³ Reforma processual que, especialmente, incidiu sobre as *Rules 23* (regulamentadora das *class actions*) e 24 (a normatizar o direito de intervenção de sujeitos na relação processual) das *Federal Rules of Civil Procedure*.

¹³⁴ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1290, tradução livre: “[...] hard to draw the line determining those who may participate so as to eliminate anyone who is or might be significantly [...] affected by the outcome” (original).

¹³⁵ *Ibid.*, p.1291.

homogeneizado? Em que medida e por quais métodos se pode permitir a apresentação de pontos de vista divergentes daquele do representante do grupo?”¹³⁶.

Em resposta a estas inquietações, concebeu Abram Chayes como essencial à morfologia da *litigância de interesse público* uma conformação de partes extensa e amorfa (distanciando-se da rigidez das estruturas subjetivas bipolares), que litigam em torno de processo judicial cujo escopo é definido de forma colaborativa entre estas partes e o juiz (e não imposto de forma exógena), envolvendo queixas a respeito da operação de políticas públicas (e não disputas em torno de direitos individuais), e exigindo deste órgão julgador postura ativa, seja na avaliação dos fatos e organização da litigância, seja na validação do resultado¹³⁷. Neste ponto, destaca-se, ainda, que não é escopo central deste modelo de litigância a busca por compensação por danos causados, mas por remédios prospectivos, modulados de forma *ad hoc* e inerentemente flexível, mediante participação conjunta das partes (em postura negocial, colaborativa) e do juiz, ao qual se passa a exigir contínuo acompanhamento da implementação destes mesmos remédios¹³⁸. Como consequência, passa a se vislumbrar nas Cortes inequívoco fórum de discussões políticas e, portanto, ramo do processo político¹³⁹.

Poucos anos mais tarde, Owen M. Fiss publicou trabalho também dedicado ao percurso evolutivo pelo qual passava a *adjudicação*, denominando, contudo, *estrutural* o novo modelo de litigância por ele diagnosticado¹⁴⁰. Classificando-o como tipo de litigância constitucional, Fiss identificou na origem dos litígios correspondentes o fato de que, com a modernidade, a qualidade da vida em sociedade passava a se encontrar diretamente vinculada, em diversas medidas, à forma como operam organizações estatais de larga escala – cujos

¹³⁶ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1291, tradução livre: “How far can the group be extended and homogenized? To what extent and by what methods will we permit the presentation of views diverging from that of the group representative?” (original).

¹³⁷ “The public law litigation model portrayed in this paper reverses many of the crucial characteristics and assumptions of the traditional concept of adjudication: (1) The scope of the lawsuit is not exogenously given but it is shaped primarily by the court and parties; (2) The party structure is not rigidly bilateral but sprawling and amorphous; (3) The fact inquiry is not historical and adjudicative but predictive and legislative; (4) Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees; (5) The remedy is not imposed but negotiated; (6) The decree does not terminate judicial involvement in the affair: its administration requires the continuing participation of the court; (7) The judge is not passive, his function limited to analysis and statement of governing legal rules; he is active, with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping the litigation to ensure a just and viable outcome; (8) The subject matter of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of public policy” (CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1302).

¹³⁸ Inclusive por intermédio da atuação conjunta e articulada de gestores e interventores, a acompanharem a fase de implementação destes remédios prospectivos.

¹³⁹ *Ibid.*, p.1304.

¹⁴⁰ FISS. *The Forms of Justice*, *op. cit.*

arranjos institucionais, frequentemente, encontram-se em dissonância aos valores tutelados pelo texto constitucional¹⁴¹. E assim, concluiu que, como consequência, a concretização dos valores constitucionais (função elementar à *adjudicação*, conforme demonstrado) se condicionaria à reestruturação ampla destas organizações, em transformação ao *status quo*¹⁴².

Em seu trabalho, Fiss expressamente reconheceu a estreita correlação entre seu diagnóstico e o modelo de litigância identificado por Abram Chayes, sem, todavia, considerá-los sinônimos entre si: à medida que bastaria ao modelo de litigância de Chayes a natureza pública dos direitos pleiteados, aos litígios *estruturais* identificados por Fiss seria essencial a ofensa direta a valores constitucionais, além da estreita vinculação à forma como operariam as organizações estatais¹⁴³. A importância da diferenciação estaria na específica observação, por Fiss, de um redirecionamento no foco dos processos judiciais, que deixava de ser a ocorrência de incidentes específicos (os quais se convertiam em meros gatilhos a desencadear a judicialização¹⁴⁴), para se transformar na persistência de determinado padrão ou prática na operação de organizações de larga-escala em violação a direitos constitucionais coletivos. Naturalmente, como também observado por Chayes, transformações destas naturezas no perfil de litigância, passaram a exigir adequações na estrutura subjetiva do processo, na postura adotada pelo juiz, assim como na condução da fase de implementação de medidas resolutivas, o que foi igualmente identificado por Fiss.

O enfoque burocrático e organizacional do modelo de litigância identificado por Owen M. Fiss levou parte da doutrina, por sua vez, a passar a adotar também a terminologia *litigância institucional* ou *litigância de reforma institucional*, para, igualmente, se referir aos pleitos formulados perante Cortes federais, pela via de *injunctions*¹⁴⁵, voltados à reestruturação de instituições públicas, em conformação aos valores e aos comandos constitucionais¹⁴⁶. Em proposta de esclarecimento à pluralidade terminológica, Susan Sturm, em 1991, diferencia a concepção de *litígio de interesse público*, cunhada por Abram Chayes,

¹⁴¹ FISS. *The Forms of Justice*, p.2.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibid.*, p.35-36.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p.18.

¹⁴⁵ Para se referir às *structural injunctions* nomeadas por Owen M. Fiss, a doutrina de William Fletcher se vale da expressão *institutional suits* (FLETCHER. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, p.637) e a de James M. Altman, da nomenclatura *administrative injunctions* (ALTMAN, James M. Implementing a Civil Rights Injunction: A Case Study of NAACP v. Brennan. In: **Columbia Law Review**, v.78, n.4, p.739-770, 1978).

¹⁴⁶ FLETCHER. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, p.635. No mesmo sentido, compreende A. David Reynolds ser a *litigância de reforma institucional* “directed at state or local governmental bodies to ensure their compliance with the growing number of constitutional and statutory rights every individual enjoys” (REYNOLDS, A. David. The Mechanics of Institutional Reform Litigation. In: **Fordham Urban Law Journal**, v.8, n.4, p.695, 1980).

daquela de *litígio estrutural*, introduzida por Owen M. Fiss, apenas a partir do aspecto que pretendem destacar: à medida que o termo aplicado por Chayes enfatizaria como característica dominante a natureza pública dos litígios e dos pleitos formulados nesta espécie de litigância, Fiss proporia terminologia que destacaria a importância do enfoque burocrático dos objetivos da litigância¹⁴⁷.

Não parece vislumbrar aquela autora, portanto, distinção em sua definição jurídica, mas apenas diferentes enfoques e perspectivas para se analisar o mesmo fenômeno. Todavia, ousa-se divergir estreitamente desta compreensão, por se antever diferente tipo de correlação entre as categorias de litígios propostas por Abram Chayes e Owen M. Fiss.

Não se está aqui a desconsiderar o fato de que não é próprio à tradição jurídica norte-americana preocupar-se excessivamente em alocar institutos jurídicos em categorias pré-determinadas e sob terminologias rígidas, ao contrário do que se observa corriqueiramente em sistemas jurídicos de *Civil Law*. Até mesmo por isso, não é incomum observar dentre os autores estadunidenses que se dedicam ao estudo dos institutos ora abordados, a utilização indistinta dos termos *litígio de interesse público*, *litígio estrutural* e *litígio institucional*. Entretanto, a importação de sua análise aos olhares da comunidade brasileira de operadores do Direito, acostumada a discussões cirúrgicas a respeito de discretos pormenores que diferenciam institutos, impede a desconsideração das minúcias distintivas que pairam sobre as concepções teóricas sob as quais foram concebidos. Até mesmo porque a desconsideração poderia ensejar riscos de que fossem estes institutos associados inadvertidamente a outras espécies jurídicas do Direito brasileiro a eles desconexas, conduzindo, por consequência, a falsos silogismos.

Nesse sentido, observa-se, a partir da caracterização procedida pelos idealizadores destas terminologias, diferentes abrangências¹⁴⁸ entre os *litígios de interesse público* e os *litígios estruturais*, de modo a consistirem os primeiros em categoria na qual estariam contidos os últimos. Verdadeiramente, vê-se nos *litígios estruturais* todos os traços inerentes aos *litígios de interesse público* diagnosticados por Abram Chayes, porém com maior grau de especificidade, não se podendo considerar, em contrapartida, a premissa inversa, ou seja, de que todos os *litígios de interesse público* seriam também *estruturais*. Edilson Vitorelli aponta compreensão aproximada à que ora se oferece, na medida em que endossa a distinção entre

¹⁴⁷ STURM, Susan P. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: **The Georgetown Law Journal**, v.79, p.1357 (nota de rodapé 1), 1991.

¹⁴⁸ Assim aponta, inclusive, a compreensão de A. David Reynolds: “In recent years, the Courts have experienced an increase in the number of large-scale public interest lawsuits. Much of this increase has been in the form of institutional reform litigation [...]” (REYNOLDS. *The Mechanics of Institutional Reform Litigation*, p.695).

litígios de interesse público e litígios estruturais, apontando como traço diferenciador o fato de que os primeiros, ao contrário dos últimos, não se condicionam necessariamente à reestruturação de organizações, visando a simplesmente implementar direito que, apesar de garantido, ainda não tenha sido efetivado, em decorrência de possível ‘ponto cego’ ou ‘carga de inércia’ da administração, que demande mero “reforço de legalidade judicial”¹⁴⁹. A ratificar a compreensão dos dois tipos de litigância a partir da relação de categorias continente-e-contida que ora se propõe, aponta-se a experiência das Cortes indianas que, seguindo-se à tendência dos Estados Unidos da América, exibiram seus primeiros casos de *litigância de interesse público* ainda na década de 1970¹⁵⁰, considerando estarem diante de *litígios estruturais* apenas nas hipóteses em que, para sua resolução, fosse indispensável a prolação sucessiva de decisões, por um período de tempo, a fim de estimular reforma institucional¹⁵¹.

Em suma, tem-se que o enquadramento na categoria de *litigância de interesse público*, conforme parâmetros delineados por Chayes, condiciona-se amplamente à natureza pública do objeto da demanda ou à sua correlação ao processo de implementação de políticas públicas, ao passo que, de forma mais pormenorizada, caso o litígio correspondente encontre sua natureza pública na origem constitucional dos valores envolvidos e decorram da reiterada inobservância destes valores no padrão de operação de organizações burocráticas estatais de

¹⁴⁹ VITORELLI. *Processo Estrutural e Processo de Interesse Público*, op. cit. O autor considera, ainda, que se diferenciam os *litígios de interesse público* daqueles *estruturais*, na medida em que os primeiros, a seu ver, admitiriam tutela jurisdicional pela via individual, ao passo que os últimos vincular-se-iam ao instrumento das ações coletivas. Por fim, destaca sua compreensão de que *litígios de interesse público* se direcionariam exclusivamente contra o Estado e agências governamentais, em contraste aos *litígios estruturais* que, à sua compreensão, poderiam voltar-se a entes privados, como nos casos, por exemplo, de recuperação judicial.

¹⁵⁰ “Desde 1978, el Tribunal Supremo de la India y algunos tribunales estatales de ese país fueron más allá e iniciaron un proceso por el cual derivaron una amplia variedad de derechos sociales a partir del derecho a la vida, basándose en los principios guía contenidos en la Constitución. [...] En su primer caso claro de derechos sociales, en 1980, el Tribunal Supremo indio ordenó a un ayuntamiento que cumpliera sus deberes legales de proporcionar sistemas de agua, alcantarillado y recogida de aguas. El Tribunal relajó también las reglas sobre legitimidad procesal y los remedios judiciales exigibles con el propósito de facilitar la presentación de demandas y la solicitud de medidas judiciales más flexibles” (LANGFORD, Malcolm. *La Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales: de la Práctica a la Teoría*. In: LANGFORD, Malcolm [Org.]. **Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales: Tendencias Emergentes en el Derecho Internacional y Comparado**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013, p.49-50). “The Supreme Court has itself considered matters as diverse as cleanliness in private housing colonies, the use of red beacon lights on cars, the singing of the national anthem in movie halls, the use of loudspeakers in public places, control over automobile emissions, compulsory use of seatbelts, preventing the ragging of college freshmen, demolition of parking lots, collection, storage and supply of blood in blood banks, steps to prevent industrial pollution, and the imposition of a ban on the sale of fireworks. Yet, the Supreme Court’s docket on PIL [Public Interest Litigation] also includes cases of monumental political significance that shape the course of elections and impact upon the fortunes of major political parties” (CHANDRACHUD, Dr. Chintan. *Anticorruption by Fiat: Structural Injunctions and Public Interest Litigation in the Supreme Court of India*. In: **Socio-Legal Review**, v.14, p.171, 2018).

¹⁵¹ *Ibid.*, p.174.

larga-escala, serão também *litígios estruturais*.¹⁵² O enfoque majoritário da pesquisa que ora se desenvolve concentra-se nesta última espécie.

4.4.1. Uma Conotação Sociológica Emergentista para os Litígios Estruturais

Diante da delimitação, por Owen M. Fiss, dos *litígios estruturais* como sendo aqueles originados de desconformidade inconstitucional na forma como operariam organizações institucionais burocráticas de larga-escala, nota-se que as considerações desenvolvidas na Parte I desta pesquisa permitem atribuir maior pontualidade ao seu conteúdo semântico, à luz da sociologia emergentista, sem lhe alterar a terminologia. A observação decorre da identificação de que o epicentro dos *litígios estruturais* estaria nas interações existentes entre agentes e, principalmente, entre as partes relacionais do sistema social que impliquem regulação normativa. Trata-se, assim, de delineamento conceitual que pretende clarificar o enquadramento dos *litígios estruturais* no gênero dos litígios coletivos, mediante a identificação de suas características intrínsecas, e que tem o propósito de atribuir conotação específica, à luz da ciência da Sociologia, aos conceitos juridicamente amplos que são utilizados para sua explicação.

Para a melhor compreensão do ponto, retoma-se a interpretação que faz Margaret Archer das noções de ‘agência’ e ‘estrutura’ – centrais às mais recentes teorias em torno dos debates ontológico e metodológico. Como pilares para a abordagem *morfogênica* que oferece a autora ao *dualismo analítico*, a ‘agência’ e a ‘estrutura’ correspondem, respectivamente, às concepções de ‘integração social’ e ‘integração de sistema’ delineadas por David Lockwood. Ou seja, a noção de ‘agência’ diz respeito às interações entre agentes singulares, ao passo que ‘estrutura’ consiste nas interações entre partes relacionais do sistema social.

Analisando-se mais detidamente as ‘estruturas’, portanto, consideradas em sua conotação sociológica, constata-se que se orientam pelo olhar voltado ao comportamento das ‘partes relacionais’ do sistema social – ideia que, para o operador do Direito, poderia soar, a princípio, muito abstrata, visto que desvinculada de conteúdo jurídico específico. Todavia, trata-se de expressão escolhida propositalmente pela Sociologia, com o intuito de que assumisse contornos fluidos o suficiente, que lhe permitissem se amoldar a diversificadas

¹⁵² A atenção à diferenciação torna-se ainda mais relevante face à importação dos institutos ao Direito brasileiro, no berço do qual o uso indiscriminado da expressão cunhada por Chayes pode associar-se às concepções de *interesse público primário* (como sendo simplesmente aquele de coletividades) e *secundário* (como sendo aquele titularizado pelo próprio Estado), como um todo, abarcando litígios que não guardem nenhum traço policêntrico e não exijam das Cortes o distanciamento dos tradicionais moldes de adjudicação.

perspectivas de análise¹⁵³. Afinal, insere-se como elemento de formulação teórica sociológica cujo valor explicativo aplica-se para todo o gênero dos fenômenos sociais, nos mais diferentes contextos de sistemas sociais. Por esse motivo, Lockwood¹⁵⁴ estende o alcance da noção de ‘partes relacionais’, para permitir que a integração de sistema contemple as interações entre partes do sistema condicionadas ou não à regulação normativa específica, e que tenham mera existência jurídica ou também existência material – ainda que, com alguma dissidência doutrinária¹⁵⁵ a respeito.

Em face desses parâmetros, a desnecessidade de enquadramento jurídico-formal das ‘partes relacionais’ nas categorias dos sujeitos de direito ou dos entes despersonalizados, abre-lhes possibilidade para que contemplem as diferentes agremiações de pessoas, com contornos ora mais definidos, ora absolutamente tênues (conforme a espécie de litígio coletivo que provoque sua agregação – real ou ficta – sob o mesmo gênero) e de natureza jurídica que, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda se apresenta majoritariamente imprecisa¹⁵⁶: aquelas que aqui se denominam ‘coletividades’. E, evidentemente, de acordo com a maneira como se materialize sua configuração interna, a categoria das ‘partes relacionais’ dos sistemas sociais permite que sejam considerados, autonomamente, também os eventuais subgrupos (‘centros de interesse’) que, à luz do caso concreto, se destaquem em cada coletividade.

Paralelamente, como se demonstrou na Parte I desta pesquisa, também se inserem na noção de ‘partes relacionais’ do sistema social – e, neste caso, por específica intenção da teoria sociológica¹⁵⁷ – suas ‘instituições’, consideradas estas como sendo as partes do sistema social que impliquem regulação normativa (seja para sua constituição, funcionamento ou cumprimento de seus fins). Compreendem-se, assim, como partes relacionais normativamente reguladas o sistema educacional (posto em xeque no caso *Brown*), o sistema de saúde, o sistema carcerário, a previdência pública, o sistema habitacional, dentre outros. Como se observa, trazendo-se ao debate jurídico-científico a conotação que se atribui sociologicamente às ‘instituições’, não se pretende delimitar a elas contornos necessariamente estreitos, a fim de que se restrinjam ao escopo específico de pessoas jurídicas de direito público ou privado (autarquias e fundações, por exemplo) ou de seus órgãos. Deste modo, exemplificativamente, ainda que, no caso brasileiro, se atribua natureza jurídica institucional para entidades como o Ministério da Educação (MEC), o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais

¹⁵³ MOUZELIS. *Social and System Integration*, p.112. Cf. item 3.3.2, *supra*.

¹⁵⁴ LOCKWOOD. *Social Integration and System Integration*, *op. cit.*

¹⁵⁵ MOUZELIS. *Social and System Integration*, *op. cit.* Cf. item 3.3.2, *supra*.

¹⁵⁶ Cf. item 3.4.1.1, *supra*.

¹⁵⁷ MOUZELIS. *Social and System Integration*, *op. cit.* Cf. item 3.3.2, *supra*.

(INEP), o Instituto Federal de Minas Gerais (IFMG), o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) ou a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), a perspectiva sociológica não afasta, tampouco, da conceituação de ‘instituição’, o sistema educacional em si, considerado de forma ampla, regionalizada ou setorializada.

À luz do panorama, identifica-se ‘integração de sistema’ e, portanto, ‘estrutura’, nas interações entre os diferentes centros de interesse das coletividades e as instituições do sistema social. Trata-se de constatação sociológica que se permite fazer exportar para o Direito. Para a melhor visualização da correlação, recapitula-se que a doutrina estadunidense intitula como *litígios estruturais* aqueles que sejam deflagrados por inconstitucionalidade em arranjo institucional-burocrático de larga-escala e, por conseguinte, denomina *litigância estrutural* a tendência, identificada a partir da década de 1950, de se acionarem as vias jurisdicionais em busca de uma solução prospectiva a litígios desta natureza. A significação que se atribui à espécie de litígio e à litigância correspondente permitem apurar que sua adjetivação como *estruturais* acompanha o conteúdo semântico que é atribuído à mesma palavra pela abordagem *morfogênica* sociológica.

Assim, *litígios estruturais* são aqueles que envolvam inconstitucionalidade em ‘estruturas’ do sistema social, estas últimas delimitadas sob o prisma sociológico. Em outras palavras, são litígios deflagrados a partir de desconformidades inconstitucionais nas interações entre ‘partes relacionais’ (que impliquem regulação normativa ou não) do sistema social – a saber, os diferentes centros de interesses das coletividades envolvidas (assimilando-se a essência policêntrica destes litígios) e suas instituições (às quais, reitera-se, não se atribuem contornos necessariamente estreitos). Por conseguinte, de forma equivalente, a ideia de *litigância estrutural* se traduz pela crescente tendência identificada em meados do século XX, no contexto jurídico norte-americano, de se acionarem as Cortes para a resolução de litígios estruturais, em busca da formulação de medidas remediais com enfoque prospectivo e que, portanto, assegurem a cocriação de transformações nas interações do sistema social que permitam a superação das existentes e persistentes inconstitucionalidades apontadas.

O enfoque prospectivo do tipo de resolução que se anseia alcançar para *litígios estruturais*, assim como sua dimensão relacional e seu potencial impacto no sistema social, levam a concluir por seu enquadramento no gênero dos *litígios coletivos*, conforme delimitado na Parte I. Em face da natureza das interações entre agentes e partes relacionais do sistema

social que os litígios estruturais passam a envolver, o *policentrismo* inerente¹⁵⁸ torna ainda mais nítida a identificação do emaranhado de interesses de instituições, agentes do cenário político e econômico, além de grupos da sociedade que se posicionem de forma, ora mais homogênea, ora mais heterogênea. Como consequência, e trazendo-se a discussão para o contexto normativo brasileiro, acentua-se a insuficiência da rigidez e da estaticidade de quaisquer formas de regulamentação da tutela jurisdicional de coletividades que se construam a partir de espécies de direitos¹⁵⁹. Torna-se custoso (e, pode-se dizer, inútil) dedicar-se à classificação das espécies dos direitos coletivos envolvidos nos respectivos litígios, mesmo porque estes podem ter suas feições alteradas e reformuladas conforme sejam contemplados a partir da perspectiva dos interesses de determinada instituição, agente político ou subgrupo da coletividade – conduzindo a conclusões variáveis quanto à (in)divisibilidade do direito ou à (in)determinabilidade de seus titulares.

Esta dificuldade de enquadramento culmina por se agravar, se for considerado também o alto grau de mutabilidade desses litígios, em decorrência da intensidade com que impactam nas interações entre agentes e partes relacionais do sistema social, assim como em razão do fato de se originarem da própria inadequabilidade dos arranjos institucionais preexistentes¹⁶⁰ – consoante se pôde observar pelo próprio exemplo concreto do caso *Brown*. A amplitude da espécie de litígio, proveniente de violação sistêmica a direitos fundamentais que decorra da forma como operem e interajam instituições burocráticas de larga-escala, faz com que a tração nos fios da teia que interrelaciona os diferentes centros de interesse envolvidos¹⁶¹ seja constantemente remanejada – pela própria mutabilidade natural ao litígio, pela influência de circunstâncias externas supervenientes que a ele se entrelacem e que se façam sentir no âmbito das interações entre agentes e partes relacionais do sistema social, ou, ainda, pela implementação de medidas remediais à sua resolução.

Como corolário, conclui-se pelo inequívoco amoldamento dos *litígios estruturais* ao gênero dos litígios coletivos, sem que, por outro lado, se pretenda classificá-los conforme uma ou mais das espécies de direitos de coletividades previstas no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Não por se considerar que estas seriam inaplicáveis, mas porque, pragmaticamente, em nada contribuiriam à sua melhor assimilação – sobretudo

¹⁵⁸ Ressalva-se, aqui, que a delimitação que Lon Fuller faz ao *policentrismo* não o considera como traço exclusivo às lides coletivas: “It should be carefully noted that a multiplicity of affected persons is not an invariable characteristic of polycentric problems” (FULLER. *The Forms and Limits of Adjudication*, p.397).

¹⁵⁹ “O dogma da indivisibilidade visualizou os direitos transindividuais em situação de integridade, o que inviabilizou a percepção de que a intensidade com a qual os indivíduos atingidos por sua lesão é empiricamente variável” (VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.76).

¹⁶⁰ Cf. itens 3.5.1.1 e 3.5.1.2, *supra*.

¹⁶¹ POLANYI. *The Logic of Liberty*, p.170-172.

na hipótese de se partir ao intento de uma classificação abstrata, em tese, desvinculada de um cenário concreto. Por pretenderem vincular de forma estática o litígio coletivo à(s) espécie(s) de direitos de coletividades envolvidos, apresentam-se em descompasso com a mutabilidade elevada e o *policentrismo* que são inerentes aos litígios de natureza estrutural. Como efeito, exigiriam sucessivas e incessantes reavaliações e reclassificações – o que não apenas seria excessivamente árduo (ressaltam-se aqui as dificuldades que já são, por vezes, enfrentadas a esse enquadramento em hipóteses de litígios coletivos não *policêntricos*), como também absolutamente inócuo e, pode-se dizer, contraproducente diante do enredamento que já, naturalmente, caracteriza seu percurso resolutivo. Verdadeiramente, não são identificáveis os benefícios que justificariam que se partisse ao empreendimento de, continuamente, reavaliar-se a conformação do *litígio estrutural* a partir das espécies de direitos coletivos em sentido *lato* que estejam envolvidos – apresentando-se muito mais proveitoso, sob os pontos de vista prático e teórico, concentrar-se sua avaliação nos tipos de efeitos que o litígio provoque nas interações sociais e em como solucioná-lo prospectivamente.

O mesmo elevado grau de mutabilidade que torna contraproducentes as tentativas de se classificar os *litígios estruturais* conforme categorias de direitos coletivos que se pautem por lógica estática, também permite identificar sua alta *conflituosidade*¹⁶² – intensificada por seu *policentrismo não-jurídico* ou *híbrido*. Da mesma forma, a dimensão das instituições envolvidas amplia o seu escopo, a fim de que o *litígio estrutural* possa repercutir social, política e economicamente, conforme o tratamento que lhe seja dispensado – cenário que lhe revela também a alta *complexidade*. Como consequência, especificando-se ainda mais a sua classificação, tem-se que os traços característicos aos *litígios estruturais* permitem identificá-los na categoria dos litígios coletivos de difusão irradiada. Assim, todo *litígio estrutural* seria de *difusão irradiada*, não se podendo considerar verdadeira, contudo, a recíproca¹⁶³, uma vez que “pode ser que o litígio irradiado ocorra em um contexto não relacionado ao funcionamento de instituições”¹⁶⁴.

Por sua vez, a correlação que se identifica¹⁶⁵ entre as categorias dos *litígios de interesse público* e dos *litígios estruturais*, conforme a lógica continente-e-contida, passa a exigir maior esclarecimento quanto à natureza pública ou privada dos interesses envolvidos nestes últimos. Isso se dá, especialmente, em razão do fato de que a incursão que se faz ao direito estrangeiro tem o escopo de, subsequentemente, se tornar parâmetro para uma análise

¹⁶² VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, op. cit. Cf. item 3.5.1, *supra*.

¹⁶³ Cf. VITORELLI. *Levando os Conceitos a Sério*, op. cit.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p.8.

¹⁶⁵ Cf. item 4.4, *supra*.

crítica de similares manifestações do referido perfil de litigância no contexto brasileiro – no qual comumente se associa, aos direitos transindividuais¹⁶⁶, a ideia de interesse público primário, ao que se contrapõem os interesses da própria Administração Pública, classificados como interesses públicos secundários¹⁶⁷.

Nesse ponto, e como decorrência lógica de se adotar uma análise com enfoque nos *litígios* e não nas espécies de direitos envolvidos, identificam-se nos *litígios estruturais* a concomitância entre interesses de coletividades mais ou menos amplas (portanto, facilmente associáveis à ideia de ‘interesses públicos primários’), e interesses absolutamente privados de agentes estratégicos do cenário político ou econômico (tais como grandes empresas, ocupantes de cargos de poder, dentre outros). A natureza *policêntrica* não jurídica ou híbrida dos *litígios estruturais* faz com que compreendam a justaposição de múltiplos centros de interesses confluentes ou, preponderantemente, destoantes, que tornam esta espécie de litígio coletivo verdadeiro mosaico multifacetado e pluridimensional em seus antagonismos internos.

Por outro lado, o enfoque dado por Owen M. Fiss aos *litígios estruturais* acaba por lhes acentuar a natureza pública dos interesses envolvidos, visto que, ao delinear os contornos que assume a resolução de *litígios estruturais*, referiu-se expressamente ao fato de que teriam por traço característico “envolverem um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais”¹⁶⁸. Ou seja, indiretamente, delimitou a natureza pública das instituições de larga-escala cujas interações se pretenderia transformar e adequar à Constituição. E tal delimitação se apresenta em perfeita harmonia, não apenas ao amoldamento da respectiva espécie de litígio como classe da conformação mais ampla dos *litígios de interesse público*¹⁶⁹, como também à própria função que o mesmo autor atribui à *adjudicação* (de conferir concretude e significado a valores públicos constitucionais) e que consiste no referencial interpretativo que se adota nesta pesquisa.

¹⁶⁶ A partir da clássica tripartição de direitos coletivos em sentido *lato* entre “difusos”, “coletivos em sentido estrito” e “individuais homogêneos”, consideram-se transindividuais apenas aqueles que transpassam a esfera individual, sendo marcados, portanto, por sua indivisibilidade entre seus titulares. Portanto, aqueles titularizados *pelo grupo*. Nesse sentido, enquadram-se como transindividuais tão somente os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, ao passo que direitos individuais homogêneos, como o próprio nome já o indica, consistem em direitos perfeitamente divisíveis e individualizáveis, de tal forma que se inserem no gênero dos direitos coletivos em sentido *lato* por mera ficção jurídica, face à escolha legislativa do ordenamento jurídico brasileiro em estender-lhes a tutela jurisdicional coletiva, em razão de sua homogeneidade e por medida de administração da justiça.

¹⁶⁷ Cf. THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; VIANA, Thaís Costa Teixeira. O (Pseudo) Enquadramento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como Espécie de Processo Coletivo no Código de Processo Civil de 2015. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LOPES, Mônica Sette; NICÁCIO, Camila Silva [Org.]. **Eficiência, Eficácia e Efetividade: Velhos Desafios ao Novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p.157.

¹⁶⁸ FISS. *The Forms of Justice*, p.2, tradução livre: “Structural reform [...] involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies” (original).

¹⁶⁹ Cf. item 4.4, *supra*.

Ainda assim, não se ignora o fato de que a evolução da experiência das Cortes fez com que se transformassem as formas de *adjudicação* para a resolução de litígios complexos¹⁷⁰, envolvessem estes as burocracias estatais ou aquelas de cunho eminentemente *privado*. Isso fez com que a doutrina caminhasse em direção à receptibilidade da consideração de que o estado de desconformidade estrutural inerente aos *litígios estruturais* poderia também envolver organizações privadas (e não apenas públicas ou estatais) de larga-escala. Porém, ainda nesta hipótese, estabelece-se a ressalva de que não se poderiam enquadrar como estas respectivas organizações privadas, senão, aquelas que ultrapassassem os limites do exclusivismo inerente à esfera *não-pública*. E que, portanto, caracterizariam verdadeiras “estruturas privadas de interesse público [...] que operam uma função complementar ou associada à função estatal”¹⁷¹ ou, ao máximo, “estruturas integralmente privadas, mas que são essenciais para o mercado e a sociedade que a circundam, não podendo ser apenas eliminadas e substituídas por outras”¹⁷².

4.4.2. Para os Litígios Estruturais, as Reformas Estruturais

Identificadas as características da espécie de litígio que se dedica a analisar, novo desafio se apresenta: aquele que anseia compreender *por que* o advento de um tal modelo de litigância provocou tamanha transformação na atuação das Cortes, ao ponto de introduzir uma ‘nova’ forma de *adjudicação*. E a resposta a esta pergunta situa-se na natureza prospectiva e mandamental dos *equitable remedies*, e principalmente na essência *policêntrica não-jurídica* ou híbrida, das soluções aplicáveis.

O acionamento das Cortes por coletividades internamente heterogêneas, sob o fundamento de graves insatisfações a respeito da implementação de políticas públicas e de inconstitucionalidade na operacionalização e interação de instituições de relevância social e política, provoca tais órgãos jurisdicionais a assumir o encargo de resolver esses litígios. Múnus este que envolve a condução de transformações nas ‘estruturas’ sociais, a demandar atuação continuada, com enfoque prospectivo, por estas mesmas Cortes, além de envolver sucessivas apurações, ora jurídicas, ora não tão jurídicas. Neste ponto, inclusive, encontra-se um dos principais distanciamentos entre as *structural injunctions* e a tradicional forma de

¹⁷⁰ Toma-se aqui o termo ‘complexo’ em referência à compreensão de ‘complexidade’ apresentada por Edilson Vitorelli em sua tese de doutoramento (VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, op. cit.).

¹⁷¹ VITORELLI. *Levando os Conceitos a Sério*, p.7. Destaca-se que, na literalidade da citação direta que se realiza, a palavra ‘estrutura’ não é utilizada em sua conotação sociológica.

¹⁷² *Ibidem*. Identicamente à ressalva da nota de rodapé anterior, a palavra ‘estrutura’ não é reproduzida, neste trecho, com sua significação delimitada pela abordagem *morfogênica* sociológica.

adjudicação voltada à resolução de disputas bipolares, considerando-se o reduzido enfoque dispensado pelo direito processual civil norte-americano à execução de decisões judiciais – promovidas majoritariamente pelas próprias partes de forma espontânea ou acordada, e não no âmbito de fase processual caracterizada pela aplicação de medidas executivas pelo juízo, como é comum nos Tribunais brasileiros.

Ocorre que a prática das Cortes estadunidenses, com o transcurso do tempo, levou à percepção de que o percurso resolutivo de *litígios estruturais* compreenderia três etapas essenciais ou, melhor dizendo, três atividades de agir deliberativo – que, apesar de idealmente sucessivas, por vezes demandam contínua revisitação e, necessária flexibilidade: (i) o diagnóstico e declaração de um estado de desconformidade, contrário à Constituição, na operação de instituição de amplo alcance e grande repercussão social; (ii) o estabelecimento de parâmetros mínimos a serem alcançados para que se considere superada esta inconstitucionalidade; e (iii) a definição de estratégias e medidas práticas à transformação nas ‘estruturas’ sociais e ao alcance dos respectivos parâmetros. Três atividades com diferentes graus de complexidade, diferentes espécies de *policentrismo*, diferentes requisitos para que sejam aplicadas.

A primeira atividade (i), dentre as demais, é aquela que apresenta menor grau de complexidade à sua concretização, na medida em que permite ao órgão julgador que, no processo decisório, não se afaste de seus parâmetros de análise predominantemente jurídicos, ao subsumir um determinado contexto fático – que, obviamente, apresentará dimensões mais amplas, públicas – à norma de natureza constitucional, identificando a desconformidade. Ao fazê-lo, contudo, e a fim de garantir a efetividade das atividades subsequentes, cumpre à Corte a sensibilidade de observar, à máxima minúcia possível, a pluralidade de interesses (jurídicos e não jurídicos) que já se façam identificáveis a partir da concentração, em torno do juiz, da responsabilidade por apurar os fatos e conduzir a apresentação de provas¹⁷³. A respectiva decisão constitui pressuposto ao prosseguimento às próximas etapas, na medida em que a resposta jurisdicional negativa ao reconhecimento de inconstitucionalidade estrutural torna desnecessária a definição de parâmetros de conformidade e medidas remediais a alcançá-los.

Caso seja identificado, contudo, o estado de desconformidade que caracteriza o *litígio estrutural*, passa-se às atividades seguintes que, intrinsecamente, constituem o âmago da respectiva forma de *adjudicação*: a *reforma estrutural* (ou, em seu original, *structural reform*). Ora, na medida em que, conforme a compreensão apresentada por Owen M. Fiss e

¹⁷³ Cf. item 4.2, *supra*.

referencial teórico à presente pesquisa, é função central à *adjudicação* conferir significado e concretude aos princípios e direitos constitucionais (fundamentais), “discordâncias quanto à efetividade de uma ou outra medida são, em última análise, discordâncias quanto ao modo como o próprio direito material deveria ser definido”¹⁷⁴. E em razão da natureza multifacetada dos *litígios estruturais*, a demandarem soluções prospectivas, não bastam às *structural injunctions* a aplicação de medidas proibitivas ou reparadoras (como as demais modalidades de *injunctions*)¹⁷⁵, mas a formulação de complexo de medidas mandamentais aptas a transformações institucionais de larga monta.

Nesse sentido, dois principais modelos de atuação das Cortes para a concretização de *reformas estruturais* se verificaram, no percurso evolutivo das formas de *adjudicação*, a partir da segunda metade do século XX, nos Estados Unidos, que se diferenciavam essencialmente pela maneira como se interrelacionavam e desenvolviam a segunda (ii) e a terceira (iii) atividades resolutivas dos *litígios estruturais*: o modelo de *command-and-control* e o modelo *experimentalista*.

O modelo *command-and-control*, “atividade estereotipada de burocracias”¹⁷⁶, caracteriza-se pela emissão, por parte de uma autoridade central, frequentemente singular, de um conjunto de regras a serem aplicadas, verticalmente, a partir de lógica hierárquica. Nesse sentido, preponderantemente em um mesmo instrumento decisório, o órgão jurisdicional (ii) definiria os objetivos a serem alcançados para superação da inconstitucionalidade e (iii) impor, por ato diretivo, de imediato, as medidas a serem aplicadas para a transformação nas interações institucionais. Este tipo de orientação costumeiramente confere natureza rígida – harmônica aos efeitos de imutabilidade da coisa julgada material – e pormenorizada ao comando decisório, e investe a Corte de notória e destacada autoridade para o design das medidas remediais. Quanto à mensuração de sua efetividade em fase de implementação, é apurada de acordo com a conformação da parte que sofreu a condenação às prescrições detalhadas de condutas impostas pela decisão judicial, vez que “essas prescrições tendem a ser normas de processo que ditam a conduta como um meio para atingir as metas, ao invés de normas de desempenho que determinam e medem diretamente o cumprimento das metas”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ VIOLIN. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada*, p.162.

¹⁷⁵ Cf. item 4.2, *supra*.

¹⁷⁶ SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1019, tradução livre: “Command-and-control regulation is the stereotypical activity of bureaucracies” (original).

¹⁷⁷ *Ibid.*, p.1021-1022, tradução livre: “These prescriptions tend to be process norms that dictate conduct as a means to the attainment of goals, rather than performance norms that directly mandate and measure goal achievement” (original).

Referido modelo apresentou, contudo, grave fragilidade em razão do alto grau de mutabilidade que é inerente aos *litígios estruturais*: vale dizer, o mesmo motivo que exige que o design de soluções se pautar por olhar prospectivo, também torna indispensável que se atente ao fato de que as configurações fáticas do litígio não permanecem constantes, imóveis, no transcorrer das etapas de cognição e de implementação dos processos judiciais voltados à sua resolução. Pelo contrário, *litígios estruturais* são “contingentes: a manipulação de uma complexidade gera novas complexidades”¹⁷⁸, de tal forma que a rígida estipulação, *a priori*, de metas e medidas detalhadas ao seu alcance desconsidera a natureza fluida do litígio e, portanto, desaparece inevitavelmente inúmeras nuances que lhe compõem.

Exatamente por esta razão, o aprimoramento da experiência das Cortes norte-americanas¹⁷⁹ levou à difusão da aplicação de método *experimentalista*, mais flexível e menos hierarquizado que o primeiro, admitindo contínuas modulações durante o percurso resolutivo, em adaptação à mutabilidade marcadamente elevada dos *litígios estruturais*, ao ponto de os tornar “incompatíveis com as noções de estabilização da demanda, preclusão e, notadamente, com a coisa julgada”¹⁸⁰. Como o próprio nome prenuncia, o método *experimentalista* guarda forte relação com a metodologia empírica, que se caracteriza pela sucessão de ensaios e observações – ou, em linguagem mais acessível, ‘tentativas e erros’ –, com vistas ao alcance de descobertas de procedimentos que conduzam a resultados mais efetivos. Assim, delimitam-se objetivos a serem alcançados e, a partir da observação e, preferencialmente, do diálogo participativo e negociação contínua que conferem projeção às vozes plurais interessadas, definem-se estratégias remediais, cuja efetividade será aferida progressivamente, de forma a se viabilizar, em caso de insucesso de tais estratégias, a revisitação dos remédios formulados. Esta efetividade, por sua vez, passa a considerar o balanceamento de interesses (jurídicos ou não jurídicos) envolvidos no litígio, de forma a “‘sopesar’ os benefícios líquidos às vítimas do remédio escolhido, e os custos líquidos que estes remédios impõem a uma gama mais ampla de interesses sociais”¹⁸¹, conforme o princípio de *balancing the equities*¹⁸².

¹⁷⁸ VIOLIN. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada*, p.165.

¹⁷⁹ Cf. item 4.5, *infra*.

¹⁸⁰ VITORELLI. *Processo Civil Estrutural*, p.355.

¹⁸¹ GEWIRTZ, Paul. Remedies and Resistance. In: **The Yale Law Journal**, v.92, n.4, 1983, p.591, tradução livre: “[...] ‘balance’ its net remedial benefits to victims against the net costs it imposes on a broader range of social interests” (original).

¹⁸² Referido princípio “exige que o juiz analise as consequências de conceder a decisão requerida pelo autor, boas ou más, visto que, se os benefícios alcançados forem menores que o mal causado ao réu no cumprimento da decisão, deverá ser negada ou ao menos limitada” (BAUERMANN, Desirê. Structural Injunctions no Direito Norte-Americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo [Org.]. **Processos Estruturais**. 4.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022, p.337).

No modelo *experimentalista*, o diagnóstico e a declaração do estado de desconformidade inconstitucional são seguidos por (ii) uma delimitação, pelo órgão julgador, de normas concretas que definirão diretrizes gerais à resolução do *litígio estrutural*, a partir da definição de parâmetros de conformidade que caracterizam os objetivos mínimos a configurarem observância às garantias constitucionais (priorizando-se, assim, nesta etapa, os fins a serem alcançados e não os meios a este alcance¹⁸³). Assim, uma vez definidas estas metas gerais, e estipulados os critérios à progressiva aferição da efetividade no percurso ao seu cumprimento, relega-se às partes¹⁸⁴ notável discricionariedade para, em cooperação intersubjetiva e judicial com as Cortes e com terceiros, (iii) elaborarem, conjuntamente, medidas remediais a serem aplicadas, em médio ou longo termo, para a transformação nas ‘estruturas’ sociais e superação da inconstitucionalidade. Tais medidas, em razão da alta mutabilidade dos litígios estruturais, pretendem-se destinatárias de contínuas fiscalizações, revisitações e reformulações – consagrando-se, assim, a flexibilidade e dinamicidade indispensáveis ao alcance da máxima efetividade das *reformas estruturais*.

Vale esclarecer, contudo, que, apesar de, enquanto gênero ao qual pertencem as *injunctions*, serem os *equity remedies* esboçados a partir do princípio de *tailoring the remedy* (o qual determina que o remédio corresponda especificamente ao direito que tenha sido violado por determinado dano – como se este, no âmbito de *litígios estruturais*, pudesse ser especificado com base em critérios definitivos e considerado em sua estabilidade), não se pode aplicar o referido postulado com a mesma rigidez às *injunctions* estruturais. Como alerta Owen M. Fiss, a natureza fluida e intensamente mutável da violação a direitos inerente ao estado de desconformidade diagnosticado em *structural injunctions*, pode fazer com que o apego ao princípio de *tailoring the remedies* induza o aplicador do Direito a erros em suas tomadas de decisão. Como um ‘efeito halo’¹⁸⁵, no entendimento deste autor, o apego ao princípio em questão favoreceria a pressuposição de que medidas remediais específicas seriam supostamente as únicas aplicáveis diante de determinadas violações a direitos¹⁸⁶ – o que constituiria camuflagem perniciosa à alta *complexidade* de *litígios estruturais* e, de forma nenhuma, seria estratégia ideal para a implementação de *reformas estruturais* prospectivas, dinâmicas e *experimentalistas*.

¹⁸³ SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1019: “In the most distinctive cases, the governing norms are general standards that express the goals the parties are expected to achieve - that is, outputs rather than inputs”.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Cf. item 2.4.3, *supra*.

¹⁸⁶ FISS. *The Forms of Justice*, p.46-47.

Além disso, ainda que se aplique o modelo *experimentalista* – como preponderou nas mais recentes experiências de *reformas estruturais* pelas Cortes estadunidenses –, não se podem desconsiderar os desafios que pairam sobre a referida forma de *adjudicação*. Como aponta Ronald Dworkin, decisões judiciais em *hard cases*¹⁸⁷ devem ser fundamentadas em *argumentos de princípios* e não em *argumentos de política* – entendendo-se por *argumentos de política* aqueles que “justificam a decisão política pela demonstração de que esta decisão avança ou protege algumas metas coletivas da comunidade como um todo”¹⁸⁸, e por *argumentos de princípios* aqueles que “justificam a decisão política pela demonstração de que esta decisão respeita ou assegura direitos individuais ou coletivos”¹⁸⁹. Tal observação impõe severa responsabilidade às Cortes, quanto às suas tomadas de decisão, sobretudo na (ii) definição dos parâmetros de conformidade que guiarão, como meta, toda a condução da fase de implementação (*remedial phase*¹⁹⁰) e que, em virtude de seu primordial propósito de dar concretude aos valores constitucionais, não se devem desvincular de *argumentos de princípios*. Confirma-se, assim, a inafastabilidade das medições avaliativas, em concomitância com as medições preditivas, na resolução de litígios coletivos com alta mutabilidade e intensa reverberação de efeitos prospectivos¹⁹¹. Afinal, a “eleição de um standard sem a devida fundamentação esvazia a legitimidade da reforma estrutural”¹⁹².

Simultaneamente, a estipulação de referidos parâmetros – ou ‘standards’ de conformidade, como denomina Jordão Violin¹⁹³ – não deve tampouco se escusar da análise de indicadores objetivos que subsistam a testes de racionalidade¹⁹⁴. A ressalva é, inclusive, sensível à necessidade de se evitarem vieses decorrentes de negligência de taxa-base no deliberação sobre estes parâmetros. Dentre os indicadores objetivos, podem se apontar como diretrizes à formulação de parâmetros de conformidade: o conteúdo de atos normativos (editados pelo Poder Legislativo), a comparação à performance interacional de outras instituições, as recomendações de organismos internacionais ou instituições científicas, e a

¹⁸⁷ Ronald Dworkin, em artigo por ele publicado na Harvard Law Review em 1975, fruto de palestra ministrada em Oxford no início da mesma década, denomina “hard cases” aqueles nos quais nenhuma norma legal pré-estabelecida impõe uma solução específica a que ele se amolde perfeitamente (DWORKIN, Ronald. Hard Cases. In: **Harvard Law Review**, v.88, n.6, p.1060, 1975).

¹⁸⁸ *Ibid.*, p.1059, tradução livre: “Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole” (original).

¹⁸⁹ *Ibidem*, tradução livre: “Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right” (original).

¹⁹⁰ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1296.

¹⁹¹ Cf. item 3.5.2.1, *supra*.

¹⁹² VIOLIN. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada*, p.168.

¹⁹³ *Ibid.*, p.167.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p.168.

aplicação de técnicas hermenêuticas a conceitos jurídicos indeterminados¹⁹⁵. Além disso, deve-se atentar à realidade de que, por vezes, a indicação de uma multiplicidade de parâmetros¹⁹⁶, ou seja, de metas de conformidade a serem alcançadas, pode vir a inviabilizá-las do alcance de sua máxima efetividade, seja porque a concretização de uma dessas metas pode vir a demandar, na prática, algumas mitigações aos propósitos de outra(s), seja porque internamente aos próprios grupos vitimizados podem ecoar graves dissonâncias¹⁹⁷ – as quais, constituindo *ruído*, amplifiquem os riscos de erros nas tomadas de decisões.

4.4.3. A Delimitação da Legitimidade Judicial à Resolução de Litígios Estruturais

Ao diagnosticar a emersão de uma forma de adjudicação promovida pela via de *structural injunctions*, estabeleceu Owen M. Fiss como premissa ao papel que era então absorvido pelas Cortes, o fato de que “juízes não têm monopólio sobre a tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas tampouco há razão para que fiquem em silêncio”¹⁹⁸. Na medida em que se direciona a *litigância estrutural* à transformação nas interações entre instituições de larga-escala, de modo a conformar seu padrão de atuação aos valores constitucionais mediante *reformas estruturais*, volta-se a indagar: a estrutura de distribuição de poderes do Estado Democrático de Direito admite aos órgãos jurisdicionais prerrogativa para uma referida transformação nas estruturas?

A resposta a esta indagação condiciona-se à demonstrada morfologia do percurso *adjudicatório* para a resolução de *litígios estruturais*. Este compõe-se de uma primeira etapa, eminentemente cognitiva, por vezes intitulada *liability phase*¹⁹⁹, ultimada pela prolação de (i) decisão judicial declaratória da existência de estado de desconformidade inconstitucional na operacionalização e interação de instituições de relevância social; e por uma segunda etapa (*remedial phase*), dedicada à *reforma estrutural*, mediante o (ii) estabelecimento de parâmetros mínimos de conformidade para a superação da inconstitucionalidade e a (iii) contínua elaboração, aplicação e verificação de medidas remediais práticas ao alcance dos

¹⁹⁵ Referidos *standards* são apresentados por Jordão Violin, em sua tese de doutoramento defendida em 2019, perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (VIOLIN. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada*, p.168-177).

¹⁹⁶ O que não seria incomum em *litígios estruturais* que correspondam a estados de desconformidade que se tenham prolongado por longos períodos e, consequentemente, tenham produzido inúmeros efeitos nocivos (GEWIRTZ. *Remedies and Resistance*, p.594).

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ FISS. *The Forms of Justice*, p.2, tradução livre: “Judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent” (original).

¹⁹⁹ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1296.

referidos parâmetros. Apesar de, conforme se aplique o modelo de *command-and-control* ou o *experimentalista*, poderem essas fases não se encontrar tão rigorosamente apartadas sob o ponto de vista temporal e, por vezes, se permitirem adentrar aos limites uma da outra, a compreensão dos aspectos que as diferem entre si afigura-se útil à observação dos contornos dos poderes jurisdicionais à promoção de *reformas estruturais*. Ou seja, indispensável é cindir-se a análise da legitimidade da atuação jurisdicional para a resolução de *litígios estruturais* às três principais atividades resolutivas que compõem a forma de *adjudicação* – conjecturando-se, assim, o poder judicial para tomadas de decisão que (i) declarem a inconstitucionalidade sistêmica, (ii) estabeleçam os parâmetros mínimos à sua superação e, ao fim, (iii) tracem medidas remediais, estratégias, para o alcance do estado de conformidade.

Para uma referida análise, torna-se imprescindível também a significação do princípio da separação dos poderes, que, há muito, se desvinculou de parâmetros excessivamente rígidos e do rigoroso legalismo típico à doutrina positivista, predominante até as primeiras décadas do século XX. Privar-se os órgãos judiciários de qualquer espécie de análise político-social-econômica equivale reservar-lhes a exclusiva função de subsumir o fato à norma legislada – tomada esta como única fonte legítima de direito novo²⁰⁰, concepção que já não mais encontra respaldo nos modelos pós-positivistas e neoconstitucionalistas²⁰¹.

Os períodos entre as duas Grandes Guerras do século XX e, principalmente, após a segunda destas, foram marcados pelo fortalecimento de doutrinas intervencionistas, não apenas no plano da filosofia política (com o Estado Bem-Estar Social) e das políticas econômicas keynesianas (em distanciamento às concepções autorregulatórias do mercado), como também nas tendências legislativas e jurisprudenciais, que anunciavam redirecionamentos. Impedir ao Poder Judiciário a apreciação de matérias relacionadas à implementação de políticas públicas²⁰² e à promoção de direitos fundamentais equivaleria a

²⁰⁰ Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A Atividade Política da Jurisdição Constitucional Brasileira: Algumas Dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin [Coord.]. **Constituição, Democracia e Justiça**: Aportes para um Constitucionalismo Igualitário. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p.17-36.

²⁰¹ “Assim, a função do Poder Judiciário não se resume à resolução de conflitos, ou à pacificação social, nem tão somente à de mediador entre os poderes Legislativo e Executivo, vai além. Cabe-lhe o controle jurisdicional de políticas públicas, quanto ao seu conteúdo ou desvio de finalidade, inclusive para avaliar a constitucionalidade de decisões situadas no campo da discricionariedade política. [...] Registre-se que o Poder Judiciário pode exercer inconstitucionalmente esse controle de constitucionalidade quando incorre em decisionismo argumentativa e pragmaticamente insustentáveis no âmbito da ideologia constitucional, caso em que deverá ser controlado dialógica e politicamente pelos demais poderes e pela sociedade, uma vez que não é imune à influência do ambiente externo ao que atua” (VASCONCELOS, Antônio Gomes de. A Administração da Justiça Econômica do Estado Democrático de Direito: Controle Jurisdicional de Políticas Públicas? In: VASCONCELOS, Antônio Gomes de; CHIMURIS, Ramiro [Coord.]. **Direito e Economia**: O Direito ao Desenvolvimento Integral, Financeirização da Economia e Endividamento Público. Napoli, Itália: La Città del Sole, 2020, p.264-265).

²⁰² Ran Hirschl denomina “judicialização da política” referida absorção deste papel de controle e implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário: “The ‘judicialization of politics’ is an often umbrella like term

tornar a sociedade refém de posturas, ora omissivas, ora abusivas, por parte, sobretudo, do Poder Executivo, o que não se revelaria condizente à primordial função da *adjudicação* de dar concretude aos valores constitucionais²⁰³. Assim, com o advento do neoconstitucionalismo, consolidaram-se as Cortes como vetores à garantia da concretização de prestações constitucionais positivas pelo Estado – recebendo, esse papel, holofote ora reluzente, ora ofuscado, nos diferentes países.

Face à consolidação deste papel às Cortes, na ordem neoconstitucional, ganhou relevância nos fóruns de debate jurídico a ideia de um ‘ativismo judicial’ que, apesar de hoje revestir-se de ácida conotação no linguajar jurídico e no popular – sendo, por vezes, associado a ilegalidades e abusos na atuação jurisdicional das Cortes –, não foi expressão cunhada originalmente com similar significância. A primeira utilização pública da expressão é atribuída a Arthur Meier Schlesinger Jr., e data de 1947, em artigo a respeito do comportamento dos *justices* da Suprema Corte estadunidense à época – todos nomeados por presidentes filiados ao Partido Democrata e, em janeiro daquele ano, prestes a adentrarem em era de maiorias Republicanas em ambas as Casas legislativas (apesar de se conservar a chefia do Poder Executivo federal nas mãos do presidente democrata Harry S. Truman)²⁰⁴. Em sua análise, notou Schlesinger Jr. que – até mesmo pela homogênea origem partidária daqueles que os nomearam – não apresentavam os então membros da Suprema Corte relevantes dissidências entre si, sob o ponto de vista político. Entretanto, fragmentavam-se em duas correntes no que concerne à sua compreensão acerca do papel das Cortes no Estado de Direito: enquanto Hugo L. Black, William O. Douglas, Frank Murphy e William Rutledge destacavam-se por sua jurisprudência protetiva aos direitos civis, Felix Frankfurter, Robert H. Jackson, Harold Burton e Stanley Reed apresentavam posicionamento mais conservador quanto ao papel constitucional das Cortes, oscilando-se, ainda, entre os dois grupos o posicionamento do *Chief Justice* Fred M. Vinson²⁰⁵.

referring to what are really three interrelated processes. At the most abstract level, the term refers to the spread of legal discourse, jargon, rules and procedures into the political sphere and policy making fora and processes. [...] A second, more concrete aspect of the judicialization of politics is the expansion of the province of courts and judges in determining public policy outcomes, mainly through administrative review, judicial redrawing of bureaucratic boundaries between state organs, and ‘ordinary’ rights jurisprudence. [...] A third emerging class of the judicialization of politics is the reliance on courts and judges for dealing with what we might call ‘mega-politics’: core political controversies that define (and often divide) whole politics” (HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics*. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press Inc., 2008, p.121-123).

²⁰³ FISS. *Two Models of Adjudication*.

²⁰⁴ SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. In: **Fortune Magazine**, v.XXXV, n.1, p.73-79 e 201-212, 1947.

²⁰⁵ *Ibid.*, p.74-78.

Diante deste cenário, identificou como traço comum ao primeiro grupo a ideologia de que incumbiria às Cortes, assim como aos órgãos de demais Poderes da estrutura estatal, o papel de promover bem-estar social por meio do exercício de sua função *adjudicatória* e, assim, alcançar resultados sociais positivos e efetivos, para o que escolhas políticas seriam inevitáveis – em outras palavras, reconheciam que Direito e política seriam valores intrinsecamente relacionados. Tal direcionamento ideológico, em grande medida, harmonizava-se à compreensão de que a função da *adjudicação* se centralizaria na concretização de valores constitucionais²⁰⁶. Arthur Schlesinger Jr. associou, em seu ensaio, referida postura judicial às pesquisas então desenvolvidas por Thurman Arnold, professor da Yale Law School, o qual vislumbrava, por trás de divergências em entendimentos judiciais, verdadeiros contrastes de *opiniões* entre os julgadores, pelo que seria perfeitamente possível fundamentar-se racional e juridicamente quaisquer dessas escolhas decisórias antagônicas²⁰⁷.

Desse modo, residiria o ‘ativismo’ na consciente predileção do julgador por adotar racionalmente a alternativa decisória que melhor garantisse direitos sociais. Contrastando-se a este entendimento, posicionava-se o segundo grupo de *justices* em prol da autocontenção judicial, a fim de que se preservasse o Poder Judiciário como instrumento à garantia da concretização representativa da vontade majoritária do povo pela via dos órgãos dos demais Poderes estatais. Assumindo opinião a respeito das diferentes posturas judiciais, considerou Schlesinger Jr. referido ativismo como adequado aos casos de tutela de liberdades civis, apesar de expressar suas reservas quanto à adoção ampla de uma tal postura pelas Cortes em casos de ordens diversas²⁰⁸.

A despeito de tais ressalvas, a análise de Schlesinger Jr. culminou por estimular uma visão majoritariamente otimista em relação ao fenômeno, nos primeiros anos após se ter cunhado a expressão, que se associou mais à ideia de um “ativismo de direitos civis do que de juízes mal utilizando sua autoridade”²⁰⁹. Como apontado por Keenan Kmiec, a compreensão no sentido da inevitabilidade das escolhas políticas aos juízes, somada à sua possibilidade de

²⁰⁶ SCHLESINGER JR. *The Supreme Court: 1947*, p.201.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ “The civil-liberty questions that have raised these issues in the Court have had no great practical significance. But if the Black-Douglas attitude of judicial activism is employed as systematically on behalf of the trade unions, say, as the old Court employed it on behalf of the business community, the political reprisals will be likely to be sharp and disastrous. On this issue, Frankfurter and Jackson are surely right. The larger interests of democracy in the U.S. require that the Court contract rather than expand its power, and that basic decisions on all questions save the fundamental rights of political agitation be entrusted as completely as possible to institutions directly responsive to popular control” (SCHLESINGER JR. *The Supreme Court: 1947*, p.208).

²⁰⁹ KMEIC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. In: **California Law Review**, v.92, n.5, p.1451, out.2004, tradução livre: “In its early days, the term “judicial activist” sometimes had a positive connotation, much more akin to ‘civil rights activist’ than ‘judge misusing authority’” (original).

deliberação pelo percurso decisório que mais se alinhasse à tutela do bem-estar social, reforçava a percepção de que uma postura em favor da autocontenção judicial poderia configurar uma tentativa de juízes de abdicarem de suas responsabilidades constitucionais²¹⁰.

No contexto em que se observou a disseminação destas ideias, a saber, ao longo das décadas de 1950 e 1960, é que se verificaram os primeiros casos de *reformas estruturais* promovidas pelo Poder Judiciário estadunidense, as quais, portanto, pretendiam se alinhar a este ideal construtivo de ‘ativismo judicial’. Tão logo, em consonância, preponderando, a princípio, o modelo *command-and-control*, não se vislumbrava, nas primeiras experiências de soluções *adjudicatórias* aos *litígios estruturais*, ilegitimidade na concentração da atuação diretiva nas mãos do órgão julgador, para a (ii) determinação de parâmetros de conformidade a serem alcançados e para a imediata (iii) definição rígida dos remédios a serem empregados a médio e longo termo para o alcance de tais parâmetros. Por sua vez, ao múnus de (i) declarar previamente o estado de inconstitucionalidade estrutural, naturalmente também não se identificava – ou se identifica, independentemente do modelo (*command-and-control* ou *experimentalista*) aplicado – correspondente ilegitimidade ou ausência de poder judicial, por se tratar de atividade que, isoladamente considerada, não se afasta da tradicional responsabilidade jurisdicional de tomadas de decisão avaliativas em subsunção do fato (*litígio estrutural*) à norma (constitucional), mediante a aplicação de *argumentos de princípios*²¹¹.

Entretanto, com o passar dos anos, concepções ressignificadas do termo ‘ativismo judicial’ – motivadas, em certa medida, pela deflagrada fragilidade e insuficiência do modelo *command-and-control* que conferia exagerado papel diretivo às Cortes –, direcionaram-se a conotações negativas, associando-o à absoluta desconsideração, pelo Poder Judiciário, ora da produção legislativa do Parlamento, ora de escolhas políticas majoritárias do Poder Executivo que não fossem, de nenhuma forma, proibidas pela Constituição ou contrárias a ela.

Ainda em 1955, publicou Edward McWhinney suas apurações em análise à postura conservadora do *justice* Felix Frankfurter, no que concerne ao ‘ativismo judicial’, e, ao fazê-lo, apresentou os principais fundamentos sobre os quais se assentavam as críticas recebidas por um tal modelo de atuação judicial. Em primeiro lugar, ressaltou a ‘limitação de especialidade’ dos juízes, que não demonstrariam reunir as habilidades necessárias a traduzir anseios e preferências sociais e transformá-los em políticas públicas constitucionais; em segundo lugar, a ‘limitação técnico-processual’, que exigiria aos juízes, no exercício da atividade *adjudicatória*, ater-se rigorosamente aos limites objetivos da lide, conforme

²¹⁰ *Ibid.*, p.1447.

²¹¹ DWORKIN. *Hard Cases*, *op. cit.*

apresentados na causa de pedir e pedido, o quais, na compreensão do autor, estariam aptos a retratar apenas meros fragmentos de problemas sociais de larga-escala; em terceiro lugar, a ‘limitação de prestígio’, que impediria aos juízes afastarem-se de sua imparcialidade, o que seria inevitável na hipótese de se envolverem no cenário político-partidário; e, por fim, a ‘limitação de democracia’ que imporia aos juízes o desafio de corresponder às vozes sociais majoritárias, a despeito de não ocuparem cargos eletivos²¹².

Concomitantemente a esta transformação semântica do ‘ativismo judicial’, ganharam espaço nas Cortes abordagens *experimentalistas* das *reformas estruturais*, para se garantir maior efetividade, assim como legitimidade à atuação jurisdicional, resguardando-as de interpretações que pudessem considerar nulos os atos por si proferidos ou homologados e, em última análise, prejudicar os resultados positivos porventura alcançados na remediação de *litígios estruturais*. Mesmo porque, à luz da própria função essencial à *adjudicação* ora postulada, não pretenderiam as Cortes – e sequer o poderiam –, ao apontar parâmetros e conduzir a aplicação de remédios à resolução desses litígios, impor valores pessoais e preferências subjetivas de julgadores, mas concretizar princípios e valores consagrados no texto constitucional, ansiados pela sociedade. Ao se referirem a esta modalidade de atuação jurisdicional na implementação de *reformas estruturais*, Marc Galanter, Frank Palen e John Thomas utilizaram em conotação positiva o termo “ativismo empreendedor”²¹³, para se referirem à forma de atuação das Cortes em resolução de contextos de ampla desconformidade na interação entre instituições, que não encontrem remediação na atuação dos demais órgãos da estrutura estatal. Ao assim referenciar, acentuaram a assunção de atividade gerencial pelos juízes, que, à sua compreensão, poderiam bem desempenhá-la: “têm ampla discricção e liberdade de controle burocrático que lhes permite comandar publicidade, exercer pressão sobre os encarregados da aplicação da lei e resistir à pressão desses oficiais”²¹⁴, e enfocam toda a carga simbólica da estreita legalidade no exercício desse encargo²¹⁵.

Mas, ainda que assim não se compreenda, não se pode desconsiderar o fato de que, em contrapartida, uma absoluta isenção do Poder Judiciário face ao exercício das funções típicas aos Poderes Executivo e Legislativo pode consagrar práticas omissivas

²¹² McWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. In: **Minnesota Law Review**, v.39, 1955, p.843-845.

²¹³ Cf. GALANTER, Marc; PALEN, Frank S.; THOMAS, John M. The Crusading Judge: Judicial Activism in Trial Courts. In: *Southern California Law Review*, v.52, p.699-741, 1979.

²¹⁴ *Ibid.*, p.737, tradução livre: “judges have vast discretion and freedom from bureaucratic control which enable them to command publicity, to exert pressure on law enforcement officials, and to withstand pressure from those officials” (original).

²¹⁵ *Ibid.*, p.738.

inconstitucionais. Ao contrário do que tradicionalmente se concebia, omissões inconstitucionais não apresentam exclusivo enfoque normativo²¹⁶, consistente na ausência ou insuficiência quanto à regulamentação, pelo Poder Legislativo, de normas constitucionais de eficácia limitada²¹⁷. E, mesmo que estas omissões sejam concebidas a partir de enfoque normativo, já se vem superando a concepção *obligacionista* de que somente haveria omissão inconstitucional legislativa caso se descumprisse norma constitucional que expressamente impusesse ao legislador obrigação de proceder a alguma específica regulamentação infraconstitucional. Passam-se, assim, a abarcar como inconstitucionais também demais hipóteses de silêncio – intencional ou não – do legislador, que consagrem implicitamente situações jurídicas contrárias à Constituição²¹⁸⁻²¹⁹. De toda forma, tais contornos

²¹⁶ “A doutrina tradicional, ao atrelar a omissão inconstitucional apenas aos casos de descumprimento de enunciados constitucionais específicos, de eficácia normativa limitada e que contêm ordens expressas de atuação normativa integrativa, acaba prejudicando a compreensão adequada desse fenômeno. Em síntese, essa postura da doutrina implica os seguintes vícios: (i) vícios cognitivos e metodológicos – a atenção recai na estrutura dos enunciados normativos, em vez de focar-se na atuação concreta da norma constitucional; (ii) excesso de formalismo – na caracterização da omissão normativa inconstitucional, a dogmática tradicional prestigia a eficácia formal dos dispositivos constitucionais, em detrimento da necessária efetividade dos direitos fundamentais neles previstos; (iii) promove alcance restrito de atuação da Constituição – é miope à imperatividade de realizar o projeto constitucional como um todo; (iv) cimenta bases normativas equivocadas com consequências político-institucionais dramáticas – lança os poderes representativos – Parlamento e Executivo – e o Supremo a uma relação meramente adversarial, de soluções do tipo *tudo* ou *nada*” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.56-57).

²¹⁷ “Normas constitucionais de eficácia limitada são todas as que dependem de uma providência ulterior (lei integrativa, processo especial, etc.) que lhe compete a eficácia e disponha sobre sua aplicação. São de dois tipos, como vimos acima: a) as de *princípio institutivo* ou *organizativo*; b) as de *princípio programático*. As primeiras são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou instituições, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei ordinária ou complementar. São reconhecíveis espacialmente pela menção a uma lei integradora, com dicções como ‘a lei complementar estabelecerá...’, ‘a lei disciplinará...’, ‘a lei regulará...’, ‘a lei fixará...’, ‘a lei especificará...’, ‘na forma da lei...’, ‘nos termos da lei...’, ‘conforme ou como dispuser a lei...’, ‘do modo que dispuser a lei...’, ou expressões semelhantes. As normas constitucionais programáticas são aquelas, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (SILVA, José Afonso da. Normas Plenas, Contidas e Limitadas. In: **Revista Pensar**, v.2, n.2, Fortaleza, p.11, Ago.1993).

²¹⁸ VILLAVARDE, Ignacio. La Inconstitucionalidad por Omisión Un Nuevo Reto para la Justicia Constitucional. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel [Org.]. **En Busca de las Normas Ausentes: Ensayos sobre la Inconstitucionalidad por Omisión**. 2.ed. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p.59-61.

²¹⁹ “In cooperative constitutional understandings, majoritarian political processes are often subject to serious blockages, such that very strong judicial deference to the legislature (super-weak judicial review) – or pure legislative supremacy – will tend to produce results that fall far short of a fully inclusive and responsive constitutional ideal. In a dialogic understanding, the legislative process will be subject to a series of blockages arising from both the potential for blind spots and burdens of inertia in the process of lawmaking and implementation. Blind spots can arise in the legislative process for several reasons. First, legislatures may fail to recognize that a law could be applied in a way that infringes rights; this failure could come about because of time pressures on legislative deliberations or because of other limitations on legislative foresight (blind spots of application). Second, legislators may fail to anticipate the impact of laws on rights because they do not appreciate, adequately, the perspective of rights claimants with very different life experiences and viewpoints (blind spots of perspective). And, third, legislators who are focused on a particular legislative objective, and who have limited legal experience, may be ill-equipped to perceive ways in which a rights-based claim might more fully be accommodated, without undue cost to the relevant legislative objective (blind spots of accommodation)”

legiscêntricos à inconstitucionalidade são transcendidos a partir do alargamento do conceito de Constituição, decorrente do princípio da supremacia constitucional: “ela não se resume ao ápice de uma *pirâmide normativa* autossuficiente, mas passa a ser entendida como um documento com múltiplos campos de irradiação, conformando o agir dos agentes públicos e da sociedade como um todo”²²⁰. Como consequência, vislumbram-se como inconstitucionais, tanto as omissões dos órgãos legislativos, como de demais órgãos e agentes que integrem a estrutura estatal e pública, tornando-se imperativo o desenvolvimento de mecanismos à sua superação, sobretudo quando extrapolarem o limite de simples lacunas técnicas (supríveis por intermédio de analogias e interpretações a princípios gerais de direito) e caracterizarem verdadeiros silêncios eloquentes²²¹.

Alinhando-se a esta última concepção, alargada, Carlos Alexandre de Azevedo Campos vislumbra que a espécie de *omissão inconstitucional* presente em *litígios estruturais*, de fato, não decorre puramente da falta de lei, mas “da falta de coordenação entre legislador, órgãos e entidades públicas, responsáveis por regulamentar e dar concreção aos comandos legais, o que culmina na falência prática da própria lei e, por decorrência, das normas constitucionais sobre direitos”²²² – fenômeno que ele denomina ‘falha estrutural’ e que deriva de inconsistências nos “procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas”²²³.

No entanto, destas ponderações, deriva mais específico questionamento: condicionar-se-ia a possibilidade de atuação do Poder Judiciário à prévia inércia dos órgãos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo em concretizar valores constitucionais?

Antevendo a indagação já à época em que diagnosticou a renovada forma de adjudicação, Owen M. Fiss ofereceu-lhe resposta negativa²²⁴. Para melhor explanar seu entendimento, dedicou-se a enfrentar o principal fundamento que era então invocado como crítica à amplitude do papel judicial em *structural injunctions*: o conteúdo da *Footnote Four* (Nota de Rodapé n.4) da decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *United States v. Carolene Products Co.*²²⁵ em 1938, que marcou a

(DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited. In: **International Journal of Constitutional Law**, Oxford Journals, v.5, n.3, p.402, 2007).

²²⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. In: **Revista Juris Poiesis**, ano 18, n.18, jan-dez.2015, p.133.

²²¹ *Ibid.*, p.135-139.

²²² CAMPOS. *Estado de Coisas Inconstitucional*, p.93.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ FISS. *The Forms of Justice*, p.5-17.

²²⁵ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **United States v. Carolene Products Co.** - 304 U.S. 144, 58 S. Ct. 778 (1938).

transição de posicionamento daquela Corte, em direção à maior proteção a direitos individuais (para além da primazia do direito à propriedade) garantidos por emendas constitucionais. Nesta nota de rodapé, fixou a Suprema Corte seu entendimento, à época, em favor da prevalência de vozes majoritárias, ao referendar a doutrina da ‘falha legislativa’ – ou seja, de que a inércia ou ineficácia na atuação dos órgãos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo (cujos membros, eleitos, teriam compromisso com a concretização da ‘vontade da maioria’) seria requisito inafastável²²⁶ à atuação do Poder Judiciário. Na mesma ocasião, apontou a Suprema Corte as duas instâncias em que se verificariam essa falha: casos de abreviação do direito ao voto e de vitimização de minorias “discretas e insulares”²²⁷.

Entretanto, como evidenciou Owen M. Fiss, a Corte deixou de anunciar, na respectiva Nota de Rodapé, qual seria a abrangência da legitimidade do Poder Judiciário para agir nessas aludidas hipóteses de ‘falha legislativa’ e, principalmente, silenciou quanto ao fundamento pelo qual se deveriam priorizar vozes majoritárias (pressuposição de uma ‘vontade da maioria’)²²⁸ inclusive em casos nos quais a concretização ou proteção de valores constitucionais estivesse em risco²²⁹. Ademais, para além da incompletude da teoria fixada pela Nota de Rodapé n.4 em si própria, apontou Owen M. Fiss que, à época da germinação das primeiras *structural injunctions*, não se chegou sequer a desafiar a teoria da ‘falha legislativa’. Tomando-se por base o caso *Brown*²³⁰, observa-se claro enquadramento ao

²²⁶ À exceção de normas constitucionais que consagrem comandos proibitivos (em correspondência ao que, no direito constitucional brasileiro, denominam-se “direitos fundamentais de primeira dimensão”, a determinarem atuação *negativa*, não interventiva, do Estado), que teriam nas Cortes sua primeira e principal instância interpretativa, à luz da Nota de Rodapé n.4 de *United States v. Carolene Products Co.* (FISS. *The Forms of Justice*, p.10).

²²⁷ Cf. FISS. *The Forms of Justice*, p.6: “The role of the courts, even on constitutional questions, was defined in terms of ‘legislative failure’: the courts should defer to the legislative branch, the footnote proclaimed, unless there is some reason for assuming that the processes of the legislature are inadequate. The footnote identified two instances of legislative failure: abridgment of the right to vote and victimization of a discrete and insular minority, a group disabled from forming coalitions and thus from effectively participating in majoritarian politics”.

²²⁸ Neste ponto, vale ressoar a advertência de John Stuart Mill, já no século XIX, em suas Considerações sobre o Governo Representativo: “[...] os perigos a que está sujeita uma democracia são de dois tipos: o perigo de um baixo nível de inteligência no corpo representativo e na opinião pública que o controla; e o perigo de uma legislação de classes por parte da maioria numérica, sendo ela composta de uma mesma classe. [...] Uma democracia perfeitamente igual, em uma nação em que a maioria numérica é composta de uma só classe, está sempre acompanhada de certos males; mas esses males são fortemente agravados pelo fato de que as democracias que existem atualmente não são iguais, mas sim sistematicamente desiguais em favor da classe dominante. Duas ideias completamente diferentes são normalmente confundidas sob o nome democracia. A ideia pura de democracia, de acordo com a sua definição, é o governo do povo inteiro pelo povo inteiro, representado de maneira igual. A democracia da maneira como é comumente concebida e até agora praticada, é o governo do povo inteiro por uma mera maioria, exclusivamente representada [...] um governo de privilégios, em nome da maioria numérica, que é praticamente a única a ter voz no Estado” (MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. Tradução de Manoel Innocência de Lacerda Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p.71).

²²⁹ FISS. *The Forms of Justice*, p.8-9.

²³⁰ Cf. itens 4 e 4.1, *supra*.

referido requisito: o grupo vitimizado constituía-se enquanto minoria, sob perspectiva qualitativa, à qual era restrito o acesso formal ao processo majoritário²³¹.

No aspecto, a respeito do argumento da prevalência de vozes majoritárias, fundamento da teoria da ‘falha legislativa’, é imprescindível estabelecer uma grave ressalva, na medida em que as democracias representativas modernas apenas encontram correspondência nesse postulado sob prisma quantitativo. Na essência, “qualitativamente, democracia é um regime de minorias, porque só no processo democrático a minoria pode se fazer ouvir”²³² – considerando-se por ‘minoria’, neste tocante, uma *qualidade* de vozes sociais, e não uma *quantidade*. Assim, “a noção contemporânea de minoria [...] refere-se à possibilidade de terem voz ativa ou intervirem nas instâncias decisórias do Poder aqueles setores sociais ou frações de classe comprometidos com as diversas modalidades de luta assumidas pela questão social”²³³. E não se está, neste ponto, a considerar uma unicidade de ecos à voz de cada setor minoritário: pelo contrário, caracterizam-se internamente por sua fluidez, pelo ‘fluxo de mudanças’ que os atravessa, em um lugar social de constante transformação²³⁴ – por seu *policentrismo* e por sua natureza de fenômeno social (logo, mutável). Em outras palavras, encontra-se na essência da forma assumida pela *adjudicação*, pela via de *structural injunctions*, a potencialidade de, na dinamicidade constitucional do Estado democrático, dar voz a minorias qualitativas plurais e policêntricas, apesar de este não consistir em seu único e singular propósito.

E se deve, certamente, enfatizar esta última ressalva, por possuírem também as *structural injunctions* a potencialidade de tutelar vozes majoritárias (seja sob o aspecto quantitativo, seja qualitativo). A vulnerabilidade jurídico-social e o propósito de luta contra-hegemônica²³⁵, apesar de recorrentes, não devem ser listados como características intrínsecas à coletividade que busca tutela nesta forma de adjudicação. Como aponta Owen M. Fiss, a forma como se organizam e interagem instituições de larga-escala, quando em inobservância a garantias constitucionais, pode colocar em risco a própria cidadania em si²³⁶, especialmente se

²³¹ FISS. *The Forms of Justice*, p.7.

²³² SODRÉ, Muniz. Por um Conceito de Minoria. In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre [Org.]. **Comunicação e Cultura das Minorias**. São Paulo: Paulus, 2005, p.11.

²³³ *Ibid.*, p.11-12.

²³⁴ *Ibid.*, p.12. E assim prossegue Muniz Sodré: “Lugar ‘minoritário’ é um *topos* polarizador de turbulências, conflitos, fermentação social. O conceito de minoria é o de um lugar onde se animam os fluxos de transformação de uma identidade ou de uma relação de poder. Implica uma tomada de posição grupal no interior de uma dinâmica conflitual. [...] Minoria não é, portanto, uma fusão gregária mobilizadora, como a massa ou a multidão ou ainda um grupo, mas principalmente um dispositivo simbólico com uma intencionalidade ético-política dentro da luta contra-hegemônica” (*Ibidem*).

²³⁵ *Ibid.*, p.13.

²³⁶ FISS. *The Forms of Justice*, p.8.

consideradas, por exemplo, falhas estruturais na atuação das forças policiais de segurança, no sistema de saúde pública ou no sistema de tributação.

Como consequência, contrariamente às premissas que regem o posicionamento assumido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, na Nota de Rodapé n.4 da decisão proferida em *United States v. Carolene Products Co.*, não deve a atuação do Poder Judiciário reduzir-se à ‘falha legislativa’, em proteção ao direito de voto e às minorias discretas e insulares, mesmo porque, como já apontado, sequer preocupa-se aquela decisão em delimitar como deveria se dar esta atuação jurisdicional nas hipóteses dessas ‘falhas’. Pelo contrário, como aponta Owen M. Fiss, não se resume a atividade *adjudicatória* em se converter em porta-voz de anseios minoritários da sociedade – ou, sequer, de anseios majoritários –, na medida em que não deve o juiz se tornar participante da política de determinados grupos de interesse, sob pena de despir-se de sua imparcialidade. Por outro lado, como postula a função essencial à *adjudicação*, identificada por Fiss e referencial teórico à presente pesquisa, “o papel do juiz é dar significado aos valores constitucionais, e ele o faz trabalhando com o texto, história e ideais sociais constitucionais”²³⁷. Esta constatação torna ainda mais clara a essencial desvinculação da atuação da jurisdição a uma eventual premissa de prévia ‘falha legislativa’, sobretudo porque, distintamente, não se guiam os Poderes Executivo e Legislativo por este mesmo propósito atribuído à função *adjudicatória* do Poder Judiciário, pautando-se seus compromissos, no Estado Democrático de Direito, mais pela representação e correspondência às vozes sociais que os elegeram (estes, sim, em inerente papel de porta-vozes da sociedade)²³⁸. E, em contrapartida, não existe indissociável “conexão discernível entre o majoritarismo e o significado de valores constitucionais”²³⁹. Dessa forma, e retomando-se a doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, não se vislumbram as ‘falhas legislativas’ como condições às *structural injunctions*, mas sim a constatação de ‘falhas estruturais’²⁴⁰.

Não se está com isso a reconhecer que se pretenda, com as *structural injunctions*, consagrar um protagonismo ou solipsismo judicial, mas demonstrar que não se condiciona a atuação das Cortes à falha ou insuficiência dos demais Poderes, como se estes precedessem àquelas. Busca-se postular que, enquanto inseridas na estrutura do Poder Judiciário, “as

²³⁷ FISS. *The Forms of Justice*, p.9, tradução livre: “The task of the judge is to give meaning to constitutional values, and he does that by working with the constitutional text, history, and social ideals” (original).

²³⁸ *Ibid.*, p.10: “They [legislatures] are not ideologically committed or institutionally suited to search for the meaning of constitutional values, but instead see their primary function in terms of registering the actual, occurrent preferences of the people - what they want and what they believe should be done”.

²³⁹ *Ibid.*, p.15, tradução livre: “there is no discernible connection between majoritarianism and the meaning of a constitutional value” (original).

²⁴⁰ CAMPOS. *Estado de Coisas Inconstitucional*, p.93.

Cortes sejam vistas como uma fonte coordenada de poder governamental com sua própria esfera de influência, uma que seja definida em termos que unam ambas a *ocasião* e a *função* do exercício de poder”²⁴¹. Portanto, que sejam as Cortes e o Poder Judiciário, de forma ampla, reconhecidos como integrantes das engrenagens estatais. Neste aspecto, cumpre dar ênfase à ponderação de Owen M. Fiss, de que apesar de se assentar o sistema político democrático, preponderantemente, na ideia de consentimento do povo, não é necessário que, para sua atuação legítima, cada uma das instituições públicas obtenha este consentimento – que vincula o sistema e não suas instituições individualizadas²⁴². Assim, a atuação legítima de instituições públicas – dentre estas, as Cortes – condiciona-se à sua competência para contribuir à qualidade da vida em sociedade e ao cumprimento dos propósitos constitucionais, observados os limites à suas atribuições, independentemente de aprovação popular²⁴³. Portanto, reforça-se como incontroversa, ainda no modelo *experimentalista*, a legitimidade judicial para a (i) declaração de estados de desconformidades sistêmicas a caracterizar inconstitucionalidades estruturais, podendo-se alcançar, ainda, idêntica conclusão quanto à prerrogativa das Cortes para (ii) delinear standards de conformidade a serem alcançados, consoante os fundamentos expostos, desde que alicerçados em *argumentos de princípios*²⁴⁴ e justificados racionalmente por indicadores objetivos²⁴⁵.

Por outro lado, tampouco se estaria a vislumbrar aptidões excepcionais e heroicas aos juízes, mas a se reconhecer, como inerentes ao papel institucional que desempenham, o dever de refrearem manifestações de suas crenças pessoais, e de priorizarem posicionamentos objetivos pautados por valores constitucionais de justiça, por intermédio de sua participação, mediante prévia provocação da jurisdição²⁴⁶, no diálogo intersubjetivo das relações

²⁴¹ FISS. *The Forms of Justice*, p.11, tradução livre: “[...] courts be seen as a coordinate source of government power with their own sphere of influence, one that is defined in terms that unify both the occasion and function of the exercise of power” (original).

²⁴² *Ibid.*, p.38.

²⁴³ *Ibidem*. Pontua também o autor que não se poderia cogitar um “maior” risco de abusos inerente à atribuição às Cortes do papel de conduzir a reestruturação dessas organizações, sobretudo porque “history is as filled with legislative and executive mistakes, as it is filled with judicial ones” (FISS. *The Forms of Justice*, p.15). E acrescenta: “[...] adjudication will have its class and professional biases, because so much power is entrusted to lawyers, but the legislative and executive processes will have their own biases – wealth, dynasty, charisma. It is not clear which set of biases will cause the greatest departure from the truth” (*ibidem*).

²⁴⁴ DWORKIN. *Hard Cases*, *op. cit.*

²⁴⁵ VIOLIN. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada*, p.167-168.

²⁴⁶ “The judge is entitled to exercise power only after he has participated in a dialogue about the meaning of the public values. It is a dialogue with very special qualities: (a) Judges are not in control of their agenda, but are compelled to confront grievances or claims they would otherwise prefer to ignore. (b) Judges do not have full control over whom they must listen to. They are bound by rules requiring them to listen to a broad range of persons or spokesmen. (c) Judges are compelled to speak back, to respond to the grievance or the claim, and to assume individual responsibility for that response. (d) Judges must also justify their decisions” (FISS. *The Forms of Justice*, p.13).

processuais e de sua independência funcional²⁴⁷. Exatamente neste aspecto se vislumbra a legitimidade judicial para (iii) conduzir a aplicação de medidas remediais ao alcance dos estipulados parâmetros de conformidade, nos moldes propostos pelo modelo *experimentalista*, segundo os quais é confiado às partes relevante controle sobre a etapa de implementação das *structural injunctions*²⁴⁸, e retirado dos juízes a exclusividade e supremacia na elaboração de *remédios estruturais*.

De fato, concomitantemente à superação do modelo *command-and-control*, a *práxis* forense norte-americana permitiu perceber que se deveria desestimular a singularidade da atuação judicial na formulação de remédios para alcance dos parâmetros de conformidade, ou seja, à concretização das *reformas estruturais*. Isso se dá pelo fato de que a escolha de medidas e estratégias práticas (*remédios estruturais*) para a concretização prospectiva das transformações sociais que levem aos almejados estados de conformidade extrapola a possibilidade de fundamentação essencialmente em *argumentos de princípios* e indicadores objetivos racionais. Trata-se de medições predominantemente preditivas que passam a envolver, de maneira mais direta, necessariamente, interesses policêntricos *não jurídicos* de coletividades, e a “compelir o juiz a abandonar sua posição de independência e adentrar no mundo da política”²⁴⁹, no inevitável processo de escolha quanto a priorização de um ou alguns destes interesses *não jurídicos*. Ora, na delimitação destes remédios, se está, em última análise, estabelecendo “um regime afirmativo a governar as atividades controvertidas para um futuro indeterminado e com força vinculante às pessoas de seu âmbito, então não é muito forçado vê-lo como [...] um ato legislativo”²⁵⁰. Em outras palavras, a escolha dos *remédios estruturais* se afigura como ato essencialmente político e, como tal, em Estados Democráticos de Direito, deve refletir a representatividade de *todas* as vozes²⁵¹ (majoritárias e minoritárias) dos grupos interessados, o que evidentemente extrapola as aptidões institucionais (e humanas) dos juízes.

Atribuir unissonamente às Cortes a função de desenhar, a partir de sua própria discricionariedade, estratégias para transformações nas interações entre instituições que,

²⁴⁷ FISS. *The Forms of Justice*, p.12-13.

²⁴⁸ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1299.

²⁴⁹ FISS. *The Forms of Justice*, p.46, tradução livre: “[...] forces the judge to abandon his position of independence and to enter the world of politics” (original).

²⁵⁰ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, p.1297, tradução livre: “an affirmative regime governing the activities in controversy for the indefinite future and having binding force for persons within its ambit, then it is not very much of a stretch to see it as [...] a legislative act” (original).

²⁵¹ Neste ponto, rememora-se a explanação de John Stuart Mill, segundo a qual, conceitualmente, a democracia é “o governo do povo inteiro pelo povo inteiro, representado de maneira igual” (MILL. *Considerações sobre o Governo Representativo*, p.71).

frequentemente, tenham central relevância sociopolítica ou econômica, não apenas distancia estas Cortes de seu papel constitucional, como também se afigura como solução arriscada sob o ponto de vista da efetividade. Trata-se de medida que exigiria dos juízes habilidade e conhecimentos que extrapolariam o currículo jurídico – de modo que estes agiriam a partir de suas intuições pessoais e, portanto, com alta suscetibilidade a enviesamentos, para prever as possíveis consequências, positivas ou negativas, das medidas que adotassem²⁵². Tomadas de decisão preditivas cuja incerteza objetiva se acentua por sua própria natureza. Verdadeiramente, o processo de concepção e escolha de políticas públicas, por exemplo, expõe o agente público a dilemas *policêntricos não jurídicos* que se situam claramente fora da esfera de atuação jurisdicional, e pode provocar tensões entre valores morais da coletividade e do gestor. Associando-se habilidades de superprevisão²⁵³, às medições avaliativas, contemplam escolhas entre o direcionamento de escassos recursos financeiros institucionais ou estatais à garantia de necessidades atuais ou à viabilização de condições dignas a gerações futuras; entre a priorização do serviço aos indivíduos como valores supremos em si, ou às sociedades enquanto sujeitos coletivos; entre a adoção de medidas de longo prazo com base em valores morais e socioculturais contemporâneos ou a partir de previsões de futuras transformações pelos quais estes valores possam vir a passar; e entre a exposição à coletividade dos valores e propósitos por trás de escolhas políticas ou sua reserva como forma de conservar coalisões políticas e alianças estratégicas²⁵⁴.

Ademais, ainda que se pretendesse considerar legítima e adequada a atribuição aos juízes da prerrogativa discricionária de efetivamente idealizar políticas públicas ou definir singularmente os rumos de gestão e organização interna de instituições, consequentemente se tornaria imprescindível imputar-lhes as respectivas responsabilidades correspondentes (*accountability*), à semelhança do que se aplicam a agentes públicos ocupantes de cargos eletivos, executivos ou legislativos. Ou seja, seria imprescindível inserir estes juízes nas engrenagens do controle político, responsabilizando-os política e administrativamente pela elaboração de decisões que se provassem ineficazes ou dispendiosas ao erário.

²⁵² Cf. FLETCHER. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, p.640: “[...] the fundamental difficulty with constitutional institutional decrees lies not in the depth of their intrusion into the political affairs of the states, but rather in the manner of their intrusion. In reorganizing and redirecting the governmental functions of a political branch of a state, a federal court must rely largely on its own ingenuity in discovering the likely consequences of its remedial decree, and on its own intuitions in evaluating the desirability of those consequences”.

²⁵³ TETLOCK, GARDNER. *Superprevisões*, *op. cit.*

²⁵⁴ Cf. DROR, Yehezkel. Training for Policy Makers. In: MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. [Org.]. *The Oxford Handbook of Public Policy*. New York: Oxford University Press, 2006, p.82-84.

No entanto, estes não parecem ser valores facilmente absorvíveis na articulação contemporânea dos Estados Democráticos de Direito. Pelo contrário, vislumbra-se mais palatável a flexibilização do procedimento adotado pelas vias *adjudicatórias*, para o fim de se permitir a compreensão da atividade jurisdicional a partir de sucessivas fases, a formulação participativa (entre partes, terceiros e órgão julgador) de remédios à superação da inconstitucionalidade, a substituição de normas de imutabilidade do comando decisório (coisa julgada) por regimes de preclusões dinâmicas²⁵⁵ e estabilidades que permitam a revisitação de decisões judiciais, e a fluidez dos limites subjetivos da lide com o contínuo trânsito de atores processuais. E nestas trilhas caminhou a evolução da respectiva forma de *adjudicação* ao longo das décadas após suas primeiras manifestações nos Estados Unidos da América.

4.5. DO AUGÉ AO OCASO DAS *STRUCTURAL REFORMS* NOS ESTADOS UNIDOS

Diferentemente do que se poderia esperar – considerando-se o pioneirismo do sistema jurídico norte-americano em absorver novos moldes à litigância e correspondentes novas formas de adjudicação voltadas à garantia de direitos fundamentais de coletividades e à transformação nas interações entre instituições de grande porte –, a Constituição dos Estados Unidos da América não é referencial na regulamentação de direitos fundamentais sociais.

Direitos sociais, como regra, não se encontram expressamente inseridos no texto constitucional estadunidense, sob o eco confirmatório de vozes acadêmicas que, como expõe David Landau²⁵⁶, entenderiam ser inadequado submeter referidos direitos à coercibilidade judicial que, supostamente, conforme tais entendimentos, careceria de legitimidade democrática e aptidão institucional para promovê-los. No entanto, referidas vozes acabam encontrando seus correspondentes contrapontos no crescente entendimento de que direitos sociais compreenderiam uma dimensão negativa e também uma dimensão positiva: “sua aplicação pode muitas vezes exigir que as Cortes impeçam os estados de adotar alguma ação que ameace direitos sociais”²⁵⁷ e, em contrapartida, a proteção de direitos constitucionais de primeira dimensão (civis e políticos) poderia porventura exigir robustas despesas por parte do Estado.

²⁵⁵ Sobre o tema, cf. CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**: entre Continuidade, Mudança e Transição de Posições Processuais Estáveis. 3.ed.rev.atual.e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

²⁵⁶ LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. In: **Harvard International Law Journal**, v.53, n.1, p.194, 2012.

²⁵⁷ *Ibid.*, p.195, tradução livre: “These scholars argue that social rights have a negative dimension as well as a positive dimension: enforcement may often require that courts enjoin states from taking some action that threatens social rights” (original).

A despeito desses últimos entendimentos, a história do direito norte-americano demonstra constantes reservas à constitucionalização de direitos sociais, com exceção ao direito de igualdade (cuja compreensão passou por fortes transformações ao longo dos séculos). Isso não significa, todavia, que desde o início da vigência do texto constitucional, não teriam se verificado múltiplos e sucessivos movimentos sociais e políticos em prol da consolidação de direitos sociais. Desde o movimento observado no início do século XIX pela obrigatoriedade da educação universal (e a pauta de ascensão social alicerçada no mérito e não em privilégios hereditários, que o impulsionava), à promulgação de leis trabalhistas na década de 1930 (que dividiu espaço com agendas de implementação de direitos de seguridade social)²⁵⁸. Também se destaca a promulgação do *Servicemen's Readjustment Act* ('GI Bill'), em 1944, que, embora marcada por evidentes traços segregacionistas, era legislação voltada a garantir direitos e benefícios sociais a veteranos da Segunda Grande Guerra (sobretudo, moradia e educação)²⁵⁹. De fato, no mesmo ano, o então presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt propôs pauta de proteção a direitos econômicos e sociais, sob o postulado de que, sem a efetivação destes, seria inalcançável a verdadeira liberdade individual (garantia máxima defendida pela democracia estadunidense)²⁶⁰, ao mesmo tempo em que exerceu considerável pressão política sobre a Suprema Corte norte-americana para que esta redirecionasse seu posicionamento, no sentido de admitir legitimidade ao Congresso Nacional para que legislasse sobre referidos assuntos em nível federal²⁶¹.

Também na década de 1940, no âmbito internacional, foi firmada a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) que, em decorrência de proposta do próprio governo norte-americano à Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, e por aprovação unânime, incluiu cláusula em proteção aos direitos sociais em seu texto final. Entretanto, e ironicamente, a aplicação de referida cláusula, em âmbito doméstico estadunidense, sofreu forte resistência e oposição da comunidade jurídica, liderada pela *American Bar Association*

²⁵⁸ Cf. ALBISA, Cathy; SCHULTZ, Jessica. The United States: a Ragged Patchwork. In: LANGFORD, Malcolm [Org.]. **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. New York: Cambridge University Press, 2008, p.231.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ "The right to a useful and remunerative job in the industries or shops or farms or mines of the nation; the right to earn enough to provide adequate food and clothing and recreation; the right of farmers to raise and sell their products at a return which will give them and their families a decent living; the right of every business man, large and small, to trade in an atmosphere of freedom from unfair competition and domination by monopolies at home or abroad; the right of every family to a decent home; the right to adequate medical care and the opportunity to achieve and enjoy good health; the right to adequate protection from the economic fears of old age, and sickness, and accident, and unemployment; and finally, the right to a good education" (*Ibid.*, p.232).

²⁶¹ Debate permanente no sistema jurídico norte-americano, graças à forma de Estado federalista centrífuga, que confere notável autonomia e poder aos estados, em comparação ao poder central (*Ibidem*).

(ABA), que postulava ocultar-se sob estes direitos forte ameaça à soberania²⁶². Tal posicionamento influenciou fortemente a opinião pública e o cenário político, intensificando-se sobretudo a partir do eclodir da Guerra Fria, que associou direitos econômicos e sociais, em sua linha ideológica, à denominada ‘ameaça comunista’, então temida em países de tradição liberal capitalista²⁶³.

Os obstáculos, todavia, não foram suficientes a impedir o desenvolvimento pioneiro de jurisprudência na Suprema Corte dos Estados Unidos, tanto em proteção a direitos sociais, quanto em busca de transformação nas interações entre instituições de grande porte, a partir dos moldes de litigância e de adjudicação já descritos neste trabalho. Assim, em especial nas décadas de 1950, 1960 e início da década de 1970, a Suprema Corte “enfrentou alguns dos principais problemas envolvendo educação e proteção social, por intermédio das normas constitucionais existentes”²⁶⁴ e da amplitude de seu espectro de proteção²⁶⁵, o que foi posteriormente seguido pelas Cortes locais, sem, contudo, reconhecer status constitucional especificamente a direitos econômicos e sociais. Um dos primeiros e mais paradigmáticos casos que ilustra essa então nova postura do Poder Judiciário norte-americano, em absorção à forma de adjudicação proposta, foi *Brown v. Board of Education of Topeka*, cujo panorama geral já se traçou²⁶⁶.

4.5.1. Reformas Estruturais nos Sistemas Prisionais norte-americanos

O redirecionamento das Cortes às transformações nas interações entre instituições de grande porte e à adequação da implementação de políticas públicas, porém, não se limitou à esfera das escolas – que também, sucessivamente, foram palco de *litígios estruturais* envolvendo seu financiamento e a adequabilidade de seu ensino²⁶⁷ –, mas alcançou também

²⁶² ALBISA, SCHULTZ. *The United States: a Ragged Patchwork*, p.232-233.

²⁶³ *Ibid.*, p.233. Sobre o tema, também cf. item 4.1, *supra*.

²⁶⁴ ALBISA, SCHULTZ. *The United States: a Ragged Patchwork*, p.234, tradução livre: “[...] addressed some of the major issues around education and social protection through existing constitutional norms” (original).

²⁶⁵ Conforme explicação de Mark Tushnet, poder-se-ia cogitar uma Constituição “grossa” (*thick Constitution*) e uma Constituição “fina” (*thin Constitution*). A primeira compreenderia disposições constitucionais de descrição pormenorizada sobre a forma como o governo deveria se organizar e, por isso, não suscitaria grandes controvérsias ou debates judiciais. A Constituição “fina”, em contrapartida, produziria o efeito social inverso, na medida em que compreenderia as disposições constitucionais que visam a consagrar princípios (em especial, à igualdade e à inalienabilidade de direitos fundamentais) e garantias, apresentados com amplitude, de tal forma a não se confundirem com a interpretação e especificação que realiza a Suprema Corte em relação a eles (TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p.11).

²⁶⁶ Cf. itens 4 e 4.1, *supra*.

²⁶⁷ SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1022.

outros cenários, que encontraram nas *structural injunctions* notável potencial transformativo, em especial, os presídios e o sistema carcerário como um todo (*prison reform litigation*)²⁶⁸.

A tendência foi impulsionada pelo *Civil Rights Act* de 1964²⁶⁹ e pela consequente reforma promovida em 1966 às *Federal Rules of Civil Procedure* que, dentre outras medidas, direcionou-se à reformulação das *class actions* (ações coletivas) norte-americanas para abandonar sua classificação e regulamentação conforme a espécie de direitos que pretendiam tutelar (*true, hybrid* ou *spurious*), a fim de adotar critério mais pragmático, regulamentando-as conforme as características do litígio. Ocorre que, em vista do desenvolvimento das *structural injunctions* como forma de *adjudicação*, do protagonismo nas Cortes de litígios envolvendo direitos sociais de grande repercussão, e da promulgação de legislação que estendeu a coercibilidade judicial a diversos direitos sociais, tornou-se imperativo o desenvolvimento dos instrumentos disponíveis ao tratamento processual de um tal perfil de litigância.

Assim, a coroar o apogeu da era de *structural reforms* nos Estados Unidos, foi reformulada a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, para serem criadas três novas categorias de *class actions*: (b)(1), (b)(2) e (b)(3). Como expõe Linda Mullenix, as duas primeiras categorias, originadas primordialmente em *equitable remedies*, visavam *injunctions* ou tutelas declaratórias aos membros da coletividade cujo direito tenha sido homogeneamente violado, não lhes conferindo a prerrogativa de *opt-out* (optar por retirar-se do grupo)²⁷⁰. Nestas categorias passaram a se inserir, portanto, a maioria das *class actions* subsequentemente propostas nas décadas de 1960 e 1970 nos Estados Unidos, a veicularem *litígios estruturais* e em busca de remédios da mesma natureza. A terceira categoria, (b)(3), por sua vez, passou-se a destinar à remediação coletiva de danos individuais²⁷¹.

Foi nesse novo cenário do direito processual civil estadunidense, portanto, que proliferaram, sobretudo a partir de 1969, majoritariamente nas Cortes federais locais e

²⁶⁸ Sobre o tema, cf. SCHLANGER, Margo. Civil Rights Injunctions over time: a Case Study of Jail and Prison Court Orders. In: *New York University Law Review*, v.81, n.2, p.550-630, 2006.

²⁶⁹ UNITED STATES OF AMERICA. Public Law 88-352 (78 Stat. 241). **Civil Rights Act of 1964**. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-78/pdf/STATUTE-78-Pg241.pdf> - Acesso: 21 mar.2021. Trata-se de legislação que, pela primeira vez, proibiu práticas segregacionistas em estabelecimentos públicos e privados abertos ao público (não apenas em escolas), regulamentou e ampliou o espectro de aplicação das *injunctions*, inclusive legitimando o Attorney General à sua propositura para a dessegregação de locais públicos e privados, e ampliou poderes judiciais, “autorizando o juiz a expedir ordens amplas, destinadas a reformar práticas e padrões de conduta institucionais” (VIOLIN. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada*, p.39).

²⁷⁰ MULLENIX. *General Report: Common Law*, p.267.

²⁷¹ Com relação a esta terceira categoria, construiu-se perante as Cortes estadunidenses o entendimento de que, se os danos sofridos individualmente fossem de grande monta, potencialmente se distinguiriam muito entre si, tornando a ação coletiva inapropriada à sua tutela. Por esta razão, tal categoria de *class action* recebeu a alcunha de “*negative value suit*”, por compreenderem conjunto de pretensões individuais de tão reduzido valor econômico, que se tornaria inviável sua judicialização pela via individual (MULLENIX. *General Report: Common Law*, p.268).

ocasionalmente na Suprema Corte, *class actions* pleiteando reformas estruturais no sistema carcerário, sob a principal alegação de inconstitucionalidade nas condições de confinamento, que, em geral, não proporcionavam, aos encarcerados, adequados cuidados médicos e odontológicos, salubridade, ou proteção contra violência, além de razoabilidade na aplicação de penalidades, como o direcionamento de presos a celas ‘solitárias’. Como apresentam Charles F. Sabel e William H. Simon, neste período, foram declaradas inconstitucionais as condições de encarceramento em centenas de prisões situadas em quarenta e um estados do país, algumas delas apresentando falhas em todos os possíveis aspectos a serem considerados (instalações, higiene, segurança, vestuário, alimentação, saúde, dentre outros)²⁷² e, por isso, a implementação das *structural reforms* em questão perduraria por décadas.

Neste contexto, a reforma do sistema prisional do Arkansas merece destaque, com um conjunto de casos, denominados em gênero como *Holt v. Sarver*²⁷³ que, ineditamente, e com enfoque prospectivo, proporcionaram integral reforma do sistema prisional do estado, estimulando que providências similares fossem posteriormente adotadas em outros estados da federação²⁷⁴. Como narra William Fletcher, em meados da década de 1960, as prisões no estado do Arkansas adotavam a conformação de fazendas, que deveriam ser financeiramente autossuficientes, “o que significava, na prática, que os internos eram mal alojados, recebiam cuidados médicos e odontológicos precários, e estavam insuficientemente protegidos de violências físicas”²⁷⁵. Nas duas maiores instalações prisionais do estado – *Cummins Farm* e *Tucker Farm* –, observava-se uma desproporção entre o número de agentes prisionais e o volume de encarcerados, de tal forma que a segurança era realizada majoritariamente por intermédio de *trusties* (apenados ‘de confiança’), o que facilitava o contrabando de álcool e de substâncias ilícitas para dentro das instalações prisionais, potencializava o tratamento sub-humano dos demais internos – submetidos aos trabalhos forçados e às medidas disciplinares

²⁷² SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1035.

²⁷³ Integrado pelo conjunto de diversas causas e recursos, dentre os quais *Holt v. Sarver I*, *Holt v. Sarver II*, *Holt v. Hutto*, *Finney v. Arkansas Board of Corrections*, *Finney v. Hutto*, *Finney v. Mabry* (VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [Org.]. **Processos Estruturais**. 3.ed.rev.atual.e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.639).

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ FLETCHER. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, p.685, tradução livre: “which meant in practice that inmates were ill-housed, poorly provided with medical and dental care, and poorly protected from physical violence” (original). No mesmo sentido, narra Jordão Violin: “O sistema prisional do Arkansas existente na década de 1960 começou a tomar forma com a aquisição, pelo Estado, da fazenda *Cummins*, em 1902, e da fazenda *Tucker*, 14 anos depois. A distância entre elas era de aproximadamente 80 quilômetros. Ambas as propriedades dispunham de grandes áreas cultiváveis: cerca de 6.700 e 1.800 hectares, respectivamente. A viabilidade econômica das fazendas, contudo, fora comprometida pela abolição da escravidão. A intenção do Estado era substituir a mão de obra escrava por mão de obra custodiada, instituindo assim um sistema correccional autossustentável. Os presos deveriam construir suas próprias habitações, produzir seu próprio alimento e até exercer a própria vigilância” (VIOLIN. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*, p.641-642).

arbitrárias aplicadas por estes outros internos – e desincentivava a ampliação de investimentos externos a estas instalações²⁷⁶. Os encarcerados, em número muito superior àqueles que seriam adequadamente comportados pelas dimensões espaciais das unidades, se alojavam em barracões, distribuídos a partir de critérios de segregação racial, nos quais, à noite, devido à baixíssima iluminação e reduzida fiscalização dos agentes prisionais oficiais, viam-se sujeitos a violência física, abuso sexual e até mesmo ameaças diretas à sua própria vida. Igualmente alarmante era a utilização, em referidas unidades prisionais, de celas ‘solitárias’, insalubres e superlotadas (apesar de suas minúsculas dimensões), às condições das quais, não raro, alguns internos eram submetidos por longos períodos²⁷⁷.

A despeito da existência longínqua de inúmeras inconstitucionalidades nas prisões daquele estado, que, à época, eram tratadas “com medidas efêmeras, como o acréscimo episódico do orçamento ou o aumento momentâneo do número de funcionários”²⁷⁸, o estopim da litigância estrutural envolvendo a integralidade do sistema prisional se deu com a descoberta de duas unidades de aparelho utilizado para obter informações e punir mau comportamento de presos por intermédio de tortura (dispositivos conhecidos como ‘telefone *Tucker*’) nas dependências do estabelecimento prisional *Tucker Farm*²⁷⁹. O fato ocorreu em 1966 e recebeu ampla divulgação midiática, o que tornou inevitável a investigação a respeito e culminou com a constatação de que “o telefone *Tucker* era, infelizmente, só uma pequena parte de toda a brutalidade e corrupção endêmicas que reinavam no sistema penitenciário do Estado”²⁸⁰.

Como narra Jordão Violin, as reações de perplexidade da opinião pública fizeram com que as instâncias governamentais se vissem compelidas a nomear superintendentes a cada uma das duas unidades prisionais: à *Tucker Farm*, nomeou-se Thomas Murton, e à *Cummins Farm*, nomeou-se Otis Stephens, os quais, ainda com mais ênfase, denunciaram à opinião pública as condições das prisões, revelando, inclusive, a existência de cemitérios clandestinos em suas instalações²⁸¹. A repercussão das revelações levou Thomas Murton à chefia da Comissão de Correções do estado e estimulou aos presos tentativas iniciais de judicialização em busca da garantia de seus direitos. Em um primeiro caso autuado como

²⁷⁶ VIOLIN. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*, p.641-647.

²⁷⁷ *Ibid.*, p.651-652.

²⁷⁸ *Ibid.*, p.642.

²⁷⁹ *Ibid.*, p.646-647.

²⁸⁰ *Ibid.*, p.647.

²⁸¹ *Ibid.*, p.647-648.

*Jackson v. Bishop*²⁸², os encarcerados alcançaram importante vitória, mediante a declaração, em sede de Corte de Apelações, da inconstitucionalidade de todas as formas de punição corporal, com sua respectiva proibição²⁸³. Na sequência, Robert Sarver sucedeu a Thomas Murton na chefia da Comissão de Correções do estado do Arkansas.

A conquista desse primeiro caso encorajou a apresentação de petições por três encarcerados de *Cummins Farm*, um deles Lawrence Holt, que foram autuadas como *Holt v. Sarver* (“*Holt I*”)²⁸⁴ e certificadas como *class actions*. Questionava-se a natureza cruel da punição por confinamento em cela solitária, a insuficiência dos tratamentos médicos e odontológicos ofertados aos presos e a incapacidade do Estado em garantir seus direitos fundamentais, tendo-se alcançado a parcial procedência destes pleitos (com exceção, apenas, dos pedidos relacionados aos tratamentos médicos e odontológicos, por insuficiência probatória)²⁸⁵. Diferentemente do que se observou no caso da dessegregação nas escolas²⁸⁶, em *Holt I*, o Poder Judiciário relegou à própria parte requerida a atribuição de desenhar estratégias à superação da desconformidade apontada, pelo que Sarver (então chefe da Comissão de Correções) aplicou e comprovou medidas de transferências de presos e melhorias de condições de encarceramento, sem, contudo, promover transformações adicionais, como a eliminação do sistema de *trusties*, por exemplo²⁸⁷.

A continuidade do contexto de inconstitucionalidades levou ao ajuizamento de oito novas ações (uma delas, novamente, proposta por Lawrence Holt), certificadas como *class actions*, e autuadas em conjunto sob o caso *Holt v. Sarver II (Holt II)*²⁸⁸. De forma vanguardista, este novo caso dedicava-se a confrontar a integralidade do sistema prisional do estado do Arkansas, com “causa de pedir aberta e [...] pedidos fluidos”²⁸⁹, ao final do qual, após longo julgamento, a Corte decidiu pela existência de inconstitucionalidade no sistema prisional estadual, que proporcionava aos seus internos tratamento cruel, considerando, ainda,

²⁸² UNITED STATES OF AMERICA, United States Court of Appeals, Eighth Circuit. **Jackson v. Bishop**, 404 F.2d 571 (1968).

²⁸³ VIOLIN. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*, p.648-651.

²⁸⁴ UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Holt v. Sarver**, 300 F. Supp. 825 (1969).

²⁸⁵ VIOLIN. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*, p.651-653.

²⁸⁶ Cf. itens 4 e 4.1, *supra*.

²⁸⁷ VIOLIN. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*, p.653.

²⁸⁸ UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Holt v. Sarver**, 309 F. Supp. 362 (1970).

²⁸⁹ VIOLIN. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*, p.654. Como apresenta Jordão Violin: “Os autores buscavam, em síntese, o direito a) de não serem mantidos presos sem programas e oportunidades de reabilitação; b) de não sofrer tratamento cruel; c) de proteção contra o arbítrio; d) ao devido processo legal; e) à alimentação, à acomodação e a roupas dignas; f) de acesso à justiça; g) de não sofrer abusos, em todos os aspectos, de outros detentos; h) à dessegregação racial; i) a não realizar trabalhos forçados; j) de não ser agredido por funcionários ou colegas” (*Ibid.*, p.654).

“que os diversos aspectos da vida prisional do Arkansas deveriam ser considerados em seu conjunto”²⁹⁰, evidenciando, assim, sua inequívoca natureza policêntrica e a imperatividade de uma *reforma estrutural*²⁹¹. Ao decidir, fixou o Poder Judiciário parâmetros mínimos de conformidade à Constituição, como a necessidade de eliminação do sistema de *trusties*, a dessegregação racial, a ampliação do número de celas e unidades de isolamento, sem, contudo, fixar as medidas corretivas a serem aplicadas ou fixar prazo de cumprimento²⁹² – traços comuns à etapa de implementação de reformas estruturais.

No ano seguinte (1971), ainda, foi proferida decisão suplementar substituindo-se parcialmente à primeira, pela adoção de medidas específicas remediais, tornando evidentes os primeiros traços do modelo *experimentalista* característico de *reformas estruturais*. A cada medida determinada pelo juízo, eram apresentados relatórios que agiam como termômetros à sua aplicação e efetividade e, “caso os resultados fossem insatisfatórios, uma nova ordem seria emitida pelo juízo”²⁹³.

A receptibilidade, em contrapartida, do Poder Judiciário a essa espécie de litigância culminou por estimular o ajuizamento de novas demandas por encarcerados (novamente, figurando dentre estes Lawrence Holt), no estado do Arkansas, direcionadas ao então novo chefe da Comissão de Correções, Terrel Don Hutto, tendo sido trinta e quatro destas ações julgadas em conjunto sob a autuação do caso *Holt v. Hutto (Holt III)*²⁹⁴. O contexto histórico que deu origem a esta ação, contudo, assim como aos demais casos paradigmáticos que se sucederam (*Finney v. Arkansas Board of Corrections*²⁹⁵, *Finney v. Hutto*²⁹⁶ e *Finney v. Mabry*²⁹⁷), já exibia ampla superação de graves inconstitucionalidades denunciadas na década de 1960, tais como a segregação racial na distribuição de presos por barracões, aplicações de métodos de tortura e o sistema de *trusties*. Os problemas ainda persistentes concentravam-se em aspectos mais específicos, como tratamentos odontológicos,

²⁹⁰ VIOLIN. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*, p.654.

²⁹¹ “A reforma integral do sistema carcerário não decorreu de um capricho do Judiciário, do autoritarismo do magistrado ou de seu ativismo político. Foi a natureza da causa de pedir que levou a essa consequência. O entrelaçamento de diversas condutas e situações de fato tornava inócua uma medida pontual. A complexidade da demanda exigia reforma global. A natureza estrutural de uma demanda não decorre da vontade dos sujeitos, mas das características da causa” (*Ibid.*, p.655).

²⁹² *Ibid.*, p.657.

²⁹³ *Ibid.*, p.658.

²⁹⁴ *Ibidem*. UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Holt v. Hutto**, 363 F. Supp. 194 (1973).

²⁹⁵ UNITED STATES OF AMERICA, United States Court of Appeals, Eighth Circuit. **Finney v. Arkansas Board of Correction**, 505 F.2d 194 (1974).

²⁹⁶ UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Finney v. Hutto**, 410 F. Supp. 251 (1976).

²⁹⁷ UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Finney v. Mabry**, 455 F. Supp. 756 (1978).

vieses discriminatórios na aplicação de sanções disciplinares a internos negros, tratamento religioso discriminatório, inexperiência dos agentes prisionais recém contratados, cardápios ofertados aos encarcerados em suas refeições²⁹⁸. Como consequência, verificou-se a proliferação de decisões cada vez mais complexas, por vezes desvinculadas de fundamentos estritamente jurídicos, e excessivamente pormenorizadas por parte do Judiciário, além da nomeação de *special masters* (similares aos interventores) e da constituição de órgãos administrativos para o monitoramento de prisões²⁹⁹. As reformas do sistema prisional do Arkansas encontraram seu desfecho no início da década de 1980.

4.5.2. Reformas Estruturais em Instituições de Saúde Mental

Igualmente relevantes, na época, foram as ações direcionadas às instituições de saúde mental, que proliferaram a partir dos anos 1960, dividindo-se a litigância em duas fases principais: um primeiro momento, em que as iniciativas se voltavam ao reconhecimento dos direitos e condições de vida dignas às pessoas involuntariamente institucionalizadas por motivos de saúde mental, e um segundo momento em que se passou a defender a desinstitucionalização³⁰⁰.

Um dos mais emblemáticos casos representativos desta primeira fase e que, portanto, tinha como escopo principal garantir a observância de direitos fundamentais e condições adequadas de internação àqueles involuntariamente institucionalizados, com vistas a viabilizar sua futura reintegração à sociedade, foi *Wyatt v. Stickney*³⁰¹. Trata-se de ação certificada como *class action*, proposta em outubro de 1970, em prol de direitos de pacientes internados compulsoriamente no Bryce Hospital, no estado do Alabama. Em decisão proferida em 1971, entendeu a Corte que estariam sendo negados direitos constitucionais fundamentais a estes pacientes naquela instituição, reduzindo-lhes possibilidades realistas de melhora em suas condições de saúde mental, pelo que foi concedido prazo de seis meses à adequação aos parâmetros mínimos de conformidade. Sequencialmente, pugnaram os postulantes pela ampliação do grupo tutelado, a fim de que se abarcassem também pacientes de outras instituições do estado, a saber Searcy Hospital e Partlow State School and Hospital.

²⁹⁸ VIOLIN. *Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas*, p.658-664.

²⁹⁹ SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1036.

³⁰⁰ *Ibid.*, p.1029. E prosseguem os autores: “Thus, the mental health cases focused on two kinds of reforms: First, as long as the large public institutions remained open, the courts sought to bring them into compliance with minimum standards of safety, sanitation, humane conduct, and effective medical treatment. Second, courts sought to gradually replace these institutions with community care facilities” (*Ibid.*, p.1030).

³⁰¹ UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, M.D. Alabama, N.D. *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 373 (1972).

À época, após transcorrido o prazo estipulado para implementação das melhorias, entendeu a Corte que não teriam se implantado os padrões adequados à demonstração da mínima conformidade exigida, no que diz respeito às condições de instalação, à individualização dos tratamentos, à qualificação e numerosidade de profissionais contratados. Como consequência, convocou a Corte audiência, na qual seriam ouvidas as partes litigantes, além de *amici curiae*, dentre os quais o próprio ente federado Estados Unidos da América, a *American Psychological Association*, a *American Ortho-psychiatric Association* e a *American Civil Liberties Union*, a fim de se discutirem e apresentarem propostas de parâmetros de conformidade aos mínimos direitos fundamentais daqueles compulsoriamente internados em instituições de saúde mental. Em decorrência da audiência, entendeu a Corte como adequada a instalação de comitês de direitos humanos nas respectivas instituições, bem como reservou a si a nomeação de seus membros.

Em clara manifestação ao modelo *command-and-control*, a Corte emitiu decisão judicial, em 1972, voltada aos hospitais Bryce e Searcy, acrescida de apêndices A e B, estipulando às minúcias parâmetros de conformidade a serem cumpridos: “ao menos um toalete para cada oito pacientes, não mais que seis pacientes por quarto, ao menos oitenta pés quadrados³⁰² de espaço por paciente por quarto, ao menos dez pés quadrados³⁰³ de espaço por pessoa na sala de jantar, temperatura do ar entre 83° e 68° Fahrenheit [...]”³⁰⁴. No mesmo ano, proferiu também decisão voltada ao Partlow State School and Hospital³⁰⁵, acrescentando-se como parâmetro que deveriam ser os pacientes submetidos às condições com a mínima restrição possível, que seja estritamente necessária à sua recuperação. Anos mais tarde, peticionaram os réus (*defendants*) pelo excessivo rigor e, porventura, inadequabilidade, dos parâmetros fixados pela Corte, o que foi indeferido, sob o fundamento de que se tratava de medidas apropriadas à garantia do mínimo direito fundamental dos grupos institucionalizados³⁰⁶. Os parâmetros definidos no caso ganharam eventualmente abrangência nacional, ao passo que os desafios à sua implementação fizeram com que as medidas remediais aplicadas fossem sucessivamente revisitadas pela Corte de Apelações do Quinto Circuito até 2003, quando foi homologada transação e o processo foi extinto.

³⁰² Medida equivalente a, em média, 7,5 metros quadrados.

³⁰³ Medida equivalente a, em média, 0,93 metros quadrados.

³⁰⁴ SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1031, tradução livre: “at least one toilet for every eight patients, no more than six patients in a bedroom, at least eighty square feet of floor space per patient in each bedroom, at least ten square feet of space per person in the dining room, air temperature between eighty-three and sixty-eight degrees Fahrenheit [...]” (original).

³⁰⁵ UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, M.D. Alabama, N.D. **Wyatt v. Stickney**, **344 F. Supp. 387** (1972).

³⁰⁶ SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1031.

A segunda fase das *reformas estruturais* voltadas às instituições de saúde mental, por sua vez, com o escopo central de desinstitucionalização, motivou-se por transição ideológica que passava a compreender que, para grande parte dos pacientes internados compulsoriamente nestas instituições, seriam mais eficazes tratamentos conduzidos em pequenas instalações na comunidade, que lhes permitiriam estabelecer relações interpessoais, além de estimular o acompanhamento por familiares, em comparação às instituições isoladas³⁰⁷. Adicionalmente, os elevados custos de instituições mentais de grande porte, bem como a pesada carga tributária, constituíam relevantes argumentos favoráveis ao movimento de desinstitucionalização, além do fato de que esta tendência era acompanhada pelo estímulo às agências de serviços sociais não-governamentais e organizações sem fins lucrativos para que assumissem a responsabilidade por estabelecer e gerenciar estas pequenas instalações na comunidade, transformando o Estado de provedor a garantidor dos direitos fundamentais dos pacientes institucionalizados³⁰⁸.

4.5.3. O fim do apogeu da era das reformas estruturais estadunidenses

A análise de três dos principais nichos³⁰⁹ jurídicos nos quais se verificou a ampla aplicação desta ‘nova’ forma de *adjudicação* voltada às *reformas estruturais* nos Estados Unidos demonstra, de maneira ampla, que, em um primeiro momento, se verificou papel de maior protagonismo às Cortes, que se incumbiam de delimitar rigorosos e pormenorizados parâmetros de conformidade e estabelecer medidas remediais a serem aplicadas (sob os moldes de *command-and-control*), ao que se seguiu uma tendência de flexibilização procedimental e tomada de consciência quanto à elevada mutabilidade do litígio, em condução à introdução pelas Cortes de práticas preponderantemente *experimentalistas*.

No entanto, atualmente, e como consequência de inclinação que já se podia observar sobretudo a partir do início da década de 1980, é possível considerar que não mais se vivencia o auge da aplicação desta forma de *adjudicação* no cenário jurídico estadunidense, voltada à implementação de grandes empreitadas reformistas e estruturantes. Em relação às próprias *class actions*, como um todo, ainda que não veiculem pretensões de transformações estruturais, a doutrina vem, nos anos mais recentes, diagnosticando o seu declínio³¹⁰.

³⁰⁷ SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1029.

³⁰⁸ *Ibid.*, p.1030.

³⁰⁹ Sistema educacional, sistema carcerário e instituições de saúde mental.

³¹⁰ Cf. KLONOFF, Robert H. The Decline of Class Actions. In: **Washington University Law Review**, v.90, p.729-838, 2013. Também, em complementação ao respectivo artigo, do mesmo autor: KLONOFF, Robert H.

A profusão de *class actions* que se conduziram a acordos multimilionários da década de 1980 ao início dos anos 2000³¹¹, estimularam discussões sobre o modo como sua configuração acabava favorecendo interesses de seus autores (ou, no caso de muitos acordos celebrados, os interesses de seus advogados, e não tanto os do próprio grupo³¹²). Atribuía-se esse favorecimento, seja à pressão sofrida pelo polo passivo para fazer acordo, após a decisão judicial de certificação³¹³, seja à possibilidade que conferiam as normas de competência, para que estes autores ajuizassem suas ações perante Cortes estaduais com entendimentos que lhes privilegiassem mais³¹⁴, na hipótese de litígios coletivos regionais. Após alterações normativas em 1998³¹⁵ e em 2005³¹⁶, as Cortes passaram a exigir comprovações mais substanciais dos requerentes, para a certificação como *class action*, tornando-se mais rigorosa a verificação de seus requisitos, assim como se garantiu que a maior parte das *class actions* de grande monta pudessem ser remetidas às Cortes federais³¹⁷. Em um primeiro momento, reduziram-se as possibilidades aos requerentes, para que propusessem *class actions*. No entanto, conforme reavaliação do cenário, feita por Robert H. Klonoff em 2017³¹⁸, o comportamento recente das

Class Actions Part II: A Respite from the Decline. In: **New York University Law Review**, v.92, p.971-997, 2017. E, ainda, cf. KLONOFF, Robert H. Class Actions in the Year 2026: a Prognosis. In: **Emory Law Journal**, v.65, n.6, p.1569-1655, 2016.

³¹¹ Cf. UNITED STATES OF AMERICA, Senate. **Senate Report 109-14**: Report together with Additional and Minority Views on The Class Action Fairness Act of 2005. 109th Congress, 1st Session, 28 fev.2005, p.14-20.

³¹² KLONOFF. *The Decline of Class Actions*, p.737.

³¹³ *Ibid.*, p.737-738.

³¹⁴ “[...] class counsel with state-law claims often filed their cases in a relatively small number of pro-plaintiff state-court jurisdictions. These cases were handled by elected judges who frequently lacked experience in class actions and were not sympathetic to large, out-of-state defendants. Because of strict limitations on removal in diversity cases, defendants could rarely remove state-law cases to federal court. That situation changed significantly in 2005, when Congress enacted the Class Action Fairness Act (CAFA). The majority of sizable class actions are now brought in federal court in the first instance or immediately removed to federal court” (KLONOFF. *The Decline of Class Actions*, p.732).

³¹⁵ Sobre a adoção da Federal Rule of Civil Procedure 23(f), em 1998, cf. KLONOFF. *The Decline of Class Actions*, *op. cit.*

³¹⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Public Law 109-2, Feb.18, 2005. **Class Action Fairness Act of 2005**. Disponível em: <https://www.congress.gov/109/plaws/publ2/PLAW-109publ2.pdf> - Acesso em 08 jun.2022.

³¹⁷ “Federal Rule 23(f) had one serious limitation: it only operated for class actions in federal court. If the case was brought in state court and was not successfully removed, Rule 23(f) did not apply. Even if, in addition to the state case, there was overlapping litigation in federal court involving the same or a similar class, the federal court could rarely control what the state court did. The reason is that federal courts have only limited authority to enjoin class actions in state court. [...] Thus, based on some legitimate – if at times exaggerated – concerns, Congress adopted a landmark statute to ensure that most major class actions could be removed to federal court. President George W. Bush signed CAFA into law on February 18, 2005” (KLONOFF. *The Decline of Class Actions*, p.743-744).

³¹⁸ KLONOFF. *Class Actions Part II: a Respite from the Decline*, *op. cit.* No ano anterior, o mesmo autor realizou projeção sobre perspectivas para *class actions* no direito estadunidense para os dez anos subsequentes, e considerou: “(1) Securities class actions will continue to flourish, and significant public interest class actions seeking structural relief will continue to be certified. (2) On the other hand, consumer, employment, and personal injury class actions will continue to decline. [...] (6) Defendants will advance several arguments against class certification that, until now, have had only limited success. These will include expansive applications of Rule 23’s typicality, predominance, and superiority requirements. Although defendants will not be fully successful with these arguments, they will succeed in erecting some additional barriers to class certification. (7) During the

Cortes teria se redirecionado, de modo a não atribuir tanta credibilidade a argumentos por intermédio dos quais alguns réus teriam nítido intuito de intensificar restrições a *class actions*.

Especificamente em relação às *structural injunctions*, que se voltem a reformas institucionais, também têm tido o seu declínio diagnosticado pela doutrina estadunidense nas últimas décadas – ao que se atribuem diferentes razões. Sob perspectiva excessivamente otimista, talvez “não mais haveria nenhum problema que demandasse essa radical forma de remediação”³¹⁹. Trata-se, contudo, de concepção que, lamentavelmente, não corresponde à realidade. Como aponta Myriam Gilles, não se poderia cogitar a insuficiência de ‘matéria prima’ às *reformas estruturais*, haja vista a contínua existência de contextos institucionais de desconformidade inconstitucional suficientemente dramáticos a ansiarem por reformas da espécie, para o que a doutrinadora aponta como exemplos a persistência de aplicação de perfis raciais em diversos contextos³²⁰ e a necessidade por ações afirmativas³²¹.

Outra hipótese a fornecer explicação ao declínio de tal forma de *adjudicação* poderia se associar aos argumentos de reservas quanto à legitimidade das Cortes para a promoção de *reformas estruturais*, no Estado Democrático de Direito guiado pelo princípio da separação de poderes. Tais argumentos (aos quais, se ressalva, já se rebateu³²²) tampouco parecem fornecer suficiente explicação ao declínio, considerando-se que nunca teria a Suprema Corte estadunidense os suscitado para deslegitimar a modalidade de reforma³²³.

Por outro lado, como concluem Charles Sabel e William Simon, a subestimação a respeito do potencial e legitimidade das Cortes à promoção de *reformas estruturais*, que paira sobre os recentes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais norte-americanos, pode ser atribuída, em relevante proporção, à má percepção quanto às suas formas³²⁴. Genéricas associações dessas reformas a um estereótipo *adjudicatório* marcado pelo protagonismo e solipsismo judicial (riscos inerentes ao desusado modelo *command-and-control*) ofuscam a percepção da flexibilidade e multipotencialidade do modelo *experimentalista* – o qual, não apenas transcende a participação processual a patamares inabsorvíveis pela tradicional forma

next decade, courts addressing class certification and the fairness of settlements will give greater weight to allegations of unethical behavior by class counsel and by counsel representing objectors to settlements” (KLONOFF. *Class Actions in the year 2026*, p.1569-1570).

³¹⁹ GILLES, Myriam. An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops... It’s Still Moving! In: **University of Miami Law Review**, v.58, n.1, 2003, p.145, tradução livre: “there are no longer any problems that demand this radical form of relief” (original).

³²⁰ Sobre o tema, também cf. TUSHNET. *Taking Back the Constitution*, p.67-69.

³²¹ GILLES. *An Autopsy of the Structural Reform Injunction*, p.145-146.

³²² Cf. item 4.4.3, *supra*.

³²³ GILLES. *An Autopsy of the Structural Reform Injunction*, p.146.

³²⁴ SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, p.1100.

de *adjudicação*, como também possibilita que se promovam, a médio e longo termos, transformações estruturais em proteção às garantias constitucionais.

Exatamente nesta compreensão, se identifica a hipótese que Myriam Gilles considera que melhor corresponderia ao motivo determinante para o ocaso das *reformas estruturais* promovidas por Cortes norte-americanas: um “desconforto infraconstitucional e extrajurídico com o papel dos juízes em litigâncias de reforma institucional”³²⁵, o que pode derivar, como já se cogitou, em grande medida, da conotação negativa com que vem se revestindo a concepção de ‘ativismo judicial’ nas últimas décadas. Com o passar dos anos, a postura anti-ativista dos juízes passou a ser valorizada entre os operadores do direito e, conseqüentemente, as Cortes progressivamente passaram a se posicionar de forma mais rígida quanto às exigências para a concessão de *structural injunctions*, em verdadeiras barreiras que refletem posicionamento conservador contra este ‘ativismo’. No entanto, tais barreiras “são em si mesmas porosas; elas não são tanto barreiras às *injunctions*, mas sim ferramentas que possam as Cortes utilizar para inviabilizar ações mandamentais que não desejem entreter”³²⁶. Trata-se de observação que se alinha, inclusive, às observações de Jordão Violin, quanto ao fato de que o declínio das *reformas estruturais* pode ser explicado por fatores como “a submissão do processo coletivo à racionalidade individual, a reticência da Suprema Corte em expandir a eficácia do direito à igualdade e o receio de que a *discovery* imponha despesas desproporcionais e injustas ao réu”³²⁷.

Não se pode, tampouco, desconsiderar o fato de que o declínio da doutrina das *reformas estruturais* nos Estados Unidos se insere em um contexto que lhe é mais amplo, marcado pelo colapso do modelo processual adversarial em diversos países – seja por ganharem espaço entendimentos no sentido de que tal modalidade de resolução de disputas se sustentaria “em informações tendenciosas produzidas pelas partes, ignorando ou explorando vieses cognitivos e resultando em decisões suspeitas”³²⁸, seja por se observar excesso de judicialização que conduziu à asfixia das vias jurisdicionais, à conseqüente ampliação do tempo médio de trâmite processual e à redução de sua efetividade. Aspectos que, cumpre-se

³²⁵ GILLES. *An Autopsy of the Structural Reform Injunction*, p.146, tradução livre: “a sort of sub-constitutional, extra-legal discomfort with the role of judges in institutional reform litigation.” (original).

³²⁶ *Ibidem*, tradução livre: “These barriers, nonetheless, are themselves porous; they are not so much bars to injunctive actions as they are tools that courts may use to bar injunctive actions they do not wish to entertain” (original).

³²⁷ VIOLIN. *Processos Estruturais em Perspectiva Comparada*, p.220.

³²⁸ RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and Death of Adjudication. In: **University of Miami Law Review**, v.58, 2003, p.183, tradução livre: “[...] relying on biased information produced by parties, ignoring or exploiting cognitive biases, and resulting in suspect decisions” (original).

reconhecer, encontram-se ancorados em fatores que extrapolam nexos de causalidade que possam ser diretamente atribuídos às *reformas estruturais* em si e ao seu método de aplicação.

Todavia, o diagnóstico de declínio do correspondente modelo de litigância, no contexto jurídico norte-americano, nas últimas décadas, não traz como decorrência o imediato desaparecimento das *structural injunctions*, nem elimina sua relevância política, econômica, social ou jurídica. Conforme pondera Jason Parkin, é preciso que se direcione atenção ao destino das inúmeras *structural injunctions* cujas *reformas estruturais* permaneçam ‘em curso’ – as quais, como detecta o autor, estariam sendo encerradas prematuramente, em razão de seu descumprimento, esquecimento ou mesmo caducidade³²⁹. Neste ponto, rememora-se o fato de que a própria natureza transformativa das *reformas estruturais* exige que se alonguem no tempo, de tal forma que, em cada uma delas, os sujeitos processuais eventualmente se depararão com o momento em que será necessário decidir como e quando encerrá-las³³⁰. Este consiste em momento verdadeiramente estratégico, e que, caso conduzido levianamente, pode colocar em risco a efetividade de toda a transformação estrutural que se pretende alcançar. Afinal, as medidas de propósito transformativo, aplicadas em uma *reforma estrutural*, “devem permanecer em vigor por tempo suficiente para provocar uma reforma sistêmica significativa, e devem ser flexíveis o suficiente para levar em conta a mudança de fatos e circunstâncias”³³¹.

³²⁹ PARKIN. *Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation*, p.167.

³³⁰ *Ibid.*, p.202.

³³¹ *Ibid.*, p.219, tradução livre: “[...] must remain in place long enough to prompt meaningful systemic reform, and they must be flexible enough to account for changing facts and circumstances” (original).

5. UMA REFORMULAÇÃO PROCESSUAL À MODA LATINO-AMERICANA PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS

Contrastando-se à atual realidade estadunidense, e em consonância à terminologia aplicada por ordenamentos jurídicos latino-americanos, a alternativa jurisdicional ganha, ainda hoje, destaque como via à promoção de *reformas estruturais* e instiga a investigação acadêmica da comunidade jurídica em países como a Colômbia, a Argentina e o Brasil. Desde seu desembarque em solo latino-americano, contudo, o percurso evolutivo à absorção e consolidação da respectiva forma de *adjudicação* importada do direito estadunidense assumiu peculiares contornos, assim como se conformou ao sistema jurídico de *Civil Law* e a modelos processuais cujas heranças históricas se demonstravam mais afeitas a tradições inquisitoriais, marcadas pela notória responsabilidade judicial pela organização do procedimento, assim como pela obtenção e valoração de provas.

Em decorrência disso, a fim de se concretizar o essencial aspecto ‘comparativo’ que é intrínseco às análises de direito ‘comparado’, e como via para se realizarem os objetivos específicos que norteiam a Parte II desta pesquisa, este capítulo se propõe a: (i) delimitar os motivos que levaram ao extenso lapso temporal entre o advento do perfil de *litigância estrutural* nos Estados Unidos e em países latino-americanos; (ii) identificar o vanguardismo da Corte Constitucional Colombiana na promoção de *reformas estruturais*, no âmbito da América Latina, com o intuito de se avaliar em que medida a jurisprudência desta Corte constituiu referencial que fosse supervenientemente acompanhado por Tribunais de outros países – em especial, a Argentina e o Brasil; (iii) identificar os primeiros indícios da manifestação do respectivo perfil de litigância no contexto social brasileiro; e (iv) mensurar, a partir da análise exemplificativa do caso ‘Raposa Serra do Sol’, a forma como a aplicação do modelo processual tradicional, voltado para o tratamento de demandas de forma estática e retrospectiva, pode amplificar os riscos de erros nas medições preditivas e avaliativas indispensáveis à resolução de litígios coletivos policêntricos e com grau de mutabilidade muito elevada.

Parte-se, assim, inicialmente, à análise da discrepância temporal.

Como se pôde observar, o direito constitucional norte-americano não tem por traço distintivo a previsão expressa de garantias a direitos fundamentais sociais, à exceção do direito à igualdade³³² – talvez principal fundamento norteador das *reformas estruturais* promovidas a partir da década de 1950. Alicerçando-se majoritariamente em precedentes de suas Cortes, um

³³² Protegido pela Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

dos mais propulsores impulsos em direção à massiva busca por *injunctions* estruturais derivou da natural evolução dos valores impregnados na sociedade – considerando-se, para esta análise, especialmente a ‘primeira onda’ de *reformas estruturais*³³³, marcada pela proliferação de pretensões antissegregacionistas, fomentadas em grande medida pela NAACP, em meio ao *civil rights movement*. A abolição da escravidão nos Estados Unidos, aliada à ideologia liberal-industrial dos estados do norte e à promulgação das emendas constitucionais de Reconstrução (décima terceira, décima quarta e décima quinta emendas), proporcionaram, ao longo dos anos, a lenta transformação cultural e de percepção da comunidade jurídica, em relação à (i)legitimidade de práticas segregacionistas. Vozes qualitativamente minoritárias encontraram, nas Cortes norte-americanas das décadas de 1950 e 1960, espaço para fazer ecoar sua luta contra-hegemônica e para superar (*overrule*) precedentes históricos que, apesar de ainda invocados, traduziriam os valores e a hermenêutica de Cortes outrora inseridas em sociedade escravagista.

Em contrapartida, dissociadas de uma semelhante tradição de construção jurídica a partir dos precedentes de Cortes, a evolução histórica do direito processual e dos instrumentos a ele disponíveis em países latino-americanos de *Civil Law* acompanhou o desenvolvimento do direito legislado, ou seja, condicionou-se majoritariamente a reformas constitucionais e legislativas, que primeiro traduziram os redirecionamentos ideológico-jurídicos, para, de forma subsequente, avistar-se a correspondência de efeitos nos comportamentos das Cortes. Nesse sentido, a despeito da característica resistência do direito estadunidense à constitucionalização de direitos sociais, tem-se que em diversos outros países o século XX foi marcado por uma sistêmica introdução de normas protetivas a direitos fundamentais sociais nos textos constitucionais. E também por uma correspondente transformação na relação entre os indivíduos e o Estado, o qual se tornou legitimado passivo em ações judiciais voltadas à sua responsabilização por atos do governo e de seus agentes em descumprimento ou insuficiente cumprimento de direitos garantidos constitucionalmente, para os quais não tenham sido implantadas políticas públicas efetivas. O fenômeno encontra explicação no amadurecimento do constitucionalismo moderno.

Apesar de não se considerar linear o processo evolutivo do constitucionalismo nos diferentes países de *Civil Law*³³⁴, pode-se dizer que, preponderantemente, até a primeira metade

³³³ Cf. itens 4 e 4.1, *supra*.

³³⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.324.

do século XX, o principal enfoque dos diplomas constitucionais escritos direcionava-se à proteção dos direitos dos indivíduos perante o Estado e de sua esfera de autonomia privada – até mesmo como fruto da então predominante ideologia político-econômica liberal que, desde as revoluções burguesas do fim do século XVIII, regia as relações sociais e políticas e impulsionava o início da era industrial. Tais direitos fundamentais receberam a alcunha de direitos de ‘primeira dimensão’ (ou, simplesmente, ‘direitos de liberdade’), condicionados à atuação negativa, abstencionista, não interventiva do Estado.

No entanto, o “impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo”³³⁵ provocaram a articulação de movimentos sociais em prol de uma participação mais ativa do Estado na concretização de justiça social. A esta conjuntura no âmbito doméstico de diversos Estados, se somaram as mazelas sociais realçadas pelo fim da Segunda Grande Guerra – que destacaram a necessidade de assunção pelo Estado de um papel de garantidor –, assim como também a ordenação da comunidade internacional que culminou na elaboração de Declaração Universal (1948) à proteção de Direitos Humanos. Como corolário, e até mesmo em atendimento aos compromissos assumidos por diversos Estados internacionalmente, passou-se a observar tendência de introdução, em textos constitucionais³³⁶, de normas protetivas a direitos sociais (direitos fundamentais de ‘segunda dimensão’ ou, simplesmente, ‘direitos de igualdade’³³⁷), dependentes da atuação positiva, prestacional, interventiva do Estado.

A transformação do comportamento das Cortes em direção à garantia de direitos sociais não se seguiu de forma imediata, entretanto, após sua constitucionalização. O clássico papel da função jurisdicional (à semelhança da tradicional forma de *adjudicação*, descrita por Owen M. Fiss, e voltada à resolução de disputas) direcionava-se à solução de litígios individuais e bipolares entre particulares, concernentes, majoritariamente, à tutela de direitos de liberdade e à sua autonomia privada. A este enquadramento, e sob a leitura conservadora e inflexível do princípio da separação de Poderes, se fundia a compreensão de que o papel garantidor do Estado

³³⁵ SARLET. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p.325.

³³⁶ Tendência que se seguiu, nas décadas seguintes, com a introdução de normas protetivas a direitos fundamentais de terceira (direitos de fraternidade, de titularidade transindividual), quarta (direito à informação e ao pluralismo) e quinta (direito à paz) dimensões nos textos constitucionais. Neste ponto, esclarece-se inclusive que, desta sucessividade, derivou a escolha pela expressão “dimensões”, a transparecer a natureza complementar (e não alternada) dos diferentes direitos fundamentais (*ibid.*, p.323-324).

³³⁷ “[...] há que atentar para a circunstância de que tal dimensão não engloba apenas os direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, como bem mostram os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores” (*Ibid.*, p.326).

consagrado pelos direitos fundamentais de segunda dimensão (e majoritariamente confiado aos seus poderes Executivo e Legislativo) não mereceria controle e fiscalização pelo Poder Judiciário. Tão logo, e como decorrência da natureza principiológica conferida aos direitos que, no plano da comunidade internacional, correspondiam àqueles recém-constitucionalizados (os Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais), as primeiras interpretações que se lhes dispensaram nos âmbitos domésticos dos Estados conferiram-lhes natureza eminentemente política (e, portanto, não-jurídica).

Surpreendente seria se, pela via transversa, tivessem sido, desde o princípio, os Direitos Humanos sociais constitucionalizados e internalizados por Estados soberanos com mais intensa força coercitiva do que os compromissos assumidos por estes sujeitos no plano internacional acerca destes mesmos direitos. Mesmo porque, conforme expressamente pontuado em 1948 pelo então Presidente da Assembleia Geral das Nações Unidas, e registrado *verbatim* na 183ª reunião de plenário deste órgão, por ocasião da aprovação de Declaração Universal dos Direitos Humanos, este documento teria natureza de mera declaração de direitos e liberdades fundamentais, de modo que “não seria uma convenção pela qual Estados estariam vinculados a conduzir e dar efeito a direitos humanos fundamentais; nem promoveria sua exigibilidade; mas ainda assim seria um passo à frente em um grande processo evolutivo”³³⁸.

Evidentemente, a natureza inicialmente não vinculante³³⁹ da Declaração Universal não prejudica o fato de que se tratou de marco histórico em direção à ampla proteção a Direitos Humanos e, como corolário, nas décadas que se seguiram, dela derivaram nove tratados³⁴⁰ (estes, sim, destinados a serem vinculantes) e seus respectivos protocolos opcionais, para a exigibilidade e monitoramento da implementação de garantias a estes direitos no âmbito doméstico dos respectivos Estados signatários.

³³⁸ UNITED NATIONS. **Verbatim Records A/PV.183**: President: Mr. H. V. Evatt (Australia). Hundred and Eighty Third Plenary Meeting: Palais de Chaillot, Paris, 10 December 1948. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/PV.183> - Acesso em 08 abr.2021, tradução livre: “[...] was not a convention by which States would be bound to carry out and give effect to the fundamental human rights; nor would it provide for enforcement; yet it was a step forward in a great evolutionary process” (original).

³³⁹ “While the Universal Declaration is not a treaty, nor is it legally binding on states, many of its provisions have become embedded in customary and/or conventional international law, and thus, have arguably become binding on states” (LEVIT, Janet K. The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise? *In: Columbia Journal of Transnational Law*, v.37, 1999, p.293 – nota de rodapé n.50).

³⁴⁰ Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990); Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006); Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

No entanto, em relação aos primeiros anos que se seguiram à sua adoção, deve-se tomar em conta, na análise do comportamento dos diferentes países quanto às suas legislação e jurisprudência domésticas, a natureza de *soft law* (não vinculante) da respectiva Declaração de direitos internacional, assim como o fato de que, apesar de expressamente estipular a proteção a direitos sociais, tenha se limitado a referenciá-los genericamente em seu artigo 22³⁴¹ – dedicando-se em seus pormenores, conforme prognosticável, à especificação da proteção internacional apenas a Direitos Humanos civis e políticos (eminentemente individuais). Ademais, para além da referência do artigo 22, limitou-se o alinhamento da preocupação dos Estados soberanos, quanto aos direitos sociais, à tutela ao trabalho (artigo 23)³⁴², à instrução gratuita nos graus elementar e fundamental (artigo 26)³⁴³, e ao mínimo padrão de vida dos indivíduos – a fim de que este padrão de vida (e não necessariamente o próprio Estado), nos termos da Declaração, assegurasse saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, segurança, previdência (artigo 25)³⁴⁴. Tampouco se verificou, nas primeiras décadas que se seguiram à Declaração Universal de 1948, a regulamentação de instrumentos processuais específicos que assegurassem exigibilidade e coercibilidade a Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais, no plano internacional, em moldes equivalentes àqueles que se conferiam aos Direitos Humanos civis e políticos³⁴⁵. Limitou-se a observar, pelo contrário, apenas em 1966, por intermédio do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a especificação mais meticulosa de espécies destes direitos e a investidura do Estado no papel de seu provedor e garantidor³⁴⁶.

³⁴¹ “Article 22. Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality” (UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>. Acesso: 04 abr.2021).

³⁴² “Article 23. 1. Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favorable conditions of work and to protection against unemployment. 2. Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work. 3. Everyone who works has the right to just and favorable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection. 4. Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests” (UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*).

³⁴³ “Article 26. 1. Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit” (UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*).

³⁴⁴ “Article 25. 1. Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control” (UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*).

³⁴⁵ LANGFORD. *La Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*, p.51.

³⁴⁶ Aponta-se, exemplificativamente, o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida

Trasladando-se, portanto, a estandardização aplicada a estas espécies de direitos pela comunidade internacional às legislações domésticas, observou-se, como já se apontou, sobretudo na Europa continental do pós-guerra, a absorção da proteção a direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais (direitos fundamentais de atuação positiva, prestacional do Estado) sob o feitiço de “princípios-guia”³⁴⁷, os quais passaram a adquirir novas conotações somente a partir do paradigmático julgamento do caso *Lüth* pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em janeiro de 1958³⁴⁸. Apesar de se tratar de precedente voltado ao reconhecimento de direito fundamental de primeira dimensão, especificamente a liberdade de expressão, constituiu importante marco na “concepção dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores”³⁴⁹, que “vinculam as ações de todas as esferas de poder – a criação, a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico –, exigindo-lhe prestações positivas – fáticas e normativas – em favor dos titulares dos direitos fundamentais”³⁵⁰.

O respectivo caso, levado à apreciação do Tribunal Constitucional pela via de “Reclamação Constitucional contra Decisão Judicial”, derivou do ajuizamento de ação, por Veit Harlan, “cineasta alemão divulgador dos ideários nazistas e de mensagens de ódio aos judeus durante a II Guerra”³⁵¹, e seus respectivos parceiros comerciais da indústria cinematográfica, contra Erich Lüth, cidadão alemão e judeu. Pleiteavam os autores que fosse Lüth condenado na obrigação de não fazer, sob cominação de pena pecuniária, consistente na interrupção de suas ações em boicote ao filme lançado à época por Harlan, sob o fundamento de se tratar de ação supostamente imoral. Os pedidos autorais foram julgados procedentes em 1951 pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, pelo que Lüth interpôs recurso de apelação ao Tribunal Superior de Hamburgo e, concomitantemente, Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional

adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento” (BRASIL. Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso: 04 abr.2021).

³⁴⁷ LANGFORD. *La Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*, p.51. No mesmo sentido, aponta David Landau: “Domestically, countries in the developing world, which have written new constitutions since the post-war period, have generally included lists of social rights like rights to food, housing, health care, and social security. Some of these countries have conferred less than full constitutional status on these rights, for example by labeling them as non-directive fundamental principles, but this position has also become an outlier in recent constitutional design” (LANDAU. *The Reality of Social Rights Enforcement*, p.194).

³⁴⁸ REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal Alemão. *Lüth-Urteil*, Bverf GE 7, 198 (1958). In: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo [Org.]. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo, Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p.381-395.

³⁴⁹ CAMPOS. *Estado de Coisas Inconstitucional*, p.77.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ *Ibid.*, p.78.

Federal Alemão, o qual, em procedência da Reclamação³⁵², revogou a decisão do Tribunal Estadual em 1958.

Neste julgamento, que transformou a compreensão axiológica acerca dos direitos fundamentais, reconheceu o Tribunal Constitucional a natureza dúplice destes direitos, conferindo-lhes natureza de direitos *subjetivos* de resistência dos indivíduos face ao Estado e natureza de direitos *objetivos* a prestações positivas do Estado em prol de sua proteção. Passasse a compreender como imanente aos direitos fundamentais (independentemente de sua dimensão positiva ou negativa) o dever do Estado de garantir sua proteção: tornam-se “*imperativos de tutela* [...] contra ameaças externas não estatais, mas controladas pela máquina estatal”³⁵³. Por versar o caso sobre determinações da legislação cível face às normas constitucionais (no caso, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha – Grundgesetz), o precedente ganhou forte relevância para a teoria do controle de constitucionalidade (*judicial review of legislation*); no entanto, não apenas nesta seara, por tornar expressa a obrigação de *todos* os ramos do Poder Público em efetivar seu respectivo *dever de proteção* dos direitos fundamentais³⁵⁴.

Por sua vez, o movimento de abertura das Cortes domésticas à judicialização de direitos de prestação positiva dos Estados encontrou correspondente, no âmbito internacional, apenas a partir da criação das Cortes regionais de Direitos Humanos e da instituição do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), na década de 1980³⁵⁵ e, portanto, mais de três décadas após a inicial aliança internacional em torno destes direitos.

Em meio a essas tendências e movimentos histórico-políticos que, de uma forma ampla, alcançaram a comunidade internacional, observou-se, no processo de transição da

³⁵² “O julgamento do presente caso a partir das exposições gerais supra desenvolvidas traz como conclusão que a arguição do reclamante é fundamentada [...]. Com certeza não têm, os motivos que levaram o reclamante às suas expressões, nada de imoral. O reclamante não perseguiu nenhum interesse de natureza econômica; ele não se encontrava em uma relação de concorrência nem com as sociedades cinematográficas, nem com Harlan. [...] As expressões do reclamante precisam ser observadas no contexto de suas intenções políticas gerais e de política cultural. Ele agiu em função da preocupação de que o retorno de Harlan pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde o tempo nacional-socialista: Como naquele tempo, Harlan seria também novamente o diretor representativo da cinematografia alemã. Estas preocupações correspondiam a uma questão muito substancial para o povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua imagem no mundo naquela época. Nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa dos judeus pelo nacional-socialismo. Existe, portanto, um interesse decisivo de que o mundo saiba que o povo alemão abandonou essa postura e a condena, não por motivos de oportunismo político, mas por causa do reconhecimento de sua hediondez, reconhecimento este firmado sobre uma guinada axiológica intrínseca” (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Lüth-Urteil*).

³⁵³ *Ibid.*, p.79.

³⁵⁴ “Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos” (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Lüth-Urteil*).

³⁵⁵ LANGFORD. *La Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*, p.53.

jurisprudência das Cortes internas de cada país, diferentes graus de abertura, com posicionamentos ora conservadores, ora liberais, em relação à exigibilidade de direitos sociais, de segunda dimensão e conteúdo prestacional por parte do Estado. E, neste ponto, revolve-se a doutrina de Malcolm Langford, para se concluir que “a proeminência e a autoridade dos direitos sociais em uma determinada jurisdição estão vinculadas a uma interação intrincada de elementos”³⁵⁶, a saber, (i) a cultura judicial e o grau de judicialização de Direitos Humanos, (ii) o grau de execução política dos direitos sociais, (iii) a maneira como se incorporam esses direitos na sociedade, em concreto, e, por fim, (iv) o nível da organização social e dos movimentos sociais em ativismo aos direitos humanos³⁵⁷.

5.1. SENTENCIAS ESTRUCTURALES E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA

Em meio aos países latino-americanos, a predominância de regimes políticos autoritários não democráticos, nas primeiras décadas da segunda metade do século XX, inviabilizou, enquanto perdurou o contexto histórico, o desenvolvimento jurisprudencial ou legislativo que permitisse transcender a natureza principiológica que vinha sendo conferida aos direitos sociais³⁵⁸. Da mesma forma, aprofundou os persistentes desafios à plena implementação da igualdade de acesso pela população aos direitos sociais após a superação do autoritarismo, o que revela a sistêmica e recalcitrante insuficiência, em diversos países desse bloco, quanto ao grau de execução política destes direitos. Os traçados da História outorgaram que, nesses países, apenas com a conquista da redemocratização e promulgação de Constituições democráticas se pudesse passar a admitir a exigibilidade judicial de direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, via a modalidade de ações coletivas – que

³⁵⁶ LANGFORD. *La Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*, p.54, tradução livre: “la prominencia y la autoridad de los derechos sociales en una determinada jurisdicción están vinculadas a una interacción intrincada de elementos” (original).

³⁵⁷ *Ibid.*, p.54-56.

³⁵⁸ Além disso, como aponta Jesús M. Casal, por muitos anos se observou um verdadeiro esforço interpretativo da doutrina e jurisprudência em privar os direitos sociais de viés ampliativo que lhes conferisse exigibilidade judicial: “Algunas tesis negadoras del carácter de derechos de los denominados derechos sociales no obedecen propiamente a principios teóricos o dogmáticos depurados o, en otras palabras, no se despliegan en un plano jurídico-conceptual o lógico, sino que cobran sentido dentro de una cierta tradición jurídica; dentro de un cierto sistema jurídico particular y en función de las posturas dominantes; o incluso dentro de una determinada visión ideológica o filosófico-política. Una cosa es que los derechos sociales ‘per se’ no puedan considerarse verdaderos derechos y otra muy distinta es que se estime que no deben serlo” (CASAL, Jesús M. La Garantía Constitucional de los Derechos Sociales: Progresos y Dificultades o Zonas de Tensión. In: BAZÁN, Victor [Org.]. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: La Protección de los Derechos Sociales. Las Sentencias Estructurales**. v.5. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad-Adenauer, 2015, p.24-25).

ganhavam espaço em países de tradição de *Civil Law*, ao longo da década de 1980, como clara manifestação da segunda onda do Acesso à Justiça a que se assistia³⁵⁹.

Constatou-se que a insuficiência na garantia de direitos sociais pelo Estado não derivava da inexistência desses direitos ou, em grande parte dos ordenamentos jurídicos latino-americanos, de incompletude em sua regulamentação, mas do fato de que o estado evolutivo em que se encontrava o pensamento jurídico ao início da primeira metade do século XX criava obstáculos ideológicos a que se reconhecesse justiciabilidade a esses direitos³⁶⁰. Após os processos de redemocratização, desenvolveu-se tendência em meio a sistemas jurídicos latino-americanos em direção à permissão da “intervenção judicial mesmo na ausência de lei, ou além do que está previsto nesta ou nas sub-regulamentações legais de desenvolvimento, dadas certas condições de necessidade, urgência, ou severidade da afetação, nem sempre explícitas ou precisas”³⁶¹.

5.1.1. O Vanguardismo da Corte Constitucional Colombiana

No contexto latino-americano, e a partir da confluência dos indicadores apontados por Malcolm Langford³⁶² e do diagnóstico traçado por Jesús M. Casal³⁶³, o vanguardismo quanto à absorção de papel mais proativo à jurisdição na concretização de garantias constitucionais a direitos sociais fundamentais, a fim de solucionar *litígios estruturais* (à

³⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

³⁶⁰ CASAL. *La Garantía Constitucional de los Derechos Sociales*, p.27: “Es decir, la falta de justiciabilidad puede ser una deficiencia o carencia del ordenamiento en la protección de un derecho, antes que un criterio que excluye la existencia del derecho”.

³⁶¹ *Ibid.*, p.31, tradução livre: “la tendencia de varios ordenamientos latinoamericanos consiste en permitir la intervención judicial aun a falta de ley o más allá de lo dispuesto en esta o en las normas sublegales de desarrollo, dadas ciertas condiciones de necesidad o urgencia, o de severidad de la afectación, no siempre explicitadas ni precisas” (original). Cf. VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Jurisdicción y el Papel del Juez en el Estado Democrático de Derecho: un Cambio Paradigmático en America Latina. In: **Revista Paradigma**, a. XXI, v.25, n.1, p.27-36, jan-jun.2016, p.29: “Por supuesto hay, en América Latina, una progresiva auto-comprensión de los tribunales constitucionales acerca de la misión constitucional del Poder Judicial en el Estado Constitucional Democrático de Derecho. Se trata de reconocer una función transformadora asignada al Poder Judicial contemporáneo. Tal exigencia requiere un cambio indispensable hacia una epistemología apta a la comprensión de los fenómenos sociales, económicos, políticos y jurídicos en su complejidad, con la consecuente superación de la racionalidad jurídica tradicional de carácter liberal-técnico-positivista derivada y subyacente a la práctica jurisdiccional del Estado liberal. Este cambio cultural es una condición sine qua non para que la Justicia pueda cumplir su papel transformador de la realidad, según el proyecto constitucional de la sociedad a que sirve.”. Exemplo do desenvolvimento desta tendência é a própria evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em relação à abrangência dos mandados de injunção, conforme se demonstrará adiante (cf. item 5.2, *infra*).

³⁶² LANGFORD. *La Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*, p.54-56.

³⁶³ CASAL. *La Garantía Constitucional de los Derechos Sociales*, op. cit.

semelhança da forma de *adjudicación* corporificada em *structural injunctions* norte-americanas e outrora diagnosticada por Owen M. Fiss), é atribuível à Corte Constitucional Colombiana.

Sem se distanciar da tendência verificada em seus países vizinhos, a Constituição Colombiana de 1991³⁶⁴, na literalidade de sua redação, aparentou conferir aos direitos sociais natureza jurídica secundária em relação aos direitos civis e políticos. Isso pelo fato de separá-los em diferentes seções, denominando o capítulo dedicado à consagração de direitos civis e políticos como “De los derechos fundamentales” (tornando, portanto, inequívoca a interpretação no sentido da fundamentalidade de referidos direitos), em contraste ao subsequente capítulo “De los derechos sociales, económicos y culturales” que, de forma proposital ou não, deixava de se situar como ramificação do capítulo anterior.

Por sua vez, em seu artigo 86, referida Constituição regulamentou remédio constitucional processual (*acciones de tutela*) para a busca pela proteção imediata a “direitos constitucionais fundamentais” em estado de vulneração – dispositivo que, segundo interpretação restritiva do Conselho de Estado³⁶⁵ colombiano, se direcionaria especificamente à proteção jurisdicional de direitos fundamentais civis e políticos (de primeira dimensão e dependentes de postura abstencionista do Estado), não se estendendo aos direitos sociais. No entanto, em postura precursora que lhe é própria, não se enquadrou a Corte Constitucional Colombiana à estreiteza da interpretação³⁶⁶ apresentada pelo Conselho de Estado, permitindo-se interpretar sistemicamente a norma, para prorrogar o espectro protetivo das *acciones de tutela* aos direitos sociais, tomando-se estes por igualmente fundamentais.

Para se compreender o posicionamento da Corte Constitucional Colombiana, delineiam-se em breves linhas algumas considerações essenciais sobre as *acciones de tutela*. Trata-se de instrumento processual que, por intermédio de procedimento sumário e de tramitação preferencial, confere legitimidade a ‘todas as pessoas’ para que postulem perante juízos monocráticos “a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, sempre

³⁶⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia**. 1991. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em 08 abr.2021.

³⁶⁵ CASAL. *La Garantía Constitucional de los Derechos Sociales*, p.26. Ao Conselho de Estado colombiano, cabe exercer o controle de constitucionalidade de atos administrativos: “com isso, toda a jurisdição do contencioso administrativo, na qual poderia surgir uma demanda de inconstitucionalidade, relativamente aos decretos governamentais que não tivessem força de lei, seriam examinados pelo Conselho de Estado” (SILVA, Paulo Maycon Costa da. *Jurisdição Constitucional na Colômbia e o Poder Político do Cidadão diante da Corte Constitucional*. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n.203, jul/set.2014, p.192).

³⁶⁶ “La Corte Constitucional de Colombia optó tempranamente por una lectura del asunto que no atiende únicamente al criterio formal apuntado y que tiene en cuenta las circunstancias del caso” (CASAL. *La Garantía Constitucional de los Derechos Sociales*, p.27).

que forem violados ou ameaçados por ação ou omissão de qualquer autoridade pública”³⁶⁷, ou ainda pela atuação de particulares encarregados da prestação de serviço público, nas formas da lei. O texto constitucional inclui expressamente, ainda, como objeto das *acciones de tutela*, hipóteses de violação de interesses coletivos, por parte da atuação comissiva ou omissiva destes agentes³⁶⁸. Apesar de se revestir de imediata exigibilidade, pode ser objeto de recurso a decisão monocrática proferida nestas ações em primeiro grau de jurisdição, sendo submetida em qualquer hipótese ao reexame necessário da Corte Constitucional.

Nos termos em que as *acciones de tutela* foram concebidas pelo legislador constituinte, a própria literalidade do texto constitucional colombiano já aponta em direção à adequabilidade da interpretação que lhe tem sido dispensada pela Corte Constitucional. Observa-se que, apesar de utilizar a nomenclatura ‘direitos constitucionais fundamentais’ para se referir ao objeto da espécie de ação (o que, em uma primeira leitura, poderia encontrar correspondência estrita no conteúdo do capítulo destinado à proteção de direitos fundamentais civis e políticos, correlacionados, portanto, à postura não interventiva do Estado), diversos são os motivos pelos quais se permite concluir que não teria sido a intenção do legislador constituinte, por intermédio dessa nomenclatura, restringir-se ao conteúdo do capítulo “De los derechos fundamentales” na delimitação do enfoque das *acciones de tutela*.

Em primeiro lugar, porque se pretende, como causa de pedir a estas ações, o apontamento de vulneração ou ameaça a direito por parte da ação ou da omissão de autoridades públicas ou daqueles particulares que prestem serviços públicos. Interpretando-se a norma em suas minúcias, se percebe que direitos fundamentais civis e políticos (de primeira dimensão), apresentados no capítulo “De los derechos fundamentales”, exigem, para sua observância, postura abstencionista, não interventiva, do Estado – ou seja, encontram-se tutelados a partir da inação estatal e das autoridades públicas. Por outro lado, direitos sociais, inseridos em capítulo distinto da Constituição da Colômbia, considerados direitos de segunda dimensão, dependem da atuação positiva, prestacional do Estado, encontrando-se, portanto, violados ou vulnerados pela inação ou omissão estatal. Tem-se, assim, que, a partir do momento em que se apresentam as *acciones de tutela* como instrumentos de judicialização de demandas em decorrência de vulnerações de direitos fundamentais que decorram de ações ou de omissões estatais, torna-se inafastável a conclusão de que são estas ações vocacionadas à proteção de direitos sociais

³⁶⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, tradução livre: “Artículo 86. [...] la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (Original).

³⁶⁸ *Ibidem*.

(afinal, principalmente estes direitos, e não os civis e políticos, poderiam ser ameaçados pela inação das autoridades públicas³⁶⁹).

Em segundo lugar, pelo fato de que o texto constitucional apresenta as *acciones de tutela* como instrumentos processuais adequados para proporcionar tutela aos direitos fundamentais violados que tenham prejudicado interesses de coletividades. Ora, haveria neste ponto uma potencial incongruência, caso se interpretasse que essas ações apenas encontrariam espectro de atuação para a proteção de direitos fundamentais civis e políticos. Isso porque, em essência, esses últimos são tratados enquanto ‘direitos de liberdade’ e, assim, voltam-se à garantia de autonomia privada de indivíduos, não se direcionando, em regra, às coletividades. Por outro lado, a tutela constitucional coletiva é característica preponderante aos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, voltados à garantia de “direitos de igualdade” e “direitos de fraternidade”, o que, portanto, conduz ao entendimento de que pretendeu o constituinte, com estas ações, conferir instrumento à garantia de direitos fundamentais civis e políticos, mas também de direitos fundamentais sociais.

Em terceiro lugar, pelo fato de que, em sua própria regulamentação constitucional, apresentam-se as *acciones de tutela* enquanto instrumentos voltados essencialmente ao controle da atuação positiva e abstencionista do Estado, em seus papéis executivo e legislativo. Ao assim proceder, posiciona-se inequivocamente a vontade majoritária democrática do povo colombiano, representada por seus legisladores constituintes, no sentido de compreender uma interpretação menos rígida e mais instrumental ao princípio da separação de Poderes, permitindo ao Poder Judiciário situar-se ativamente como integrante das engrenagens do Estado, para controlar o desempenho dos Poderes Executivo e Legislativo no exercício de suas funções típicas prestacionais. Uma tal interpretação se torna ainda mais evidente se se considerar o teor do artigo 113 do mesmo texto constitucional, que dispõe, ao delimitar os três clássicos ramos do Poder Público, que “os diferentes órgãos do Estado têm funções separadas, mas colaboram harmonicamente para a realização de seus fins”³⁷⁰ – em consagração a esta visão fluida e cooperativa do princípio da separação de Poderes³⁷¹.

³⁶⁹ Esta preponderância persiste, ainda que se considere o *dever de proteção* imanente a toda espécie de direito fundamental, e que é de cumprimento obrigatório pelo Estado, conforme reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, na decisão do caso *Lüth* (cf. item 5, *supra*).

³⁷⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, tradução livre: “Artículo 113. [...] Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (original).

³⁷¹ “O poder político é uno e a divisão em três é apenas funcional, todos estão constitucionalmente comprometidos com a realização desse projeto, mediante a formulação de políticas públicas de Estado e de governo aptas a cumpri-lo. A discricionariedade política é apenas relativa quanto aos meios e modos de realizá-la; e não quanto ao seu

A partir destas premissas e da leitura interrelacional e cooperativa do princípio de separação de Poderes, delimita a Corte Constitucional Colombiana o papel do ‘juiz de tutela’ e do ‘juiz constitucional’, em sua função de assegurar a plena fruição pelos cidadãos de seus direitos fundamentais, em um Estado *Social* de Direito, como é a Colômbia³⁷². Neste modelo de Estado, recai sobre as autoridades públicas a enfática responsabilidade por uma atuação positiva que contrabalance as limitações e desigualdades às quais está submetida a população, pelo que decorrem ao Estado duas classes de deveres: aquele de, por intermédio de atuação positiva e de políticas públicas, voltar-se à satisfação de direitos sociais, econômicos e culturais da população, em cumprimento à ‘cláusula de erradicação das injustiças presentes’; e aquele de abster-se de implementar políticas ou programas ostensivamente regressivos no que concerne aos mesmos direitos³⁷³. Assim, passa a incumbir às autoridades públicas, em todos os ramos do Poder Público, promover ações positivas para garantir a dimensão prestacional desses direitos³⁷⁴.

Neste cenário, posiciona-se expressamente a Corte Constitucional Colombiana no sentido de não considerar, como impeditivo à apreciação jurisdicional acerca da atuação dos demais Poderes públicos, sequer o fato de que a prestação estatal de direitos fundamentais positivos dependa de progressividade e do transcurso do tempo. Pelo contrário, no julgamento do caso *T-595/02*³⁷⁵, que aborda a dimensão positiva do direito à liberdade de locomoção, assim como vulnerabilidades decorrentes do trânsito em vias públicas, firmou a Corte Constitucional o entendimento de que “não é aceitável que no ano de 2002, por exemplo, uma entidade do Estado dê a mesma resposta que dava em 1992, quando se lhe exigia o cumprimento de um direito da espécie, que seja sua obrigação fazer cumprir”³⁷⁶. A Corte avança ainda mais, ao pontuar que os deveres prestacionais do Estado são assumidos por ele próprio – por intermédio

conteúdo e fins que já estão postos na Constituição. Desta sorte, os três poderes se controlam reciprocamente, numa espécie de constitucionalismo dialógico e socialmente controlado, reservando-se ao Poder Judiciário o controle funcional dos demais poderes” (VASCONCELOS. *A Administração da Justiça Econômica do Estado Democrático de Direito*, p.264).

³⁷² No primeiro artigo de sua Constituição, constitui-se a Colômbia como “un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*).

³⁷³ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-025, 2004**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 09 abr.2021.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-595, 2002**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-595-02.htm>>. Acesso em 09 abr.2021.

³⁷⁶ *Ibidem*, tradução livre: “no es aceptable que en el año 2002, por ejemplo, una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de éste tipo, que es su obligación hacer cumplir” (original).

de seus órgãos representativos —, seja no texto constitucional ou em legislações e demais normativas infraconstitucionais, com a prévia definição de objetivos e ritmo de cumprimento, a partir de processo decisório racional. E, como consequência, uma vez firmados estes compromissos, não devem ser tidos como meras promessas, mas como obrigações prestacionais exigíveis pelos interessados pela via judicial³⁷⁷. Não se trata a atuação jurisdicional de atividade usurpadora ou substitutiva da independência política do gestor público ou do legislador, mas de legítimo contrapeso constitucional a essa independência, que visa garantir e ordenar o cumprimento de deveres prestacionais, à luz do “princípio da proporcionalidade em sua dimensão de proibição de proteção deficiente”³⁷⁸.

Neste aspecto, já se posicionou a Corte Constitucional Colombiana em ressalva à invocação do mesmo princípio da proporcionalidade pelo Estado, em sua dimensão inversa, isto é, como escusa à inércia estatal. Ao julgar o caso *T-025/04*, sobre o qual se discorrerá com mais detalhamento adiante, ainda nesta seção, pontuou a Corte de cúpula do Poder Judiciário da Colômbia que, em cumprimento aos compromissos assumidos pelo Poder Público (em todas as suas vertentes) no artigo 209 de sua Constituição³⁷⁹, incumbe aos órgãos legislativos e de gestão pública o emprego de racionalidade e devida fundamentação no desenho e articulação de políticas públicas que sejam transparentes, sérias e coerentes: (i) transparentes, ao conferirem publicidade às exatas prestações que serão garantidas e aos seus respectivos responsáveis; (ii) sérias, por se guiarem pela força normativa (não política ou retórica) do ato público no qual se

³⁷⁷ *Ibidem*: “el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio racional que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes”.

³⁷⁸ CAMPOS. *Estado de Coisas Inconstitucional*, p.84. “Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade é concebido como um instrumento de controle dos excessos do exercício de poder pelo Estado. Trata-se de ferramenta utilizada para conter o arbítrio dos governantes. Entretanto, esse princípio, contemporaneamente, vem ganhando uma nova dimensão diante dos deveres de proteção que os poderes públicos devem cumprir em favor dos direitos e da garantia do bem-estar coletivo. Essa nova dimensão do princípio da proporcionalidade corresponde à proibição de proteção deficiente [...] dos direitos fundamentais. [...] o Estado só atuará legitimamente se oferecer, em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma proteção que observe as exigências do princípio da proporcionalidade. A finalidade é coibir a inação ou a atuação deficiente do Estado, exigindo-lhe a adoção de medidas normativas suficientes para alcançar uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais” (*ibid.*, p.84-85).

³⁷⁹ “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley” (REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*).

encontram previstas; e, principalmente, (iii) coerentes, por conservarem a absoluta harmonia entre as promessas que são realizadas pelo Estado, por intermédio dessas políticas públicas, e os recursos econômicos e institucionais que possua este mesmo Estado para se lhes fazer cumprir³⁸⁰.

Em outras palavras, é compromisso constitucional do Estado observar seus recursos disponíveis ao desenhar e se comprometer com a sociedade em relação a uma determinada política pública, não lhe sendo legítimo, portanto, mais tarde, se valer desta mesma (in)disponibilidade de recursos para justificar sua inação ou insuficiente atuação. E, como consequência, uma tal postura do Estado-gestor e do Estado-legislador devem ser objeto de controle, responsabilização e devida remediação pela via jurisdicional, principalmente considerando-se o inquestionável interesse público que paira em meio a estas (in)ações.

Posiciona-se assim a Corte Constitucional Colombiana no sentido de compreender que não devam ser obstáculos à atuação positiva, prestacional e colaborativa das autoridades públicas, a magnitude, a complexidade ou a gravidade do problema social a ser solucionado. Por outro lado, não podem tais elementos ser desconsiderados pelo juiz constitucional na definição de parâmetros de conformidade ao projeto constitucional de sociedade ou na implementação de medidas remediais, sob pena de se proferirem decisões inócuas ou ineficazes³⁸¹. Portanto, “o juiz constitucional deve assegurar que seja alcançada a máxima proteção definida pela regulamentação em vigor e exigir que seja sanada a discrepância entre o que é legalmente devido e o que é efetivamente satisfeito”³⁸².

A consolidação de uma tal postura vanguardista desde os primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1991, somada à recalcitrância da insuficiência na execução pública de garantias fundamentais sociais, fez com que a Corte Constitucional passasse a ser

³⁸⁰ “De lo anterior se deduce que el carácter progresivo de ciertos derechos y la dimensión prestacional de un derecho exigen de las autoridades racionalidad en el diseño y articulación de las políticas públicas relativas a tales derechos, de tal manera que éstas sean transparentes, serias y coherentes, como expresión de los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta. La transparencia exige que se hagan públicas las prestaciones que serán garantizadas así como los responsables de cumplir lo jurídicamente establecido. La seriedad demanda que cuando una política sea articulada en un instrumento jurídico, como una ley o un decreto, se respete la fuerza normativa, no política ni retórica, de dicho instrumento y por lo tanto se definan los alcances de los derechos reconocidos y se precise el contenido de las correspondientes obligaciones estatales. La coherencia apunta a que exista concordancia entre, de un lado, lo que “promete” el Estado y, de otro lado, los recursos económicos y la capacidad institucional para cumplir lo prometido, máxime si las promesas se han transformado en normas jurídicas. La coherencia exige que si el Estado crea un derecho prestacional específico por vía de una ley, prevea que debe contar con los recursos para garantizar su goce efectivo y con la capacidad institucional para atender la demanda de servicios generada por la creación de ese derecho específico” (REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-025/04*, ítem 8.3.1).

³⁸¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-025/04*, ítem 8.3.

³⁸² *Ibidem*, tradução livre: “[...] el juez constitucional debe asegurarse de que se alcance el máximo de protección definida por las normas vigentes y exigir que se remedie la discordancia entre lo jurídicamente debido y lo realmente satisfecho” (original).

sucessivamente acionada na Colômbia, a partir do final da década de 1990, para a proteção destes direitos sociais, por intermédio do reexame necessário de *acciones de tutela*. E, assim, iniciou trajetória que rapidamente a consolidaria como tribunal precursor na implementação de *reformas estructurais* na América Latina, por intermédio daquelas que passou a denominar *sentencias estructurales*.

O primeiro passo dessa trajetória é de relevante destaque, não apenas por inaugurar um perfil de atuação jurisdicional a guardar fortes similaridades à forma de *adjudicación* preconizada pelas *structural injunctions* no contexto jurídico norte-americano, mas também por estabelecer as premissas ao conceito fundamental que, na própria Colômbia e na futura experiência de outros países latino-americanos, viria a se constituir como pressuposto essencial a deflagrar uma tal espécie de atuação jurisdicional: o *estado de cosas inconstitucional*. Por estas razões, passa-se a enveredar brevemente pelas particularidades da *sentencia SU-559/97*³⁸³, fruto do reexame unificado das *acciones de tutela* T-115839 e T-116052, nas quais se discutiam direitos sociais previdenciários de cerca de quarenta e cinco professores dos municípios de María La Baja e Zambrano, respectivamente. Nestas *acciones*, sustentavam os professores autores que, embora há anos fosse descontada de seus rendimentos a devida contribuição previdenciária, na proporção de 5%, não teriam sido ainda vinculados ou filiados pelo Poder Público a nenhuma Caixa ou Fundo de Prestação Social ou Seguridade (em especial, o *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*), pelo que não estariam sendo contemplados por nenhum benefício – inclusive de saúde – correspondente ao recolhimento de suas contribuições previdenciárias.

Ao reexaminar as referidas *acciones de tutela*, procedeu a Corte Constitucional Colombiana à pormenorizada análise do *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, contemplando não apenas sua regulamentação, como também dados sobre números de filiados, fontes de pagamento, relação percentual entre total de filiados e seu correspondente tipo de vinculação com o *Fondo*, assim como a relação percentual aproximada entre o total de docentes por região do país e o volume de filiados nestas mesmas regiões. A apreciação destes dados permitiu-lhe concluir que o contexto de irregularidade inconstitucional narrado pelos autores das *acciones de tutela* não se restringia verdadeiramente aos municípios de María La Baja e Zambrano, mas se estendia por diversas regiões do país³⁸⁴. E, diante da constatação da

³⁸³ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia SU-559, 1997**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 10 abr.2021.

³⁸⁴ “Las cifras anteriores dejan ver, entonces, que hasta ahora un porcentaje muy reducido de los docentes del orden territorial ha sido afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, situación que permite

generalidade do referido *estado de coisas* contrário à Constituição, passou a Corte a se questionar se deveria aguardar que, individualmente ou via pretensões coletivas regionalizadas, esses docentes acionassem o Poder Judiciário, a fim de buscar o reconhecimento e a tutela de seus direitos (vislumbrando-se, neste cenário hipotético, o risco de excessivo ajuizamento de demandas, em sobrecarga à jurisdição), ou se, já antevendo as reais dimensões amplas do contexto de desconformidade institucional, lhe caberia possivelmente a iniciativa de atuar, de forma isonômica em proteção aos interesses de todos os docentes prejudicados. Para este dilema, posicionou-se favoravelmente à segunda solução³⁸⁵.

Invocando a leitura cooperativa e harmônica do princípio da separação de Poderes, proporcionada pelo artigo 113 da Constituição de 1991, e considerando sua responsabilidade em evitar o excesso de judicialização, a partir da utilização de recursos que lhe estivessem disponíveis, passou a Corte ao julgamento das *acciones de tutela*, a partir de uma apreensão ampliada de sua causa de pedir e de seu pedido, em virtude do diagnóstico da natureza estrutural dos litígios que lhe eram apresentados. E ao assim proceder, de forma emblemática, firmou que pelo fato de a *inconstitucionalidade* do *estado de cosas* recair sobre direitos fundamentais, estaria a Corte Constitucional autorizada a “emitir requerimento específico ou genérico dirigido às autoridades, no sentido de realizarem uma ação ou absterem-se de fazê-lo [...] com o objetivo de reestabelecer a ordem fundamental violada”³⁸⁶, sem que pudesse ser lido este *estado de cosas* como restritivo ao alcance do requerimento a ser formulado pela Corte³⁸⁷. Assim, e atendendo à complexidade da atuação jurisdicional na resolução de litígios estruturais³⁸⁸,

advertir que la irregularidad que denuncian los docentes aquí demandantes no se circunscribe a los municipios de Zambrano y María la Baja sino que delata un estado de cosas de carácter general. Al respecto es importante mencionar que el Ministerio comunica que de los 1.061 municipios y 4 distritos existentes en el país, únicamente 126 municipios y el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá han afiliado legalmente a sus educadores al Fondo, lo cual significa que 935 municipios y 3 distritos aún no han cumplido con los trámites necesarios para la inscripción de sus docentes al mencionado Fondo” (REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia SU-559/97*, ítem 14).

³⁸⁵ “Si los restantes educadores individualmente interponen acciones de tutela contra la conducta de los alcaldes y demás autoridades que se encuentran en mora de afiliarlos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los jueces competentes y, en su momento, la Corte darán curso a las respectivas demandas. Con todo, se pregunta la Corte si, desde ahora, de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la Constitución Política, es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante” (REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia SU-559/97*, ítem 31).

³⁸⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia SU-559/97*, ítem 31, tradução livre: “[...] requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo [...] con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado” (original).

³⁸⁷ *Ibidem*: “La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule”.

³⁸⁸ Cf. ítem 4.4.2, *supra*.

passou a Corte Constitucional a (i) declarar o estado de desconformidade à Constituição, intitulado-o *estado de coisas inconstitucional*, e a (ii) apontar os aspectos das interações envolvendo instituições de larga-escala que precisariam ser superados, a fim de se descaracterizar tal inconstitucionalidade³⁸⁹, para, tão logo, (iii) ordenar a notificação de diversas e específicas autoridades públicas, integrantes da estrutura institucional posta em xeque, a fim de que promovessem medidas remediais em superação à desconformidade institucional.

Esta não foi a única circunstância em que proferiu a Corte Constitucional Colombiana *sentencia estructural* com o propósito de superar *estado de cosas inconstitucional*. Pelo contrário, este último instituto ganhou novos contornos jurisprudenciais com o transcurso do tempo, passando a corresponder à reiterada violação a direitos fundamentais de coletividades, que não decorresse da exclusiva atuação de uma única autoridade pública ou entidade governamental, mas de fatores estruturais³⁹⁰, ou seja, de suas interações – ou ainda, nas palavras de Owen M. Fiss, da forma sistêmica como operam organizações de larga-escala³⁹¹. Como aponta Néstor Osuna, em análise do comportamento desta Corte, em ao menos treze diferentes ocasiões teria sido declarado um correspondente *estado de cosas* a ser superado³⁹².

³⁸⁹ “Ahora bien, la extensa exposición que ha hecho la Corte, ha puesto de presente las causas que han llevado a una situación irregular que compromete a las autoridades del sistema educativo. El generalizado incumplimiento de la obligación de afiliar a los educadores de los municipios al F.N.P.S.M., obedece, entre otros motivos, a los siguientes, los cuales configuran un determinado estado de cosas que contraviene los preceptos constitucionales: (1) ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración “completa” (prestaciones) a los docentes; (2) inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarle peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; (3) concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial” (REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia SU-559/97*, ítem 33).

³⁹⁰ Para o diagnóstico de um tal estado de desconformidade institucional, passou a Corte Constitucional a valorar os seguintes indicadores: “[...] (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial” (REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-025/04*).

³⁹¹ FISS. *The Forms of Justice*, p.2.

³⁹² OSUNA, Néstor. Las Sentencias Estructurales: Tres Ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor [Org.]. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: La Protección de los Derechos Sociales**. Las Sentencias Estructurales. v.5. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad-Adenauer, 2015, p.91-124.

Ilustrativamente, a este título, assinala-se o caso julgado pela *Sentencia T-025/04*³⁹³ que se tornou paradigmático não apenas em razão da relevância da violação de direitos nele debatida, mas principalmente pelas características de sua fase de implementação³⁹⁴ da *reforma estrutural*³⁹⁵. No respectivo caso, reuniu a Corte Constitucional Colombiana, para reexame conjunto, 108 *acciones de tutela*, correspondentes a postulações de 1150 núcleos familiares, nas quais se pleiteava a proteção a direitos fundamentais de vítimas de deslocamento interno forçado no país³⁹⁶. Nos termos da Lei n.º 387 de 1997, a estas vítimas, deveriam ser garantidos os direitos de solicitar e receber ajuda internacional humanitária; de ter reconhecidos e efetivados os direitos civis; de não sofrer discriminação por sua condição de deslocado forçado ou, tampouco, por motivo de etnia, religião, opinião pública ou origem; de regressar ao seu local de pertencimento, mediante a proteção do Estado, e se reunificar à sua família; e de terem assegurada a igualdade no gozo de seus direitos, incluindo-se sua liberdade de ir e vir³⁹⁷. No entanto, apesar da existência de arcabouço normativo à proteção destes direitos, a realidade fática demonstrava profundas falhas em sua implementação³⁹⁸, assim como na garantia aos

³⁹³ REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Sentencia T-025/04*.

³⁹⁴ Sobre a fase de implementação da *Sentencia T-025/04*, cf. VIANA, Thaís Costa Teixeira. A Implementação de Reformas Estruturais em ‘Procesos de Seguimiento’: Notas à Luz da *Sentencia T-025* de 2004 da Corte Constitucional Colombiana. In: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes [Coord.]. **Casebook de Processo Coletivo**: Estudos de Processo a Partir de Casos – v.2: Técnicas Extrajudiciais de Tutela Coletiva e Temas Especiais. 1.ed. São Paulo: Almedina, 2020, p.411-434.

³⁹⁵ A título de exemplificação de demais atuações da Corte Constitucional Colombiana na prolação de *sentencias estructurales*, cf. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-153, 1998**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 10 abr.2021; REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-606, 1998**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm>>. Acesso em 10 abr.2021; e REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-760, 2008**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>>. Acesso em 10 abr.2021.

³⁹⁶ A definição de *desplazado* (vítima de deslocamento interno forçado) incumbe ao artigo 1º da Ley 387 de 1997, que dispõe: “Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público” (REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 387 de 1997**. Disponível em <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=340>>. Acesso em 10 abr.2021).

³⁹⁷ *Ibid.*, art.2º.

³⁹⁸ Cf. VIANA. *A Implementação de Reformas Estruturais em ‘Procesos de Seguimiento’*, p.416: “A despeito da regulamentação de inúmeros instrumentos de proteção à população forçosamente deslocada em 1997, sua implementação marcadamente ineficaz recebeu críticas alguns anos mais tarde, em 1999, quando foi aprovado o Documento CONPES 3057, que propôs novo plano de ação, cujos aspectos, contudo, só viriam a ser regulamentados ao fim de 2000. Novas críticas à parca implementação das medidas propostas e à sua ineficácia conduziram à elaboração de novas políticas públicas e à expedição de Diretivas Presidenciais – todas no intuito de articular estrutura institucional, burocrática, estatal ao tratamento da questão pertinente aos deslocamentos populacionais forçados na Colômbia. A persistência e o agravamento da violação a direitos fundamentais fizeram com que, em 2003, fosse aprovado Plano Nacional de Desenvolvimento (2003-2006), com foco no fortalecimento do controle interno exercido por forças militares (em prevenção a conflitos armados), de forma a buscar combater

direitos fundamentais de parcelas da população, o que ampliava o percentual populacional submetido a imposições migratórias em decorrência de conflitos internos armados.

Assim, ao receber as inúmeras *acciones de tutela*, reportando semelhantes violações a direitos de populações em situação de deslocamento forçado, a *Sala Tercera de Revisión* da Corte Constitucional Colombiana diagnosticou a generalidade do contexto de desconformidade institucional, para (i) declarar o *estado de cosas inconstitucional*, apontando seus fatores de agravamento³⁹⁹; (ii) estabelecer parâmetros de conformidade à superação do respectivo estado de inconstitucionalidade⁴⁰⁰ e (iii) estipular medidas para sua remediação. Quanto a este último ponto, operou-se mediante a notificação de diversas entidades do cenário político nacional – o *Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia*, o *Ministro del Interior y de la Justicia*, o *Ministro de Hacienda y Crédito Público*, o *Director del Departamento Nacional de Planeación*, a *Ministra de Relaciones Exteriores*, o *Director de la*

as principais fontes causadoras dos deslocamentos forçados internos. Todo esse conjunto de medidas direcionadas à superação do grave contexto socioeconômico, contudo, se mostrou insuficiente [...]”.

³⁹⁹ Cf. REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-025/04*: “Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él”.

⁴⁰⁰ Cf. REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-025/04*: “Para definir el nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas, debe hacerse una distinción entre (a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y (b) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados. En cuanto a lo primero, es claro que las autoridades en ningún caso pueden obrar de forma tal que terminen por desconocer, lesionar o amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas. En esa medida, no pueden los desplazados ser objeto de acciones por parte de las autoridades que atenten, por ejemplo, contra su integridad personal o contra su libertad de expresión. En cuanto a lo segundo, observa la Sala que la mayor parte de los derechos reconocidos por la normatividad internacional y la Carta Política a las personas desplazadas imponen a las autoridades, por las circunstancias mismas en que se encuentran los desplazados, claras obligaciones de carácter prestacional, que necesariamente implicarán un gasto público. Es allí, en la preservación de las condiciones más básicas que permiten sobrevivir con dignidad, donde se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada, y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tiene la misma prioridad.” Foram, também, estes parâmetros de conformidade revisitados em fase de implementação da Sentencia T-025/04, como se depreende, exemplificativamente, da seção III do *Auto de Seguimiento n.8 de 2009*, proferido pela *Sala Segunda de Revisión* (REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana – Sala Segunda de Revisión. **Auto n.º 008 de 2009**, Referência: Sentencia T-025 de 2004).

Red de Solidaridad Social, o *Defensor del Pueblo*, o *Procurador General de la Nación*, e demais autoridades –, para que estas, articuladamente, pudessem adotar medidas em superação do estado de desconformidade institucional e elaborar plano de implementação⁴⁰¹, a ser submetido a periódico acompanhamento e fiscalização por parte da Corte Constitucional. A fim de viabilizar a continuidade de sua atuação nesta fase de implementação, instituiu a Corte, ainda, *Sala Especial de Seguimiento*, destinada a receber informes periódicos de autoridades administrativas acerca do cumprimento das medidas de implementação, realizar audiências públicas voltadas à revisão dos avanços e dificuldades no cumprimento destas medidas⁴⁰², e, em suma, averiguar sua efetividade, revisitando-as sempre que necessário e permitindo sua reformulação.

Tratou-se de claro redirecionamento da Corte Constitucional Colombiana, do modelo *command-and-control*, ainda identificado na Sentencia SU-559 de 1997, à tendência *experimentalista*, preponderante nos casos mais recentes de *reformas estruturais* nos Estados Unidos. No entanto, nem mesmo esta transformação em seu perfil de atuação, que permitiu contornos mais fluidos e menos rígidos à etapa de implementação, foi suficiente à redução de sua complexidade e simplificação do percurso à superação do *estado de coisas inconstitucional*. Não se pode ignorar o fato de que, desde 2004, quando prolatada a *sentencia estructural*, foram já expedidas pela *Sala Especial* algumas centenas de *autos de seguimiento* – “provimentos em cascata”⁴⁰³ –, voltados ao contínuo acompanhamento e revisão dos *remédios estruturais* instituídos.

Por outro lado, seria demasiado simplista, para não dizer inadequado, conjecturar a efetividade ou a inocuidade da fase de implementação com fundamento, exclusivamente, em sua longevidade. Apesar de, ainda atualmente, não se ter superado por completo o *estado de coisas inconstitucional* declarado em 2004 e haver muito a se aprimorar na proteção a coletividades em deslocamento forçado, percebe-se que evoluiu consideravelmente o esforço orçamentário do Estado, em favor dos grupos em situação de deslocamento forçado (de \$498.885 milhões de pesos, entre 1999 e 2002, para \$4,6 bilhões entre 2007 e 2010, em

⁴⁰¹ Cf. VIANA. *A Implementação de Reformas Estruturais em ‘Procesos de Seguimiento’*, p.419: “[...] passou a exigir das autoridades públicas que readequassem suas políticas e práticas, de forma a se alinharem ao escopo constitucional de concretização de direitos fundamentais. E neste aspecto, garantiu-lhes a autonomia de definir, cada ramo do Legislativo e do Executivo, seus próprios compromissos – à exceção das hipóteses de desarticulação entre eles, impossibilidade de seu cumprimento, falta de transparência ou clareza, quando incumbiu ao Conselho Nacional para a Proteção Integral à População Deslocada a responsabilidade de redefinir tais compromissos”.

⁴⁰² OSUNA. *Las Sentencias Estructurales*, p.103.

⁴⁰³ Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*. In: **Revista de Processo**, v.225/2013, p.389-410, Nov.2013.

média)⁴⁰⁴, assim como, também, foram retirados da inatividade “estratégicos atores institucionais – como o Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada (CNAIPD)”⁴⁰⁵.

Em 2012, e, portanto, anos após a primeira declaração da existência de um *estado de coisas inconstitucional* pela Corte Constitucional Colombiana, e da correspondente primeira prolação de *sentencia estructural*, Luis Ricardo Gómez Pinto diagnosticou três grandes estágios do comportamento desta Corte desde a primeira ocorrência da respectiva declaração do estado de desconformidade institucional, registrada pela SU-559/97. São eles (i) o “iluminismo constitucional”, que se estendeu de 1997 a 2000 e se caracterizou pelo esforço jurisprudencial da Corte em delimitar no que consistiria o *estado de cosas inconstitucional*, assim como em estabelecer fundamentos constitucionais a legitimar seu amplo espectro de atuação, em alinhamento com o princípio da separação de Poderes; (ii) o “tenebrismo constitucional” que, de 2000 a 2004, voltou-se a uma postura mais conservadora desta Corte no que concerne à declaração do *estado de cosas inconstitucional*, com a exigência de critérios mais estreitos à sua configuração; e, por fim, (iii) o “renascimento” que, a partir de 2004 e da prolação da *Sentencia T-025/04*, marcou a retomada da postura ativista e vanguardista desta Corte, a qual passou adotar posicionamento mais firme se comparado ao primeiro estágio, em reprovação a escusas de inação, por parte do Estado, fundadas genericamente em argumentos de proporcionalidade ou reserva do possível⁴⁰⁶.

5.1.2. A Expansão da Litigância Estrutural à Argentina

Não se limitou à Colômbia e à Corte Constitucional Colombiana a absorção de forma de atuação mais ativa para a resolução de *litígios estructurais*, que fosse similar ao papel das Cortes estadunidenses na concessão de *structural injunctions*. Em seguimento ao pioneirismo colombiano, observou-se notoriedade na atuação da Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Argentina (CSJN), em especial a partir do julgamento dos casos *Verbitsky*⁴⁰⁷ e *Mendoza, Beatriz*⁴⁰⁸, em 2005 e 2008, respectivamente – o que, de forma nenhuma, implica

⁴⁰⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Auto n.º 008 de 2009*, p.17.

⁴⁰⁵ VIANA. *A Implementação de Reformas Estructurais em ‘Procesos de Seguimiento’*, p.429.

⁴⁰⁶ Cf. GÓMEZ PINTO, Luis Ricardo. *El Juez de las Políticas Públicas*. Bogotá, Colômbia: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

⁴⁰⁷ REPÚBLICA ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus*, Fallos: 328:1146, 03 de maio de 2005.

⁴⁰⁸ REPÚBLICA ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)*, Fallos: 331:1622, 08 de julho de 2008.

dizer que a competência na República Argentina para a resolução de *litígios estruturais* seja exclusiva desta Corte Suprema, até mesmo porque, como pontuado por Mariela Puga, estariam a proliferar inúmeras ações com pretensões de *reformas estruturais* também em tribunais regionais e locais⁴⁰⁹.

Seguindo-se à tendência de reformas constitucionais democráticas pelas quais passaram diversos países latino-americanos nas últimas décadas do século XX, também na Argentina se promulgou nova redação do texto constitucional⁴¹⁰ no ano de 1994. Nesta ocasião, ineditamente, foram inseridas neste diploma garantias a direitos subjetivos coletivos – como a proteção do direito ao meio ambiente equilibrado (artigo 41), aos consumidores, à saúde, à segurança e aos interesses econômicos (artigo 42) – e regulamentado instrumento processual à sua proteção. Em seu artigo 43, instituiu a *acción “expedita y rápida” de amparo*, ao escopo da qual foi inserida a proteção “contra cualquier forma de discriminación e no relativo aos derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”⁴¹¹. A legitimidade para a sua propositura foi conferida diretamente aos afetados, mas também ao *defensor del pueblo* e às associações constituídas para fins correlatos. Entretanto, a despeito da promulgação do texto constitucional reformado em 1994, não foi ainda regulamentado, a nível infraconstitucional, um devido processo legal coletivo à respectiva *acción de amparo*, registrando-se apenas normas processuais esparsas na Ley General del Ambiente n.º 25.675 e na Ley de Defensa del Consumidor n.º 24.240⁴¹².

Em contraste ao silêncio legislativo, por outro lado, não se furtaram as Cortes em traçar bases jurisprudenciais ao tema⁴¹³. Como destaca Leandro J. Giannini, a própria CSJN

⁴⁰⁹ Cf. PUGA. *El Litigio Estructural*, nota de rodapé n.8: “La mención de estos casos paradigmáticos de la Corte, no deben encerrarnos en la errónea idea de que la competencia para expandir el terreno de lo justiciable es exclusiva de la Corte Suprema. Hay una gran cantidad de casos estructurales reproduciéndose en tribunales inferiores. La tendencia tampoco es Argentina, de hecho el referente en América Latina es la Corte Constitucional colombiana y, destacan igualmente la Corte brasilera”.

⁴¹⁰ REPÚBLICA ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*, Ley n.º 24.430, sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em 10 abr.2021.

⁴¹¹ *Ibidem*, tradução livre: “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general” (original).

⁴¹² Cf. VERBIC, Francisco. *Procesos Estructurales en Argentina: una Lectura Crítica de los Principales Precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. In: REICHELDT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix [Org.]. *Coletivização e Unidade do Direito*. Londrina: Thoth, 2019, p.30.

⁴¹³ Exemplificativamente, diante do silêncio legislativo, tem-se que até 2009, com o acirrado julgamento do caso *Halabi Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional*, não admitia a CSJN a tutela coletiva a direitos individuais homogêneos ou pretensões coletivas envolvendo direitos patrimoniais de uma forma geral: “In that precedent, a tight 4-3 decision, the majority recognizes the existence of constitutional ‘homogeneous individual rights’ and

revisitou alguns de seus postulados fundamentais para garantir à *acción de amparo* e ao habeas corpus coletivo a devida abrangência, a fim de que pudessem efetivamente servir-se ao controle de políticas públicas, não apenas para impedir ao Estado a continuidade de condutas ilícitas que violassem direitos da população, como também para “fazer cessar omissões ilícitas, que no caso de se configurarem forçam os juízes a ordenar às autoridades a realização de *conductas positivas* que põem fim às ditas desatenções”⁴¹⁴.

Em junho de 2000, no julgamento de recurso extraordinário interposto pelo Ministerio de Salud y Acción Social del Estado Nacional no âmbito de *acción de amparo* que lhe foi proposta pela Asociación Benghalensis e outros autores⁴¹⁵, a CSJN não apenas consolidou bases jurisprudenciais acerca da extensão da legitimidade ativa à propositura da espécie de ação para a tutela de interesses difusos, como se demonstrou claramente receptiva à absorção do múnus de remediar estados de inconstitucionalidade institucional por intermédio de postura ativa jurisdicional. No respectivo julgamento, a CSJN confirmou as decisões judiciais dadas em primeiro grau de jurisdição e também em sede recursal pela Cámara Nacional de Apelaciones do Contencioso Administrativo Federal, em relação à pretensão das associações e organizações não-governamentais autoras de que o Estado Nacional fosse condenado a cumprir sua obrigação de assistência, tratamento e contínuo fornecimento de medicamentos às pessoas que convivem com HIV/AIDS (Vírus da Imunodeficiência Humana / Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) e que se encontram hospitalizadas em instituições de saúde pública do país. Ao decidir, a Corte rejeitou a preliminar apresentada pelo Ministerio de Salud y Acción Social, e assim reconheceu a legitimidade ativa das associações para a *acción de amparo*, nos termos do artigo 43 da Constitución de la Nación, registrando como critério a ser aplicado a verificação da pertinência temática entre os direitos concretos pleiteados e as finalidades institucionais descritas nos respectivos estatutos associativos⁴¹⁶.

held that in Argentina is ‘perfectly acceptable’ to file lawsuits ‘with analogous characteristics and effects as US class actions’ in order to vindicate them. Before ‘Halabi’ the ASCJ has systematically rejected cases where NGOs, individuals or the ombudsman were litigating collective cases involving patrimonial rights” (VERBIC, Francisco. Class Actions in Argentina: The Need for a Wider Scope to Embrace Judicial Efficiency. *In: Civil Procedure Review*, v.6, n.1, jan-abr.2015, p.97).

⁴¹⁴ GIANNINI, Leandro J. Litigio Estructural y Control Judicial de Políticas Públicas. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [Org.]. Processos Estruturais*. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.151, tradução livre: “[...] hacer cesar omisiones ilícitas, que en caso de configurarse fuerzan a los jueces a ordenar a las autoridades la realización de *conductas positivas* que pongan fin a dichas desatenciones” (Original).

⁴¹⁵ REPÚBLICA ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Asociación Benghalesis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional*. Fallos: 323:1339, 01 de junho de 2000.

⁴¹⁶ “Que los amparistas tienen legitimación para interponer la presente acción pues, queda probado en autos, que existen pacientes necesitados de los medicamentos cuya provisión se requiere (fs. 338) y asimismo, el objeto de la pretensión -suministro de medicamentos- queda comprendido dentro de los fines de sus estatutos. En tales condiciones, se configuran los requisitos señalados por el art. 43 de la Constitución Nacional en cuanto reconoce

No que concerne ao mérito, o recurso extraordinário do Ministerio de Salud y Acción Social se sustentava na tese de que normas infraconstitucionais atribuiriam de forma compartilhada, e não exclusiva, ao Estado Nacional, às províncias e aos municípios, a responsabilidade pelos gastos e execução de programa de amparo à população contra os efeitos pandêmicos da HIV/AIDS, pelo que se pugnava pela reforma da decisão judicial condenatória ao Estado Nacional, sob o fundamento, dentre outros, de que esta estaria a interferir na organização da distribuição de crédito entre os entes federados às políticas de saúde pública. A CSJN, por sua vez, ao decidir, pontuou não se encontrar adstrita aos fundamentos postos pelas partes em hipóteses de questionamento de norma de direito federal, e, nestes termos, conforme voto vencedor dos Ministros Eduardo Moline O'Connor e Antônio Boggiano, firmou ser a concretização do direito à saúde obrigação impostergável e prioritária do Estado Nacional, e em específico no que concerne ao combate à pandemia de HIV/AIDS, prevista em lei como “luta de interesse nacional”⁴¹⁷. Assim, destacou a responsabilidade do Estado Nacional em dar cumprimento à referida norma em todo o território da República e firmou como entendimento que seria irrazoável que pretendesse o Estado “desligar-se de sua responsabilidade afirmando que as províncias impossibilitavam o cumprimento do programa de luta contra a AIDS, [...] quando é o Estado Nacional o encarregado de velar para que a continuidade e regularidade do tratamento médico seja assegurada”⁴¹⁸.

Verifica-se que não se tratou de decisão que tivesse estipulado parâmetros de conformidade mínimos a serem alcançados ou que tivesse se proposto a implementar *reforma estructural* mediante medidas remediais específicas. Em contrapartida, anunciou a clara postura da CSJN em admissão à atuação jurisdicional ativa em prol da concretização de direitos fundamentais sociais, mormente ante a constatação de omissão inconstitucional por parte de órgãos de demais Poderes do Estado.

legitimación a sujetos potencialmente distintos de los directamente afectados (Fallos: 320:690; 321:1352) y el conflicto planteado constituye un "caso o controversia" en los términos señalados por la jurisprudencia de esta Corte que requiere que se persiga en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (Fallos: 275:282; 308:1489; 313:863, entre otros)” (*Ibid.*, p.5).

⁴¹⁷ *Ibid.*, p.7-9.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p.9, tradução livre: “Que, por ello, carece de razonabilidad que el recurrente pretenda desligar su responsabilidad afirmando que las provincias imposibilitaban el cumplimiento del programa de lucha contra el SIDA, al no enviar en tiempo y forma la información necesaria para brindar adecuada atención a los enfermos de ese mal, cuando es el Estado Nacional el encargado de velar para que la continuidad y regularidad del tratamiento médico sea asegurada” (Original).

Por outro lado, uma das primeiras ocasiões em que resolveu a CSJN um *litigio estructural* se deu apenas em 2005⁴¹⁹, no julgamento do caso *Verbisky*, em sede de recurso extraordinário contra decisão judicial proferida pela Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que havia confirmado a denegação a pedido de *habeas corpus* outrora formulado pelo diretor do *Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*, em exercício da legitimação coletiva que lhe é conferida naquele ordenamento jurídico⁴²⁰ – em prol “da totalidade dos detentos que se encontravam alojados em estabelecimentos policiais superlotados e/ou em estações de polícia da província de Buenos Aires”⁴²¹, os quais, à época, totalizavam cerca de 25.000 pessoas⁴²², e sob alegação de inconstitucionalidade nas condições de encarceramento⁴²³. Ao julgar o respectivo recurso, a CSJN reformou a decisão do tribunal regional, para reconhecer a veracidade e a amplitude geral da inconstitucionalidade arguida no *habeas corpus*, fundamentando-se no fato de que não se devem somar à aflição e às restrições de locomoção inerentes ao encarceramento, também condições de insalubridade e degradação humana, que agravariam ilegitimamente a pena, mesmo porque se constitui como objetivo maior do sistema a ressocialização do apenado. Entendeu por legítima e imprescindível, portanto, a atuação imediata da função jurisdicional para se sanar o estado de desconformidade coletivo de direitos⁴²⁴.

⁴¹⁹ Na concepção de Mariela Puga, em duas outras ocasiões, ainda durante a década de 1990, teria a CSJN sido acionada a resolver litígios estruturais: “[...] vale mencionar la afamada causa *Benghalensis*, de la década de los 90’, en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) argentina ordenó al sistema de salud del Estado nacional que suministre medicamentos en forma regular, oportuna y continua, a todos los portadores de VIH/SIDA registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios; el caso *Montserrat*, también de los 90’, en el que la misma Corte validó la reforma de la política de ingreso de un colegio secundario, juzgando de discriminatoria la política anterior a la reforma, que restringía el ingreso en base al género” (PUGA. *El Litigio Estructural*, p.44).

⁴²⁰ No julgamento do caso *Verbisky*, considerou a CSJN que, apesar de a parte final do artigo 43 da Constituição, ao tratar do *habeas corpus*, não fazer referência expressa à tutela coletiva, é dedutível pela interpretação sistêmica da norma a possibilidade de utilização do respectivo remédio constitucional para a proteção de coletividades. Cf. REPÚBLICA ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*, art.43, *in fine*: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.[...] Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

⁴²¹ REPÚBLICA ARGENTINA. *Verbisky, Horacio s/ Habeas Corpus*, tradução livre: “[...] a favor de la totalidad de los detenidos que se encuentran alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la provincia de Buenos Aires” (original).

⁴²² VERBIC. *Procesos Estructurales en Argentina*.

⁴²³ Assim dispõe o artigo 18 da Constitución de la Nación Argentina: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

⁴²⁴ Sobre o caso *Verbisky*, cf. PORFIRO, Camila Almeida. A Jurisprudência da Suprema Corte Argentina em Processos Estruturais. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha [Org.]. **Processos Estruturais no Sul Global**. Londrina, PR: Editora Thoth, 2022, p.223-238.

Neste julgamento, à semelhança do posicionamento historicamente adotado pela Corte Constitucional Colombiana, também a CSJN considerou que argumentos de insuficiência orçamentária não poderiam ser suscitados pelo Estado para justificar sua omissão total ou parcial na garantia de direitos fundamentais e no cumprimento de compromissos assumidos internacionalmente⁴²⁵, e que tampouco poderiam as Províncias se valer de sua autonomia legislativa (que assume contornos específicos no sistema federativo argentino⁴²⁶) para estipular standards inferiores aos parâmetros constitucionais ou previstos em tratados internacionais⁴²⁷. Assim, valendo-se destes fundamentos, arbitrou a CSJN prazo de sessenta dias para que a Província de Buenos Aires fizesse cessar a prisão de menores ou enfermos em estações de polícia, bem como determinou às autoridades competentes da Província que, a título de urgência, suprimissem tratos cruéis ou desumanos aos encarcerados, que pudessem culminar com o agravamento de sua pena e com o descumprimento de compromissos internacionais assumidos pelo Estado. Determinou, ainda, que as autoridades Executivas da Província, responsáveis pela execução de penas, emitissem a todos os seus juízos, no prazo de trinta dias, informe pormenorizado no qual se fizessem constar as condições adequadas e constitucionais permitidas à detenção e também alternativas de penalizações mais brandas, a serem aplicadas quando cabíveis. Além disso, determinou aos Poderes Executivo e Legislativo da Província que adequassem sua legislação penitenciária e sobre prisão preventiva aos parâmetros constitucionais e internacionalmente admitidos, a fim de evitar também a superpopulação carcerária. Para a condução da respectiva fase de implementação de medidas ao alcance de tais parâmetros de conformidade, a CSJN estipulou o diálogo e participação constante das instâncias do Poder Público com o impetrante do *habeas corpus* coletivo, assim como também com demais entidades que tivessem atuado na condição de *amici curiae* no processo, mediante informes periódicos à Corte, a cada lapso de sessenta dias. Como relatado por Francisco Verbic,

⁴²⁵ REPÚBLICA ARGENTINA. *Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus, op. cit.*

⁴²⁶ “[...] la propuesta de utilizar como marco normativo obligatorio el Código Procesal Penal de la Nación importa una severa restricción del principio federal adoptado por nuestro país en el art. 1º de la Constitución Nacional, pues, fuera del respeto a la Constitución y leyes federales, las provincias no pueden ser obligadas a seguir los criterios legislativos del Congreso Nacional en un tema que no ha sido delegado por las provincias, como lo es, la regulación de la excarcelación y la prisión preventiva, tanto menos cuando el Congreso al dictar el Código Procesal Penal no lo hizo con la expresa declaración o voluntad de que se utilizase como marco obligatorio para la legislación procesal provincial” (REPÚBLICA ARGENTINA. *Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus*).

⁴²⁷ Por outro lado, sopesou a CSJN que: “no compete a los jueces evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria -menos aún, su política criminal- y mucho menos le toca a la Corte inmiscuirse en la forma en que las autoridades locales competentes cumplan con tan elementales deberes de gobierno (arts. 5, 121 y 122 de la Constitución Nacional), ya que la valoración de las medidas que el Estado provincial adopte o haya adoptado, sólo podrá ser materia de decisión en la causa en la medida en que incidan en la situación de los amparados por el *habeas corpus*” (REPÚBLICA ARGENTINA. *Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus*).

mais de quinze anos após a prolação da sentença, já teria a CSJN considerado finda a fase de implementação dos *remédios estruturais*, apesar de dados de agências de controle públicas da Província de Buenos Aires revelarem a precariedade e inadequabilidade ainda persistentes do sistema carcerário na região⁴²⁸.

Igualmente emblemática foi a atuação da CSJN na resolução do caso *Mendoza, Beatriz* em 2008⁴²⁹, o qual se distinguiu de *Verbitsky* não apenas por seu objeto, como também pelo fato de ter sido submetido à Corte Suprema em competência originária, sem estar sujeito, portanto, às restrições cognitivas impostas ao tribunal em sede de recurso extraordinário. Trata-se de ação coletiva intentada por um grupo de dezessete habitantes de determinada região da Província de Buenos Aires (em representação às cinco milhões de pessoas residentes na área, que apresenta a maior densidade populacional e industrial do país)⁴³⁰, contra o Estado Nacional, a própria Província, o governo da cidade autônoma de Buenos Aires e quarenta e quatro empresas estabelecidas no local, sob a alegação de danos coletivos e individuais decorrentes da contaminação ambiental da Bacia Hidrográfica Matanza-Riachuelo. Pleitearam os autores, na ação, tanto a reparação dos danos ambientais – sob o enfoque prospectivo inerente à resolução de *litígios estruturais* e à reparação do meio ambiente –, quanto a remediação de danos individuais que tivessem sofrido (o que qualificou a Corte como direitos *individuais homogêneos*).

Em relação às pretensões individuais, ainda que porventura homogêneas, entendeu a CSJN por sua incompetência para julgar de forma originária⁴³¹, devendo ser submetidas ao crivo dos juízos de primeiro grau dos respectivos foros de domicílio dos afetados. Vale rememorar, neste ponto, a ausência de regulamentação infraconstitucional quanto à tutela jurisdicional coletiva. No que concerne à pretensão coletiva indivisível da demanda, por sua vez, a CSJN determinou aos três entes públicos acionados no polo passivo (o ente federal, o regional e o local), sob a responsabilidade principal da *Autoridad de Cuenca*, o cumprimento, sob pena de multa diária, de Plano Integral de Saneamento Ambiental⁴³² – política pública desenhada pelo próprio tribunal, sob os fundamentos racionais das diretrizes da Constitución Nacional e da Ley General del Ambiente, que estipulava critérios marcadamente genéricos,

⁴²⁸ VERBIC. *Procesos Estructurales en Argentina*, p.31.

⁴²⁹ Cf. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decisões Estruturais na Jurisprudência Argentina: Notas sobre a Importância do Experimentalismo Democrático a partir do Caso Mendoza. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha [Org.]. **Processos Estruturais no Sul Global**. Londrina, PR: Editora Thoth, 2022, p.195-222.

⁴³⁰ VERBIC. *Procesos Estructurales en Argentina*, p.31-32.

⁴³¹ *Ibid.*, p.33.

⁴³² REPÚBLICA ARGENTINA. *Mendoza, Beatriz*.

com o claro intuito de não se suscitarem debates sobre legitimidade embasados no princípio da separação de Poderes⁴³³. Para garantir a participação dos membros do grupo interessado em fase de implementação da sentença, nomeou como coordenador, incumbido de receber sugestões e comentários dos cidadãos e dar-lhes o andamento adequado, o *Defensor del Pueblo*⁴³⁴, cuja autonomia funcional lhe permitiria se conservar isento face a comandos de membros de outros Poderes – a despeito de a insuficiência de recursos institucionais lhe impedir de adequadamente atender a um litígio com tamanha conflituosidade⁴³⁵. Ademais, a CSJN delegou aos juízos federais de primeira instância a competência para acompanhar o respectivo cumprimento de sentença⁴³⁶, pretendendo garantir, em caso de tão grande relevância e complexidade, maior imediatidade entre magistrado e jurisdicionados, ao mesmo tempo em que determinou a irradiação dos efeitos resolutivos da respectiva decisão a todos os litígios que envolvessem os danos decorrentes da contaminação da respectiva Bacia Hidrográfica ou a implementação de seu respectivo Plano de Saneamento.

Por outro lado, como se pode perceber dos narrados contornos da decisão, silenciou a CSJN quanto à responsabilização das empresas privadas, também integrantes do polo passivo da ação, pelo dano coletivo, o que revela inafastável incongruência, sobretudo porque, nas palavras de Francisco Verbic, trata-se dos agentes contaminadores primários da Bacia Hidrográfica, somente se verificando relação de causalidade secundária aos entes estatais condenados por sua omissão no controle da operacionalização dessas empresas⁴³⁷. Adicionalmente, observou-se excessiva generalidade no comando decisório, o qual, ainda que tivesse pretendido evitar que lhe fosse questionada a legitimidade, não alcançou parâmetros mínimos de especificidade que lhe permitissem ser efetivo. Verbic atribui referida generalidade à carência de informações técnicas específicas pela CSJN em fase de conhecimento⁴³⁸. Identifica-se, nesse ponto, nítido enviesamento decorrente de negligência de taxa-base, até mesmo porque esta Corte não viabilizou o ingresso de *amici curiae*, apesar de se tratar de litígio excessivamente complexo, a envolver interesses policêntricos jurídicos e não jurídicos de agentes públicos ou privados e de diversas coletividades (as quais, segundo o autor, sequer se encontraram adequadamente representadas no processo pelos dezessete automeados autores,

⁴³³ Cf. VERBIC. *Procesos Estructurales en Argentina*, p.33: “En Argentina tenemos un sistema de división de poderes, con frenos, contrapesos y chequeos cruzados, que fue importado casi al pie de la letra de la Constitución estadounidense. La finalidad de la Corte al definir de ese modo el remedio estructural, explicitada en la sentencia, fue no involucrarse en la esfera de actuación del poder administrador”.

⁴³⁴ REPÚBLICA ARGENTINA. *Mendoza, Beatriz*.

⁴³⁵ VERBIC. *Procesos Estructurales en Argentina*, p.37.

⁴³⁶ REPÚBLICA ARGENTINA. *Mendoza, Beatriz*.

⁴³⁷ VERBIC. *Procesos Estructurales en Argentina*, p.34.

⁴³⁸ *Ibid.*, p.35.

que se revelaram insuficientes para corresponder aos subgrupos e interesses suplementares inerentes ao litígio⁴³⁹).

Como se pode observar, a atuação da CSJN – não tão vanguardista quanto a Corte Constitucional Colombiana a respeito de sua interpretação quanto aos papéis da função jurisdicional no cenário dos Estados de Direito regidos pela separação de Poderes – enfrentou e ainda vem enfrentando desafios à implementação de *reformas estruturais*. A esse respeito, já investigou Francisco Verbic⁴⁴⁰, concluindo por atribuir os desafios, na execução de sentenças em litígios de *reforma estrutural*, à dificuldade política das Cortes em estabelecer diálogo contínuo com a Administração Pública e se envolver em seu funcionamento, em profunda alteração na dinâmica das relações entre os Poderes do Estado⁴⁴¹, e à dificuldade procedimental, dada a carência legislativa infraconstitucional na Argentina, acerca da execução de sentenças coletivas, especialmente aquelas de natureza estrutural, por sua complexidade e prolongamento no tempo⁴⁴².

5.1.2.1. Litígios Estruturais e Causalidade Estrutural no Direito Argentino

Apesar das dificuldades apontadas por Francisco Verbic para a execução de sentenças em implementação de *reformas estruturais* – ou, talvez, se possa dizer que ‘em razão dessas dificuldades’ –, torna-se de central importância, na Argentina, o esforço doutrinário em se apurarem características essenciais ao perfil latino-americano de *litígios estruturais*, observando-se em que medida correspondem ou não ao diagnóstico delineado por Owen M. Fiss nos Estados Unidos da década de 1970⁴⁴³. Neste direcionamento, destacam-se os trabalhos de Mariela Puga, que se dedica a analisar criticamente os elementos que, conforme seu apontamento, seriam reiteradamente associados à litigância estrutural: (i) a intervenção de múltiplos agentes; (ii) o alcance coletivo da tutela pretendida; (iii) uma condição de origem

⁴³⁹ *Ibid.*, p.35-36.

⁴⁴⁰ VERBIC, Francisco. Execução de Sentenças em Litígios de Reforma Estrutural na República Argentina: Dificuldades Políticas e Procedimentais que incidem sobre a Eficácia dessas Decisões. Tradução de Leonardo Silva Nunes e Samuel Paiva Cota. In: **Revista de Processo**, v.305/2020, p.403-424, jul.2000. Trata-se de trabalho apresentado em conferência geral na subcomissão de direito processual constitucional do XXVII Congresso Nacional de Direito Processual (Córdoba, Argentina) em setembro de 2013, e traduzido ao português.

⁴⁴¹ *Ibid.* Como esclarece Francisco Verbic, na resolução processual coletiva de *litígios estruturais*, “as vias judiciais coletivas atuam como uma verdadeira ferramenta de participação cidadã no controle da coisa pública e como um canal de acesso ao diálogo institucional de certos grupos desfavorecidos que buscam tutelar direitos vulnerados por ações ou omissões estatais. Grupos que, por razões de naturezas distintas, muitas vezes não encontram espaços adequados para a discussão e solução de seus problemas na órbita dos poderes majoritários” (*ibid.*, p.3).

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ FISS. *The Forms of Justice*, op. cit.

(normalmente, ação ou omissão estatal ou institucional) que provoque violação de direitos em larga-escala; (iv) a responsabilidade ou envolvimento de uma organização estatal ou burocrática; (v) a vulneração, por intermédio da condição de origem, de direitos constitucionais fundamentais de natureza econômica, social ou cultural; (vi) a existência de pretensão de redistribuição de bens; e (vii) a resolução mediante prolação de sentença que compreenda conjunto de ordens de implementação contínua e prolongada⁴⁴⁴.

A partir da identificação destes elementos, Mariela Puga passa a apurar quais deles, de fato, relacionam-se intrinsecamente à litigância estrutural e, ao assim proceder, conclui que esta litigância se vincula muito mais especificamente à constatação de uma *causalidade estrutural*, do que à presença de múltiplos litisconsortes ou à aplicação de instrumentos processuais típicos à tutela coletiva (por mais que sejam estes inquestionavelmente recorrentes), ao contrário do que permitiriam inferir alguns dos elementos citados. Exatamente por este motivo, Mariela Puga acentua a incongruência em se associar a litigância estrutural à (i) intervenção de múltiplos agentes no processo, sob o destaque de que a ocorrência de litisconsórcio – ainda que porventura multitudinário – e a acumulação de vínculos particularizados com a parte contrária não seriam condicionantes para a “expansão do justiciável”⁴⁴⁵. Igualmente, opõe-se à visão de que (ii) todos os *litígios estruturais* se sujeitariam às regras do processo coletivo em sua resolução⁴⁴⁶, compreendendo ser possível aplicar-lhes normas processuais individuais. Destaca, neste ponto, sua compreensão de que a expressão *litígio estrutural* corresponde às características da lide, identificáveis na realidade fática,

⁴⁴⁴ “(1) La intervención de múltiples actores procesales. (2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son [representados] por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados. (3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea. (4) Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos. (5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales. (6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes. (7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada” (PUGA. *El Litigio Estructural*, p.46).

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p.47.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p.56: “Esto lleva a que todo proceso colectivo sea siempre un litigio estructural, en cuanto supone un caso policéntrico; aunque ello no implique que todo litigio estructural se enmarque siempre en las reglas de los procesos colectivos. Ciertamente, un caso estructural podría someterse a las reglas de los procesos individuales, pensadas para casos bipolares, como varios casos de nuestra jurisprudencia lo evidencian. Ello en tanto la definición de un litigio bipolar depende de la fisonomía de la litis, y no de las reglas de trámite procedimental. En definitiva, ni la existencia de múltiples actores procesales, ni la aplicación de las reglas del proceso colectivo, constituyen elementos definitorios de la idea de litigio estructural. De ningún modo ello los convierte en elementos irrelevantes para identificar casos estructurales. Por el contrario, en ciertas circunstancias ellos son elementos suficientes, aunque no sean necesarios (por ejemplo, todas las acciones colectivas suponen, efectivamente, litis estructurales), y en otras instancias, son elementos eventuales pero de gran incidencia (por ejemplo, la gran mayoría de los litigios estructurales conocidos involucra a múltiples actores procesales)”.

material, não se vinculando a um determinado percurso processual para a sua resolução. Em contrapartida, revela seu entendimento de que estariam os *litígios estruturais* particularmente relacionados ao processo coletivo (caracterizado, ao seu ver, pela existência de “uma multiplicidade de afetados pela decisão judicial que não intervêm no processo”⁴⁴⁷), por exibirem natureza policêntrica, contrastada à unicidade da pretensão apresentada judicialmente. Em outras palavras, como se revisitará e se analisará criticamente adiante, considera Mariela Puga que processos coletivos se direcionariam necessariamente à resolução de *litígios estruturais*⁴⁴⁸, sem que, por outro lado, seja a recíproca verdadeira – podendo ser esses mesmos litígios solucionados por instrumentos processuais individuais.

Estabelecidas estas ressalvas, em proposta para o Direito processual constitucional argentino, e considerando-se os demais elementos atribuíveis aos *litígios estruturais* (iii, iv, v, vi, vii), Mariela Puga demonstra que a particularidade mais intrínseca a esses litígios, à sua compreensão, consistiria em sua *causalidade estrutural*. A fim de demonstrar este aspecto, a autora se distancia de compreensões tradicionais que estipulariam os vínculos relevantes de causalidade de eventos a partir de separações objetivas e observáveis cientificamente, entre causas próximas (jurídicas) e remotas. Em contrapartida, se aproxima de concepções denominadas por ela como ‘metafísicas’, pautadas pelo postulado de que sempre haverá múltiplos fatores causais interrelacionáveis que devam ser considerados na apuração da causalidade de eventos – de tal forma que a identificação de causas únicas ou compartimentáveis não passaria de mera racionalização⁴⁴⁹. Tal compreensão metafísica se faz central à apreensão da ideia de *causalidade estrutural*, que guarda caráter complexo por natureza, não apenas por permitir se entrelaçarem, na confluência causal multifacetária mediata ou imediata, regras jurídicas, políticas institucionais, práticas reiteradas e situações sociais consolidadas, como também por admitir que se identifiquem como sujeitos causadores do contexto de violação inconstitucional de direitos, aqueles que também porventura integrem o grupo vitimizado⁴⁵⁰.

A partir dessas premissas, Mariela Puga considera que a atuação jurisdicional das Cortes se direciona, na resolução a *litígios estruturais*, à identificação destes fatores causais que se entrelaçam de forma complexa e à mensuração de suas respectivas contribuições para a vulneração de direitos, pontuando, neste tocante, a relevância secundária da identificação de

⁴⁴⁷ PUGA. *El Litigio Estructural*, p.47, tradução livre: “una multiplicidad de afectados por la decisión judicial que no intervienen en el proceso” (original).

⁴⁴⁸ Cf. item 6.2.2, *infra*.

⁴⁴⁹ PUGA. *El Litigio Estructural*, nota de rodapé 23.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p.58.

autorias, na determinação do vínculo causal⁴⁵¹. Trata-se, inclusive, de entendimento que dialoga com a proposta emergentista que se sustenta para os litígios coletivos, neste trabalho. Observa-se que propõe às Cortes a identificação dos elementos dos quais emanem poderes causais, bem como a mensuração de seu impacto nas interações entre agentes e partes relacionais do sistema social. Dessa forma, Mariela Puga consolida como aspiração meramente periférica da resolução de *litígios estruturais* as providências sancionatórias aos ditos responsáveis, sobrelevando-se, em contrapartida, seus propósitos corretivos (de superação do estado de desconformidade) e distributivos (de evitar que suportem as vítimas o peso da recorrência passada desse estado)⁴⁵².

Valendo-se, a título de exemplificação, do caso *Mendoza, Beatriz*⁴⁵³, demonstra Mariela Puga como, verdadeiramente, os níveis de contaminação registrados na Bacia Hidrográfica Matanza-Riachuelo foram resultados da confluência de condutas das empresas ali estabelecidas, do governo e, mesmo, dos próprios habitantes locais. Em contrapartida, não se torna viável mensurar a dimensão específica da responsabilidade de cada um desses agentes causais⁴⁵⁴ (e, também, vitimados), “mas, em qualquer hipótese, as precisões alcançadas seriam tão ínfimas quanto insignificantes para a questão global”⁴⁵⁵, na medida em que nenhuma delas seria suficiente, de forma independente, a produzir os níveis atuais de contaminação. A maior relevância se identifica, por outro lado, na confluência de seu poder causal, e nas interações que estabeleçam. Em intensificação da complexidade desta relação, aponta a autora, também o ‘efeito rebote’ que, ainda mais, impacta no estado de desconformidade, na medida em que “a consumação persistente do agravo (no tempo, ou entre muitas pessoas) naturaliza as ações que

⁴⁵¹ *Ibid.*, p.59.

⁴⁵² PUGA. *El Litigio Estructural*, p.60-61: “La causalidad estructural supone, entonces, la estipulación de un vínculo causal guiado por consideraciones que no están subordinadas a metas sancionatorias, o de reproche moral de una acción individual o colectiva. Se prioriza, en cambio, la consideración de circunstancias relativas al resultado, a la definición del injusto en cuanto tal. Los antecedentes causales se presentan como un epifenómeno de ese injusto, los que se ligan a él en base a razones tanto correctivas (dirigidas a rectificar el resultado injusto), como a razones distributivas (orientadas a evitar que el daño sea cargado por quien no se lo merece). Ciertos eventos, antecedentes, o condiciones *sine qua non* del agravio (condiciones necesarias aunque no suficientes para producir el resultado), ya sean próximos o remotos, individualizables o difusos, discretos o múltiples, serán identificados como causa/s del agravio. Esa identificación/estipulación se da no para sancionar, disuadir, o reprochar autorías, sino en vistas a satisfacer aspiraciones correctivas o distributivas”.

⁴⁵³ REPÚBLICA ARGENTINA. *Mendoza, Beatriz*, op. cit.

⁴⁵⁴ PUGA. *El Litigio Estructural*, p.69: “Recordemos que en las empresas hay empleados que pudieron actuar con mayor negligencia que otros; que entre los habitantes costeros hay quienes pudieron realizar volcamientos intencionales, y otros que lo hicieron de manera accidental o involuntaria; que las distintas instancias de gobierno tienen diferentes deberes de control, y que los controles realizados por cada uno de ellos varían no sólo en calidad, circunspección y periodicidad, sino que también dependen de cuestiones coyunturales relativas a la mayor o menor dificultad opuesta al control”.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, tradução livre: “pero, en cualquier caso, las precisiones alcanzadas serían tan ínfimas como insignificantes para la cuestión global” (original).

contribuem a ele, e torna mais complexo o juízo acerca da autoria”⁴⁵⁶. À luz dessa constatação, considera Mariela Puga ser mais adequado falar-se em um *processo* causal (ou *ciclo* causal) do que, propriamente, em um *evento* causal aos *litígios estruturais*⁴⁵⁷. Como consequência, preocupa-se, para a resolução desses litígios, não em punir ou responsabilizar culpados (o que demandaria incrível esforço jurisdicional para apuração e individualização de responsabilidades), mas em remediar os danos coletivos e preveni-los para o futuro (enfoque prospectivo).

5.2. "TRAÇOS DE MEDIDAS ESTRUTURANTES" NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A proximidade geográfica, aliada às semelhanças quanto aos presentes contextos sociopolíticos e econômicos (resultantes, em relevante medida, de seus similares processos históricos de colonização, independência e democratização), conduziu à decorrente absorção do paradigma latino-americano de resolução de *litígios estruturais* (inaugurado na Corte Constitucional Colombiana e aprimorado pela doutrina e jurisprudência argentinas), também pelos Tribunais e pela comunidade jurídica brasileiros.

No Brasil, um dos primeiros casos cuja postura jurisdicional tem sido comparada pela doutrina à forma de *adjudicação* desenhada por Owen M. Fiss⁴⁵⁸, antecede mesmo as primeiras formulações doutrinárias brasileiras a respeito do tema ou qualquer previsão legislativa que indicasse procedimento especial para tanto, sendo contemporâneo às primeiras prolações de *sentencias estructurales* pela Corte Constitucional Colombiana e fruto do crescente acionamento das Cortes brasileiras para que intervissem em políticas públicas. Trata-se do ‘Caso da ACP do Carvão’, ajuizado sob a via de ação civil pública, pelo Ministério Público Federal, em 1993, julgado em primeira instância em janeiro de 2000⁴⁵⁹, e relatado por Sérgio Cruz Arenhart em artigo publicado em 2015 na Revista de Processo Comparado⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p.73, tradução livre: “En fin, la consumación persistente del agravio (en el tiempo, o entre muchas personas) naturaliza las acciones que contribuyen a él, y complejiza así el juicio de autoría” (original).

⁴⁵⁷ *Ibidem.*

⁴⁵⁸ FISS. *Two Models of Adjudication*.

⁴⁵⁹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Civil Pública n.º 0000533-73.1993.4.04.7204**. 4ª Vara Cível de Criciúma. Sentença de Procedência n.º 20097. Jan/2000.

⁴⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão. In: **Revista de Processo Comparado**, v.2/2015, jul-dez.2015, p.211-229. Subsequentemente, foi o artigo republicado na Revista de Interesse Público em 2016: cf. ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão. In: **Interesse Público – IP**, ano 18, n.17, maio-jun.2016, p.243-257.

Nesta ação coletiva, proposta contra cerca de vinte e cinco réus (dentre os quais mineradoras, carboníferas, além da própria União e do Estado de Santa Catarina), alegou-se a ocorrência de dano coletivo ambiental decorrente da atividade de mineração, e pleiteou-se a elaboração e implementação de projeto de recuperação ambiental da região degradada. Após cerca de sete anos de trâmite processual em primeira instância, foi proferida sentença, reconhecendo-se a ocorrência do dano à coletividade; impondo-se aos réus a apresentação, no prazo de seis meses, de projeto e cronograma de recuperação ambiental, que contemplassem parâmetros mínimos de conformidade assinalados nos autos; atribuindo-lhes o ônus de custear a contratação de terceiros à consecução deste projeto; determinando-se às mineradoras e carboníferas que adequassem suas práticas à normatização ambiental; e exigindo-se aos órgãos de proteção ao meio ambiente que exercessem contínua fiscalização sobre a atividade destas empresas, via emissão periódica de relatórios circunstanciados⁴⁶¹.

Apesar de ter sido a respectiva decisão alvo de sucessivos intentos recursais, nos anos que se seguiram, vindo-se a se confirmar e se tornar definitiva apenas após o trânsito em julgado de acórdão do Supremo Tribunal Federal em 2014, não se aguardou a formação de coisa julgada para que se iniciassem os procedimentos executórios. Pelo contrário, as providências à reparação ambiental tiveram início ainda em 2000, após a prolação da sentença de primeiro grau, em sede de execução provisória e, ainda que a este título precário, estenderam-se ao longo dos anos que se seguiram, apresentando evidentes traços de modelo *experimentalista* de implementação de *reformas estruturais* constatado na experiência das Cortes estadunidenses. Em relação a tal implementação, Sérgio Cruz Arenhart analisou-a a partir de quatro estágios consecutivos⁴⁶², que evidenciaram a contínua revisitação e avaliação da efetividade das medidas remediais aplicadas (no caso, do plano de recuperação ambiental), o diálogo entre instâncias jurisdicionais, administrativas, profissionais especializados e demais interessados, e o incentivo à adoção de soluções negociadas que incrementassem o alcance dos parâmetros de conformidade determinados.

Nesse sentido, aponta-se o primeiro estágio de implementação (2000-2004) voltado ainda à obtenção de informações, para o adequado dimensionamento do dano e dos interesses envolvidos; o segundo estágio (2004-2005) direcionado à consolidação de estratégia de atuação para padronização dos projetos a serem apresentados e à apuração de fragilidades nas informações outrora recebidas; o terceiro estágio (2006-2009), no qual se apresentaram efetivamente os projetos, se criou o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA) e se

⁴⁶¹ ARENHART. *Processos Estruturais no Direito Brasileiro*, p.250-251.

⁴⁶² *Ibid.*, p.252-253.

delimitaram indicadores e critérios para respaldarem o monitoramento da implementação dos respectivos projetos de recuperação ambiental; e o quarto estágio (a partir de 2009), voltado à efetiva implementação dos cronogramas e projetos de recuperação, durante o qual se disponibilizou, até mesmo, sítio eletrônico para acompanhamento público dos resultados⁴⁶³. Principalmente nos dois últimos estágios, narra Sérgio Cruz Arenhart terem sido realizados inúmeros acordos entre os sujeitos envolvidos, para a recuperação dos danos ambientais, os quais teriam sido responsáveis pela implantação dos cronogramas de revitalização correspondentes a 73% das áreas atingidas⁴⁶⁴. Destaca-se, neste ponto, que o GTA foi “formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ao processo [...], tinha por principal função propor estratégias, métodos e técnicas para a recuperação ambiental”⁴⁶⁵, e adotava suas decisões mediante deliberações por consenso.

Apesar de os resultados da aplicação dos respectivos planos de recuperação ambiental só se terem tornado perceptíveis anos mais tarde, após longa fase de implementação – como também é inerente às *reformas estruturais* – o ‘Caso da ACP do Carvão’ trouxe importantes pontos de reflexão, a respeito do papel que devam assumir as Cortes e das técnicas processuais que possam ser aplicadas para a resolução prospectiva de litígios coletivos com equivalentes características. E não haveria por que renunciarem as Cortes brasileiras à absorção de um papel mais ativo e menos rígido, conforme os parâmetros observados no caso – seja pelo fato de se verem sucessiva e crescentemente acionadas para interferirem em políticas públicas ou para remediar contextos de omissão inconstitucional por parte dos demais Poderes estatais, seja pelo fato do texto constitucional brasileiro apresentar, de forma inequívoca (nomeadamente se comparado às Constituições da Colômbia e da Argentina), a natureza ‘fundamental’ dos direitos sociais (inseridos em capítulo do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”)⁴⁶⁶ e, conseqüentemente, sua exigibilidade judicial.

Nos anos que se seguiram ao início do quarto estágio da implementação da decisão judicial proferida em primeira instância no ‘Caso da ACP do Carvão’, notava-se a judicialização de conflitos cada vez mais intrincados – seja sob a perspectiva de sua gravidade, seja de sua essência relacional *policêntrica*. Fazia-se imperativo oferecer “ao magistrado novos padrões de atuação e, sobretudo, maior flexibilidade na adequação de sua decisão àquilo que exija a

⁴⁶³ ARENHART. *Processos Estruturais no Direito Brasileiro*, p.252-253.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p.253.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p.252.

⁴⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 abr.2021.

situação concreta”⁴⁶⁷. O cenário exacerbava a importância das pesquisas sobre a possibilidade de atuação jurisdicional no controle e implementação de políticas públicas, assim como a respeito da judicialização da política de uma forma ampla. Em 2011, Jordão Violin publicava análise crítica sobre o controle de decisões políticas pelo Poder Judiciário, demonstrando a forma como a natureza política seria inerente a qualquer tomada de decisão jurisdicional que atribuísse conteúdo a valores constitucionais⁴⁶⁸. No ano seguinte, com o intuito de propor a incorporação ao Direito brasileiro de institutos previstos no ordenamento jurídico norte-americano para o cumprimento de obrigações de fazer ou não-fazer (naquele ordenamento, veiculadas por intermédio de *injunctions*), Desirê Bauermann trouxe à análise do Direito brasileiro o uso de penas por *contempt of court*⁴⁶⁹ no âmbito de *structural injunctions*, averiguando-lhes a harmonia com as normatizações processuais e constitucionais nacionais⁴⁷⁰.

Pouco tempo depois, em novembro de 2013, Sérgio Cruz Arenhart demonstrava o amoldamento entre a forma de *adjudicação* proposta por Owen Fiss e a sistemática processual civil brasileira⁴⁷¹. Ponderava sobre a superação de interpretações excessivamente restritivas do princípio da separação de Poderes, e sustentava que o direito processual brasileiro passava por reformulação⁴⁷² que lhe tornaria “permeável a certa atenuação do princípio da demanda”⁴⁷³. Naturalmente, a proposta de *permeabilidade* que se fazia delimitava-se à estreita medida do que fosse indispensável para se adequar ao alto grau de mutabilidade inerente aos *litígios estruturais* e ao seu percurso resolutivo, sem se converter, por outro lado, o magistrado em gestor de órgãos administrativos. Concomitantemente, Marco Félix Jobim dedicava-se a analisar a determinação de *medidas estruturantes* pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, em controle de constitucionalidade⁴⁷⁴. Em sua tese de doutoramento, este autor examinou o comportamento

⁴⁶⁷ ARENHART. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p.3.

⁴⁶⁸ Cf. VIOLIN, Jordão. **Processo Coletivo e Protagonismo Judiciário: O Controle de Decisões Políticas mediante Ações Coletivas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 196p., 2011. Também cf. PENNA, Saulo Versiani. **Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁴⁶⁹ “Em resumo, a utilização do instituto em comento terá lugar nos casos em que houver desrespeito ou insulto ao juiz, forem proferidas palavras escritas ou faladas que escandalizem o tribunal, praticados atos tendentes a prejudicar o desenvolvimento regular do processo e quando houver descumprimento de determinações judiciais que importem no dever de realizar determinado ato ou se abster de fazê-lo, seja pelas partes do processo, seja por terceiro. [...] Tais penas não têm por objetivo compensar as partes, nem possuem função indenizatória, mas, sim, protetiva da autoridade da corte e do cumprimento das decisões por ela emanadas” (BAUERMAN. *Cumprimento das Obrigações de Fazer ou Não Fazer*, p.31).

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ ARENHART. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, *op. cit.*

⁴⁷² Que viria a se aperfeiçoar poucos anos mais tarde, com a publicação da Lei n.º 13.105/2015, em integral reforma ao Código de Processo Civil brasileiro.

⁴⁷³ ARENHART. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p.5.

⁴⁷⁴ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

jurisprudencial da Corte Suprema brasileira entre meados de 2004 a 2012, no julgamento de casos que lhe foram submetidos à apreciação para realização de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Nesta análise, diagnosticou a fase de transição na qual se encontrava a jurisprudência desta Corte, observando o contraste entre circunstâncias em que teria abdicado da adoção de medidas de natureza *estruturante*, e ocasiões em que teria se mostrado pouco mais permeável à aplicação de medidas com traços de estruturalidade.

Para esta demonstração, a princípio, Jobim elegeu três julgados nos quais se privou a Corte da adoção de medidas de natureza *estruturante* e, portanto, ao assim proceder, deixou de alcançar, ao menos no curto e médio prazos, a máxima eficácia de sua decisão na consolidação da constitucionalidade ou na superação dos estados de inconstitucionalidade estrutural que lhe foram apresentados. Trata-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF⁴⁷⁵, a respeito do artigo 5º da Lei Federal n.º 11.105/2004 (Lei de Biossegurança); do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF⁴⁷⁶ e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132⁴⁷⁷, sobre a união estável homoafetiva; e do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54⁴⁷⁸, sobre a possibilidade de aborto terapêutico por gestantes de fetos com anencefalia.

Inicialmente, quanto ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF, trata-se de caso em que entendeu o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança⁴⁷⁹, que regulamenta a utilização, para fins terapêuticos e de pesquisa, de células-tronco embrionárias obtidas em embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados por sua inviabilidade ou por se ter ultrapassado o prazo de três anos contados de seu congelamento. Conforme considerações de

⁴⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510**, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 29/05/2008. Publicação DJe-096: 28/05/2010.

⁴⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF**, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 05/05/2011. Publicação DJe-198: 14/10/2011.

⁴⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132**, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 05/05/2011. Publicação DJe-198: 14/10/2011.

⁴⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54**, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2012. Publicação Acórdão Eletrônico DJe-080: 30/04/2013.

⁴⁷⁹ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I. sejam embriões inviáveis; ou II. sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. §2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. §3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997” (BRASIL, Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. **Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, [...] e dá outras providências**).

Marco Félix Jobim em sua pesquisa doutoral, apesar das quinhentas e vinte e cinco laudas de fundamentação aos votos e dos intensos debates em Plenário, teriam sido insuficientemente aprofundadas nesta decisão as análises a respeito do direito à vida – as quais vieram, inclusive, a conduzir em 2011 o Tribunal de Justiça Europeu a conclusões opostas às da Corte Suprema brasileira –, assim como se deixou de indicar plano material que proporcionasse maior efetividade à decisão⁴⁸⁰: fatores estes que a tornaram especialmente suscetível a polêmicas e a certa resistência de setores da sociedade à sua implementação.

No âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em maio de 2012, à unanimidade, pela constitucionalidade da união estável entre casais do mesmo sexo, conferindo ao artigo 226, §3º, da Constituição da República de 1988, interpretação harmônica à sua própria principiologia. Tratou-se de decisão, não obstante, que, ainda à época, encontrou resistência de parte da população à sua efetivação. E, não se tendo estipulado parâmetros de conformidade a serem alcançados ou, sequer, se encaminhado à promoção de medidas remediais à superação da inconstitucionalidade⁴⁸¹, pôde-se constatar dificuldades à sua implementação, já nas primeiras semanas após sua publicação. Exemplificativamente, nesse sentido, citou Marco Félix Jobim o paradoxo de se observar, por um lado, julgamento em primeira instância, no estado de Goiás, em anulação a união estável homoafetiva, e, por outro, decisão judicial proferida em Vara de Família e Sucessões no estado de São Paulo, que converteu em casamento a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo⁴⁸² (em pioneirismo, por preceder à apreciação do Supremo Tribunal Federal quanto a esta questão específica). Diante deste contexto, e considerando-se demais questionamentos jurídicos que poderiam então advir da respectiva decisão a respeito dos limites de sua extensão, os quais, no princípio de 2012, ainda não encontravam consolidado posicionamento da comunidade jurídica a respeito (tais como, por exemplo, a possibilidade de adoção por casal homoafetivo), pontuou também Jobim que poderia ter a Corte Suprema garantido a máxima efetividade de sua decisão por intermédio da aplicação de medidas *estruturantes*⁴⁸³.

⁴⁸⁰ JOBIM. *Medidas Estruturantes*, p.158-161.

⁴⁸¹ “No caso em concreto, pensando no que as medidas estruturantes poderiam auxiliar na concretização da decisão, o Supremo Tribunal Federal poderia ter elencado um rol de instituições públicas e privadas para que atendem para a nova ordem vigente após a sentença normativa. Seguradoras, sociedades que trabalham com planos de saúde, instituições financeiras públicas e privadas, aliados aos demais órgãos públicos, como o Instituto Nacional de Seguro Social, Receita Federal, Cartórios de Registros, entre outros, deveriam ser cientificadas sob pena de sofrer consequências oriundas da própria decisão, o que será alvo de reflexão futura” (*Ibid.*, p.163).

⁴⁸² *Ibid.*, p.162-163.

⁴⁸³ *Ibidem*.

No que concerne, por sua vez, ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, julgou o Supremo Tribunal Federal por maioria de votos, em 2012, pela possibilidade de escolha, pela gestante, entre interromper de forma terapêutica ou não a gravidez de feto com anencefalia, diante de diagnóstico provido por profissional médico habilitado. Apesar da intensa polêmica e comoção social inerentes ao respectivo julgado e que, por consequência, poderiam arriscar sua plena efetividade prática, deixou a Corte de “se manifestar sobre a política de proteção à saúde da mulher em razão do aborto, e mais, se a concessão deste tipo de procedimento irá reforçar o sentimento de planejamento familiar e, por fim, se é o Estado que deverá suportar os custos dos procedimentos”⁴⁸⁴.

Em todos esses casos, portanto, diagnosticou Marco Félix Jobim que se teriam encontrado desafios a impedir a máxima efetividade das decisões em controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, o que, ao seu ver, poderia ter sido contornado por intermédio da aplicação de medidas *estruturantes*, que imprimissem eficácia a estas decisões, por esta Corte. Em contraste a estes casos, por sua vez, apontou o autor, também, duas outras ocasiões contemporâneas às anteriormente citadas, em que, a seu ver, o Supremo Tribunal Federal teria demonstrado indícios de sua inclinação a admitir, em casos futuros, a implementação judicial de *reformas estruturais*⁴⁸⁵ – por intermédio dos votos de alguns ministros, os quais considera que “lembra a doutrina das medidas estruturantes”⁴⁸⁶. Trata-se dos julgamentos do Mandado de Injunção n.º 708, a respeito do direito de greve de servidores públicos civis, e da Ação Popular n.º 3.388, referente ao caso ‘Raposa Serra do Sol’.

Quanto ao primeiro, o Mandado de Injunção n.º 708⁴⁸⁷, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM), face ao Congresso Nacional, trazia como causa de pedir a arguição de omissão legislativa em virtude da ausência de regulamentação infraconstitucional do direito de greve de servidores públicos – direito fundamental previsto em norma constitucional de eficácia limitada (artigo 37, inciso VII, da Constituição da República). Para a superação do estado de inconstitucionalidade, sopesou o Supremo Tribunal Federal sua ciência quanto ao alto potencial de inefetividade de uma eventual decisão que se limitasse a declarar a mora legislativa e que determinasse ao Poder Legislativo a regulamentação infraconstitucional tardia e, por isso, passou a determinar que, enquanto perdurasse o silêncio normativo, seriam aplicáveis aos servidores públicos as disposições

⁴⁸⁴ JOBIM. *Medidas Estruturantes*, p.165.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 708/DF**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2007, Publicação DJE-206: 31/10/2008.

normativas ao direito de greve referentes aos trabalhadores do setor privado, previstas na Lei n.º 7.783/1989. Para assim se posicionar, fundamentou esta Corte que “a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial”⁴⁸⁸.

A adequada compreensão deste caso e das razões pelas quais, consoante a observação de Jobim⁴⁸⁹, indica inclinação do Supremo Tribunal Federal em direção a uma futura receptibilidade à aplicação de medidas de natureza *estruturante*, condiciona-se à consideração da própria evolução jurisprudencial desta Corte no que concerne ao remédio constitucional do mandado de injunção⁴⁹⁰. Como narra Marinoni, o posicionamento da Corte Suprema brasileira, em suas primeiras apreciações de mandados de injunção, no início da década de 1990, conferia ao instituto escopo excessivamente limitado, para compreender que “o mandado de injunção não dá ao Judiciário o poder de emitir a norma faltante nem lhe confere o poder de tutelar o direito que da norma depende”⁴⁹¹. Progressivamente, evoluiu-se o posicionamento jurisprudencial desta Corte, para entender ao menos “ser possível ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar”⁴⁹², a fim de extrair “do não cumprimento do prazo pelo legislador, a satisfação do direito almejado pelo autor, em verdadeira sentença substitutiva da vontade do devedor da prestação normativa”⁴⁹³ (como o fez o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção n.º 232⁴⁹⁴). Da mesma forma, posicionou-se historicamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em favor da admissibilidade de mandados de injunção coletivos, principalmente manejados por sindicatos e associações, a fim de assegurar aos “integrantes das categorias que essas instituições representam, o exercício de liberdades, prerrogativas e direitos assegurados pelo ordenamento constitucional”⁴⁹⁵. A respectiva regulamentação normativa da modalidade processual sobreveio, entretanto, somente em 2016,

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ JOBIM. *Medidas Estruturantes*, p.169-171.

⁴⁹⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.1330-1338.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p.1330. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 168/RS**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno. Julgamento: 21/03/1990. Publicação DJ: 20/04/1990.

⁴⁹² MARINONI. *Controle de Constitucionalidade*, p.1331.

⁴⁹³ *Ibid.*, p.1333.

⁴⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 232/RJ**. Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno. Julgamento: 02/08/1991. Publicação DJ: 27/03/1992.

⁴⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 472/DF**. Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento: 06/09/1995. Publicação DJ 02/03/2001.

com a edição da Lei n.º 13.300, que previu em seus artigos 12 e 13 a forma mandamental coletiva.

No entanto, a mais expressiva transformação jurisprudencial adveio do sucessivo acionamento desta Corte acerca de omissão quanto à regulamentação infraconstitucional do direito de greve do servidor público civil. Nas primeiras ocasiões, limitou-se o tribunal a declarar a respectiva mora legislativa, como no julgamento do Mandado de Injunção coletivo n.º 20⁴⁹⁶ e, posteriormente, do Mandado de Injunção n.º 485⁴⁹⁷, no qual deixou de ser acolhido o pedido de aplicação da Lei n.º 7.783/1989, sob o fundamento de que, de acordo com a literalidade do artigo 4º da então denominada Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro⁴⁹⁸, apenas a existência de omissão *na lei*, autorizaria a aplicação de analogia, costumes e princípios gerais de Direito pelos órgãos julgadores – ao passo de que, no caso, não se estaria diante de lei omissa, mas de verdadeira inexistência de lei⁴⁹⁹. Todavia, o passar do tempo revelou a persistência da omissão legislativa e a correspondente inefetividade das decisões dos respectivos mandados de injunção, nos moldes em que vinham sendo então proferidas. Isso fez com que, em outubro de 2007, ao julgar conjunto de mandados de injunção com semelhantes pretensões, não se limitasse o Supremo Tribunal Federal a declarar a mora legislativa e a estipular prazo para regulamentação da matéria. Na ocasião, passou a determinar efetivamente “a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis”⁵⁰⁰. Trata-se da decisão alcançada no já referenciado Mandado de Injunção n.º 708⁵⁰¹ e também no Mandado de Injunção n.º 670⁵⁰². Na mesma data, foi também julgado o Mandado de Injunção n.º 712⁵⁰³, de relatoria do Min. Eros Grau, no qual, de forma mais direta, se apontou que a Corte possuiria “o poder de editar norma jurídica em substituição à devida pelo legislador, sem que isso possa representar violação à independência e harmonia entre os Poderes”⁵⁰⁴.

⁴⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 20/DF**. Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento: 19/05/1994. Publicação DJ: 22/11/1996.

⁴⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 485/MT**. Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. Julgamento: 25/04/2002. Publicação DJ: 23/08/2002.

⁴⁹⁸ Desde 2010, denominada “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em 17 abr.2021).

⁴⁹⁹ BRASIL. *Mandado de Injunção n.º 485*.

⁵⁰⁰ MARINONI. *Controle de Constitucionalidade*, p.1336.

⁵⁰¹ BRASIL. *Mandado de Injunção n.º 708/DF*.

⁵⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 670/ES**. Relator Min. Maurício Corrêa. Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2007. Publicação DJe-206: 31/10/2008.

⁵⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 712/PA**. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2007. Publicação DJe-206: 31/10/2008.

⁵⁰⁴ MARINONI. *Controle de Constitucionalidade*, p.1336-1337.

Percebe-se, portanto, que, apesar de se condicionar o mandado de injunção, por seu papel constitucional, à prévia omissão normativa, não se associa à teoria da ‘falha legislativa’, outrora esculpida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, na *Footnote n.4* do julgamento do caso *United States v. Carolene Products Co.*⁵⁰⁵, na medida em que não se vincula o respectivo remédio constitucional à falha das instâncias eletivas de Poder (Executivas e Legislativas), representativas de vozes majoritárias, em assegurar direitos de minorias (qualitativas ou quantitativas), ou sequer à abreviação do direito ao voto que inviabilize a representatividade das vozes majoritárias em si. Pelo contrário, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na resolução do caso do direito de greve dos servidores públicos civis aproximou o mandado de injunção, quanto ao seu escopo, às *structural injunctions*, por pretender dar concretude aos valores constitucionais – seja em proteção a maiorias ou minorias – diante de contexto de sistêmica inconstitucionalidade (que, na hipótese do mandado de injunção, deveria se originar em omissão normativa). Por outro lado, vale esclarecer, apesar desta identidade de escopos, não se voltou o Mandado de Injunção acerca do direito de greve dos servidores públicos civis à resolução de *litígio estrutural* mediante a efetiva implementação jurisdicional de *reforma estrutural*, aos moldes da experiência estadunidense ou, sequer, da colombiana ou da argentina. Como apontado por Jobim, constatou-se simplesmente a adoção de solução cujas características “lembram a doutrina das medidas estruturantes”⁵⁰⁶, sob modelo *command-and-control*, ante a aplicação de ordem mandamental voltada à superação de estado de desconformidade inconstitucional na interação entre instituições. Indicativo de possível transição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quanto à sua compreensão do papel constitucional das Cortes na organização do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, a identificação de ‘traços de estruturalidade’ na resolução do caso ‘Raposa Serra do Sol’, popularmente conhecido pelo nome da terra indígena correspondente, em decorrência da característica “agridoce”⁵⁰⁷ de suas tomadas de decisão, exige que se redirecione especialmente o enfoque de análise. O contraste entre as características estruturais do litígio (e não da litigância) que lhe deu origem e o tratamento processual que se lhe dispensou (como se se tratasse de questão desprovida de relevante dinamicidade), conduziu a tomadas de decisão judiciais preponderantemente indiferentes às peculiaridades da natureza interacional do litígio, e altamente suscetíveis a interferências cognitivas.

⁵⁰⁵ Cf. Item 4.4.3, *supra*.

⁵⁰⁶ JOBIM. *Medidas Estruturantes*, p.165.

⁵⁰⁷ O termo foi utilizado por Edilson Vitorelli, para adjetivar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso ‘Raposa Serra do Sol’. Cf. VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio**: Lei n.º 6.001/1973. 4.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p.286.

5.2.1. Ação Popular n.º 3.388: o Caso ‘Raposa Serra do Sol’

O caso ‘Raposa Serra do Sol’ corresponde a litígio coletivo que, conforme os referenciais traçados nesta pesquisa, apresentou elevado grau de mutabilidade, em razão do fato de ter impactado com intensidade nas relações entre agentes e partes relacionais do sistema social, e pela insuficiência da resposta que lhe proporcionaram as instituições preexistentes desse sistema. Em consequência direta desta alta mutabilidade, observa-se também que reverberou seus efeitos de forma preponderantemente prospectiva, exigindo-se, de qualquer método que se utilizasse para a sua resolução, a realização de grande volume de medições preditivas. Da mesma forma, diante das modificações que o poder causal do litígio poderia provocar na realidade fática e nas perspectivas à sua resolução, a própria previsibilidade desses efeitos prospectivos se sujeitava a oscilações – cenário que aprofundava a ignorância objetiva⁵⁰⁸ dos tomadores de decisão.

Em razão disso, tendo-se escolhido o método processual e a via jurisdicional para sua resolução, as características do litígio exigiam que não se desconsiderasse que – consoante postula a abordagem *morfogênica* de Margaret Archer⁵⁰⁹ – os indivíduos refletiam sobre o cenário social e agiam de forma reflexiva em relação ele⁵¹⁰, tornando-se participantes ativos da modificação do sistema social, por intermédio de suas tomadas de decisão. Decisões estas que não se faziam, tampouco, imunes a influências de impressões e intuições que estes indivíduos construía a respeito do contexto, a partir de suas “crenças socialmente influenciadas”⁵¹¹. Em decorrência disso, era acentuada a impropriedade de se buscar, pelo processo judicial, solução baseada em tomada de decisão solipsista do órgão jurisdicional e, antes dele, do ente com legitimação extraordinária para levar a pretensão coletiva a juízo.

Contudo, e antes de se prosseguir à narrativa do caso, poder-se-ia questionar: mas não seria o discurso dialético, preponderante no método processual, perante a jurisdição, imune a riscos de vieses e ruídos, visto que marcado pela exigência constitucional do pleno contraditório e da fundamentação das decisões à luz do postulado do devido processo legal? Ou seja, relegar-se a resolução de tal litígio às tomadas de decisão definitivas realizadas pelo órgão jurisdicional, pela via do processo judicial, não seria uma forma de isentá-las do risco de erros

⁵⁰⁸ Cf. item 2.2, *supra*.

⁵⁰⁹ ARCHER. *Being Human*, *op. cit.*

⁵¹⁰ *Ibid.*, p.308.

⁵¹¹ ELDER-VASS. *Reconciling Archer and Bourdieu in an Emergentist Theory of Action*, p.345. Cf. também o item 3.6, *supra*.

de medição? Resultados de pesquisas conduzidas há décadas por cientistas comportamentais⁵¹² refutam as crenças que sustentem essa suposta imunidade⁵¹³. A conservação da imparcialidade judicial não decorre simplesmente de escolhas conscientes do juiz, sendo, na realidade, de custoso alcance, “na medida em que mesmo que imbuído da persecução de uma decisão correta o juiz pode se ver enviesado, sem mesmo perceber esta possibilidade”⁵¹⁴. A natureza humana dos juízes (e, evidentemente, também dos agentes legitimados à tutela jurisdicional de coletividades) os torna suscetíveis a enviesamentos, os quais decerto podem interferir em suas tomadas de decisão⁵¹⁵. Martin H. Malin e Monica Biernat, nesse sentido, inclusive, enfocam no viés de estereotipação que leva à tendência de se contemplarem membros do mesmo grupo ou categoria como similares, despercebendo-se suas individualidades⁵¹⁶ – e especialmente, conforme os fins desta pesquisa, desconsiderando-se o poder causal do agir deliberativo e reflexivo destes membros da coletividade para modificar as conformações do sistema social e do próprio litígio coletivo.

Portanto, é à luz deste enfoque que se realiza momentânea digressão às principais etapas e decisões judiciais proferidas naquele processo, permitindo-se, assim, diagnosticar a orientação prospectiva da pretensão, a alta mutabilidade do litígio coletivo, os ‘traços de estruturalidade’, bem como constatar quão suscetíveis a interferências cognitivas estiveram as medições preditivas e avaliativas realizadas para sua resolução.

Em abril de 2005, o então senador Augusto Affonso Botelho Neto propôs, em face da União, a Ação Popular n.º 3388, por intermédio da qual postulava a declaração de nulidade da Portaria n.º 534/2005 do Ministério da Justiça, e do Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005, que a homologou – conjuntamente, estes atos promoviam a demarcação contínua da terra

⁵¹² No que concerne às decisões tomadas por peritos forenses, cf. DROR, Itiel; CHARLTON, David. Why Experts Make Errors. In: **Journal of Forensic Identification**, v.56, n.4, p.600-616, 2006. Por sua vez, abordando especificamente as decisões tomadas por magistrados na seara criminal, cf. FRANKEL, Marvin. **Criminal Sentences: Law Without Order**. New York: Hill and Wang, 1973. Cf. também CLANCY *et al.* *Sentence Decision-Making*. Diagnósticos semelhantes, porém, referentes à análise do comportamento de júris, no julgamento de casos cíveis, nos Estados Unidos, podem ser observados em KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David; SUNSTEIN, Cass. Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology of Punitive Damages. In: **Journal of Risk and Uncertainty**, v.16, p.49-86, 1998.

⁵¹³ Cf. também: VITORELLI, ALMEIDA. *Imparcialidade Judicial e Psicologia Comportamental*, op. cit.

⁵¹⁴ *Ibid*, p.75.

⁵¹⁵ LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. In: **Florida Law Review**, v.66, n.2, p.779-821, fev.2015. Destaca este autor, inclusive, o lock-in effect, segundo o qual julgadores sentem-se vinculados a prosseguir em um determinado curso de ação, para justificar recursos previamente aplicados neste mesmo curso de ação, ainda que ele não venha se demonstrando eficaz (*Ibid*, p.781).

⁵¹⁶ Apontam os autores que dois tipos de estereótipos são frequentemente diagnosticados: estereótipos descritivos e estereótipos prescritivos. O primeiro tipo conduziria à descrição dos atributos de um determinado membro de um grupo, de acordo com as características que se presumem ao grupo como um todo. O segundo tipo se refere à forma como os membros do grupo supostamente devam se comportar (MALIN, Martin H; BIERNAT, Monica. Do Cognitive Biases Infect Adjudication? A Study of Labor Arbitrators. In: **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, v.11, 2008, p.176-177).

indígena em questão, situada no estado de Roraima, entre os municípios de Pacaraima, Normandia e Uiramutã⁵¹⁷. Em sua petição inicial, o autor popular opôs-se à demarcação contínua, alegando vícios no respectivo processo administrativo, sob o postulado de que, neste, não teria sido assegurada a efetiva participação garantida constitucionalmente aos grupos indígenas contrários à demarcação, aos pesquisadores, aos representantes de outras expressões religiosas para além do catolicismo, aos grupos de interesse econômico, ou sequer aos municípios de Boa Vista e Normandia. Somados ao vício de participação, foram apontados também a ausência de relatório circunstanciado específico pelo Grupo Interinstitucional de Trabalho, e a existência de problemas formais e materiais no laudo e em relatórios antropológicos correspondentes. Por fim, a petição inicial destacou, também, o risco de graves consequências em âmbito estatal e nacional que poderiam ser provocadas pela demarcação contínua – tanto sob o ponto de vista econômico, quanto no que concerne a aspectos políticos e de segurança nacional⁵¹⁸ (neste pormenor, é possível observar *medição preditiva* pré-processual). Dentre estas consequências, a possibilidade de desequilíbrio do concerto federativo, “visto que a área demarcada, ao passar para o domínio da União, mutilaria parte significativa do território do Estado”⁵¹⁹ de Roraima.

Adjetivaram-se como ‘agridoces’ as decisões colegiadas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal⁵²⁰ neste caso, na medida em que, apesar de terem ‘aparentemente’ atendido

⁵¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Popular n.º 3388/RR**, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 19/03/2009. Publicação DJe-181: 25/09/2009. Republicação DJe-120: 01/07/2010.

⁵¹⁸ “Em síntese, o que se alega é o seguinte: (a) risco de controle e proteção de áreas demarcadas de enorme riqueza mineral, ocupadas por minorias pouco expressivas da população brasileira e sujeitas a pressões nacionais e internacionais, tais como: garimpagem ilegal, contrabando, narcotráfico, refúgio para criminosos do Brasil, Guiana e Venezuela, surgimento de movimentos separatistas e outros conflitos; (b) especificamente no tocante à área da Raposa Serra do Sol, a pretensão da Venezuela de estender a sua fronteira até o rio Essequibo em território guianense, por se tratar de região de grande interesse geopolítico; (c) intenção da Organização das Nações Unidas - ONU de restringir a atuação das forças armadas em território indígena, demonstrada na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (arts. 3º, 26 e 34), a ensejar processos de secessão ou integração; (d) esvaziamento da segurança, da integridade territorial e da defesa nacional, pois a área demarcada situa-se inclusive em faixa de fronteira e haverá diminuição de seu controle pelo Estado brasileiro; (e) ausência de consideração prévia e consistente no processo de demarcação, quanto à soberania e à defesa nacional, por meio da oitiva do Conselho de Defesa Nacional (art. 91, §1º, III, CF/88), para análise militar estratégica” (BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.785 - voto Min. Gilmar Mendes).

⁵¹⁹ *Ibid.*, p.246-247 (relatório).

⁵²⁰ Sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da respectiva ação popular, *cf.* BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n.º 2833/RR**, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 14/04/2005. Publicação DJ: 05/08/2005: “RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. - Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea “f” do inciso I do art. 102 da Lei Maior). - Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. - Reclamação procedente”.

aos anseios das comunidades indígenas ao rejeitar o pedido de nulidade da demarcação contínua de terras, por diversos outros motivos instituíram-lhes situação gravosa⁵²¹, cujos efeitos são percebidos ainda nos dias atuais. Talvez, o resultado da margem de incerteza intratável inerente à numerosidade de *medições preditivas* que se precisaria realizar. Ou até mesmo um reflexo da ‘história única’ destas comunidades indígenas, que foi construída sob interferências cognitivas e perante o olhar de alguns dos seus principais narradores no ambiente processual – os quais também eram responsáveis pelas tomadas de decisão (jurisdicionais ou não) estratégicas para estas coletividades, que deveriam envolver *medições avaliativas* (valorativas da validade e adequabilidade dos atos demarcatórios) e como já se antecipou, também *preditivas* (o prognóstico comparativo entre os efeitos da permanência da demarcação contínua ou de sua descontinuação, por ‘ilhas’).

A simples descrição da forma como se operou a participação de grupos interessados neste processo, inclusive, já permite antever que dificilmente se conseguiria evitar por completo o ‘perigo da história única’⁵²²: notam-se várias lacunas na concretização do direito à participação processual. Vícios que, conforme reconhece o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, poderiam ter sido suficientes para oferecer obstáculo ao julgamento meritório, enquanto não viessem a ser sanados. Causa perplexidade, por exemplo, o fato de ter tramitado a ação popular n.º 3388 sem a participação, na qualidade de partes processuais, das autoridades que editaram a portaria e o decreto homologatório contestados, do estado de Roraima, ou de nenhum dos municípios situados na respectiva área⁵²³. Tampouco participaram como partes processuais as comunidades indígenas⁵²⁴ que, por vínculos culturais, históricos, geográficos ou de subsistência, viviam na região. Insuficientemente, apenas alguns desses sujeitos vieram a requerer seu ingresso nos autos⁵²⁵ e, mesmo assim, após o encerramento da fase de instrução,

⁵²¹ Um dos pontos mais críticos da respectiva resolução, ao direito dos povos indígenas, diz respeito à fixação da ‘tese do marco temporal’, que provocou o “congelamento da situação indígena em 5 de outubro de 1988, bem como a impossibilidade de ampliação das terras indígenas já demarcadas, em qualquer lugar do país. [...] Para as demarcações ainda não realizadas, as equipes deverão determinar a dimensão da posse indígena em 5 de outubro de 1988, e não a área de ocupação tradicional independentemente das razões que fizeram com que a área fosse essa em 1988” (VITORELLI. *Estatuto do Índio*, p.286-287).

⁵²² ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*.

⁵²³ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.574-581 (voto Min. Marco Aurélio).

⁵²⁴ O artigo 232 do texto constitucional, recepcionando a parte inicial do artigo 37 do Estatuto do Índio, assegura como garantia fundamental aos índios, às suas organizações e às próprias comunidades indígenas o direito de defender seus interesses em juízo, conferindo-lhes assim capacidade processual, mediante a exigência de intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo.

⁵²⁵ Após o encerramento da fase instrutória, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) requereu seu ingresso no feito, aderindo aos argumentos expostos pela União (ré), apresentando extenso conjunto de documentos (a totalizar inúmeros novos volumes ao processo – que tramitou em via física), e pedindo pela improcedência dos pedidos iniciais. De forma quase concomitante ao peticionamento da FUNAI (com diferença de apenas dois dias), o estado de Roraima requereu seu respectivo ingresso – porém, pretendendo alçar a condição de coautor, sob o argumento

sendo-lhes circunscrito o deferimento de sua participação, portanto, à condição de assistentes processuais. Desse modo, somente ao início do julgamento da ação popular, mediante questão de ordem suscitada pelo relator, tornaram-se assistentes do autor, o estado de Roraima e vários indivíduos, assim como se reconheceram na qualidade de assistentes da ré, a FUNAI e as Comunidades Indígenas Socó, Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai.

Em outras palavras, durante considerável parte do trâmite processual, a defesa de todos os interesses coletivos envolvidos foi confiada, de um lado, ao senador a quem coube o ajuizamento da ação, e de outro ao único ente federado acionado no polo passivo. Não se está aqui, de forma alguma, questionando a legitimidade processual destes sujeitos, na forma da lei brasileira, mas a plausível insuficiência de sua representatividade, à luz da experiência do direito norte-americano, que se preocupa em “assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente os seus interesses”.⁵²⁶ A fase de instrução transcorreu sem a participação dos sujeitos admitidos ao final do processo como assistentes, bem como – a despeito da complexidade e da natureza multifacetada do litígio – sem o requerimento de produção de provas (para além dos documentos juntados no processo) por nenhuma das partes, tendo se manifestado unicamente a União pelo julgamento do processo no estado em que se encontrava⁵²⁷. Notadamente, *medição avaliativa* por intermédio da qual se valorou a suposta desnecessidade da produção adicional de provas, para o alcance do resultado processual final pretendido, e que atribuiu reduzida importância (ou, possivelmente, nenhuma) à complexidade

de que seria litisconsorte ativo necessário. Em seu longo peticionamento de 120 laudas, pleiteou o Estado também a ampliação objetiva da lide, acrescentando-lhe causas de pedir e pedidos. E, finalmente, demais indivíduos e comunidades indígenas peticionaram por sua inclusão na relação jurídico-processual, limitando-se a reforçar fundamentos já constantes dos autos. Sobre o pedido de ampliação objetiva da lide, formulado pelo Estado, destaca-se trecho do relatório do acórdão: “O Estado roraimense houve por bem agregar novos fundamentos à causa do autor popular e seu assistente, assim resumidos: a) inconstitucionalidade do Decreto nº 22/91; b) nulidade da ampliação da área indígena, cuja demarcação demandaria feitura de lei; c) impossibilidade de superposição de terras indígenas e parques nacionais; d) ofensa ao princípio da proporcionalidade; e) necessidade de audiência do Conselho de Defesa Nacional; f) impossibilidade de desconstituição de Municípios e títulos de propriedade, por meio de simples decreto presidencial. Nessa mesma toada de intermináveis dissensos é que foram assestados novos pedidos, aplicáveis a ‘qualquer demarcação de terras indígenas’, a saber: a) adoção da forma descontínua, ou ‘em ilhas’; b) exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; c) exclusão da área de 150Km, referente à faixa de fronteira; d) exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988; e) exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Cotingo e do Parque Nacional de Monte Roraima. Imprescindível anotar que tais postulações fazem parte das causas de pedir do autor, a exigir uma única solução jurídica: a nulidade da portaria do Ministério da Justiça. Por último, o Estado requereu a expedição de ordem à União para que ela se abstivesse ‘de demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc.’” (BRASIL. *Ação Popular* n.º 3388/RR, p.250-252 - relatório).

⁵²⁶ GIDI, Antonio. **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos**: As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.100.

⁵²⁷ BRASIL. *Ação Popular* n.º 3388/RR, p.585-586 (voto Min. Marco Aurélio).

inerente à orientação prospectiva da pretensão formulada em petição inicial. Os autos foram, assim, diretamente encaminhados ao encerramento da fase de instrução.

Tampouco o Ministério Público Federal foi intimado ao início da tramitação processual, para que pudesse acompanhar a instrução probatória e, porventura, formular pedidos de produção de provas, apesar do teor do artigo 6º, parágrafo quarto, da Lei n.º 4.717/1965⁵²⁸. Pelo contrário, sua intimação se deu apenas após findada a instrução, ocasião em que se posicionou de forma contrária ao autor popular, pela inexistência de vícios no processo administrativo de demarcação.

Com esta configuração, encaminhou-se a tramitação processual para sua fase decisória. Ao início da sessão de julgamento, em agosto de 2008, encontravam-se presentes “ministros, senadores, deputados, prefeitos, funcionários públicos, integrantes das forças armadas, ONGs”⁵²⁹ e diversas lideranças indígenas, além de jornalistas, fotógrafos e demais interessados, que começaram a formar fila para tentar obter assento junto à plateia no plenário. A lotação fez com que a sala ao lado fosse também utilizada para acompanhamento da sessão, mediante a transmissão por telão⁵³⁰. Na ocasião, após julgamento colegiado de questões processuais e ouvidas as sustentações orais, somente o voto do ministro relator Carlos Ayres Britto chegou a ser proferido, sendo que o segundo ministro a votar, Menezes Direito, pediu vista. A sessão, em consequência, só teve seu curso retomado em dezembro de 2008, quando o ministro Menezes Direito proferiu voto que não chegava a ser propriamente contrário à demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, mas que listava dezenove salvaguardas a essa demarcação. Na mesma oportunidade, votaram ainda outros ministros da Corte, assim como apresentou pedido de vista o ministro Marco Aurélio Mello. Este votou – contrariamente à demarcação contínua – apenas em abril de 2009, quando também foram proferidos os últimos votos.

Por maioria, e em acórdão de mais de seiscentas laudas, o Supremo Tribunal Federal julgou a ação popular parcialmente procedente, lançando mão de *medições avaliativas* e *preditivas* que fundamentaram entendimentos que, até os dias atuais, suscitam polêmica. Efetivamente, a adequada apreensão desta decisão judicial exige que se considerem as questões que orbitaram em torno da *medição avaliativa* feita pelos Ministros julgadores, a qual se fixou no sentido da inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório e da maior

⁵²⁸ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.582-583 (voto Min. Marco Aurélio).

⁵²⁹ YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, jan-jun.2010, p.144.

⁵³⁰ *Ibid.*, p.145.

adequabilidade do modelo de ‘demarcação contínua’ da terra indígena, comparativamente à demarcação por delimitação de ‘ilhas’⁵³¹. A análise do acórdão torna evidente que referidas avaliações foram antecedidas e condicionadas por *medições preditivas* que, de forma mais ou menos explícita, conjecturaram sobre o impacto econômico prospectivo da demarcação contínua⁵³² da terra indígena Raposa Serra do Sol ao Estado de Roraima e aos Municípios ali situados; as repercussões para a conservação da segurança nacional de áreas fronteiriças; os efeitos na vida de famílias de não-índios que praticariam agricultura de subsistência e seriam retirados do local; as implicações político-econômicas da retirada de latifundiários rizicultores da área; e a reverberação que se poderia provocar em prol da articulação de comunidades indígenas ocupantes de outras regiões.

Como resultado da incerteza intratável e das informações imperfeitas⁵³³ em torno destas *medições preditivas*, e com maior enfoque na última apontada dentre elas, consolidou-se nesta decisão judicial entendimento que ficou conhecido como ‘tese do marco temporal’⁵³⁴, segundo o qual só poderia ser a terra indígena demarcada, na medida em que comprovada a ocupação indígena à data da promulgação da Constituição da República de 1988, ressalvadas as hipóteses em que a ausência dessa ocupação fosse devida a esbulho ou retirada indevida dos povos indígenas da respectiva terra. A tese correspondeu a um dos principais gravames às comunidades indígenas proporcionados pelo resultado do julgamento do caso ‘Raposa Serra do Sol’ por exigir, como requisito às pretensões demarcatórias, uma comprovação probatória que, quase na totalidade dos casos, seria de acesso excessivamente difícil aos povos indígenas ou completamente inviabilizado. Além de se opor fundamentalmente à teoria do Indigenato, que valoriza o direito originário dos povos indígenas sobre terras que tradicionalmente ocupem, em

⁵³¹ “O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência (*sic*) econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em ‘bolsões’, ‘ilhas’, ‘blocos’ ou ‘clusters’, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio)” (BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.237 - ementa).

⁵³² Cf. item 3.5.2, *supra*.

⁵³³ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.138.

⁵³⁴ Ainda na data de apresentação desta tese de doutoramento ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, encontra-se pendente de conclusão o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC, interposto pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e de relatoria do Ministro Edson Fachin, o qual teve repercussão geral reconhecida em 2019 (tema 1031), quanto à “questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC**. Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgamento: 21/02/2019. Publicação DJe: 11/04/2019). O objeto do respectivo recurso, que envolve o reconhecimento de direitos indígenas sobre área de tradicional ocupação dos índios Xokleng, na Reserva Biológica do Sassafrás, portanto, tem o potencial de superação da tese do marco temporal e, por isso, vem suscitando intensa comoção social.

aclamação à máxima extensão interpretativa do teor do artigo 231 da Constituição da República, e em atenção à própria história do país e dos povos indígenas – que aqui já viviam desde muito antes dos tempos coloniais. Em suma, trata-se de entendimento que deliberadamente dispôs no sentido de que deveria ser desconsiderada, para fins jurídicos, a mutabilidade inerente ao litígio coletivo e aos fatos sociais, propondo-se a considerar sua resolução baseada em uma versão da realidade que não mais existiria.

Por sua vez, quanto às *medições preditivas* a respeito dos impactos prospectivos político-econômicos da manutenção da demarcação contínua, fundamentaram-se mais em motivos de ordem jurídico-social relacionados à análise valorativa (novamente retornando-se às *medições avaliativas*) da norma e dos propósitos protetivos do constituinte, do que em taxas-base estatísticas que indicassem tendências de oscilações ou estabilidades mercadológicas, tributárias ou de ordem política. Se por um lado, a escolha argumentativa atende às expectativas jurídicas do dever de fundamentação das decisões judiciais pelos órgãos jurisdicionais, por outro, expõe-se à grave risco de erro de mensuração estatística e prospectiva – podendo-se estar a antecipar cenários muitíssimo destoantes daqueles que viessem a se concretizar.

Nesse sentido, prospectaram-se repercussões futuras da demarcação contínua da terra indígena, a partir do entendimento avaliativo de sua essencialidade (especialmente em sua acepção sociocultural) ao território brasileiro, e da imperatividade de nelas se registrar a presença de todas as pessoas federadas, sob a centralidade da União. Entendeu-se também pela natureza falsa do antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, razão pela qual se ponderou ser o modelo de ‘demarcação contínua’ mais consentâneo à autossuficiência econômica das comunidades indígenas.’

Também por maioria de votos, e após ajuste da colegialidade, foram aprovadas as salvaguardas listadas pelo Ministro Menezes Direito, em seu voto-vista, “ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa [...] para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão”⁵³⁵. Neste ponto, identificou Jobim, sob a ressalva das críticas cabíveis, os ‘traços de estruturalidade’ desta decisão⁵³⁶. Algumas dessas ressalvas refletiram preocupação decorrente de *medições preditivas* que, ao olhar do respectivo Ministro, poderiam prenunciar cenários futuros indesejados, e outras traduziam *medições avaliativas* sobre a correspondência parcial entre características observadas no caso ‘Raposa Serra do Sol’ e em outras áreas de ocupação indígena. Inclusive, estenderam-se para além dos limites objetivos do litígio que se encontrava sob contraditório.

⁵³⁵ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.239 (ementa).

⁵³⁶ JOBIM. *Medidas Estruturantes*, p.166-169.

Assim, referidas ressalvas pontuaram, dentre outros, que o usufruto das riquezas naturais da terra indígena não estaria sobreposto ao interesse público da União ou aos interesses de política de defesa nacional; que esse usufruto não permitiria aos índios explorar de forma mercantil recursos hídricos, minerais (vedadas a lavra e a garimpagem, desacompanhadas da específica autorização pelo Poder Público) e energéticos; que seria assegurada a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na terra indígena; que o usufruto indígena das áreas de unidades de conservação ficaria sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, o qual as administraria em respeito à legislação e às tradições culturais dos povos tradicionais ocupantes da terra indígena; que não poderia ser tarifado pelas comunidades tradicionais o trânsito de não indígenas no local, os quais teriam presença permitida, porém, sem o exercício de práticas de caça, pesca, coleta de frutos, agropecuária ou extrativismo; que não poderia ser a plenitude do usufruto indígena sobre a terra mitigada pela assinatura de termo de arrendamento ou outros negócios jurídicos análogos; que gozariam de imunidade tributária as respectivas terras, usufruto e rendas indígenas; que seriam imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis os direitos da comunidade indígena sobre a terra; e que não poderiam ser ampliadas as terras já demarcadas⁵³⁷.

Anos mais tarde, encontrando-se o caso sob a nova relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso e após o falecimento do Ministro Menezes Direito, foram julgados⁵³⁸ embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, pelo autor popular, por terceiros e por assistentes (seja do autor ou da ré), em face do acórdão. Alguns destes embargos de declaração não foram admitidos, outros foram desprovidos e, por fim, alguns foram parcialmente providos, sem efeito modificativo⁵³⁹. O momento de deliberação judicial acerca de todos eles, por sua vez, favorecia-se da oportunidade de se confirmar parcialmente, quase cinco anos após a conclusão do primeiro julgamento, quais de suas *medições preditivas*

⁵³⁷ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.241-243 (súmula do julgamento).

⁵³⁸ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Ação Popular n.º 3388/RR**, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento: 23/10/2013. Publicação DJe-023: 04/02/2014.

⁵³⁹ “(i) por unanimidade, não conhecer dos embargos de declaração opostos por Ação Integralista Brasileira, Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior, nos termos do voto do Relator; (ii) por unanimidade, negar provimento aos embargos opostos por Lawrence Manly Harte e outros e pelo Estado de Roraima, nos termos do voto do Relator; (iii) por maioria, dar parcial provimento, sem efeitos modificativos, aos embargos de declaração opostos pelo Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, pela Procuradoria-Geral da República e pelas Comunidades Indígenas, apenas para prestar os esclarecimentos expressos na Ementa, nos termos do voto do Relator. Quanto aos embargos opostos pelo Senador Mozarildo Cavalcanti, ficou vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio que lhes dava provimento em maior extensão. Quanto aos embargos da Procuradoria-Geral da República, ficaram vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa (Presidente), que lhe davam provimento com efeitos modificativos” (*Ibid.*, p.2-3).

pareciam se confirmar, e quais não guardariam nenhuma proximidade com a realidade que se concretizava.

Dentre os embargos de declaração apreciados, aqueles opostos pelo Ministério Público Federal suscitavam pontos especificamente sensíveis, no sentido de que as condições abstratas à demarcação contínua, estipuladas pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão, não teriam sido objeto de contraditório e, por isso, violariam o devido processo legal, assim como o próprio princípio da separação de poderes. Para além disso, os referidos embargos de declaração apontavam que, na fixação destas condições, os interesses da União e de proteção ao meio ambiente teriam sido priorizados em detrimento de interesses dos índios. Bem como que os direitos desses povos indígenas, de serem consultados previamente, conforme assegurado pela Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho⁵⁴⁰, teriam sido ora reduzidos à simples prerrogativa opinativa, ora inobservados. Destacavam, também, que, o estabelecimento das respectivas salvaguardas abstratas teria violado a exigência formal constitucional de edição de lei complementar, assim como sustentariam que a determinação de proibição de expansão das áreas demarcadas estaria em contramão à busca pelo avanço social.

Ao julgar especificamente este recurso de autoria da Procuradoria-Geral da República, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto (que foi acompanhado pela maioria dos membros da Corte), esclareceu que, apesar de fazerem coisa julgada material e, por isso, no que concerne à sua aplicação à terra indígena Raposa Serra do Sol, não poderem ser as respectivas salvaguardas (então estabelecidas a partir do voto do ministro Menezes Direito) objeto de rediscussão em outros processos judiciais, isso não equivaleria a considerá-las comandos gerais e abstratos a outras terras indígenas. Destacou, assim, que acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de ações populares, via de regra, não se converteriam em precedentes ou assumiriam caráter vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário na decisão de casos que versassem sobre semelhantes questões de fato ou de direito. Por outro lado, não deixou de reconhecer a influência que os entendimentos daquela Corte exercem na aplicação do direito como um todo, pelo que não se poderia desconsiderar que a externalização, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua compreensão sobre o tema “sirva de diretriz relevante

⁵⁴⁰ Sobre o tema, *cf.* BOUSAS, Roberta Paes Leme; LIMA, Juliana Cabral. A Mediação Extrajudicial como Instrumento do Ordenamento Jurídico Brasileiro Apto a Dar Efetividade à Consulta Prévia Prevista na Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Elaine Cristina da [Org.]. **Reflexões Acerca do Acesso à Justiça pela Via dos Direitos**, v.2. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p.301-332.

para as autoridades estatais – não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões”⁵⁴¹.

Quanto à alegação de que o acórdão teria priorizado interesses da União ou de equilíbrio do meio ambiente em detrimento de direitos dos próprios povos indígenas, foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal. Assim como foram também rejeitados no que concerne à sua alegação de indispensabilidade de prévia edição de lei complementar. Apontou o voto do relator, para tanto, que o acórdão não teria incorrido em qualquer vício de omissão, contradição ou obscuridade neste ponto: de modo que foi feita expressa referência ao artigo 231, §6º, da Constituição da República (que regulamenta o tema) e foi interpretado que o alcance deste dispositivo não abrangeria o tipo de atuação da União em terras indígenas então determinado.

Em relação à alegação, trazida pelos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, de que teria sido inobservado direito convencional e legal das comunidades indígenas à participação em deliberações que dissessem respeito diretamente aos seus interesses, foi também rejeitada pelo voto do ministro relator. Fundamentou-se a decisão na argumentação de que o direito de participação não seria absoluto, limitando-se diante de algumas circunstâncias, como o próprio caso da defesa nacional: “o acórdão não infirma os termos da Convenção n.º 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional”⁵⁴². E acrescentou-se que o direito de consulta às comunidades indígenas não atribuiria natureza vinculativa aos interesses manifestados por estes grupos⁵⁴³, mas apenas estipularia a necessidade de se considerarem estes interesses seriamente – até mesmo porque os interesses de demais coletividades envolvidas também deveriam ser considerados.

Por fim, a completa apreciação da alegação trazida nos embargos de declaração do Ministério Público Federal de que a vedação à ampliação de áreas demarcadas esbarraria na promoção do avanço social, se condicionaria à prévia *medição preditiva* quanto aos impactos sociais da proibição de ampliação de áreas demarcadas, e à subsequente *medição avaliativa* da reverberação desses impactos sobre o avanço social. Porém, optou a Corte por apreciação que se concentrou na *avaliação* do espectro do instrumento da demarcação em si, esclarecendo que

⁵⁴¹ BRASIL. *Embargos de Declaração em Ação Popular n.º 3388/RR*, p.43.

⁵⁴² *Ibid.*, p.48.

⁵⁴³ “Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios” (*Ibidem*).

este não se prestaria à ampliação da área indígena e, tampouco, constituiria impeditivo por si só para que outros instrumentos jurídicos reconhecessem a prorrogação dessa área em direção às suas adjacências. Acrescentou o voto, ainda, o esclarecimento de que o acórdão embargado teria vedado apenas o exercício da autotutela administrativa, que pretendesse rever a demarcação da terra indígena conforme juízos de conveniência, oportunidade e convicções políticas do administrador. Por outro lado, não teria sido inviabilizado o controle judicial sobre o ato de demarcação, em caso de constatada ilicitude ou vício.

Em essência, observa-se que a principal repercussão positiva colhida do julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal consiste no confinamento da noção de eficácia *erga omnes* das salvaguardas, a fim de que correspondessem apenas à tradicional ideia de irradiação subjetiva da coisa julgada aos membros da coletividade ausentes da relação processual (inerente às ações populares). Quanto a este ponto específico, parece ter incidido com menor intensidade o *viés de trancamento* (ou, em inglês, *lock-in effect*), que estimula “que o julgador, ao revisitar uma decisão anterior (uma decisão liminar, por exemplo), a ela se vincule pelo fato de nela ter investido, anteriormente, tempo e pesquisa”⁵⁴⁴. Talvez isso tenha ocorrido pelo fato de que, à época do julgamento dos embargos de declaração – após o falecimento do idealizador das salvaguardas, o Ministro Menezes Direito, e a aposentadoria do relator, o Ministro Carlos Ayres Britto –, não mais se verificaria a mesma composição que exibia o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal à ocasião do primeiro julgamento.

Quanto ao mais, merecem também atenção os questionamentos formulados pelo então senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, admitido como assistente do autor popular, em seus próprios embargos de declaração. Em seu recurso, apontou algumas questões⁵⁴⁵ sobre as quais entendia que deveria ter o Tribunal Pleno se pronunciado no acórdão que julgou a ação popular. As questões foram relacionadas (*i*) à possibilidade de viverem na

⁵⁴⁴ NUNES, LUD, PEDRON. *Desconfiando da (Im)parcialidade dos Sujeitos Processuais*, p.91. Cf. também LYNCH. *The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions*, *op. cit.*

⁵⁴⁵ “a) Pessoas miscigenadas podem permanecer na reserva? b) Pessoas que vivem maritalmente com índios podem permanecer na reserva? c) Autoridades religiosas de denominações não-indígenas podem continuar a exercer suas atividades na reserva? d) Os templos religiosos já construídos devem ser destruídos? e) As escolas públicas estaduais ou municipais podem continuar em funcionamento? f) Em caso positivo, podem continuar a lecionar o currículo voltado à população não-índia? g) A passagem de não-índios pela única rodovia federal que liga Boa Vista à cidade de Pacaraima, na fronteira com a Venezuela, foi negada ou assegurada, no todo ou em parte (i.e., dependente de autorização)? h) Idem, quanto à rodovia BR-433, que liga Normandia a Pacaraima. i) A quem cabe autorizar a passagem por essas rodovias? j) Como ficam as ações individuais que questionam a boa-fé dos portadores dos títulos de propriedade? Foram automaticamente extintas, com violação ao contraditório e à ampla defesa, ou serão julgadas individualmente? k) ‘Como se dará a posse das fazendas desocupadas? Se um grupo ou entidade indígena, já ocupa determinada área, pode ser retirada sob o pretexto de que foram contrários à homologação nos termos decididos pelo eg. STF?’ (fl. 15.646)” (BRASIL. *Embargos de Declaração em Ação Popular n.º 3388/RR*, p.18-19).

terra indígena pessoas miscigenadas ou pessoas não-índias que convivessem maritalmente com índios; (ii) à continuidade ou não de atividades de autoridades religiosas ou de instituições públicas educacionais na área; (iii) ao direito de utilização de rodovias que atravessassem a terra indígena por parte de não-índios; (iv) à distribuição da posse das fazendas situadas na região entre os próprios povos indígenas; e também (v) ao tratamento processual que se dispensaria às ações individuais que discutissem a boa-fé dos portadores de títulos de propriedade de bens imóveis na respectiva área.

Apesar de ter negado provimento aos embargos de declaração do respectivo senador quanto à maioria destes pontos por ele suscitados (*i, ii, iii, iv*), ao apreciá-los, trouxe a Corte esclarecimentos sobre suas *medições avaliativas* quanto ao caso. Quanto à possibilidade de viverem na terra indígena pessoas miscigenadas ou não-índias que convivessem maritalmente com índios (*i*), pontuou a Corte a natureza sociocultural – e não genética – do critério constitucional, de tal forma que poderiam permanecer na área aqueles em “comunhão com o modo de vida tradicional dos índios da região”⁵⁴⁶. Em relação aos templos religiosos e à presença de autoridades religiosas (*ii*), enfatizou a Corte a impropriedade de se conceber qualquer espécie de “dirigismo cultural” por parte do Poder Público, devendo-se proteger a cultura das comunidades indígenas e sua autonomia. Como consequência, “deve caber às comunidades indígenas, e apenas a elas, o direito de *decidir* se, como e em que circunstâncias se admitirá a presença dos missionários e seus templos”⁵⁴⁷, e às instituições públicas, reserva-se o papel de “organizar e supervisionar a entrada, a permanência e a saída de missionários e a construção de templos na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tomando as medidas necessárias para que a escolha dos grupos indígenas seja respeitada”⁵⁴⁸. No que concerne ao funcionamento de escolas públicas (*iii*), reforçou a Corte que se trataria de tema sobre o qual já teria sido expresso o acórdão, ao pontuar que, de acordo com a vontade objetiva da Constituição da República, seria indispensável a presença de todos os entes federados no interior de terras indígenas demarcadas, observada a sintonia com o modo de ocupação das comunidades indígenas. Assim, esclareceu-se que, não se constituindo a terra indígena em entidade política autônoma, continuariam os entes federados obrigados a prestar os devidos serviços públicos (como a educação), na respectiva área – sob a liderança da União, em decorrência da presença de população indígena em usufruto de bem público federal⁵⁴⁹. E quanto à distribuição da posse das fazendas

⁵⁴⁶ BRASIL. *Embargos de Declaração em Ação Popular n.º 3388/RR*, p.30.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p.32.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p.33.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p.34.

desocupadas entre povos indígenas (iv), entendeu-se que não teria sido objeto da ação popular, e que “querelas entre grupos indígenas devem ser resolvidas pelas comunidades envolvidas, com a participação da União e da FUNAI, sem prejuízo da intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário”⁵⁵⁰.

Por sua vez, foi dado parcial provimento (apenas para fins de esclarecimento, sem efeitos modificativos) ao questionamento formulado pelo então senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, no que diz respeito à delimitação do tratamento processual a ser dispensado às ações individuais que questionassem a boa-fé dos portadores de títulos de propriedade sobre bens imóveis situados na terra demarcada (v). Em relação a este aspecto, esclareceu-se que, apesar de questões individuais não terem sido objeto de apreciação da ação popular – mesmo porque escapariam de seu escopo coletivo –, a irradiação *erga omnes* dos efeitos de sua coisa julgada exigiria que os processos individuais passassem a adotar como premissas “a validade da Portaria/MJ n.º 534/2005 e do Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão”⁵⁵¹, assim como “a caracterização da área como indígena [...] do que resulta não poderem persistir pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”⁵⁵².

Em todas estas tomadas de decisão, reconhece-se a dificuldade (ou, porventura, a inviabilidade), porém, da mensuração exata do erro ou do acerto na combinação de *medições preditivas* e *avaliativas* nas quais tenham se embasado os sujeitos processuais. De um lado, medições preditivas realizadas em termos percentuais ou de probabilidades apenas “são verificáveis no conjunto, embora nenhum julgamento isolado da probabilidade possa ser declarado certo ou errado”⁵⁵³. De outro, a subjetividade que é inerente à atividade de valoração inviabiliza a utilização da equação de erro médio para a apuração da suscetibilidade de *medições avaliativas* a erros⁵⁵⁴. Diante disso, é evidente que não se tem o propósito de especificar as exatas proporções de eventuais erros em referidas medições – mas sim de se valer delas para se ilustrar o quanto decisões tomadas no ambiente processual também podem se sujeitar a interferências cognitivas e que, por isso, sofrem *risco* de incidirem em erros de medição.

No que tange às decisões judiciais, a análise de sua suscetibilidade a interferências cognitivas condiciona-se à averiguação do tipo de deliberação a que correspondam. Decisões interlocutórias e sentenças exaradas por magistrados em primeiro grau de jurisdição, assim

⁵⁵⁰ BRASIL. *Embargos de Declaração em Ação Popular n.º 3388/RR*, p.37.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.53.

⁵⁵⁴ *Cf.*, item 2.2, *supra*.

como decisões monocráticas de relatores, conservam sua essência de deliberações individuais⁵⁵⁵, ao passo que decisões judiciais colegiadas (de Câmaras, Turmas, Órgãos Especiais, Seções ou Tribunais Plenos) apresentam alguns traços que as aproximam das deliberações coletivas⁵⁵⁶ – ainda que, de nenhuma forma, a colegialidade dos Tribunais se equipare, em numerosidade, às deliberações ‘por multidões’. Essa aproximação se deve ao fato de que, em decisões judiciais colegiadas, assim como em deliberações coletivas em geral, a dinâmica que rege as relações internas ao grupo não pode ser desconsiderada, caso se pretenda compreender os resultados deliberados.

Nas subseções que se seguem, utiliza-se do caso ‘Raposa Serra do Sol’ como parâmetro ilustrativo para a demonstração de como as heurísticas mentais individuais e as dinâmicas internas à colegialidade de decisores podem afetar a tomada de decisão conjunta. E, por isso, cocriar modificações na realidade social do litígio coletivo que se destinem a resolver. Além disso, busca-se demonstrar o risco de, nessas resoluções, desconsiderar-se o agir deliberativo dos agentes do sistema social e dos porta-vozes das partes relacionais deste. Como é inerente às *medições preditivas* e *avaliativas*, também não seria tarefa simples calcular o erro médio das tomadas de decisão que, conjuntamente, compuseram o julgamento do caso ‘Raposa Serra do Sol’. E não se possui esta pretensão, mesmo porque, em vista da profundidade das questões tratadas no caso e da natureza multifacetada dos interesses coletivos envolvidos, classificar-se o julgamento em ‘certo’ ou ‘errado’ constituiria inevitável reducionismo.

Porém, é possível investigar sua suscetibilidade a interferências cognitivas, ou seja, o *risco* de que suas tomadas de decisão incidissem em erros de medição – considerando-se vieses e ruídos como fontes de erros independentes⁵⁵⁷. Ressalva-se, contudo, que a análise que ora se propõe fundamenta-se muito mais na identificação de vieses psicológicos, do que de vieses estatísticos – mesmo porque a aferição destes últimos se condicionaria à análise de decisões *recorrentes*⁵⁵⁸. E que, naturalmente, não se tem habilidade de fazer incursão no tempo, para se identificar o que pensavam os julgadores ao momento do julgamento (e, ainda que se pudesse fazer tal expedição temporal regressiva, não se trata de informação que seria possível de se obter). Faz-se, aqui, portanto, interpretação estritamente com base no que escreveram os Ministros julgadores – tomando-se seus votos como o retrato de sua mente e identificando registros escritos de enviesamentos.

⁵⁵⁵ Cf. item 2.5.2, *supra*.

⁵⁵⁶ Cf. item 2.5.1, *supra*.

⁵⁵⁷ Cf. item 2.3, *supra*.

⁵⁵⁸ VITORELLI, ALMEIDA. *Imparcialidade Judicial e Psicologia Comportamental*, op. cit.

5.2.1.1. Cascatas de Disponibilidade em Decisões Judiciais Colegiadas

No caso de decisões judiciais colegiadas como aquelas realizadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso ‘Raposa Serra do Sol’, observa-se que o debate plural que antecede o primeiro voto a ser proferido (do Relator) não costuma extrapolar as pontuais interações entre os Ministros e os sujeitos não-investidos da jurisdição que tenham se habilitado para a realização de sustentações orais. Porém, após a prolação do primeiro voto, não raro se verificam debates orais *entre* os Ministros votantes, que culminam com sucessivos pedidos de vista, os quais colocam em suspenso, portanto, a continuidade da sessão de julgamento. Referidos pedidos de vista constituem o reflexo da forma como a dinâmica de publicização sucessiva de votos em decisões judiciais colegiadas permite⁵⁵⁹ que se estabeleça certo *efeito de ancoragem*⁵⁶⁰ em torno dos primeiros votos a serem proferidos, assim como, conseqüentemente, que se sujeitem os votos subsequentes às *cascatas de disponibilidade*⁵⁶¹.

Retomando-se as lições de Chimamanda Adichie, em seu ‘Perigo de uma História Única’, a modificação da linearidade narrativa que desloque ao seu princípio fatos diferentes⁵⁶², pode, como consequência, produzir histórias também completamente diferentes. Não tivesse sido o Ministro Menezes Direito o primeiro a proferir o seu voto após o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, é inevitável conjecturar que talvez pudesse não ter havido tão ampla adesão colegiada à aplicação das salvaguardas por ele delineadas. Trata-se de observação, contudo, que aqui se tece para simples propósitos ilustrativo e reflexivo, visto que a confirmação de sua veracidade se faz impossível de se verificar.

Em contrapartida, não se pode desconsiderar o *efeito halo*⁵⁶³ que pode ser identificado na atribuição de eficácia *erga omnes* (no julgamento de 2009) à aprovação dessas salvaguardas para as demarcações contínuas de terras indígenas, nos termos em que foram instituídas pelo voto do Ministro Menezes Direito. Em síntese, o *viés de coerência excessiva* que se construiu em torno das salvaguardas provocou a correspondente impressão de que seriam também pertinentes a quaisquer outros casos de demarcação de terras indígenas. Nesta direção, afirmou o Ministro Menezes Direito, em seu voto-vista, ter alcançado a conclusão de que “os

⁵⁵⁹ Acentuando-se, contudo, o aspecto inverso, *cf.* VITORELLI, Edilson. **Qual Ministro Eu Sou?** Entenda, sem juridiquês, mas com profundidade, como funciona o Supremo Tribunal Federal e por que ele mudou (e continuará mudando) a sua vida. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p.81 et seq.

⁵⁶⁰ *Cf.* item 2.4.2, *supra*.

⁵⁶¹ *Cf.* item 2.4.1, *supra*. Sobre o tema, *cf.* KURAN, SUNSTEIN. *Availability Cascades and Risk Regulation*.

⁵⁶² ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*, p.24.

⁵⁶³ *Cf.* item 2.4.3, *supra*.

argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas”⁵⁶⁴, de tal forma que a referida decisão teria “repercussão também para o futuro”⁵⁶⁵. Deste modo, e se reportando às palavras de Edilson Vitorelli, “uma decisão que se tratava de um caso concreto se transformou em regulamentação abstrata de todas as terras indígenas no país”⁵⁶⁶.

Quanto a este ponto, é válido o esclarecimento de que, por mais que a ação popular exhiba a potencialidade de formar, sobre suas decisões definitivas de mérito, coisas julgadas *erga omnes*, a respectiva eficácia acomoda uma irradiação que seja exclusivamente subjetiva – a fim de alcançar os membros da coletividade interessada que estejam ausentes na relação processual. Ou seja, de nenhuma forma, tem o escopo de viabilizar uma irradiação ‘objetiva’ da coisa julgada, a fim de que se torne vinculante não apenas em relação ao caso concreto que tenha sido julgado, mas também a outros casos que lhe guardem características similares. A hipótese causa também estranhamento pelo fato de que não se presta a ação popular para a submissão, ao crivo do Poder Judiciário, de análises de normas abstratas (como é o caso, diferentemente, das ações em controle concentrado de constitucionalidade) – ainda que se trate de ação popular de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Todas estas observações permitem observar que o *efeito halo* foi forte o suficiente para, inclusive, se desprezarem os ‘obstáculos processuais’ oferecidos tanto pelos contornos objetivos da lide (haja vista as salvaguardas não encontrarem correspondência em nenhum dos pedidos formulados na petição inicial, ou nas questões submetidas ao contraditório entre as partes), quanto pelos limites da irradiação *subjetiva* da coisa julgada apenas *aos membros da coletividade interessada* (e não de coletividades diversas – como seria o caso de comunidades indígenas sem nenhum tipo de vínculo com a terra indígena Raposa Serra do Sol). Pode-se dizer que, ao lado de polêmica que envolveu a fixação da data da promulgação da Constituição da República de 1988 como marco temporal para a aferição da ocupação de terras indígenas, para a finalidade de sua demarcação, os vícios processuais ao entorno das salvaguardas estabelecidas e irradiadas com força *erga omnes* consistiram nos pontos de mais sensível questionamento e comoção pública, no que concerne à resolução do caso ‘Raposa Serra do Sol’. E se já podia perceber, entre os próprios Ministros julgadores, certo ruído em relação à configuração ou não de vício *extra petita* quanto ao estabelecimento destas salvaguardas (ainda que não se lhes fosse atribuída eficácia *erga omnes*), ao se analisarem as notas taquigráficas dos breves debates que

⁵⁶⁴ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.415 (voto Ministro Menezes Direito).

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p.415-416 (voto Ministro Menezes Direito).

⁵⁶⁶ VITORELLI. *Estatuto do Índio*, p.261.

realizaram entre um voto e outro⁵⁶⁷. Tanto assim, que os efeitos da fixação de tais salvaguardas vieram a ser parcialmente revisitados pela Corte, em sede de embargos de declaração.

A leitura das notas taquigráficas do julgamento do caso, ocorrido entre 2008 e 2009, também permite perceber a forma como *heurísticas de disponibilidade* influenciam as tomadas de decisão correspondentes. É o que se identifica quando, por exemplo, após finalizada a prolação do voto do Ministro Menezes Direito, informa o Ministro Marco Aurélio que, naquela data (10 de dezembro de 2008) teria acompanhado notícia publicada pela Folha de S. Paulo (segundo suas próprias palavras, “um grande jornal, um jornal de circulação nacional”⁵⁶⁸) que informaria que o julgamento refletiria em “227 áreas demarcadas ou a serem demarcadas”⁵⁶⁹. Portanto, passando a dimensionar o julgamento como emblemático, sob o estímulo desta *disponibilidade* de informação sensível, o referido Ministro chegou a formular antecipadamente seu pedido de vista, ainda que não fosse, conforme o sequenciamento regimental, o próximo a votar. Mas, possivelmente motivados por equivalentes heurísticas, manifestaram-se os demais Ministros – cujos votos lhe antecederiam – pela continuidade da sessão de julgamento.

5.2.1.2. Vieses de Substituição na Utilização de Taxas-Base em Decisões Judiciais que envolvam Medições Preditivas

Prosseguindo-se especificamente com o olhar sobre os vieses, identificam-se amplificados riscos de erros de mensuração também nas *medições preditivas* sobre o impacto político-econômico da manutenção da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, em razão das nítidas inconsistências em argumentos que foram determinantes à tomada de decisão. Presumivelmente, no aspecto específico, o entendimento do Tribunal Pleno de conservar a demarcação de forma contínua era regido pelo propósito de conferir o maior alcance possível ao direito fundamental insculpido no artigo 231 do texto constitucional⁵⁷⁰. E, naturalmente, não se pretende aqui questionar esse propósito ou sequer se posicionar em oposição à feição contínua da demarcação. No entanto, procura-se apontar como as interferências cognitivas identificáveis na linha argumentativa que amparou a tomada de decisão (desacompanhadas do uso de estratégias à sua mitigação), deixaram-na mais suscetível

⁵⁶⁷ BRASIL. *Ação Popular* n.º 3388/RR, p.421-424 (esclarecimento).

⁵⁶⁸ BRASIL. *Ação Popular* n.º 3388/RR, p.419 (pedido antecipado de vista – Min. Marco Aurélio).

⁵⁶⁹ *Ibidem*.

⁵⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 abr.2022.

a riscos de erro na mensuração dos impactos econômicos e políticos do cenário de demarcação que se consolidava.

Para a demonstração do ponto, destaca-se trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, em que esta fundamenta em dados numéricos seu entendimento de que a demarcação da terra indígena não poderia comprometer a vida econômica do estado de Roraima⁵⁷¹. Indica o respectivo voto que, por mais que 46% do território de Roraima fosse constituído por áreas reservadas aos indígenas – sendo que pouco mais de 7% exclusivamente correspondentes à terra indígena Raposa Serra do Sol –, os 54% restantes seriam equivalentes em extensão ao território do Estado de Pernambuco, que contaria com muito maior densidade populacional, se comparado a Roraima. Da mesma forma, aponta o voto que, caso de subtraísse hipoteticamente do território de Roraima apenas os 7% correspondentes à área de Raposa Serra do Sol, ainda assim se teria uma área remanescente superior ao tamanho dos Estados de Sergipe, Alagoas e Paraíba somados, ou quatro vezes maior do que a Bélgica, ou quase seis vezes maior do que Israel – todos estes, com maior densidade populacional. Por sua vez, em análise histórica da criação do estado de Roraima, o voto do Ministro Gilmar Mendes lembra o fato de que terras indígenas demarcadas seriam bens da União e não Territórios Federais, razão pela qual “a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não representa diminuição do Território do Estado de Roraima, pois não altera seus limites geográficos”⁵⁷².

É incontestável, de fato, que, sob o ponto de vista geográfico, a demarcação da terra indígena não modifica os limites territoriais de Roraima como ente federado. Em contrapartida, os riscos à estabilidade socioeconômica e política do Estado extrapolam a simples manutenção de seus limites territoriais. Nesse sentido, por mais que se reconheça a relevância e o conteúdo valioso dos argumentos suscitados no voto da Ministra Cármen Lúcia, necessário também se faz reconhecer que, tecnicamente, uma medição preditiva sobre os impactos econômicos futuros da demarcação de uma terra indígena, às contas públicas e à administração de um ente federado, condicionam-se à análise conjunta e interdependente de elementos e informações que extrapolam, em muito, os dados comparativos sobre extensões territoriais e densidades populacionais. A própria comparação que se faz entre locais com características geográficas, sociais, culturais, econômicas, políticas e até mesmo históricas tão diferentes – como o estado de Roraima, e os países Bélgica e Israel – não permite, por si só, o alcance de resultados conclusivos consistentes (apesar de serem silogismos atrativos, em decorrência da suscetibilidade humana a *vieses de substituição*).

⁵⁷¹ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.460-462 (voto Min. Cármen Lúcia).

⁵⁷² BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.811 (voto Min. Gilmar Mendes).

Por outro lado, compreende-se também que uma *medição preditiva* que (a despeito da margem de ignorância objetiva⁵⁷³ inerente às tentativas de se prever cenários futuros) realmente se mostrasse adequada ao alcance de resultados precisos dependeria do trabalho analítico interdisciplinar de cientistas políticos, econômicos, antropólogos, e talvez até mesmo de ambientalistas e demais especialistas com conhecimento aprofundado sobre a região – arranjo que, da forma como o caso foi conduzido, à época, não se pôde verificar.

Ausente a participação de comitê interdisciplinar com estas características (e sequer realizada prova de natureza pericial em fase instrutória), dificultou-se aos tomadores de decisão o acesso às taxas-base⁵⁷⁴ e aos dados estatísticos efetivamente determinantes. Quanto ao aspecto, alguns podem até mesmo formular tentativa de refutação, argumentando que, para os fins específicos do julgamento do caso ‘Raposa Serra do Sol’, o conhecimento de dados estatísticos e de taxas-base não seria de verdadeira relevância, pois qualquer conjectura sobre desencadeamento de fatos futuros extrapolaria os limites do litígio.

Ousa-se, respeitosamente, discordar destas tentativas.

Litígios como aquele que envolveu a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, por suas características, apresentam inquestionável orientação prospectiva⁵⁷⁵, na medida em que não pretendem apurar e atribuir responsabilidade por fatos passados, mas conformar uma dada situação jurídica para o futuro. Em decorrência disso, o desencadeamento superveniente de fatos, a partir do julgamento do caso, passa a adquirir central importância como variável a ser considerada⁵⁷⁶. E, assim, a tomada de decisão que sopesa a proteção do direito indígena e as correspondentes repercussões econômicas e políticas desta proteção, inevitavelmente, envolve medições preditivas.

Para o maior acerto destas medições, torna-se importante evitar *negligências de taxa-base*, que possam acentuar a incidência de *vieses de substituição*, *de conclusão* e *de coerência excessiva*, e que possam também deixar a tomada de decisão mais suscetível ao *efeito halo* – caso se possua alguma percepção enraizada sobre o sujeito ou grupo envolvido, que, graças a mecanismos mentais heurísticos, possa vir a se irradiar para demais questões que envolvam esse sujeito ou grupo. Por se tratar a demarcação de terras indígenas de instituto

⁵⁷³ Cf. item 2.2, *supra*.

⁵⁷⁴ Cf. item 2.4.3, *supra*.

⁵⁷⁵ Cf. item 7, *infra*.

⁵⁷⁶ Reconhece-se, neste ponto, contudo, que a tomada de decisão pelos sujeitos investidos da jurisdição, no caso ‘Raposa Serra do Sol’, especificamente, encontrou-se condicionada a limites objetivos da lide que não permitiam tão ampla margem a medições preditivas ou, sequer ampla flexibilidade procedimental, uma vez que a petição inicial, distribuída ainda em 2005, não foi elaborada com enfoque na instalação de um processo coletivo *estrutural*, nos termos em que se tratará nas partes II e III deste trabalho. Sobre a elaboração de petição inicial em processos coletivos estruturais, cf. VITORELLI. *Processo Civil Estrutural*, p.249-334.

protetivo aos direitos de comunidades indígenas e contemplado pelo texto constitucional, em decorrência do *efeito halo* os tomadores de decisões podem se tornar suscetíveis a tomar como eminentemente positivas, em geral, as consequências que emanem desta demarcação, e a outorgar menor centralidade à análise das contrapartidas e riscos que possam ser por ela concomitantemente provocados. Não obstante, poderiam ter sido mitigados os riscos de erros de medição, caso especialistas, demais agentes públicos interessados e coletividades articuladas (*stakeholders*) tivessem sido convocados ao espaço de debate processual, inclusive para que se proporcionasse diálogo democrático e interinstitucional voltado à revisão das políticas públicas econômicas e sociais pertinentes, a fim de que fossem adaptadas ao cenário de demarcação contínua. A providência poderia ser aplicável, inclusive, para se contornarem os riscos de colapso econômico apontados na petição inicial da ação popular.

5.2.1.3. Efeito Halo e Vieses de Coerência Excessiva em Decisões Judiciais

No caso, tampouco se pode desconsiderar a hipótese de que percepções enraizadas do órgão colegiado tomador de decisão, identificáveis a partir de suas escolhas lexicais, tenham contribuído para também revestir de maior ‘sensação de certeza’ as medições preditivas no sentido de que repercussões político-econômicas otimistas decorreriam da demarcação contínua. Nesse sentido, são também relevantes os indicativos, sobretudo lexicais, de uma reduzida familiaridade com a questão indígena, que podem ser extraídos dos votos dos Ministros que compunham o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal entre 2008 e 2009. Nota-se que, em algumas ocasiões, se fez o uso do termo ‘aborígenes’⁵⁷⁷ (que expressa “uma visão estilizada e estigmatizada dos povos indígenas”⁵⁷⁸), e ainda mais frequentemente, empregou-se a palavra ‘silvícola’⁵⁷⁹ para o mesmo fim – sendo que esta última, inclusive, apesar de ter estado presente em textos constitucionais pretéritos, foi propositalmente extirpada da atualmente vigente Constituição da República de 1988.

Igualmente inusitado é o apontamento, no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, então relator, de que “o substantivo plural ‘índios’ foi recolhido pela Constituição com o mesmo sentido que a palavra tem em [...] linguagem coloquial”⁵⁸⁰. Ainda que o atual texto constitucional tenha sido promulgado em 1988, previamente à adoção da Convenção n.º 169 da

⁵⁷⁷ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.232 e 235 (ementa) e p.288 (voto Min. Carlos Ayres Britto), por exemplo.

⁵⁷⁸ VITORELLI. *Estatuto do Índio*, p.255.

⁵⁷⁹ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.393 e 417 (voto Min. Menezes Direito), por exemplo.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p.266 (voto Min. Carlos Ayres Britto, relator).

Organização Internacional do Trabalho, o paradigma pós-positivista do neoconstitucionalismo postula que sua interpretação deve se amoldar à evolução da própria ideia de justiça – não sendo sequer necessário, para isso, a princípio, que se altere a literalidade do texto constitucional. Por isso, já se encontrando vigente internacionalmente e sendo aplicável ao Brasil à data do julgamento da ação popular a Convenção em questão⁵⁸¹, protetiva aos direitos fundamentais dos povos indígenas e à sua “contribuição [...] à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade”⁵⁸², se esperaria que o voto ao menos reconhecesse como parâmetro interpretativo do texto constitucional a definição de povos indígenas trazida pelo artigo 1º, item 1, alínea b, do documento internacional.

Também questionável se revela a escolha por vocábulos como ‘aculturação’, o qual, implicando estereotipação, “é um critério elaborado pelo não-índio que, a partir da consideração de sua cultura como valiosa e central, classifica as demais conforme sejam mais ou menos próximas à sua”⁵⁸³. A despeito da vocação pejorativa do vocábulo, o julgamento do caso ‘Raposa Serra do Sol’ insistentemente faz referência aos “índios em processo de aculturação” e sustenta, sobre esta aculturação e sobre o convívio com não-índios, que supostamente não se trataria de “perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. [...] Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica”⁵⁸⁴. O voto do relator reafirma ainda esta ideia de que a ‘integração’ dos indígenas teria o propósito de “agregar valor à subjetividade deles [...]. Para que eles sejam ainda mais do que originalmente eram, beneficiando-se de um estilo civilizado de vida”⁵⁸⁵. Aderindo-se a esta compreensão, se vê também o voto do Ministro Cezar Peluso, que afirma incumbir às Forças Armadas “integrar, aculturar e apoiar todo o processo de aculturação e de subsistência das populações indígenas”⁵⁸⁶, e acrescenta, ainda, que, para o exercício de suas atividades, “as Forças Armadas não dependem de prévia autorização, assentimento, nem consentimento das populações indígenas”⁵⁸⁷.

⁵⁸¹ A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais foi adotada em 27 de junho de 1989, em Genebra, tendo sido ratificada pelo Brasil em julho de 2002. A Convenção entrou em vigor internacional em setembro de 1991, e, em relação ao Brasil, a partir de julho de 2003.

⁵⁸² BRASIL. Anexo LXXII do Decreto n.º 10.088, de 05 de novembro de 2019. **Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72> - Acesso em 29 mai.2022.

⁵⁸³ VITORELLI, *Estatuto do Índio*, p.69.

⁵⁸⁴ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.235 (ementa).

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p.290 (voto Ministro Carlos Ayres Britto).

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p.540 (voto Ministro Cezar Peluso).

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

Todos esses exemplos permitem constatar, no mínimo, a “pouca intimidade do Supremo Tribunal Federal com a questão indígena e os povos culturalmente diferenciados”⁵⁸⁸. E, pode-se dizer que a utilização de vocábulos como ‘aborígenes’, ‘silvícolas’, ‘aculturação’ ou ‘integração’, para fazer referência a esses povos ou à sua participação na sociedade, não é acompanhada pela intenção de lhes modificar a semântica, de lhes atribuir novos significados. Pelo contrário, evidenciam o *efeito halo* que acompanha a questão indígena nesta tomada de decisão, e que induz *vieses de coerência excessiva*, os quais provocam a tendência de que assuntos que disserem respeito à questão indígena sejam interpretados pelo órgão colegiado tomador de decisão, a partir da ótica de que a ‘aculturação’ e a ‘integração’ desses povos supostamente lhes ‘agregaria valor pela absorção de estilo civilizado de vida’.

Para além da questão referente às escolhas lexicais, é também possível identificar sintomas da reduzida familiaridade do Supremo Tribunal Federal com a questão indígena, se se analisar o enfoque que foi dado a uma suposta preocupação de que a aplicação da Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas “poderia acarretar a possibilidade de que os índios se separassem do país”⁵⁸⁹ – possivelmente, efeito colateral da mesma interferência cognitiva anteriormente apontada. A respectiva ideia somente foi rechaçada pelo voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o qual, apesar de ter circunscrito a força jurídica da Declaração ao status de *soft law* – com valor hermenêutico, mas sem força vinculante –, acertadamente pontuou que o referido diploma não teria o escopo de “ensejar o desenvolvimento de uma nação indígena imune à soberania estatal”⁵⁹⁰.

5.2.1.4. Colegialidade e Ruído de Sistema

Não se busca, aqui, esgotar todos os pontos deste julgamento que suscitem sensíveis questionamentos (até porque tal propósito extrapolaria os objetivos investigativos da pesquisa). Nem se pretende assumir posicionamento em defesa dos interesses de uma ou de outra parte, ou sequer propor resultado que se compreendesse mais pertinente, mas apenas apontar possíveis efeitos de interferências cognitivas nestas tomadas de decisão estratégicas para a coletividade. E, como se observou, sob a perspectiva da psicologia comportamental, cada ministro votante, enquanto tomador de decisões, se encontra exposto a diferentes fontes de vieses e, por isso, não se sujeitam a idênticos mecanismos heurísticos mentais. O próprio sequenciamento de votos a

⁵⁸⁸ VITORELLI, *Estatuto do Índio*, p.255.

⁵⁸⁹ VITORELLI, *Estatuto do Índio*, p.265.

⁵⁹⁰ BRASIL. *Ação Popular n.º 3388/RR*, p.505 (voto Ministro Ricardo Lewandowski).

serem proferidos provoca efeitos de *ancoragem* e *cascata de disponibilidade* que se manifestam diferentemente entre os primeiros e os últimos votantes. Adicionalmente, também a própria comoção pública que envolveu o julgamento pode ter sido sentida diferentemente pelos julgadores, intensificando-se o risco de ruído.

No que tange especificamente aos ruídos, é preciso desvencilhar-se da inclinação a se pensar que seriam inerentes ou salutares às decisões judiciais colegiadas – confundindo-os com os efeitos positivos que possam advir dos discursos dialético e retórico em sua acepção aristotélica. Estes últimos, direcionados ao aprimoramento da qualidade da argumentação, a partir da confrontação de fundamentos contraditórios, em busca da escolha racional. Até mesmo em Aristóteles, as decisões a serem tomadas pelos sujeitos convergem em direção à ‘escolha racional’, isentas de ruído. Por outro lado, a apresentação de argumentos plurais é reservada ao espaço de debate público, antecipadamente à escolha racional, à tomada de decisão. Não seria diferente com o processo judicial, erigido sobre o princípio da dialética.

A colegialidade em tomadas de decisão realizadas no âmbito dos Tribunais não pretende estimular a disparidade entre os entendimentos dos votantes, mas consolidá-los de forma, preferencialmente, uníssona. É o que se pode concluir da própria escolha do Código de Processo Civil de 2015, em regulamentar a técnica de ampliação do colegiado⁵⁹¹ prevista no artigo 942, para os casos de julgamentos não-unânicos de apelação. A identificação de ruído (ou seja, variabilidade indesejada de *medições*) entre os votos dos decisores constitui, segundo esta técnica, razão bastante para se trazerem ao espaço deliberativo outros julgadores, em quantidade suficiente inclusive para, continuado o julgamento, se inverter seu resultado – ou, ao menos, para se tentar reduzir a proporção de variabilidade decisória. Outros exemplos legislativos que reforçam a ideia de que é indesejada a variabilidade de decisões nos Tribunais, podem ser encontrados em todas as normas que, no Código de Processo Civil de 2015, regulam instrumentos de uniformização jurisprudencial – guiados pela própria disposição geral do artigo 926 do mesmo diploma legal. É o caso, por exemplo, do incidente de resolução de demandas repetitivas⁵⁹² e da técnica de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos⁵⁹³.

Entretanto, especificamente em relação às análises fáticas, é desafiador o propósito de se reduzir o ruído em decisões judiciais colegiadas – até mesmo porque previamente

⁵⁹¹ Sobre a técnica, que constitui ‘sucedâneo’ ao recurso dos embargos infringentes, extinto com a revogação do Código de Processo Civil de 1973, *cf.* CUNHA, Leonardo Carneiro da. Parecer - CPC, art. 942 - Ampliação do Colegiado no Julgamento Não Unânime da Apelação - Ausência de Limite Devolutivo - Exame Também da Parte Unânime. *In: Revista de Processo*, v.270, p.239-247, ago.2017.

⁵⁹² *Cf.* artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil de 2015.

⁵⁹³ *Cf.* artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil de 2015.

condicionados pelas interferências cognitivas a que possam estar suscetíveis os responsáveis por trazer a narrativa do litígio ao processo.

5.2.2. Ainda sobre os ‘Traços de Medidas Estruturantes’ e a Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional

Prosseguindo-se, ainda, na identificação de ‘traços de medidas estruturantes’ na jurisprudência brasileira, observou-se maior consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal em direção à sua receptividade, contemporaneamente ao julgamento dos embargos de declaração do caso ‘Raposa Serra do Sol’. Em 2013, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 440.028/SP, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público estadual em face do Estado de São Paulo, em virtude da inadequação da infraestrutura de determinada escola estadual situada na capital à acessibilidade de pessoas com mobilidade reduzida, reformou esta Corte o acórdão proferido pelo Tribunal local, no qual, apesar de se reconhecer a relevância social do direito transindividual em questão, entendia-se pelo imperativo do princípio da separação dos Poderes que impediria interferência na prerrogativa de administração e de organização orçamentária do Poder Executivo. Afastando-se desta compreensão estamental da estrutura estatal, o Supremo Tribunal Federal consignou três requisitos ao controle jurisdicional de políticas públicas (os quais, no respectivo caso, considerou plenamente preenchidos): “a natureza constitucional da política pública reclamada, a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento”⁵⁹⁴. Em fundamentação a esta decisão, destacou-se a natureza constitucional da política pública de acessibilidade, que adquire contornos qualificados no que concerne ao direito subjetivo à adequação de edifícios de escolas públicas a pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida em geral, por se tratar de local “cujo acesso surge primordial ao pleno desenvolvimento da pessoa”⁵⁹⁵ – razão pela qual não haveria justificativa razoável à mora legislativa⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 440.028/SP**. Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma. Julgamento: 29/10/2013. Acórdão Eletrônico DJe-232: 26/11/2013, p.2.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p.4.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p.6: “A simples ausência de portadores de necessidades especiais matriculados na escola estadual não consubstancia desculpa cabível. O quadro pode resultar da própria ausência de opções de acessibilidade. A lógica é circular: o Estado não as fornece, nenhum portador de necessidades especiais consegue frequentar o edifício público, logo, o Estado afirma que não tem o dever de criar formas de acesso porque não há matriculados. Descarta do fato de que a escola pública não atende apenas aos estudantes nela matriculados, mas a toda a comunidade”.

Data apenas de 2015, por fim, a primeira referência explícita do Supremo Tribunal Federal brasileiro a instituto cunhado pela jurisprudência latino-americana e intrinsecamente relacionado à resolução de *litígios estruturais* via *reformas estruturais* promovidas pela jurisdição: o *estado de coisas inconstitucional*⁵⁹⁷. A declaração deste estado de desconformidade nas interações institucionais derivou de pedido específico formulado pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF, com pedido de medida cautelar, na qual se sustentou a incompatibilidade entre as condições degradantes do sistema prisional brasileiro e as garantias constitucionais de saúde, segurança, trabalho, vedação a tortura e a tratamentos desumanos, acesso à justiça e, principalmente, dignidade da pessoa humana⁵⁹⁸. Nesta ação, sob alegações da superpopulação carcerária e da origem causal de referidas condições degradantes na postura omissiva, no ‘bloqueio institucional’ e, até mesmo em algumas condutas comissivas⁵⁹⁹ do Poder Público em todas as suas esferas (administrativa, legislativa, judicial, federal, estadual ou distrital), formulou o PSOL pedido de tutela provisória acautelatória, para que o Supremo Tribunal Federal procedesse a imposições a órgãos dos Poderes Públicos, pautadas por quatro principais eixos: “implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia; fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão [...]; consideração do ‘estado de coisas inconstitucional’ quando da aplicação [...] da pena”⁶⁰⁰. No julgamento da medida cautelar, pela primeira vez fazendo referência direta

⁵⁹⁷ “Não obstante, encontram-se referências *obiter dictum* a elementos da teoria do ECI [estado de coisas inconstitucional] em julgados anteriores do STF. Ao julgar Questão de Ordem nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, a respeito dos índices aplicáveis à correção monetária dos precatórios, o Ministro Roberto Barroso asseverou que o sistema de pagamentos oriundos de condenações judiciais contra a Fazenda Pública padecia de um ‘estado inconstitucional’, embora não adotando explicitamente a técnica decisória do ECI” (SOUZA, Márcio Scarpim de. Estado de Coisas Inconstitucional: da Experiência Colombiana à Aplicação pelo STF da ADPF 347. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.111/2019, jan-fev/2019, p.7).

⁵⁹⁸ “Em relação ao mérito, discorre sobre o quadro fático do sistema penitenciário do Brasil. Argumenta serem as prisões ‘verdadeiros infernos dantescos’. Destaca as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento: 09/09/2015. Publicação DJe-031: 19/02/2016, Relatório - p.4).

⁵⁹⁹ Conforme se extrai do relatório do acórdão, em referência às alegações constantes da petição inicial: “o Poder Legislativo estaria, influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. Faz referência à produção de ‘legislação simbólica’, expressão de populismo penal” (*ibid.*, p.4).

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p.9. E elenca o relatório do acórdão, pormenorizadamente, os pedidos cautelares formulados: “Postula o deferimento de liminar para que seja determinado: a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que,

à jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana a respeito, reconheceu o Supremo Tribunal Federal o *estado de coisas inconstitucional* no sistema carcerário brasileiro⁶⁰¹, declarando inconstitucionalidade institucional em larga-escala, decorrente de *falha estrutural*. Referido acórdão em sede de julgamento de Medida Cautelar, vale ressaltar, se destacou por impulsionar o desenvolvimento jurisprudencial brasileiro a respeito da resolução de *litígios estruturais* via *reformas estruturais* – e não por ter ele próprio promovido reforma desta natureza, ainda que em tutela provisória, porque verdadeiramente não o fez nesta ocasião.

Ao julgar a respectiva Medida Cautelar, entendeu o Supremo Tribunal Federal por seu parcial acolhimento, em decisão por maioria de votos, apenas no que concerne à determinação de realização de audiências de custódia pelos juízes e tribunais, de forma a conduzir à presença da autoridade judiciária os presos, em até 24 horas contadas de sua prisão, em cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; e no que concerne à determinação à União de que aplicasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a finalidade para a qual foi criado, vedando-lhe o contingenciamento deste saldo⁶⁰². Os demais pedidos de tutela provisória formulados foram, então, indeferidos.

A despeito da ausência de implementação de *reforma estrutural* por intermédio desta decisão, dedicou-se em extensas linhas o acórdão à análise do papel constitucional do Poder Judiciário – como vinha sendo uma tendência na anterior jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme já demonstrado – e assentou-se o entendimento de que não poderia esta Corte se abster de intervir no gerenciamento e controle de políticas públicas “quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias

observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal; g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas ‘e’ e ‘f’; h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos” (*ibid.*, p.9-10).

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.*

injustificadas”⁶⁰³. A essa obstrução de canais políticos, intitulou-se ‘bloqueio político e institucional’ à plena efetividade dos compromissos constitucionais e internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, em relação à proteção dos Direitos Humanos da população encarcerada – marginalizada pela opinião popular e sub-representada nas assembleias parlamentares. Observou-se, por outro lado, nítida preocupação da Corte em não gerar interpretações de um suposto desequilíbrio institucional, pelo que se permitiu apenas a adoção de providências para “destravar o bloqueio institucional estrutural, intervindo na medida estritamente necessária para que os demais atores estatais se movam no sentido da concepção e execução das políticas públicas”⁶⁰⁴. Ainda assim, e em harmonia com o escopo que rege o modelo de resolução de *litígios estruturais* nascido nos Estados Unidos das décadas de 1950 e 1960, registrou-se no voto vencedor, ser papel das Cortes, na superação de *estado de coisas inconstitucional*, “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas”⁶⁰⁵, prevenindo-se ao mesmo tempo, vale ressaltar, um indevido protagonismo judicial, por intermédio da flexibilidade, dialogicidade e contínua revisitação destas providências.

5.2.3. Considerações sobre Tomadas de Decisão por Deliberação Individual e Coletiva na Resolução Processual do Litígio Coletivo

Reafirma-se que não se reconhece, em nenhum dos julgamentos de Tribunais brasileiros apontados nesse capítulo, verdadeira implementação de *reforma estrutural*, na integralidade dos moldes narrados nesta pesquisa. E reforça-se que os casos narrados exibem enredamento que transcende as considerações aqui apresentadas.

Tomando-se especialmente as reflexões que se teceu sobre o caso ‘Raposa Serra do Sol’, tem-se que foram selecionadas em narrativa propositalmente direcionada às tomadas de decisão realizadas no ambiente processual por sujeitos investidos da jurisdição. O propósito foi de se demonstrar que no tratamento de litígios coletivos que exibam intensa mutabilidade e

⁶⁰³ *Ibid.*, p.13.

⁶⁰⁴ SOUZA. *Estado de Coisas Inconstitucional*, p.10. E prossegue Márcio Scarpim de Souza, em análise do julgamento da ADPF n.º 347 MC/DF: “O Poder Judiciário não determina o conteúdo ou o modo de execução das políticas públicas a serem adotadas pelos demais poderes, mas atua em constante diálogo com estes e a sociedade, de modo a coordenar as ações e monitorar os resultados alcançados para a tutela dos direitos fundamentais violados no contexto do ECI. São respeitadas as prerrogativas institucionais dos demais poderes, sendo-lhes oferecidos tão somente objetivos, parâmetros e incentivos necessários para a superação da crise. O detalhamento das providências administrativas e legislativas não é ditado pelo Poder Judiciário aos demais atores estatais” (*ibidem*).

⁶⁰⁵ BRASIL. ADPF 347 MC/DF, p.19.

ampla reverberação de efeitos prospectivos, relegar-se a resolução final, de forma definitiva e imutável, a decisões que sejam tomadas de maneira institucionalmente singular, pelo órgão jurisdicional, pode amplificar sua suscetibilidade a interferências cognitivas – e, assim, levar a ‘erros de medição’ (os quais, no contexto da resolução de litígios estruturais, se materializariam na persistente inaplicabilidade ou na inefetividade das medidas remediais que se implementar, para a transformações nas ‘estruturas’ do sistema social).

A conclusão tampouco se invalidaria diante da também imprescindível ampliação da participação, sob o enfoque da garantia de influência (vertente do direito constitucional ao contraditório), mediante a admissão antecipada (ou, talvez, se deva dizer ‘tempestiva’) dos assistentes litisconsorciais. A forma como um determinado interesse jurídico é apresentado no processo coletivo pelo legitimado extraordinário, por seus assistentes litisconsorciais ou *amici curiae* e, a partir de então, postulado, já se encontra, inevitavelmente, impregnada de atividade decisória por deliberação individual⁶⁰⁶. Decide-se a quais elementos se dará ênfase ao descrever a lide processual, qual estratégia de fundamentação se adotará, quais pedidos se optará por formular, quais provas se produzirá, ou de quais decisões se recorrerá. Tomadas de decisão determinantes aos atos processuais que se praticará, aos efeitos preclusivos que se operarão e ao percurso que seguirá a relação jurídico-processual.

Especialmente quando se observa o modelo desenhado pelo ordenamento jurídico brasileiro para a tutela jurisdicional de coletividades⁶⁰⁷, é possível identificar a forma como é confiada a legitimados extraordinários institucionais a responsabilidade – e, portanto, pelo princípio de ‘*nkali*’, também o *poder*⁶⁰⁸ – de narrar, no processo, as histórias de coletividades (diga-se, os litígios coletivos), assumindo o inevitável papel de ‘narradores observadores’. A função, como já anunciado, pressupõe tomadas de decisão por parte do narrador-legitimado extraordinário, que traduz o litígio coletivo a partir de seu olhar inafastável (ora pessoal, ora institucional).

Apesar da segurança de se verem regidos pelos princípios da legalidade e do contraditório, processos judiciais voltados à solução de litígios coletivos exigem a realização de sucessivas *medições preditivas e avaliativas*, por todos os sujeitos que dele participem – e que acompanhem o poder causal do agir deliberativo e reflexivo dos agentes do sistema social

⁶⁰⁶ Utiliza-se o termo, aqui, conforme os parâmetros que lhe são atribuídos no item 2.5.2, *supra*.

⁶⁰⁷ Regulamentado pelo sistema integrado de tutela jurisdicional a coletividades – no núcleo do qual se encontram a Lei de Ação Popular, a Lei de Ação Civil Pública, o Título III do Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Mandados de Segurança, sob a direção superior da Constituição da República de 1988 e contando com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015.

⁶⁰⁸ ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*, p.22.

sobre a realidade fática e o litígio coletivo em si. Como consequência, não só aos legitimados extraordinários e aos órgãos jurisdicionais deve incumbir a ‘narrativa’ da situação litigiosa no processo. Às suas tomadas de decisão, devem-se agregar o agir deliberativo dos integrantes da(s) coletividade(s) interessada(s), por intermédio ou não de seus líderes ou porta-vozes, ou de demais agentes cujo poder causal de tomar decisões se possa ver amplificado, conforme os tipos de interações que estabeleçam com os demais agentes e partes relacionais do sistema social. Devem-se congregiar, assim, no processo, as tomadas de decisão de ‘narradores observadores’ e ‘narradores personagens’ do litígio coletivo – nenhum dos quais, é preciso reiterar, com aptidões de onisciência⁶⁰⁹.

Naturalmente, não se rebate a afirmação de que a ampliação da participação, em todas as suas formas, amenizaria a suscetibilidade da decisão judicial a interferências cognitivas, visto que “o contraditório é, por si só, uma *debiasing technique*, um modo de combater o viés cognitivo relacionado à tendência de conformação de percepções iniciais”⁶¹⁰. Por outro lado, como já se demonstrou, nesta pesquisa, tomadas de decisão estratégicas às coletividades veem-se sujeitas a vieses cognitivos (e, possivelmente também a vieses estatísticos), seja quando realizadas exclusivamente por deliberações individuais⁶¹¹, seja quando realizadas apenas por deliberações coletivas⁶¹².

Como consequência, o que se passa a considerar, e que constitui premissa em torno da qual se constroem as considerações que se tece na Parte III, desta pesquisa, é a possibilidade de se considerar um modelo processual para a resolução de litígios estruturais, que se volte à implementação de *remédios estruturais* a partir de tomadas de decisão que se originem do agir deliberativo direto, tanto do órgão jurisdicional, quanto dos agentes e partes relacionais do sistema social – pautado por deliberações individuais e coletivas, que se sujeitem a auditorias recíprocas, com o intuito de redução do risco de interferências cognitivas.

⁶⁰⁹ Cf. parte I, *supra*.

⁶¹⁰ VITORELLI, ALMEIDA. *Imparcialidade Judicial e Psicologia Comportamental*, p.11.

⁶¹¹ Cf. item 2.5.2, *supra*.

⁶¹² Cf. item 2.5.1, *supra*.

PARTE III:

TOMADA DE DECISÃO ESTRATÉGICA EM PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS E AS “VOZES DISPERSAS DA COLETIVIDADE”

Eram cinco horas da manhã e o cortiço acordava, abrindo, não os olhos, mas a sua infinidade de portas e janelas alinhadas. [...] das portas, surgiam cabeças congestionadas de sono; ouviam-se amplos bocejos, fortes como o marulhar das ondas; pigarreava-se grosso por toda a parte; começavam as xícaras a tilintar; o cheiro quente do café aquecia, suplantando todos os outros; trocavam-se de janela para janela as primeiras palavras, os bons-dias; reatavam-se conversas interrompidas à noite; a pequenada cá fora traquinava já, e lá dentro das casas vinham choros abafados de crianças que ainda não andam. No confuso rumor que se formava, destacavam-se risos, sons de vozes que altercavam, sem se saber onde, grasnar de marrecos, cantar de galos, cacarejar de galinhas. [...] O rumor crescia, condensando-se; o zumzum de todos os dias acentuava-se; **já se não destacavam vozes dispersas, mas um só ruído compacto** que enchia todo o cortiço¹.

Com essas palavras, Aluísio Azevedo, diplomata e romancista, descreve o raiar do dia de seu celebrado *Cortiço*, que se viu despertar na última década do século XIX, época marcada pela recente abolição da escravidão em terras brasileiras, pelas incipientes manifestações em denúncia à existência de um arraigado preconceito de ordem racial, pela transição do Império à República e pela germinação de aglomerações habitacionais “assimétricas”, inevitável repercussão ao desenvolvimento dos núcleos urbanos no país. Em meio à efervescência de transformações sociais, que metamorfoseariam a vida em sociedade nas décadas que se estendiam adiante, e em uma das mais emblemáticas ilustrações do Naturalismo brasileiro, o romancista apresenta a história de João Romão e de sua audaciosa empreitada de explorar o mercado imobiliário e ofertar opção de moradia direcionada a grupos sociais desfavorecidos em suas condições econômicas, no recém ocupado bairro de Botafogo, no Rio de Janeiro.

Assim, dá vida ao *cortiço*, o qual se torna palco de uma multiplicidade de narrativas e enredos que se entrelaçam no romance naturalista, desenrolando-se a partir de variáveis, sejam essenciais à subjetividade intrínseca e à historicidade de cada personagem, sejam inerentes às mazelas sociais, econômicas e políticas que afetavam sob diversas nuances toda a sociedade da época. E, neste entrelace de contos, Aluísio Azevedo centraliza a narrativa na coletividade ao entorno do *cortiço*, tomado como expressão e denúncia de um contexto socioeconômico que lhe transcenderia os limites territoriais e ficcionais. E, apesar de perspicazmente notar que

¹ AZEVEDO, Aluísio. **O Cortiço**. 3.ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p.37-38, sem destaques no original.

seriam as vozes dispersas nesta coletividade remotamente percebidas por instâncias de poder como mero ‘ruído compacto’², dedica-se a *ouvir* e *dar voz* a cada uma dessas histórias, dessas versões da realidade, imersas na subjetividade que as distinguiria em inúmeros centros de interesse. Ao fazê-lo, demonstra como as sutis decisões e posturas adotadas pelos representantes de cada um desses centros de interesses, protagonistas dessas narrativas justapostas, são capazes de irradiar para além de si e produzir efeitos de maior ou menor repercussão nos demais centros de interesses e histórias que as circundam: caricatura da essência pluridimensional dos conflitos coletivos sociais que se reservavam à apreciação das Cortes jurisdicionais das décadas e séculos por vir.

Pluralidade dimensional que se pode perceber em sua descrição da sociedade do Rio de Janeiro no final do século XIX, representada pelo alegórico avizinhamento do *cortiço* – com sua irreverência e simplicidade – ao sobrado do aspirante a fidalgo Miranda, negociante português casado com D. Estela, senhora “com fumaças de nobreza”³. E neste contraste acentuado pelo abeiramento entre a riqueza e a penúria, escancaram-se as mazelas sociais de um sistema socioeconômico e político que, historicamente, segrega coletividades nos espaços urbanos, no acesso à cultura, à educação, à saúde, aos meios de produção e à justiça, inseridas em sociedades que carregam em si, silenciosamente, traços de uma memória estamental. Mazelas sociais estas que, como se traduz a partir das linhas narradas por Aluísio Azevedo, não apenas se revelam multifacetárias em suas causas determinantes, como também refletem mosaico de distintos interesses – jurídicos, políticos, econômicos, históricos, sociais ou culturais –, atribuíveis a diferentes grupos sociais, todos desarmonicamente relevantes ao prospecto de continuidade ou superação deste cenário. E, como já o considerou Hannah Arendt, talvez por se arranjamem como uma teia de interconexões e intencionalidades conflitantes, as relações humanas encontrem tantas improbabilidades no alcance de seus objetivos⁴...

Apesar da essência imaginativa e da caracterização de personagens a partir de escolha de adjetivos que denunciam arraigadas concepções e hostilidades de um momento histórico, o enredo ficcional concebido no *Cortiço* guarda traços característicos de um retrato atemporal da vida em sociedade nos centros urbanos. O encontro diurno entre possuidores e operadores dos meios de produção; a luta de classes; a insuperável ambição humana de ascensão social (afigurada pelo obstinado ‘delírio de enriquecer’ de João Romão⁵), ainda que de certa

² Destaca-se, neste ponto, que, aplicando-se a conotação literária atribuída ao termo, não se faz referência, aqui, à mesma modalidade de ‘ruído’ diagnosticada por Kahneman, Sibony e Sunstein, em sua obra “Ruído”.

³ AZEVEDO. *O Cortiço*, p.19.

⁴ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.196-197.

⁵ AZEVEDO. *O Cortiço*, p.15.

forma inverossímil aos não afortunados; a subjugação de classes inteiras, baseada em gênero, etnia, pátria, religião ou patrimônio; a estereotipação; as manobras de cunho político (retratadas pela ‘máscara’ abolicionista de João Romão, que, tendo forjado carta de alforria a Bertoleza, a reconduz paulatinamente pelas linhas da narrativa, a condições sub-humanas). Ulcerações sociais que, no enredo ficcional do romance naturalista, incitam às personagens certa perversidade (a conduzi-las a desfechos porventura penosos e irremediáveis), a deflagrar como o *meio* e o *humano* se determinam mutuamente. Simultaneamente, o romance naturalista acentua os vieses multifacetado e pluridimensional dos problemas sociopolíticos e econômicos, ao revelar a forma como a ausência de sensibilidade das autoridades a essa pluralidade culminava por agravar estigmas e privações de imensas coletividades silenciadas em ‘ruídos compactos’. Trazendo-se à realidade a pintura ficcional do *Cortiço*, percebe-se que Aluísio Azevedo descreveu aquele que seria o embrião do processo de segregação urbana e desigualdade social que daria origem às favelas no Rio de Janeiro, enquanto também ilustrava as consequências atomizadas – nos núcleos familiares e pequenos agrupamentos sociais – de cenários políticos e econômicos que lhe seriam mais amplos, reforçando-se assim o entrelace das relações humanas.

Com o passar das décadas que marcaram o alvorecer do século XX, consolidou-se, no Brasil, a forma de governo republicana, intensificou-se a chegada de imigrantes, desenvolveram-se os movimentos sindicalistas, cresceram rapidamente os centros urbanos e impulsionou-se a produção legislativa civil, processual, trabalhista, mas não desapareceram (pelo contrário, se intensificaram) os abismos sociais que mantinham parcela hipossuficiente da população ainda nas mãos das elites políticas e econômicas as quais, simplesmente, assumiam novas feições.

No plano internacional, profundas transformações causadas sobretudo pela sucessão das duas Grandes Guerras, ambas ainda na primeira metade do século, levaram à tomada de consciência de grandes dirigentes quanto à necessidade de criação de uma ordem internacional, marcada pela busca da soberania, mas igualmente da paz e da proteção de Direitos Humanos. Reuniram-se as nações, em 1948, em torno da consolidação de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, a que se seguiram inúmeros outros tratados e pactos internacionais em proteção pormenorizada àqueles que se passaram a denominar Direitos Humanos. Quase imediato foi o efeito de uma tal articulação internacional no âmbito doméstico dos mais variados países, levando à introdução, nos textos constitucionais, de normas garantidoras de direitos *fundamentais* individuais e coletivos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). A tradição jurídica positivista, marcada pela valorização da norma

positivada em sua literalidade, cedia espaço a uma nova tradição pós-positivista e aos seus compromissos com a ética e a justiça. Inaugurava-se nova era de proteção aos direitos: a do Neoconstitucionalismo.

Apesar de, em um primeiro momento, terem os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais assumido preponderante papel de princípios-guia, diretrizes a guiar a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, com escassas possibilidades de terem seu cumprimento exigido pelo Poder Judiciário, a consolidação do Neoconstitucionalismo foi acompanhada pelo progressivo estímulo às Cortes a se reposicionarem na estrutura regente do Estado de Direito, no sentido de se recusarem a ocupar o lugar de meras observadoras da eventual insuficiente concretização daqueles referidos direitos pelas demais instâncias governamentais. Assim, assistiu-se ao surgimento, pioneiramente no contexto norte-americano (e, subsequentemente, em outros Estados⁶ que ainda passavam, nas últimas décadas do século XX, por processos de redemocratização), de um novo perfil de litigância e de correspondentes novas funções ao papel das Cortes, que assumiam o múnus de tutelar os interesses fundamentais de coletividades, inclusive mediante a reestruturação de instituições burocráticas de grande porte, cuja atuação estivesse a provocar violações generalizadas a Direitos Humanos.

No entanto, a absorção deste imprescindível papel acompanhou-se de desafio elementar historicamente ainda não superado, como diagnosticado por Aluísio Azevedo em seu *Cortiço*: a percepção de que, por trás de mazelas sociais, de generalizadas violações a direitos fundamentais de coletividades, pairam múltiplas vozes, múltiplos centros de interesses – jurídicos, culturais, históricos, econômicos –, igualmente relevantes e legítimos, porém com desarmônicos poderes de influência na definição dos rumos de políticas públicas. Interesses estes que, não raro, não conseguem ultrapassar as amarras do obscurantismo, culminando-se tratados de forma homogênea e uniformizada nas instâncias estatais e jurídicas, sob o eco da pressuposição de vozes coletivas uníssonas.

No entanto, a efetividade de instrumentos jurisdicionais de proteção a direitos fundamentais de coletividades condiciona-se senão à sensibilidade das Cortes e dos sujeitos que perante elas atuam à multiplicidade interna de ecos que lhe é inerente. Afinal, que outra poderia ser a motivação última do processo coletivo, no Estado Democrático de Direito, senão trasladar os ‘ruídos compactos’ dos clamores sociais, e identificar-lhes as ‘vozes dispersas’ dos sujeitos e subgrupos que os compõem?

⁶ Como é o caso da Colômbia, da Argentina e do Brasil, exemplificativamente, como já narrado. Verifica-se, da mesma forma, marcante desenvolvimento dos instrumentos processuais voltados ao tratamento do respectivo tipo de litigância, também na Índia, apesar de não se propor, neste trabalho, a análise do contexto jurídico deste Estado.

6. PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS: UM MODELO BRASILEIRO PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS EM JUÍZO

A despeito da crescente receptibilidade da jurisprudência brasileira à absorção do múnus de se tornar catalisadora de reformas estruturais, reconhecendo a *complexidade* e *policentrismo* não jurídico ou híbrido dos respectivos litígios, observa-se a concomitante dúvida e incerteza dos litigantes estratégicos e dos legitimados à tutela jurisdicional de interesses de coletividades quanto ao eventual proveito de se comprometerem com um modelo mais estratégico de litigância que rompa com moldes tradicionais arraigados. E isso se reflete na forma como o litígio se apresenta na petição inicial, por intermédio da narrativa de seu subscritor, demarcando os moldes da espécie de prestação jurisdicional a que se busca⁷. Causas de pedir que não permitam identificar a natureza estrutural, o alto grau de mutabilidade e os efeitos prospectivos do litígio coletivo, ou – ainda pior – petições iniciais que indiquem ausência de intenção da parte processual à resolução estrutural do litígio, podem levar o Poder Judiciário a impasses que lhe restrinjam a flexibilização das tradicionais normas processuais. Por isso, passa-se a ponderar: é possível ao Poder Judiciário, mediante o diagnóstico de *litígios estruturais*, atuar de forma ativa em direção à implementação de *reforma estrutural* – aos moldes do que se verifica na Colômbia, por exemplo, pela via da reunião de *acciones de tutela* para julgamento conjunto pela Corte Constitucional?

Não se vislumbra, no direito processual civil brasileiro, providência correspondente à da Corte Constitucional Colombiana, mormente considerando-se o veto ao artigo 333 do Código de Processo Civil de 2015, cujo escopo seria permitir ao juiz converter ações individuais em coletiva ante a verificação do alcance (ou, ao menos, da intenção) coletivo ou plurilateral da pretensão. No entanto, ainda que se tenha por consolidada esta impossibilidade de conversão de ações, não exhibe o questionamento ora apresentado resposta fácil ou algébrica. Possíveis soluções podem ser encontradas na análise da experiência das Cortes brasileiras. Cita-se, para tanto, um de seus mais paradigmáticos exemplos, em que, apesar de não se ter judicializado a questão destacando-se os fatores que a caracterizavam como *litígio estrutural*, ou se formulado pedidos de *reforma estrutural*, a atuação continuada e participativa dos sujeitos processuais permitiram a flexibilização procedimental com vistas à implementação de tal *reforma*: o Caso das Creches de São Paulo.

⁷ Sobre a elaboração de petição inicial a *processos coletivos estruturais*, cf. VITORELLI. *Processo Civil Estrutural*, p.249-334.

Apesar de não ter sido judicializado em valorização da natureza *estrutural* das medidas remediais adequadas à sua resolução, o Caso das Creches de São Paulo permite observar o poder causal que emerge das tomadas de decisão estratégicas dos agentes e portavozes institucionais do sistema social, para transformar a relação jurídica processual e lhe proporcionar resultados mais efetivos na remediação do *litígio estrutural*. A adequada compreensão do caso condiciona-se à análise do contexto que o permeia.

Como narra Susana Henriques da Costa⁸, apesar dos compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional, e das metas estabelecidas desde o início dos anos 2000 no Plano Nacional de Educação⁹, há inequívoco tratamento deficitário no país em relação à garantia do direito à educação infantil, mediante o acesso de crianças a creches e pré-escolas, uma vez que o maior enfoque de políticas públicas historicamente se concentrou na educação de nível fundamental. O Caso das Creches demanda a análise deste contexto a partir da realidade específica do município de São Paulo, onde, na primeira década do século XXI, não se cumpriam as metas quantitativas e qualitativas¹⁰ de acesso de crianças às pré-escolas e creches e não se distribuíam adequadamente as vagas entre essas instituições de forma a suprir vulnerabilidades de regiões da cidade com menor concentração de renda (ou seja, as maiores disponibilidades de vagas eram encontradas em áreas com relativamente melhor poder aquisitivo entre seus moradores)¹¹. Em consequência deste cenário, o tempo de espera pela disponibilização de vaga, por vezes, superava o próprio ano – o que não só deixava de garantir adequadamente o direito à educação infantil, como também dificultava a própria inserção e

⁸ COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio sobre Creche e Pré-Escola do Município de São Paulo. In: **Civil Procedure Review**, v.7, n.2, p.38-68, mai-ago.2016.

⁹ BRASIL. Lei n.º 10.172, de 09 de janeiro de 2001. **Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm>. Acesso em 23 abr.2021.

¹⁰ “A política de educação infantil vem sendo analisada em seguidos relatórios e auditorias específicas do Tribunal de Contas do Município (TCM). O relatório sobre as contas do governo de 2007 (TC n.º 72.002.112 815.08-56) já apontava que o Município de São Paulo vinha adotando política de expansão de vagas em creches pela priorização da contratação de creches particulares conveniadas, sem que tal opção viesse acompanhada da necessária supervisão técnico-pedagógica e de critérios qualitativos mínimos para a execução dos convênios. Essa constatação se manteve nos relatórios subsequentes do TCM, agravando-se à medida que se ampliava a rede privada conveniada (TC n.º 72.000.854-09-99, TC n.º 72.000.759.10-00e 72.000.923/11-24). Diferentemente da rede direta (CEI Direta e EMEI), grande parte dos profissionais da rede conveniada não possuem a formação mínima e a valorização exigidas pelas Leis n.º 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) e Lei n.º 11.738/2008 (Lei do Piso do Magistério), o número de alunos por professor está acima do aceitável e, em muitos casos, não há espaço físico adequado para o desenvolvimento dos processos de ensino-aprendizagem. É apontada ainda a ausência de chamamento público para escolha das entidades conveniadas e a inexistência de estudo sobre o custo da educação infantil, frente à evidente insuficiência do valor per capita repassado para tais instituições” (RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. Litígio Estratégico para a Mudança do Padrão Decisório em Direitos Sociais: Ações Coletivas sobre Educação Infantil em São Paulo. In: **8º Encontro da ANDHEP: Políticas Públicas para Segurança Pública e Direitos Humanos**. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014).

¹¹ COSTA. *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade...*, p.45-46.

sobrevivência no mercado de trabalho por parte dos pais destas crianças, que muitas vezes se viam sem outra alternativa viável senão permanecerem em casa com os filhos durante o horário comercial ou levá-los consigo ao local de trabalho.

Havia, portanto, um contexto generalizado de violação a direitos fundamentais, decorrente do funcionamento de instituição de larga-escala e da inadequada implementação de políticas públicas, permeado por bloqueio político-institucional¹², de forma a se caracterizar inequívoco *litígio estrutural*. Já desde os últimos anos da década de 1990, os traços da falha estrutural se faziam perceptíveis, e se via esforço institucional do Ministério Público, enquanto ente legitimado por lei, para a propositura de ações coletivas em proteção aos interesses dessas coletividades – diretamente, as crianças e, indiretamente, seus pais e tutores¹³. Entretanto, em alinhamento à evolução da jurisprudência e doutrina brasileiras àquela época, estas ações civis públicas ainda exibiam enfoques retrospectivos, com pedidos condenatórios às instituições públicas. Como natural consequência também, estas ações encontraram forte resistência do Poder Judiciário ao seu acolhimento por prevalecer, ainda então, compreensão mais rígida do princípio de separação de Poderes, que fazia com que as Cortes não se sentissem jurídica, institucional e politicamente confortáveis a tratar de matérias atinentes a políticas públicas, as quais compreendiam envolver escolhas discricionárias típicas de gestores públicos¹⁴.

A resistência encontrada junto ao Poder Judiciário, exigiu que os legitimados à tutela jurisdicional coletiva realinhassem suas estratégias, pelo que propuseram demonstrar que havia uma essência individual homogênea no direito das crianças de acesso a creches e pré-escolas, exatamente com o intuito de desvincularem, da pretensão processual coletiva, o plano da elaboração e implementação de políticas públicas. Para tanto, passaram a juntar aos autos listagens com nomes de crianças cujos direitos fundamentais não estariam sendo garantidos, pleiteando a concessão de vagas especificamente para estas crianças¹⁵. Por mais que se tratasse de estratégia de ação mais alinhada ao posicionamento jurisprudencial da época a respeito da tutela a direitos fundamentais sociais, ainda enfrentava inconsistências, na medida em que o longo lapso temporal comum às ações coletivas, conflitava-se com o rápido crescimento das crianças que, muitas vezes, antes de terem seus direitos apreciados em decisão judicial, ultrapassavam a idade correspondente à educação infantil¹⁶.

¹² SABEL, SIMON. *Destabilization Rights: How Public Litigation Succeeds*, p.1062-1067.

¹³ COSTA. *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade...*, p.47.

¹⁴ *Ibid.*, p.47-48.

¹⁵ *Ibid.*, p.48.

¹⁶ *Ibidem*.

Novamente, este novo contexto exigiu reformulação do planejamento à tutela desses direitos, pelo que o Ministério Público, principalmente entre 2005 e 2008, passou a concentrar seus esforços na celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Município de São Paulo¹⁷. Enquanto, via TAC, se pretendia exclusivamente a criação de vagas adicionais a crianças em instituições de educação infantil, o Município teria se demonstrado receptivo. Entretanto, reposicionou-se de forma mais hostil quando, para a celebração do TAC, o Ministério Público passou a exigir o correspondente aprimoramento da qualidade da educação infantil e da infraestrutura que era ofertada pelas creches e pré-escolas a crianças¹⁸ – mesmo porque a superlotação destas instituições, mediante a contínua criação de vagas adicionais, não resolveria o contexto de violação sistêmica a direitos fundamentais sociais.

O insucesso das tentativas de celebração desses termos de ajustamento fez com que, nos anos posteriores a 2009, o ajuizamento de ações coletivas voltasse a se afigurar como a principal alternativa estratégica disponível aos entes legitimados¹⁹ – por mais que ainda se encontrasse, à época, forte resistência das Cortes aos pedidos coletivos formulados. Exatamente em razão desta ressalva, a então recém-criada Defensoria Pública do Estado de São Paulo, sendo procurada por uma média de pouco mais de cem famílias por dia, passou a optar pela promoção individual dos interesses destas crianças, com formulação de pedidos de aberturas de vagas às crianças específicas assistidas pela Defensoria em cada ação²⁰. Não causa surpresa o fato de que as Cortes, habituadas ao seu tradicional escopo de resolução de disputas bipolares e individuais, revelaram-se muito mais receptivas a esta última modalidade de litigância. Entretanto, igualmente inegável é o fato de que o incentivo à litigância individual, neste caso específico, provocava um efeito cíclico “fura-fila”²¹ na lista de espera pelo acesso a vagas em creches e pré-escolas. Ou seja, crianças contempladas por decisões judiciais favoráveis eram conduzidas ao início da fila de espera por vagas, aprofundando-se, conseqüentemente, as dificuldades enfrentadas por aquelas crianças cujos direitos não estariam sendo perseguidos via ação judicial, e intensificando-se paralelamente o excesso de litigância.

Em contrapartida, a concomitante articulação da sociedade civil, que se verificou, particularmente, a partir de 2007, em torno da organização não-governamental Ação Educativa e do Movimento Creche para Todos²², permitiu em médio prazo uma mudança nos rumos do

¹⁷ COSTA. *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade...*, p.48.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibid.*, p.51. Cf. RIZZI, XIMENES. *Litígio Estratégico para a Mudança do Padrão Decisório...*, *op. cit.*

²⁰ *Ibid.* Cf. COSTA. *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade...*, *op. cit.*

²¹ *Ibid.*, p.56.

²² *Ibid.*, p.50-51.

percurso resolutivo a este *litígio estrutural*. Mediante a atuação destes agentes, foi conquistada a transparência do Poder Público quanto aos exatos quantitativos alcançados no cumprimento das metas de acesso à educação do Plano Nacional, assim como quanto à listagem de crianças que se encontrariam na fila de espera por vagas em creches e pré-escolas. A divulgação destas informações permitiu que se tornasse ampla a ciência de que o déficit de vagas, que se media em cerca de quarenta e cinco mil em meados de 2007, aprofundou-se vertiginosamente nos anos seguintes, a fim de alcançar patamares aproximados a duas centenas de milhares²³.

O cenário levou ao ajuizamento de duas importantes Ações Cíveis Públicas²⁴ por estes entes representativos da sociedade civil organizada, que invocaram a legitimidade à tutela jurisdicional coletiva conferida a associações. Levou, também à criação, em 2012, do Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI)²⁵. Nestas ações coletivas, ainda não ajuizadas mediante a formulação de pedidos de *reforma estrutural*, pugnava-se pela criação de vagas em creches e pré-escolas para crianças, e dotação orçamentária específica a este fim. A ação civil pública proposta em 2008 (n.º 0150735-64.2008.8.26.0002) chegou a ser extinta inicialmente, sem resolução de mérito, vindo a ser necessário levar a questão até o Supremo Tribunal Federal, para que fosse anulada a decisão de extinção, e retomasse o feito à primeira instância, onde foi julgado então por sua improcedência. Após longo percurso processual, a Apelação interposta nesta ação foi apensada a Agravo Regimental Cível em ação civil pública proposta em 2010 (n.º 0018645-21.2010.8.26.0003/50000), e levada à apreciação do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede recursal.

Enquanto ainda havia recursos pendentes para julgamento em segundo grau, nestas ações, observou-se a divulgação de Plano de Metas pelo Município de São Paulo, no qual este se comprometia à criação de cento e cinquenta mil vagas em instituições de educação infantil, mediante cofinanciamento de outros órgãos e entes federados. Delineava-se um aparente esvaecimento do bloqueio político, o que foi interpretado pelo GTIEI como providencial à tentativa de se obter *reforma estrutural* a solucionar de forma ampla e definitiva o *litígio estrutural*, por intermédio das ações civis públicas já pautadas para julgamento dos recursos²⁶.

²³ COSTA, Susana Henriques da. Atuação Resolutiva em Conflitos Estruturais [Comunicação Oral em Videoconferência]. In: **1º Curso Online de Processo Estrutural**. Plataforma Online Zoom: Escola de Estudos Superiores do Ministério Público (EESMP); Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público (EDAMP); Associação Espírito-Santense do Ministério Público (AESMP), 31 de julho de 2020.

²⁴ A Ação Civil Pública n.º 0150735-64.2008.8.26.0002 e a Ação Civil Pública n.º 0018645-21.2010.8.26.0003.

²⁵ “[...] formado pela Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo; pelo Grupo de Atuação Especial de Educação (GEDUC) do Ministério Público do Estado de São Paulo; por Rubens Naves, Santos Jr e Hesketh – Escritórios Associados de Advocacia; e pelo Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo” (COSTA. *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade...*, p.51).

²⁶ COSTA. *Atuação Resolutiva em Conflitos Estruturais*, op. cit.

Ou seja, pretendia-se transformar o escopo e o objeto destas ações que, apesar de ajuizadas sob a forma coletiva, não apresentavam, em sua formulação inicial, pedidos de implementação de transformações nas estruturas do sistema social. Assim, apresentou-se parecer, nos autos, no qual se suscitaram razões que levaram o Tribunal de Justiça de São Paulo à convocação de sua primeira audiência pública, ocasião em que, de forma paradigmática até então, tiveram os julgadores oportunidade de ouvir membros e representantes dos diversos subgrupos diretamente ou indiretamente afetados pelo *litígio estrutural* (centros de interesses).

Como consequência de sua conscientização acerca das diversas facetas do problema (incluindo-se sua *complexidade* e seu *policentrismo*), e à luz da evolução jurisprudencial que já se verificava junto ao Supremo Tribunal Federal, quanto ao papel das Cortes na concretização de valores constitucionais fundamentais sociais, o Tribunal de Justiça de São Paulo reverteu sua tendência decisória, para condenar o Município de São Paulo a cumprir seu próprio Plano de Metas, no que concerne ao acesso à educação infantil, para fins de “(i) criar, no mínimo, 150.000 [...] vagas [...]; (ii) incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil [...], (iii) apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, de forma a atender toda a demanda”²⁷, conforme dispositivo do acórdão da apelação proferido na ação civil pública n.º 0150735-64.2008.8.26.0002. Nesta decisão, determinou-se à Coordenadoria de Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo acompanhar-lhe o cumprimento. Para a efetividade disso, na respectiva Coordenadoria, foi instituído Comitê de Monitoramento, integrado não apenas por membros dos órgãos públicos envolvidos, como também integrantes da sociedade civil organizada²⁸. Apesar de o dispositivo do acórdão não corresponder aos exatos pedidos formulados, entendeu o Tribunal, por maioria, pela imperatividade da flexibilização procedimental, e do respectivo princípio da congruência, com vistas ao alcance de resultados mais efetivos ao *litígio estrutural*.

A referida decisão foi enfrentada em recursos especial e extraordinário apresentados pela municipalidade de São Paulo aos Tribunais Superiores – embora o Município não tenha se furtado de concomitantemente promover medidas para a execução provisória e o diálogo interinstitucional²⁹. O transcurso do tempo revelou, ainda assim, não ter sido possível

²⁷ COSTA. *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade...*, p.52.

²⁸ “Compõem o Comitê de Monitoramento da execução: Ação Educativa; Associação Comunidade Ativa Vila Clara; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Fórum Municipal de Educação Infantil; Fórum Paulista de Educação Infantil; Grupo de Atuação Especial de Educação do MPSP (GEDUC); Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo; Hesketh Advogados, Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; NEGRI – Núcleo de Estudos de gênero, raça e idade; Rubens Naves Santos Junior – Advogados” (*ibid.*, p.53, nota de rodapé n.37).

²⁹ COSTA. *Atuação Resolutiva em Conflitos Estruturais*, *op. cit.*

o alcance dos exatos patamares pretendidos pela decisão no prazo por ela estipulado, no entanto, proporcionou inquestionável avanço, que permitiu a criação de mais de cem mil vagas em creches e pré-escolas no referido período³⁰. Limitações de ordem orçamentária dificultaram o progresso desta concretização por prestação direta do Poder Público, o que levou à necessidade de celebração de convênios com instituições privadas para a garantia do direito à educação às crianças de até cinco anos de idade³¹.

Em contrapartida, o diálogo interinstitucional fomentado entre os agentes públicos e privados envolvidos na remediação do *litígio estrutural*, no âmbito do Comitê de Monitoramento, levaram à possibilidade de contínua revisitação das medidas remediais e, ao fim, em 2017, à negociação de acordo (‘acordo estrutural’), no qual assumiu a municipalidade o compromisso de criação de mais oitenta e cinco mil vagas, adicionais às já disponibilizadas até então, em creches e pré-escolas, comprometendo-se a obedecer critérios básicos a proporcionar qualidade do ensino e impedir a superlotação³². Como consequência desta solução final negociada para o litígio, e da atenção ao seu alto grau de mutabilidade, resultados muito positivos têm sido verificados na garantia do direito à educação infantil e na concretização da respectiva política pública ao seu alcance, na cidade de São Paulo³³. A análise do Caso das Creches de São Paulo, portanto, ilustra perfeitamente como a via consensual, atrelada à celebração de negócios jurídicos processuais e à utilização de mecanismos de cooperação judiciária nacional, regulamentados ineditamente com cláusula de atipicidade no Código de Processo Civil de 2015 (artigo 69), podem se mostrar úteis ao alcance de *reformas estruturais* em remediação de *litígios estruturais* judicializados por clássicas vias processuais coletivas não estruturais.

6.1. PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE UM MODELO PROCESSUAL BRASILEIRO PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ESTRUTURAIS

A observação do comportamento dos agentes e instituições com poder estratégico de tomadas de decisão, no Caso das Creches de São Paulo, suscita diversas reflexões, sendo que a primeira delas aponta para a confirmação de que, ao longo da última década, a experiência

³⁰ *Ibid.*

³¹ RIZZI, XIMENES. *Litígio Estratégico para a Mudança do Padrão Decisório...*, *op. cit.*

³² COSTA. *Atuação Resolutiva em Conflitos Estruturais*, *op. cit.*

³³ *Ibid.*

das Cortes brasileiras veio caminhando a passos cautelosos, porém firmes, em direção³⁴ à consolidação de seu papel constitucional de resolução de *litígios estruturais* pela via da promoção de *reformas estruturais*. Para além disso, a análise do caso permite que se constate, também, que somente foi possível a formulação de estratégia mais eficiente para a superação do estado de desconformidade estrutural, quando se trouxeram para o espaço de debate os porta-vozes das partes relacionais do sistema social diretamente envolvidas (sejam elas coletividades, articuladas a partir da organização não-governamental Ação Educativa e do Movimento Creche para Todos, ou instituições, mediante interlocução promovida pelo GTIEI). E, principalmente, quando se reconheceu o poder causal de suas tomadas de decisão para a concretização da transformação social pretendida.

No exemplo específico do Caso das Creches de São Paulo, o principal delineamento de medidas estruturantes não se deu propriamente no âmbito das relações jurídicas processuais respectivas às ações civis públicas, mas em sede de acordo estrutural celebrado *a posteriori* – exatamente quando se constatou que, apesar da postura vanguardista do órgão jurisdicional em condenar o Município de São Paulo ao cumprimento de seu próprio Plano de Metas, a medida ainda não era suficiente para corresponder ao alto grau de mutabilidade do litígio. Seja porque deixava de contemplar importantes variáveis que deveriam orientar as medições preditivas indispensáveis à *reforma estrutural*, seja porque, atribuindo-lhe tratamento processual estático, deixava de considerar que, as modificações que seriam progressivamente cocriadas no sistema social, exigiriam a inevitável revisitação superveniente das metas do respectivo Plano.

Diante disso, considerando-se o recorte metodológico que se faz nessa pesquisa à resolução de litígios estruturais *pela via jurisdicional* (e não aos casos em que esta se concretize essencialmente por intermédio da celebração de acordos ou termos de ajustamento de conduta pré-processuais ou subsequentes à extinção da relação jurídica processual – o que a doutrina denomina ‘processo coletivo extrajudicial’³⁵), o relato do caso em questão estimula a reflexão sobre a necessidade de se ressignificar os contornos restritivos que se atribuem a postulados e instrumentos processuais. Passa-se, assim, a refletir sobre a pertinência de se modular uma teoria processual que equilibre a necessidade de se fazer *permeável* à mutabilidade inerente ao litígio estrutural, de se dar reconhecimento ao agir deliberativo estratégico dos agentes e partes

³⁴ Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal já tem sido mais assertivo em declarar expressamente a natureza estrutural de litígios que sejam submetidos ao seu crivo. Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 991/DF**. Relator Min. Edson Fachin. Decisão: 01/07/2022. DJe-132: 05/07/2022.

³⁵ REIS. *Processo Coletivo Extrajudicial*, op. cit.

relacionais do sistema social, e de se resguardar contra as influências de fatores exógenos ou endógenos sobre este agir deliberativo que possam corromper sua efetividade estratégica.

Inspirando-se nas ponderações suscitadas pelo Caso das Creches de São Paulo, a Parte III desta pesquisa entrelaça as formulações teóricas que se constroem em sua Parte I (a partir de análise transdisciplinar junto à psicologia comportamental e à sociologia) e a avaliação que se faz na Parte II, a respeito do modo como Cortes estrangeiras adaptaram-se a um perfil de litigância voltado para postulações de *reformas estruturais* e corroboraram sua função de dar concretude aos valores constitucionais. Como resultado desse entrelace, almeja contribuir à construção de uma teoria processual para a resolução de *litígios estruturais* no Brasil, pela via jurisdicional, mediante proposições com enfoque no poder de tomada de decisão estratégica dos agentes e partes relacionais do sistema social que assumam o papel de sujeitos processuais.

Em direção à concretização desses desígnios, este capítulo se propõe a: (i) avaliar a possibilidade de se cogitar a efetiva configuração de um ‘processo estrutural’, no Brasil, destinado à resolução de *litígios estruturais*; (ii) verificar o enquadramento de uma tal modalidade processual no gênero, mais amplo, dos ‘processos coletivos’, regulamentados pelo sistema integrado de tutela jurisdicional às coletividades; (iii) delimitar técnicas diferenciadas para tomadas de decisão em tal modalidade processual, considerada a partir de sua dualidade cíclica; (iv) diagnosticar a complexidade subjetiva das tomadas de decisão, especificamente no ciclo de implementação de reformas processuais, que integre essa modalidade processual.

6.2. A CONSTRUÇÃO DA TEORIA SOBRE ‘PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS’ NO BRASIL

Desde seus primeiros apontamentos no Brasil e, em grande medida, graças às características de seus legados estadunidense, colombiano e argentino, a jurisprudência e a doutrina respectivas à resolução de *litígios estruturais* pela via da promoção jurisdicional de *reformas estruturais* se associaram ao gênero da tutela jurisdicional coletiva. A amplitude do estado de desconformidade estrutural e a natureza *policêntrica* desses litígios permitiram identificar nos litígios estruturais os interesses de coletividades (não raramente multifacetados e com centros de interesses antagônicos entre si) e, assim, enquadrá-los no gênero dos litígios coletivos³⁶. Como consequência desse enquadramento, decorre a preocupação em se verificar se o modelo processual brasileiro de processos coletivos seria suficientemente adequado para a

³⁶ Cf. item 4.4.1, *supra*.

resolução destes litígios estruturais e para a promoção de reformas estruturais, ou se estaria se delineando nova modalidade processual no Brasil.

Trata-se de dilema sob o qual, portanto, se camuflam duas indagações sucessivas, que se interrelacionam: é possível cogitar-se haver um *processo estrutural* destinado à remediação de *litígios estruturais*? E, na hipótese de, porventura, se responder positivamente à pergunta anterior, tal *processo estrutural* se enquadraria no gênero dos processos coletivos? A estes questionamentos intermediários se passa, inicialmente, neste capítulo, a responder.

6.2.1. Há um 'Processo Estrutural' voltado à Resolução de Litígios Estruturais?

À luz da premissa da natureza coletiva dos *litígios estruturais* e da caracterização do interesse social de seu objeto, questiona-se se é possível que se considere que a conformação assumida pela atuação jurisdicional na remediação de litígios estruturais caracterizaria ou não um 'processo estrutural'. A resposta para este questionamento se condiciona à breve incursão nas compreensões contemporâneas do que seria o 'processo' – supervenientes a concepções privatistas conforme as quais o processo tivera sua natureza jurídica associada, primeiro, aos instrumentos contratuais³⁷ e, em seguida, a uma conformação de 'quase contrato'³⁸. Isso se dá pelo fato de que ainda se verifica a multiplicidade semântica do termo 'processo', de modo que, ao se pretender investigar se existiria ou não, verdadeiramente, um 'processo estrutural', torna-se indispensável delimitar-se *a priori* a acepção de 'processo' que se está a empregar³⁹.

Como constante implícita às suas leituras filosófica, cotidiana, científica e jurídica, Aroldo Plínio Gonçalves identifica ao 'processo' mero sentido de “movimento e de consequente

³⁷ “No direito romano – período das *legis actiones* e do processo *per formulas* – o processo dependia do prévio consenso das partes. As partes, já no direito romano arcaico, levavam seus conflitos ao pretor (*Praetor*) – fixando os limites do litígio e do objeto que deveria ser solucionado – e perante ele se comprometiam a aceitar a decisão que viesse a ser tomada. Tal compromisso recebia o nome de *litis contestatio*. A *litis contestatio* era necessária em razão das particularidades da sociedade e da organização política da época. Não havia propriamente um Estado que se impunha sobre os particulares, não sendo capaz de sujeitar os litigantes à sua decisão. Era preciso que as partes se submetessem voluntariamente à solução jurídica. Quando firmavam o compromisso (*litis contestatio*), as partes também escolhiam um árbitro de sua confiança (*Iudex*), que então recebia do pretor o encargo de decidir o litígio. Esse compromisso ou *litis contestatio* foi qualificado pela doutrina como um negócio jurídico de direito privado ou como um contrato. O contrato era estabelecido pela *litis contestatio*. Por essa razão atribuiu-se ao processo natureza contratual. Tratava-se de uma espécie de contrato judicial” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.421-422).

³⁸ “Falava-se em quase-contrato para se deixar claro que o processo não se enquadrava perfeitamente na noção de contrato, até porque os romanos chegaram à figura do quase-contrato por exclusão, argumentando que a obrigação que não decorre do contrato ou do ato ilícito derivaria de um quase-contrato, vale dizer, de algo parecido com o contrato” (*ibid.*, p.422).

³⁹ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p.59.

desenvolvimento e transformação, o que se contrapõe à inércia, à imobilidade e à inalterabilidade”⁴⁰ (apesar de, ironicamente, encontrarem-se algumas de suas conformações impregnadas de normas preclusivas que conduzem à imutabilidade de comandos decisórios).

Originalmente, ainda sob a égide do privatismo processual, e enquanto não se considerava o direito processual civil como ciência jurídica autônoma, prevalecia interpretação de ‘processo’ como sinônimo de ‘procedimento’, no sentido de que “o processo nada mais era do que um procedimento ou rito, visto como uma mera sequência de atos, destinado a permitir a aplicação do direito material violado”⁴¹, e outra não poderia ser sua destinação única, em decorrência da então compreendida indistinção entre direito material e processual. No entanto, a própria simplicidade da formulação conceitual de ‘procedimento’ aplicável à época – enquanto mera técnica de ordenação de atividades⁴² – provocou progressivamente o distanciamento entre este conceito e a teorização de ‘processo’, a partir de critério teleológico. Passou-se a visualizar o ‘processo’ como imbuído de finalidade específica, ao contrário do ‘procedimento’ (meramente instrumental).

O despertar de concepções publicísticas do ‘processo’ começava a transformar, portanto, sua conformação teórica e inserir o escopo, a finalidade, de “servir à jurisdição, já que através dele o Estado se manifesta com o objetivo de fazer valer o ordenamento jurídico”⁴³ (o que é basilar à própria teoria do instrumentalismo processual⁴⁴, que visualiza ao processo o escopo político de se converter em expressão do poder estatal). Tratou-se de período em que, sob o ponto de vista teórico-filosófico, retraiu-se a importância do ‘procedimento’, como reação ao seu vazio finalístico, tendo sido este engolido pela teorização do ‘processo’⁴⁵ – então preponderante.

⁴⁰ *Ibid.*, p.60.

⁴¹ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Novo Curso de Processo Civil*, p.423. “O direito processual era um apêndice do direito material, seu simples desenvolvimento – daí a teorização do processo como *simples procedimento* ou *forma judicial*” (*ibidem*).

⁴² GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p.65.

⁴³ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Novo Curso de Processo Civil*, p.423.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.95. “Para Dinamarco, a jurisdição é o centro da *Teoria Geral do Processo* [...]. Essa opção justifica-se pelo viés *axiológico* de sua abordagem. O processo teria de cumprir objetivos *jurídicos, sociais e políticos* – seria preciso, então, deslocar a atenção do processualista para o *poder*, que concretizará esses objetivos e cujo exercício é disciplinado pelo processo. A abordagem axiológica do direito processual, embora importante, não deve ser feita em uma *Teoria Geral do Processo*. Ela é imprescindível, mas como ramo da Filosofia do Direito *auxiliar* de *Teorias Individuais do Processo*. Isso porque os valores naturalmente não são os mesmos em qualquer lugar, variam conforme o tempo e o espaço. Não é recomendável, pois, conceber uma *Axiologia Geral do Processo*, extrato de uma *Teoria Geral do Processo*” (DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.110-111).

⁴⁵ “O processo foi visto a partir do seu fim de atuação da lei. Já o procedimento foi encarado como algo eminentemente formal ou como uma mera sequência de atos. Ao procedimento não foi atribuído qualquer fim. Mas, como procedimento e processo seriam duas faces de uma única realidade, é possível dizer que o procedimento

Ganhavam espaço perspectivas que extraíam do ‘processo’ natureza jurídica de *ato normativo*, concebendo-o como método de produção de normas jurídicas e exercício de poder⁴⁶ e, assim, naturalmente, no que concerne ao processo jurisdicional, ressaltando o lado prescritivo e autoritativo da decisão judicial, rememorando ecos interpretativos da coisa julgada como *lex speciallis* ou norma jurídica concreta, “cuja estabilidade lhe conferiria a prerrogativa de valer imutavelmente, a despeito de modificações no direito objetivo”⁴⁷. Trata-se de perspectiva que desloca a conceituação de ‘processo’ e a definição de sua natureza jurídica, do plano da Teoria Geral do Processo, ao da Teoria Geral do Direito, concebendo amplamente como ‘processo’ também os métodos de produção de normas gerais e abstratas (processo legislativo), de produção de normas gerais e individualizadas pela Administração (processo administrativo), e de produção de normas concretas pelo exercício da autonomia privada (processo negocial)⁴⁸.

Por sua vez, a retomada da evolução teórica do conceito de ‘procedimento’, ao longo do século XX, conduziu-lhe à formulação de *ato jurídico complexo*, de formação sucessiva e integrado internamente por feixe de atos concatenados entre si, com o objetivo comum de produção de determinado efeito jurídico⁴⁹. A ressignificação do ‘procedimento’, portanto, permitiu-lhe recuperar a atenção e os olhares da comunidade jurídica e acadêmica, que o reposicionou como gênero, do qual o ‘processo’ judicial seria espécie, pormenorizada por prender-se ao elemento do contraditório⁵⁰. Em outras palavras, passavam a se tornar discerníveis os contornos de uma compreensão do ‘processo’ como espécie de ‘procedimento’, consoante a interação estabelecida entre os sujeitos nele atuantes – regida pelo contraditório.

Concomitantemente a este contexto, desenvolveu-se uma das principais concepções teóricas do ‘processo’, intrinsecamente associada à percepção da rede de interação estabelecida entre os sujeitos nele atuantes: a ideia de ‘processo’ como *relação jurídica*. Trata-se de

seria a forma de algo que somente adquiriria relevância quando considerado a partir do seu objetivo” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Novo Curso de Processo Civil*, p.425).

⁴⁶ DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*, p.83.

⁴⁷ CABRAL. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*, p.78.

⁴⁸ DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*, p.83-84.

⁴⁹ *Ibid.*, p.85.

⁵⁰ “E o sistema normativo revela que, antes que ‘distinção’, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado, é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento: é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos” (GONÇALVES. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p.68).

idealização atribuível a Oskar Von Bülow⁵¹, que, para além da compreensão da existência de relação privada entre as partes a partir de sua autonomia (já presente na anciã interpretação de processo enquanto contrato ou quase-contrato), concebeu existir entre os sujeitos processuais *relação jurídica de direito público* (por ter sido esboçada na era publicística do ‘processo’). Tal diagnóstico partiu da observação, por Bülow, de que poderiam as partes processuais apresentar nos autos exceções processuais dilatórias, arguindo ocorrência de vícios relativos ao ‘processo’, deixando “clara a existência de uma relação jurídica que nada teria a ver com a relação jurídica material”⁵². Desta percepção, conquistou o direito processual civil sua autonomia enquanto ciência, consolidando-se a compreensão de que a eventual improcedência do pleito referente ao direito material, ou ainda a declaração de inexistência desse direito, não prejudicaria a validade da relação jurídica de direito processual (e, portanto, público) entre os sujeitos processuais⁵³.

Entretanto, a teoria do ‘processo’ como *relação jurídica*, de Oskar Von Bülow, nasceu inserida em meio ao movimento pandectista alemão, que determinava ao Direito neutralidade em relação à cultura, propondo a construção de conceitos puros e de “uma ciência processual atemporal, absolutamente infensa à cultura e aos influxos da história”⁵⁴. Assim, apesar de ser a jurisdição elemento central e estratégico ao ‘processo’, desconsiderava o pandectismo e, consequentemente, também a teorização de Bülow, a ausência de neutralidade do Estado. Dessa forma, “o esquema da relação jurídica processual [...] ao desprezar a realidade concreta dos seus sujeitos, pode acolher qualquer forma de exercício do poder”⁵⁵, vulnerando-se, portanto, às ulcerações do positivismo jurídico⁵⁶ e se desconsiderando a realidade social a permear o litígio submetido a juízo pelas partes. Por este motivo, passou a ser a respectiva teoria alvo de críticas que, apesar de, em sua maioria, voltarem-se exclusivamente contra sua

⁵¹ VON BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Santiago do Chile: Ara Editores, 2016.

⁵² MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Novo Curso de Processo Civil*, p.426.

⁵³ “Bülow não se limitou a tratar da relação jurídica processual apontando para os argumentos comumente utilizados para demonstrar a distinção entre os planos do direito material e do direito processual, mas teve o mérito de demonstrar que no processo estariam presentes os elementos identificadores de uma relação jurídica. A relação jurídica processual teria sujeitos (juiz, autor e réu), objeto (prestação jurisdicional) e pressupostos próprios (propositura da ação, capacidade para ser parte e investidura na jurisdição daquele a quem a ação é dirigida). Segundo a doutrina que aceitou essa tese, a partir da propositura da ação se formam vínculos jurídicos entre as partes e o Estado-juiz, os quais passam a ter poderes, direitos, faculdades e os correlatos deveres, obrigações e sujeições. Isso caracterizaria a relação jurídica processual” (*ibid.*, p.426-427).

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. In: **Revista de Processo**, v.183/2010, p.165-194, maio.2010.

⁵⁵ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Novo Curso de Processo Civil*, p.432.

⁵⁶ “Nessa época, aliás, não era possível ajustar o procedimento, isto é, as normas legais que lhe dão composição, a princípios substanciais de justiça, atualmente presentes nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais. De modo que a relação jurídica, desenvolvendo-se a partir de um módulo legal elaborado a partir da vontade suprema do parlamento ou do princípio da supremacia da lei, certamente podia escamotear qualquer intencção do poder” (*Ibidem*).

assimilação neutra e acultural – sem questionarem sua teorização mais elementar, centrada existência de uma relação jurídica de natureza de direito público entre as partes –, por vezes direcionavam-se também aos seus conceitos intrínsecos.

Nesse sentido, tem-se o contraponto estabelecido por James Goldschmidt⁵⁷, que passa a compreender o ‘processo’ como *situação jurídica*⁵⁸, na qual se encontram as partes em estado de expectativa de obtenção de vantagem material, a partir do resultado da interpretação jurisdicional que será realizada sobre seus direitos subjetivos que preexistem ao processo. Nesse sentido, refuta Goldschmidt a visão relacional de que existiriam entre as partes processuais direitos e obrigações recíprocos, e exalta a incerteza inerente ao ‘processo’, o qual, somente ao seu encerramento, proporcionará definição sobre os limites dos direitos e obrigações de cada parte, sujeitando-as com vinculatividade.

Em ensaio crítico sobre a teorização de Goldschmidt, Piero Calamandrei aponta que aquele autor passou a conceber a importância da relação jurídica ao processo como meramente ornamental, de tal forma que a reconstrução sistemática do Direito Processual deveria “partir do processo considerado em sua realidade empírica, isso é, do processo em seu mais restrito significado de procedimento de cognição que visa à obtenção de coisa julgada”⁵⁹, afastando, por sua vez, da noção de coisa julgada, a ideia de uma eficácia constitutiva desta, de criação do direito ao caso concreto⁶⁰. Do próprio Calamandrei, contudo, parte a crítica a esta teoria do processo como *situação jurídica*, mediante o apontamento de que não seria adequado o ‘realismo’ de uma interpretação de que “o julgamento não é, como os ingênuos acreditam, um meio de implementar a lei; pelo contrário é um meio de fazer aparecer e valer como direito o que não é lei”⁶¹ – ainda que, porventura, tal contexto se possa verificar. Indica, assim, o autor

⁵⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Derecho Penal y Proceso**: El Proceso como Situación Jurídica. Una Crítica al Pensamiento Procesal. Tradução de Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

⁵⁸ “[...] che il processo non dev’esser considerato, come finora si è fatto, quale un rapporto giuridico [...], ma piuttosto quale una situazione giuridica [...] o quale una serie de situazioni giuridiche tra loro concatenate. [...] sia perchè non ha niente a che vedere col rapporto giuridico processuale la nozione, che erroneamente se è voluta connettervi, dei cosiddetti “presupposti processuali”, i quali in realtà non sono condizioni del processo, ma condizioni della decisione di merito [...]; sia perchè non può trovarsi nel rapporto giuridico processuale l’origine di rispettivi obblighi e diritti del giudice e delle parti, in quanto là dove si parla inesattamente di obblighi nascenti del rapporto processuale si dovrebbe più esattamente parlare di oneri processuali, ovvero, se di veri e propri obblighi si tratta, la loro origine dev’esser cercata non nel rapporto giuridico processuale, ma nel rapporto di diritto pubblico che passa, prima e fuori del processo, tra lo Stato e le persone che nel processo agiscono come giudice e parti” (CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche I**: Problemi Generali del Diritto e del Processo. Collana La Memoria del Diritto. Roma: Università degli Studi Roma Tre, 2019, p.177).

⁵⁹ *Ibid*, p.179, tradução livre: “crede che la ricostruzione sistematica del dir. processuale debba prender le mosse dal processo considerato nella sua realtà empirica, cioè dal processo nel suo più ristretto significato di procedimento di cognizione mirante al raggiungimento della cosa giudicata” (Original).

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibid*, p.184, tradução livre: “il processo non è, come lo credono gli ingenui, un mezzo per attuare il diritto; ma è al contrario un mezzo per fare apparire e valere come diritto ciò che diritto non è” (Original).

que não lhe parece apropriado reconstruir um sistema de direito processual, colocando-se em xeque a legitimidade de toda a base investigativa e cognitiva do processo, tomando, por regra, a exceção das hipóteses de má utilização do instrumento processual⁶².

Entretanto, as mais ecoantes críticas que se estabeleceram à teoria do ‘processo’ como *relação jurídica*, concentradas nos efeitos nocivos de suas heranças pandectistas, passaram a propor à leitura conceitual que se faz do ‘processo’, enquanto método jurisdicional de resolução de litígios, a absorção de sua função social e dos valores do momento histórico no qual se encontra inserido⁶³, e seu amoldamento a fim de que corresponda às diretrizes constitucionais do Estado Democrático de Direito, em era pós-positivista. Em outras palavras, demonstraram a importância de se trazer à compreensão intrínseca de ‘processo’, a centralidade da participação das partes no ‘procedimento’, em legitimação ao exercício de poder estatal, assim como a adequação desse mesmo ‘procedimento’ às peculiaridades do direito material, em alinhamento, também, com os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente⁶⁴. Ultrapassa-se, assim, a ideia de que deva ser o ‘processo’ simplesmente uma *relação jurídica*, para se inserir nesta teorização seu compromisso constitucional como resultado da confluência de suas acepções (*normativa, procedimental e relacional*)⁶⁵. Nesse sentido, propõem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que o ‘processo’ seria “procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional”⁶⁶. A esta compreensão de ‘processo’ ora se alinha.

Freddie Didier Jr., ao discorrer sobre a Teoria Geral do Processo, aproxima-se brevemente desta leitura, pontuando que “na definição de *processo* devem entrar, como elementos essenciais do objeto ‘processo’, a sua natureza de ato jurídico complexo (gênero próximo a que pertence) e a sua finalidade de produção de uma norma jurídica (especificidade)”⁶⁷, podendo igualmente o ‘processo’ designar “a *relação jurídica* que dele

⁶² *Ibid*, p.184-185.

⁶³ Nesse sentido, aponta Rodrigo Gismondi ser o *processo* um fenômeno sociocultural, que se insere em relação simbiótica de influência recíproca à cultura e à sociedade, ou seja, as influencia, da mesma forma como é por elas influenciado: “se o processo civil de interesse público é fruto da evolução sociocultural que acompanhou o desenvolvimento da ciência jurídica e influenciou sua interpretação, também deve servir à mesma sociedade, especialmente como instrumento de proteção e efetivação de direitos da coletividade” (GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de Interesse Público e Medidas Estruturantes: Da Execução Negociada à Intervenção Judicial**. Curitiba: Juruá, 2018, p.21).

⁶⁴ MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. *Novo Curso de Processo Civil*, p.434.

⁶⁵ “O processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia, e por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar – pela participação –, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima” (*ibid.*, p.435-436).

⁶⁶ *Ibid.*, p.440.

⁶⁷ DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*, p.89.

emerge”⁶⁸. Sem se distanciar deste postulado, observa-se, também, a interpretação de Humberto Theodoro Junior, que leciona não se reduzir o ‘processo’ à materialização de sequência de atos, compreendendo em si, também o “estabelecimento de uma relação jurídica de direito público geradora de direitos e obrigações entre o juiz e as partes, cujo objetivo é obter a declaração ou a atuação da vontade concreta da lei, de maneira a vincular [...] todos os sujeitos da relação processual”⁶⁹. Em essência, intrinsecamente presentes à noção de processo, situam-se sua natureza *procedimental* de *ato jurídico complexo*, seu escopo central voltado ao alcance de efeito jurídico alinhado à concretização de valores constitucionais⁷⁰, e, por fim, sua eficácia de estabelecer *relação jurídica* entre sujeitos reciprocamente interconectados a partir de vínculos jurídico-processuais-constitucionais, cuja participação confere legitimação à atuação da jurisdição estatal.

Analisando-se sob esta perspectiva, observa-se, na peculiaridade do tratamento jurisdicional a *litígios estruturais* voltado à sua resolução mediante *reformas estruturais*, especificidade no que concerne ao seu escopo, ao seu *procedimento* enquanto *ato jurídico complexo*, e às características da relação jurídica e da participação que se estabelece entre os sujeitos interessados. Quanto ao seu escopo, volta-se ao diagnóstico de desconformidade estrutural, ao estabelecimento de parâmetros de conformidade que indiquem a superação deste estado – em *ato normativo* judicial alcunhado por “decisão-meta” ou “decisão-princípio”⁷¹ –, e à concretização de *reforma estrutural*. A seu turno, no que concerne ao aspecto procedimental que o caracteriza como *ato jurídico complexo*, constata-se igualmente peculiaridades que o distanciam do procedimento comum⁷², a fim de comportar a amplitude e a inconstância dos limites objetivos e subjetivos do *litígio estrutural*. Esta mesma abrangência e alta mutabilidade caracterizam, por sua vez, a singularidade do perfil de relação jurídica intersubjetiva que confere eficácia e legitimidade ao seu percurso resolutivo jurisdicional – o que Abram Chayes nomeia “partes amorfas”⁷³.

⁶⁸ *Ibidem*. “Pode causar estranheza a utilização de um mesmo termo (processo) para designar o fato jurídico e seus respectivos efeitos jurídicos. Carnelutti apontara o problema, ao afirmar que, estando o processo regulado pelo Direito, não pode deixar de dar ensejo a relações jurídicas, que não poderiam ser ao mesmo tempo o próprio processo. A prática, porém, é corriqueira na ciência jurídica. *Prescrição*, por exemplo, tanto serve para designar o ato-fato jurídico (omissão no exercício de uma situação jurídica por determinado tempo) como o efeito jurídico (encobrimento da eficácia de uma situação jurídica)” (*ibid.*, p.88).

⁶⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. v.1. 59.ed.rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.133.

⁷⁰ Em harmonia, inclusive, à leitura que faz Owen M. Fiss, a respeito da função da *adjudicação* de dar significado e concretude aos valores constitucionais (cf. FISS. *The Forms of Justice*).

⁷¹ Cf. item 6.3.2, *infra*.

⁷² Cf. item 6.3, *infra*.

⁷³ CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, *op. cit.*

Em suma, verificam-se especificidades em absolutamente todas as variáveis que caracterizam como ‘processo’ o referido método resolutivo jurisdicional a *litígios estruturais*, pelo que não se constata óbices – pelo contrário, apenas argumentos confirmatórios – à indicação de sua particularização em ramificação ao método, mediante a denominação *processo estrutural*.

6.2.2. Insere-se o 'Processo Estrutural' no gênero dos Processos Coletivos?

A doutrina tem direcionado recentes esforços à solução deste dilema e três linhas argumentativas passam a se destacar: (i) aquela que compreende a não necessariedade da associação entre o *processo estrutural* e o processo coletivo; (ii) aquela que vislumbra a natureza estrutural como intrínseca a todo processo coletivo; e, por fim, (iii) aquela, que ora se perfilha, que interpreta o processo coletivo como um gênero multifacetado, o qual, em uma de suas espécies, amolda-se à resolução de litígios coletivos irradiados estruturais – os quais, se levados à apreciação do Poder Judiciário, precipuamente por esta via processual, sujeitam-se a adequada resolução.

Como expoentes da primeira linha argumentativa (i), destacam-se Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira⁷⁴, os quais expõem distinta compreensão do *litígio estrutural*, apresentando-o como aquele no qual se veicule pretensão de remediação a um *problema estrutural*. Referido *problema*, por sua vez, não traria como intrínseca a ilicitude ou a inconstitucionalidade de um estado de desconformidade estrutural, mas apenas a existência deste estado em si, que se caracterizaria simplesmente pelo fato de se distanciar de um cenário considerado ideal⁷⁵. Nesse sentido, tampouco vinculam a configuração do estado de desconformidade e, portanto, também do *problema estrutural*, à natureza pública ou, mesmo, coletiva das questões envolvidas, de forma a dissociar os *litígios estruturais* das compreensões de violações sistêmicas a direitos fundamentais ou de insatisfações quanto à concretização de determinadas políticas públicas. Como essência, vislumbram no *problema estrutural* a existência de estado de desconformidade que exija remediação via sua reorganização ou reestruturação mediante atos e acompanhamento contínuos⁷⁶. Consequentemente, na medida em que, à luz de sua concepção, a natureza coletiva não seria inerente aos *litígios estruturais*,

⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural Aplicada ao Processo Civil Brasileiro. In: **Revista de Processo**, v.303/2020, p.45-81, maio.2020.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

tampouco o seria aos *processos estruturais* voltados à sua remediação. Pelo contrário, identificam a natureza coletiva como meramente recorrente – comum – a estes processos⁷⁷.

Vislumbrando, semelhantemente, a multipolaridade⁷⁸ e a natureza coletiva como não essenciais aos *litígios estruturais*, considera Matheus Souza Galdino poderem-se cogitar diferentes espécies de *processos estruturais*, dentre as quais reconhece ser a ‘coletiva com multipolaridade’ de mais frequente recorrência, identificando por outro lado também ‘processos estruturais coletivos sem multipolaridade’, bem como ‘processos estruturais individuais’ com ou sem multipolaridade⁷⁹. A conclusão do autor a respeito da existência destas múltiplas espécies aos *processos estruturais* deriva de sua interpretação de que seria esta tipologia processual definida pela busca imediata de norma-princípio e não de normas-regra⁸⁰: “trata-se de um processo que busca, de modo imediato, determinado estado de coisas e, apenas mediatemente, visa a condutas, na medida em que necessárias ao alcance daquele”⁸¹. Marco Félix Jobim aproxima-se sutilmente da compreensão de Matheus Souza Galdino, apenas no sentido de postular que não se deve associar o *processo estrutural*, intrinsecamente, seja ao processo coletivo, seja ao processo civil comum⁸², merecendo, portanto, à sua leitura, base teórica autônoma⁸³.

Em concepção alinhada ao cenário argentino – marcado pela construção jurisprudencial do processo coletivo, ao redor das breves linhas traçadas pelo artigo 43 de sua Constitución de la Nación –, e correspondente à segunda linha argumentativa (ii), Mariela Puga sustenta que “o processo coletivo pressupõe o julgamento de um caso estrutural”⁸⁴, ou seja, de que a natureza estrutural seria inerente ao próprio litígio coletivo, sendo definida pela “imbricação de interesses particulares em um mosaico complexo, porém único, cuja definição

⁷⁷ *Ibid*, p.5.

⁷⁸ Compreendida por Matheus Souza Galdino como fenômeno decorrente do *policentrismo* e também denominado *múltipla incidência*, segundo o qual se “pode permitir mais incidências distintas que a citada dicotomia individual-coletivo. É possível uma múltipla incidência com a concessão de direito a um estado ideal de coisas a diversos titulares individuais e diversos titulares coletivos, o que implica necessidades diversas, conforme as especificidades da tutela adequada a cada direito” (GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais**: Identificação, Funcionamento e Finalidade. Salvador: JusPodivm, 2020, p.180).

⁷⁹ *Ibid*, p.237-248.

⁸⁰ *Ibid*, p.130.

⁸¹ *Ibidem*. E prossegue: “afirma-se, sim, que todo processo que busca, de modo imediato e como resultado, um estado de coisas é um processo estrutural” (*ibidem*).

⁸² Em sentido diverso, cf. NUNES, Leonardo Silva. A Configuração do Procedimento Adequado aos Litígios Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [Org.]. **Processos Estruturais**. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.687-702.

⁸³ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a Necessidade de uma Teoria dos Processos Estruturais: Bases de uma Possível Construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [Org.]. **Processos Estruturais**. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.826.

⁸⁴ PUGA. *El Litigio Estructural*, p.48, tradução livre: “el proceso colectivo presupone el juzgamiento de un caso estructural” (original).

precede à definição dos interesses das partes”⁸⁵. Apresenta, também, em harmonia a esta compreensão, seu entendimento de que o policentrismo seria característica intrínseca a todo processo coletivo⁸⁶, distinguindo como elementos deste policentrismo “a potencialidade da decisão judicial para expandir seu impacto fora dos atores processuais; [...] a consideração dos interesses ou pretensões individuais como parte de um sistema intimamente interconectado de relações múltiplas”⁸⁷.

A despeito das respeitáveis ponderações de Mariela Puga, postula-se na presente pesquisa conclusão inversa, alinhada à terceira corrente apontada (*iii*), buscando-se harmonia com o sistema integrado brasileiro de tutela às coletividades, o qual, regulamentado em leis infraconstitucionais (em contraste ao ordenamento jurídico argentino, no qual se alicerça a normatização processual coletiva apenas no texto constitucional e em construções jurisprudenciais), deixa claro não ser o policentrismo uma característica intrínseca ao gênero dos litígios coletivos em sentido *lato*. Pelo contrário, e em vista da própria classificação traçada por Edilson Vitorelli acerca dos litígios coletivos, podem estes assumir difusão global ou local, nenhuma das quais de natureza policêntrica. A primeira modalidade, com sua baixíssima conflituosidade, destacando-se por atingir a sociedade de forma marcadamente uniforme e não individualizada, sem produzir efeitos específicos e distinguíveis a subgrupos que pudessem se dissociar em centros de interesses interrelacionáveis; e a segunda, com sua média conflituosidade, caracterizando-se por atingir grupos essencialmente coesos ou unidos por seu posicionamento social e, tão logo, tendencialmente não policêntricos. Como resultado, apresentando-se os litígios coletivos em dimensões ora policêntricas, ora não policêntricas, naturalmente não se poderia considerar o policentrismo como um traço inerente ao instrumento processual voltado à sua resolução.

Assim, inversamente à proposição de Mariela Puga neste tocante, defende-se ser o processo coletivo brasileiro um gênero, apto a proporcionar resolução a litígios coletivos globais ou locais (não policêntricos), a litígios coletivos irradiados não estruturais (policêntricos), ou ainda a litígios coletivos irradiados estruturais (policêntricos). A fim de se distinguir esta última hipótese enquanto espécie, passar-se-á a adotar a nomenclatura *processo*

⁸⁵ *Ibidem*, tradução livre: “lo que define a la *litis* estructural es la imbricación de intereses particulares en un mosaico complejo, pero único, cuya definición precede a la definición del interés de las partes” (original).

⁸⁶ *Ibid.*, p.51: “El proceso colectivo, en cambio, presuponen una fisionomía de caso o *litis* paradigmática diferente. El proceso colectivo está pensado para los casos que Lon Fuller ha llamado *policéntricos*”.

⁸⁷ *Ibid.*, p.52, tradução livre: “la potencialidad de la decisión judicial para expandir su impacto fuera de los actores procesales; [...] la consideración de los intereses o pretensiones individuales como parte de un sistema íntimamente interconectado de relaciones múltiples” (original).

*coletivo estrutural*⁸⁸ – o qual, nos termos já apresentados há pouco, realça-se pelo percurso performático dos sujeitos que o compõem, os quais, pautados por ideais distintos daqueles aplicados à clássica relação processual bipolar adversarial, permitem-se desvincular dos rigorismos de imutabilidades e preclusões estáticas, para proporcionar resultados prospectivos duradouros e alinhados à alta mutabilidade intrínseca a estes litígios.

Por outro lado, e é indispensável estabelecer a ressalva, não é impossível – e, por infortúnio, tampouco infrequente – que deixem de ser os *litígios estruturais* remediados, na via judicial, por *processos coletivos estruturais*, a fim de que recebam tratamento jurisdicional idêntico ao de litígios coletivos não estruturais – a hipótese pode ser visualizada, inclusive, no próprio Caso das Creches de São Paulo, já narrado. Entretanto, a desconsideração ao seu enfoque prospectivo, à sua mutabilidade interna ou ao seu policentrismo, na postura dos sujeitos processuais à sua resolução, impede que se apreenda adequadamente a *causalidade estrutural*⁸⁹ e, portanto, que se contenha a continuidade do estado de desconformidade estrutural. Em outras palavras, trata-se de providência “que visa apenas a resolver as consequências, não as causas do problema”⁹⁰. A mesma questão é tratada sob diferente enfoque por Matheus Souza Galdino, que considera a existência de *graus de estruturalidade*, os quais permitem aos litigantes modularem seu relato causal, conforme a pretensão de amplitude da transformação almejada⁹¹. Assim, valendo-se de metáfora da árvore com frutos envenenados, aponta que uma pretensão de baixo grau de estruturalidade direcionar-se-ia ao pedido de colheita dos frutos envenenados para descarte apropriado (o que exigiria, ciclicamente, nova colheita e novo descarte – em equivalência às conclusões acima expostas, de que o *litígio estrutural* não se solucionaria, mas apenas se apaziguaria com efemeridade), ao passo que progressivos maiores graus de estruturalidade equivaleriam, sucessivamente, a pretensões de corte dos galhos, corte do tronco, ou extração da raiz⁹².

A releitura do fenômeno, ainda assim, conduz à idêntica conclusão de que se desconsiderar a complexidade, o policentrismo e, principalmente, a alta mutabilidade inerentes ao litígio na formulação de postulações ou de soluções remediais (negociadas ou impostas) proporciona mera aparência de sua simplificação pela aquietação do cenário, conservando-se

⁸⁸ Adota-se a classificação tripartite de espécies, mais para fins didáticos e explicativos, do que para se conceber uma incomunicabilidade entre elas: pelo contrário, perfeitamente possível se faz a cumulação de ações ou de pedidos, conforme as regras do Direito Processual Civil comum, inserindo-se por exemplo pedidos indenizatórios (retrospectivos, não estruturais) ao lado de pedidos de *reforma estrutural* (cf. GALDINO. *Processos Estruturais*, p.234-237).

⁸⁹ Cf. item 5.1.2.1, *supra*.

⁹⁰ VITORELLI. *Levando os Conceitos à Sério*, p.8.

⁹¹ GALDINO. *Processos Estruturais*, p.229-230.

⁹² *Ibid.*, p.231.

em estado de inicial latência, o estado de desconformidade estrutural. Diante da judicialização de *litígios estruturais* de forma encapsulada e fragmentada em processos individuais ou, quando muito, pseudoindividuais⁹³, verifica-se ainda a tendenciosa repetitividade de demandas individuais conexas, que encontrem respaldo na mesma causa de pedir remota. A questão pode ser gerenciada a partir da celebração de termos de cooperação (cooperação judiciária por concertação⁹⁴) entre órgãos jurisdicionais, para compartilhamento de competências, visando a centralização quanto à produção e apreciação de provas, ou à decisão de questões incidentais ou principais (desde que, neste último caso, não se suprimam normas de competência absoluta)⁹⁵. Todas essas seriam providências úteis, tanto à facilitação do diagnóstico de estado de desconformidade estrutural que transcenda a narrativa das lides processuais individuais, quanto ao alinhamento das soluções determinadas nesses processos individuais, a fim de que, harmônicas, adquiram naturalmente maior projeção – avançando mais em direção à remediação do *litígio estrutural*, sem, todavia, solucioná-lo por completo⁹⁶.

Por outro lado, a despeito da tendência quanto à repetitividade de processos individuais, na hipótese de atomização da judicialização de *litígios estruturais*, não se vislumbra tão eficiente efeito *imediato, a priori*, no emprego da técnica dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), na medida em que apresentam estes como escopo a uniformização da jurisprudência do Tribunal em relação a determinada questão *de direito*. Pontua-se aqui que, não apenas a resolução de *litígios estruturais* não costuma ser encontrada simplesmente na uniformização de interpretações jurídicas a questões de direito (apesar de, por vezes, se tratar de fator relevante – mas dificilmente central), como também não se equiparam os efeitos da resolução deste incidente à irradiação material dos efeitos decisórios alcançados em ações coletivas⁹⁷ e, portanto, também, em *processos coletivos estruturais*. Verdadeiramente, volta-se o IRDR a vincular o entendimento decisório dos órgãos do próprio Tribunal na

⁹³ Cf. MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. In: **Revista de Processo**, v.289/2019, p.423-448, mar.2019.

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. **Cooperação Judiciária Nacional: Esboço de uma Teoria para o Direito Brasileiro** (arts.67-69, CPC). Salvador: JusPodivm, 2020, p.77-78.

⁹⁵ *Ibid.*, p.100-104. Cf. CAMPOS, Maria Gabriela. **O Compartilhamento de Competências no Processo Civil: um Estudo do Sistema de Competências sob o Paradigma da Cooperação Nacional**. Salvador: JusPodivm, 2020.

⁹⁶ Cf. item 6.2, *supra*.

⁹⁷ Compreendem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., pela natureza de processo coletivo ao IRDR: “O CPC/2015 [...] estruturou um complexo sistema de casos repetitivos. A relação entre esse sistema e o sistema das ações coletivas é um dos desafios que o Novo Código impõe à doutrina e aos Tribunais brasileiros. Partimos da premissa de que ambos são instrumentos de tutela coletiva de direitos, são, portanto, processo coletivo” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos - Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro: Aproximações e Distinções. In: **Revista de Processo**, v.256/2016, p.209-218, jun.2016).

resolução das lides processuais afetadas e de lides futuras, quanto à questão jurídica, distanciando-se assim do escopo de implementação de *reformas estruturais*.

Nada obstante, não se pode desconsiderar o efeito *mediato* do IRDR na resolução de *litígios estruturais*, uma vez que, de fato, a fixação, com força vinculante, de determinado posicionamento jurisprudencial pelo Tribunal, no plano fático, a médio ou longo prazos, pode atuar como variável a interferir nas interações entre instituições de larga escala, que, conforme o entendimento fixado no Incidente, passam a considerar porventura maiores seus riscos de prejuízos no caso de judicialização de litígios. E, como consequência, passam a assim readequar procedimentos internos e decisões gerenciais por exemplo – contribuindo, em última análise, em um cenário otimista, à superação, ao menos parcial, da desconformidade estrutural.

No entanto, as constatações ora alcançadas conduzem a nova indagação: quais os traços *procedimentais* adequados à remediação de litígios estruturais em *processos coletivos estruturais*, considerados em sua conformação ‘à brasileira’? Trata-se de questionamento que se buscará solucionar nas linhas remanescentes deste capítulo.

6.3. TÉCNICAS DIFERENCIADAS PARA TOMADAS DE DECISÃO EM PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS

A introdução de um *processo coletivo estrutural* ao Direito brasileiro traz consigo implicações, tanto concernentes à relação jurídica processual, que passa a assumir novos contornos e limites subjetivos, pautados pela fluidez, comparticipação e contínua mutabilidade interna, quanto referentes ao ‘procedimento’, que passa a se adequar a fim de proporcionar efetividade na resolução de *litígios estruturais*. Trata-se de constatação que parte do reconhecimento do fato de que, no Brasil, a sistemática processual coletiva, idealizada na década de 1980⁹⁸, não transcende verdadeiramente a lógica processual bipolar, conduzindo o processo e tratando o litígio a partir da pressuposição da existência de dois polos processuais contrapostos – polo ativo e polo passivo –, uníssonos cada um desses polos em seu âmago. Arraigando-se o procedimento, assim, “à adstrição da sentença ao pedido, à disponibilidade do

⁹⁸ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual Civil**: Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.173-181. Também cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual Civil**: Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.183-192.

processo e a todas as consequências dessa lógica, os mesmo defeitos que se vê em um processo individual podem também ser vistos no processo coletivo”⁹⁹.

Na hipótese de se estar a tratar de *litígios estruturais*, uma tal postura impede que “o Judiciário tome contato com *todo o problema*, sob suas várias perspectivas”¹⁰⁰. Revela-se, portanto, que o adequado tratamento à referida espécie de litígios no âmbito do Poder Judiciário brasileiro condiciona-se tanto à adequação do ‘procedimento’ aplicável às ações coletivas, mediante a subsidiariedade das normas procedimentais ‘processuais civis comuns’ dispostas pelo Código de Processo Civil de 2015, quanto à análise da interação entre os sujeitos que se envolvam na relação jurídico-processual, no *processo coletivo estrutural* – em especial, quanto ao seu reconhecimento como participantes-decisores.

6.3.1. A Flexibilidade Procedimental e a Dualidade Cíclica do Procedimento: Ciclo de Identificação e Ciclo de Implementação

Como já, há anos, diagnosticou Sérgio Cruz Arenhart, a superação do clássico olhar bipolar (alicerçado sobre o postulado de que seria o processo marcado pelo embate entre polos antagônicos) sobre o *processo coletivo estrutural* vindica que “elementos como a *adstrição* da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada” sejam consideravelmente reformulados. Assim como também – e talvez principalmente – devem ser ressignificados os contornos do exercício do contraditório, a fim de que seja redimensionado o direito de influência (faceta deste contraditório) ao policentrismo de vozes interessadas.

Sob o aspecto procedimental, porém, a tradicional conformação do processo coletivo brasileiro não proporciona suficiente ressignificação dos institutos processuais para flexibilizar os limites objetivos e subjetivos da atividade cognitiva do órgão julgador, superar regras de preclusões e imutabilidades decisórias, e, em suma, adaptar-se à complexidade e à mutabilidade interna contínua de *litígios estruturais*. Pelo contrário, aplica subsidiariamente as normas processuais civis comuns, ao mesmo tempo em que se diferencia destas, essencialmente e apenas, no que diz respeito à valorização do inquérito civil como meio de prova (especificamente naquelas ações coletivas propostas pelo Ministério Público), às normas de legitimação ativa, à irradiação subjetiva dos efeitos da coisa julgada, à distribuição dos ônus financeiros do processo e aos parâmetros para identificação de fenômenos como a conexão, a

⁹⁹ ARENHART. *Processos Estruturais no Direito Brasileiro*, p.246.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

continência e a litispendência. Mas não se está a dizer que não devam ser estas diferenciações aplicadas aos *processos coletivos estruturais*.

Ao se classificarem estes últimos como espécie de processos coletivos, defende-se que se sujeitem a postulados gerais que regem a tutela jurisdicional brasileira às coletividades. No entanto, esta mesma singularização dos *processos coletivos estruturais* como ‘espécies’ de processos coletivos justifica que se confira interpretação específica a alguns destes postulados (mormente aqueles que norteiem a legitimação ativa e a coisa julgada, como se demonstrará adiante), e que se combinem tais postulados a outras técnicas procedimentais – conforme a sistemática processual civil que possibilita o “transporte de técnicas entre procedimentos”¹⁰¹.

Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo da Cunha diagnosticam o fato de que o Código de Processo Civil de 2015 rege o procedimento comum a partir do paradigma da flexibilidade, tornando-o, não apenas permeável à absorção de técnicas especiais, como também apto a irradiar-se aos procedimentos especiais, em aplicação subsidiária. Nesse sentido, apontam vários dispositivos deste Código que admitem gerenciamento do processo (artigo 357), fracionamento da resolução meritória dos litígios (artigos 356 e 354, parágrafo único), ajustamento negocial de suas normas procedimentais (artigos 190 e 191) e sua adaptação pelo próprio juízo de uma forma geral (como, por exemplo, permitem os artigos 7º, 69 e 139, inciso IV)¹⁰², todos eles confirmando “a conclusão de que o procedimento comum é adaptável, maleável, flexível, [...] de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais”¹⁰³. O próprio parágrafo segundo do artigo 327 do mesmo Código é expresso em relação a isso, ao dispor que, em caso de cumulação de pedidos que correspondam a diversos tipos de procedimentos, será empregado o procedimento comum, com a aplicação das técnicas processuais diferenciadas dos procedimentos especiais, que não se revelem incompatíveis.

No entanto, como demonstram os autores, não apenas centrípeto é o movimento das técnicas especiais (ou seja, dos procedimentos especiais, nas bordas, para o procedimento comum, no centro do sistema processual civil)¹⁰⁴, podendo este se verificar também de forma centrífuga (como ocorre tradicionalmente, à luz do parágrafo único do artigo 318 do Código de Processo Civil de 2015, via aplicação subsidiária do procedimento comum aos procedimentos especiais) ou de forma lateral, entre procedimentos especiais. Nesta última hipótese, concebem

¹⁰¹ Cf. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais**: dos Procedimentos às Técnicas. 2.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

¹⁰² *Ibid.*, p.64-65.

¹⁰³ *Ibid.*, p.69-70.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p.74.

Fredie Didier Jr., Antônio do Passo Cabral e Leonardo da Cunha a existência de um “livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos, exigida, apenas, a compatibilidade e a adequação”¹⁰⁵, de tal forma que “a técnica especial pode transitar em busca do procedimento para o qual ela possa servir para fim de adequação e aprimoramento da tutela jurisdicional”¹⁰⁶.

Em outras palavras, tanto se forem as ações coletivas (sob a forma de ações civis públicas, tal como reguladas na Lei n.º 7.347, de 1985, e no Código de Defesa do Consumidor) consideradas *procedimento especial* em relação ao comum, quanto se forem elas consideradas *procedimento comum* para a toda a tutela coletiva¹⁰⁷, encontram-se permeáveis à absorção de técnicas especiais previstas em procedimentos processuais diversos, desde que não sejam com elas incompatíveis. Os artigos 19 e 21 da Lei n.º 7.347 de 1985 anunciam essa permeabilidade, demonstrando a receptibilidade do procedimento às normas previstas no Código de consumo, mas também no Código de Processo Civil de 2015 – este último, por sua vez, amplamente flexível à absorção de técnicas variadas, mediante os dispositivos legais já apontados.

Quanto à produção probatória, não se vislumbra sequer a necessidade imperativa de se recorrer ao transporte lateral de técnicas diferenciadas entre procedimentos especiais, na medida em que o próprio procedimento comum, aplicável subsidiariamente a todo o sistema integrado de tutela jurisdicional de coletividades (e, por conseguinte, também aos *processos coletivos estruturais*), prevê cláusula aberta à produção probatória, admitindo às partes, no artigo 369 do Código de Processo Civil de 2015, o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos, tipificados ou não em lei, para provar a verdade dos fatos e exercer seu direito de contraditório como influência (transporte centrífugo de técnicas processuais).

Na realidade, a maior efetividade do *processo coletivo estrutural* condiciona-se, neste ponto, à utilização criativa dos meios probatórios, observados os referidos limites legais. Em exemplo, aponta-se como a utilização de provas estatísticas pode se demonstrar proveitosa, por permitir análises quanto a possibilidades futuras e tendências de fluxos de comportamento social, econômico ou demográfico, que permitam melhor dimensionamento do litígio, além do aprimoramento das estratégias de formulação de medidas remediais¹⁰⁸. Isso porque “análises

¹⁰⁵ DIDIER JR., CABRAL, CUNHA. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais*, p.75.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.82.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.77.

¹⁰⁸ Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. A Prova Estatística e sua Utilidade em Litígios Complexos. In: **Revista dos Tribunais**, v.1000/2019, p.451-464, fev.2019. Cf. VIANA, Thaís Costa Teixeira. A Implementação de Decisões Estruturais a partir da Valoração de Provas Estatísticas. In: SILVA, Pedro Henrique Carvalho; GONÇALVES, Regiane P. Monteiro [Org.]. **Diálogos Jurídicos**, v.1. Belo Horizonte: Editora Venas Abiertas, 2020, p.210-227. Cf. SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os Juízes são Cientistas nem os Tribunais são Laboratórios – A Prova Estatística: Admissibilidade e Aplicação nos Processos Estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix [Org.]. **Processos Estruturais**. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.1117-1133.

estatísticas não têm por foco o indivíduo ou situação individual; ao contrário, destinam-se a tratar com universos, buscando padrões e uniformidades de casos ou de situações”¹⁰⁹. Nesse sentido, identifica-se, nas provas estatísticas, útil estratégia para se conservar a *visão de fora* e se evitar a *negligência da taxa-base* nas tomadas de decisão voltadas à resolução de *litígios estruturais*, o que pode reduzir o risco de erro nas medições preditivas e avaliativas.

Tampouco se vislumbra obstáculo intransponível na sistemática processual brasileira, no que concerne à necessidade, nos *processos coletivos estruturais*, de relativização ao princípio da congruência, a fim de se contemplar a alta mutabilidade dos litígios estruturais, sua complexidade e seu policentrismo. O transporte lateral de técnicas diferenciadas entre procedimentos especiais permite cogitar a adaptação, aos *processos coletivos estruturais*, do postulado da ‘causa de pedir aberta’ aplicável às ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade¹¹⁰, o qual viabiliza às Cortes não se restringir aos fundamentos postos pelas partes em suas peças postulatórias. No âmbito de *processos coletivos estruturais*, a absorção deste postulado permite, ao se proferir decisão para declarar o estado de desconformidade estrutural e estipular parâmetros de conformidade a serem alcançados, que o órgão julgador considere diretamente em sua fundamentação, e na formação de seu convencimento, as transformações que já tenham alterado o *litígio estrutural* (altamente mutável) desde a propositura da lide. Viabiliza, igualmente, que se tenha em conta que, “em muitos casos, não é possível ao ente legitimado ao exercício da ação antever todos os possíveis fundamentos para o pedido, nem mesmo toda a extensão do pedido [...] a viabilizar a adequada tutela jurídica de todos os interesses envolvidos no conflito”¹¹¹.

A mesma premissa permite embasar, inclusive, sua aproximação com a experiência estadunidense, que divide o procedimento em duas fases sucessivas – *liability phase* e *remedial phase*¹¹². No caso brasileiro, trata-se de medida a ser absorvida como técnica especial, a partir do “standard do processo falimentar”¹¹³. De fato, o artigo 99 da Lei n.º 11.101 de 2005 (somado às próprias normas do Código de Processo Civil de 2015 que, alinhadas ao sincretismo processual, trouxeram ao processo de conhecimento a fase de cumprimento de sentença, permeada de atos cognitivos e executivos) demonstra como a práxis processual civil brasileira já se encontra, há muito, habituada à bipartição procedimental como técnica para ampliar a

¹⁰⁹ ARENHART. *A Prova Estatística e sua Utilidade em Litígios Complexos*, p.3.

¹¹⁰ MARINONI. *Controle de Constitucionalidade*, p.1209-1212.

¹¹¹ COTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação**: Proposições para o Desenvolvimento de uma Teoria acerca dos Processos Estruturais. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p.92-93.

¹¹² Cf. item 4.4.3, *supra*.

¹¹³ DIDIER JR., ZANETI JR., OLIVEIRA. *Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural Aplicada ao Processo Civil Brasileiro*, p.9.

efetividade, organizar o processo e promover transformações a médio e longo termo no plano fático. No caso do processo falimentar, uma primeira fase se estende da propositura da demanda até a prolação de sentença de decretação da falência (que, por analogia aos *processos coletivos estruturais*, se compara à declaração do estado de desconformidade estrutural). Nesta decisão, se determinam medidas para apontamento e habilitação de credores, proteção dos créditos destes (o que, em uma rudimentar comparação, poderia rememorar o estabelecimento de parâmetros de conformidade pela decisão estrutural), e se nomeia administrador judicial para o acompanhamento da segunda fase – aquela em que se busca a satisfação dos direitos dos credores (comparável, por analogia, à implementação de *reformas estruturais*, no modelo *experimentalista*).

Porém, ao se fazer o trânsito desta técnica especial para os *processos coletivos estruturais*, diagnostica-se que a bipartição em ‘fases’, que terão como marco divisório a prolação de uma ‘decisão estrutural’ (ou, por vezes denominada *sentença estrutural*), pode provocar a falsa impressão de que se estaria diante de meras configurações especiais das tradicionais ‘fase de conhecimento’ e ‘fase de cumprimento de sentença’. A constatação, por si só, é suficiente para recomendar adaptação terminológica. Mais ainda, em razão da conotação de ‘evolução unidirecional’ que acompanha a semântica de uma ‘fase’. Por isso se postula que, mais adequada do que a ideia de procedimento ‘bifásico’, aos *processos coletivos estruturais*, é a ideia de uma *dualidade cíclica* a este procedimento¹¹⁴ – que, acompanhando as premissas já expostas, se constitui a partir da combinação de um *ciclo de identificação* e de um *ciclo de implementação*. Trata-se de terminologia que acompanha o propósito de ressignificação dos institutos processuais, para que melhor se adaptem à mutabilidade inerente aos *litígios estruturais* e, principalmente, para que se alinhem ao modelo de flexibilização de normas preclusivas e de fluxo de participação dos sujeitos que se propõem a concretizar.

Assim, o intitulado *ciclo de identificação*, primeiro dentre eles, contempla os atos processuais que se estendem até a prolação da ‘decisão estrutural’, assemelhando-se à *liability phase* do modelo norte-americano, e obedecendo à mesma lógica da técnica especial que lhe confere respaldo legislativo (a qual delimita o encerramento da primeira fase dos procedimentos falimentares brasileiros com a prolação da sentença de decretação da falência). Por sua vez, o

¹¹⁴ Aproximando-se à respectiva compreensão, Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim apontam que a resolução de litígios estruturais, por sua complexidade, envolve “comportamentos cíclicos, pautados pela ‘lógica do re-’ (repensar, reorganizar, refazer etc.), em um processo contínuo de descoberta e intervenção. [...] Se a abordagem dessas questões envolve um ‘procedimento cíclico’ – de diagnóstico dos problemas, eleição de soluções, implementação das medidas e avaliação dos resultados –, evidencia-se a impossibilidade de que isso se sujeite ao modelo padrão de solução de controvérsias utilizado pelo processo civil convencional” (ARENHART, OSNA, JOBIM. *Curso de Processo Estrutural*, p.231).

ciclo de implementação, que se inicia em seguida, destina-se à efetivação da *reforma estrutural* (equiparando-se à *remedial phase* estadunidense). No entanto, ainda que se transporte a respectiva técnica diferenciada do processo falimentar ao *processo coletivo estrutural*, e se lhe atribua configuração de *dualidade cíclica*, também “é preciso atenuar a regra da congruência objetiva externa, admitindo-se até mesmo possibilidade de alteração do objeto do pedido; [...] promover uma abertura do processo à participação de terceiros [...]; [...] otimizar a produção probatória, adequando-a para o problema em pauta”¹¹⁵. Por esse motivo, também se valendo da terminologia de ‘ciclos’ e não de ‘fases’ (embora mediante diferentes delimitações), Edilson Vitorelli atribui ao correspondente procedimento de *processos coletivos estruturais* a dinâmica ‘cíclica em espiral’, a fim de retratar que não se identifica evolução procedimental linear, em seu trâmite, mas sucessivos avanços e recuos, tomadas de decisão e revisitações de seu conteúdo¹¹⁶. A representação gráfica dos ciclos em espiral, de fato, permite que se transponha para o procedimento, nos *processos coletivos estruturais*, a mesma natureza altamente mutável que caracteriza os *litígios estruturais* – a que estes processos se proponham a solucionar.

Referida mutabilidade, na experiência prática, culmina por provocar sucessivas sobreposições entre os *ciclos de identificação* e *de implementação*, de tal forma que a referência isolada a um ou a outro, no decorrer desta pesquisa, não pretende separá-los temporalmente, como se o ciclo de implementação só pudesse ter início após ter sido definitivamente encerrado o ciclo de identificação. Por outro lado, a separação ficta que se propõe entre estes ciclos tem o escopo de proporcionar, para os fins de uma construção teórica sobre *processos coletivos estruturais*, melhor organização didática e cognitiva, tanto para a apreensão de sua fluidez procedimental, quanto para a orientação dos sujeitos processuais em suas tomadas de decisão estratégicas. Mas, novamente, reitera-se a concomitância parcial que é comum, entre estes ciclos, durante o trâmite de *processos coletivos estruturais*: seja em decorrência da prolação de decisão judicial que, em tutela provisória, declare o estado de desconformidade estrutural e aponte parâmetros a serem imediatamente promovidos, em decorrência de risco na demora; ou, por exemplo, em virtude de decisão parcial de mérito estrutural¹¹⁷, que declare o estado de desconformidade apenas em relação a determinados aspectos do litígio (para os quais o ciclo de implementação poderia ser imediatamente iniciado) e determine o prosseguimento do ciclo

¹¹⁵ *Ibid.*, p.10.

¹¹⁶ VITORELLI, Edilson. Bifásico, em Cascata ou em Espiral? Considerações sobre o Procedimento no Processo Estrutural e Metodologia para sua Implementação Prática. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha [Org.]. **Processos Estruturais no Sul Global**. Londrina, PR: Thoht, 2022, p.296.

¹¹⁷ *Ibid.*, p.302.

de identificação quanto a outros aspectos remanescentes; ou, ainda, na hipótese de necessidade de revisão dos parâmetros de conformidade estabelecidos na decisão estrutural.

A sistemática processual civil e coletiva brasileira, assim, apresenta receptibilidade à maior flexibilidade das regras preclusivas quanto à alteração de pedidos e à estabilidade de decisões judiciais em *processos coletivos estruturais*, da lógica de linearidade da tramitação processual – admitindo modelo processual cujos *ciclos de identificação e de implementação* adotem a representação gráfica de um espiral, para sucessivamente se sobreporem um ao outro, reproduzindo no processo a mesma mutabilidade que acompanha a evolução fática do litígio.

6.3.2. Uso Positivo do Viés de Ancoragem: a Decisão Estrutural como Nudge Processual

Em meio a essa sistemática de flexibilidade procedimental e *dualidade cíclica em espiral*, um ponto específico merece, momentaneamente, especial atenção – sobretudo quanto aos efeitos que é apto a reverberar, tanto nos atos processuais que lhe sucedam, quanto nos próprios interesses da coletividade. Trata-se da *decisão estrutural* – ato judicial com natureza de decisão-princípio ou decisão-meta que, conforme o modelo *experimentalista*, se volta à (i) declaração de estado de violação sistêmica a direitos fundamentais sociais que decorra da integração de sistema, ou seja, das interações entre instituições, e ao (ii) estabelecimento de parâmetros de conformidade mínimos à superação deste estado¹¹⁸. Considerando-se as três atividades do agir deliberativo de processos coletivos estruturais, conforme apresentadas na Parte II desta pesquisa¹¹⁹, a decisão estrutural, portanto, dedica-se às duas primeiras delas, restando remanescente a (iii) elaboração das medidas remediais a serem aplicadas.

Para melhor análise e compreensão do seu escopo, passa-se a tratar em separação ficta (ainda que se observe sua fluidez, na experiência prática) os *ciclos de identificação e de implementação*, com o propósito de se situar exatamente entre eles a *decisão estrutural*. O *ciclo de identificação*, eminentemente cognitivo, contempla todo o debate intersubjetivo e a produção probatória que se voltam à demonstração do estado de desconformidade estrutural (logo, do *litígio estrutural*) a ser superado, com vistas à sua declaração em *decisão estrutural*. Esta, por sua vez, consiste em ato que, necessariamente, não esgotará a atividade cognitiva, visto que

¹¹⁸ Na concepção de Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, “para que essa segunda fase se desenvolva com êxito, é preciso que a decisão estrutural estabeleça, ao menos: (i) o tempo, o modo e o grau de reestruturação a ser implementada; (ii) o regime de transição, conforme art.23 da LINDB; e (iii) a forma de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes” (DIDIER JR., ZANETI JR., OLIVEIRA. *Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural Aplicada ao Processo Civil Brasileiro*, p.10-11).

¹¹⁹ Cf. itens 4.4.2 e 4.4.3, *supra*.

estipula parâmetros para as tomadas de decisão que caracterizarão o *ciclo de implementação*, destinado à elaboração participada¹²⁰ de planos de ação e medidas remediais para a *reforma estrutural* pretendida – não havendo óbice tampouco à revisitação da própria decisão estrutural, para reformulação dos referidos parâmetros de conformidade. Já à primeira vista, esta configuração permite antever sua incompatibilidade com a imutabilidade do atributo da coisa julgada – formal ou material.

Apresenta-se como valor intrínseco à plena aceção do modelo de *dualidade cíclica em espiral* dos *processos coletivos estruturais*, assimilado pelos ordenamentos jurídicos latino-americanos a partir de herança estadunidense, o rompimento com o postulado de que seria a coisa julgada (assim como a imutabilidade que dela decorre) um efeito inerente à estabilização das relações jurídicas e à preservação da segurança jurídica, ou um valor supra processual. Em direção inversa, a coisa julgada mais se revela como instituto inconciliável com a resolução de *litígios estruturais* pela via de implementação jurisdicional de *reformas estruturais*, o que provoca a seguinte interrogação: harmoniza-se a sistemática processual coletiva brasileira com a adoção de procedimento que rompa com o ‘dogma’ da coisa julgada e das normas preclusivas?

A fim de responder ao questionamento e, antes que se adentre aos pormenores de tal formulação ao *processo coletivo estrutural*, destaca-se a insustentabilidade do postulado da supremacia absoluta da coisa julgada ao sistema processual civil como um todo. Sobre o tema, discorreu extensamente Antônio do Passo Cabral, o qual, desenvolvendo pesquisa direcionada ao tradicional papel do processo para a solução de litígios bipolares individuais, já questionava a cega associação entre a imutabilidade de decisões e o valor da segurança jurídica, e inseria a coisa julgada em um mais amplo cardápio de tipos de estabilidades processuais, não subsistindo razões para cogitar a ela uma supremacia¹²¹. Ao fazê-lo, dissociou as noções de segurança

¹²⁰ Cumpre-se salientar, neste ponto, que a natureza participativa e negociada do ciclo de implementação, em *processos coletivos estruturais*, não corresponde com exatidão à concepção de um “processo coletivo extrajudicial” nos termos propostos por Ludmila Costa Reis em sua tese de doutoramento, apesar de, inequivocamente, o respectivo formato proposto pela autora ter muito a contribuir à delimitação de modelos de atuação *experimentalista* das Cortes na resolução de *processos coletivos estruturais*, como se demonstrará adiante (REIS. *Processo Coletivo Extrajudicial*, *op. cit.*). À luz de referida pesquisa, propôs a autora a teorização do tratamento *extrajudicial* a conflitos envolvendo políticas públicas, como forma de alcance de resultados mais efetivos e de ampliação do espaço de participação dos cidadãos no cenário jurídico-político. Por outro lado, apesar de, em ciclo de implementação de *processos coletivos estruturais*, incentivar-se a consensualidade como valor preeminente, trata-se de possibilidade de concertação entre *todos* os sujeitos processuais, como se demonstrará, posicionando-se o órgão julgador como agente atuante e influente, até mesmo porque encontra-se o referido consenso não apenas condicionado à homologação, mas também a juízo de adequabilidade e conveniência, além de encontrar-se guiado pelo escopo de alcance específico dos parâmetros de conformidade e demais condições estipuladas em decisão estrutural.

¹²¹ Cf. CABRAL. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas*. Cf. CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança Jurídica e Regras de Transição nos Processos Judicial e Administrativo**: Introdução ao art.23 da LINDB. Salvador: JusPodivm, 2020.

jurídica e inalterabilidade, para atrelar referida segurança à ideia de continuidade. Assim, propôs um novo olhar à segurança jurídica demonstrando que não deveria ser esta pensada retrospectivamente – ou seja, a partir do impedimento da modificação de atos processuais pretéritos ou dos efeitos destes atos –, e sugeriu pensar-lhe de forma prospectiva, que não se furte a reconhecer a dinamicidade exigida pelos sistemas jurídicos contemporâneos, os quais demandam ocasional mitigação de estabilidades de atos jurídicos¹²². Mesmo porque, conforme ponderou Antônio do Passo Cabral, a segurança jurídica constitui valor inserido expressamente no texto constitucional brasileiro apenas a partir de 2004, estando ainda ausente, ao menos sob o ponto de vista normativo-legislativo, dos ordenamentos jurídicos de diversos outros países, razão pela qual se apresenta altamente polissêmico e inexato quanto aos seus contornos: “segurança ‘de quê’, ‘para quê’, ‘de quem’, ‘por quem’, ‘para quem’, ‘através do quê?’”¹²³. E ainda que se considerasse a noção de segurança jurídica como cláusula do Estado de Direito, não se eliminaria sua polissemia – uma vez que a própria concepção de Estado de Direito oscila em seu conteúdo, conforme o contexto histórico e a tradição jurídica de cada país¹²⁴.

Portanto, assim como não assumem os Estados contornos estáticos, tampouco se deve assim considerar sua cláusula de segurança jurídica, admitindo-lhe evoluir de forma a se revestir de contornos mais fluidos e dinâmicos conforme as exigências do transcurso do tempo, uma vez que “chegamos hoje ao Estado ‘incitador’, produtor de incentivos e condicionamentos de conduta, em cujo espectro de atuação encontram-se *vínculos de coordenação e cooperação*, e não apenas relações de mútua exclusão ou autoritária imposição de poder”¹²⁵.

Como consequência, as próprias características dos atuais contornos da atuação estatal passam a exigir adaptabilidade dos instrumentos aplicados pelo respectivo Estado ao exercício de seu poder, de tal maneira que se valoriza um “poder maleável de resposta à estabilidade e à necessidade de mudança [...] capacidade de reagir à pressão por alterações”¹²⁶. E assim, substitui-se a segurança-imutabilidade, pela segurança-continuidade, a qual, com o intuito de conservação da proteção a direitos, transita entre a permanência e a mudança com consistência¹²⁷. Nesta linha de ideias, deixa de ser a coisa julgada¹²⁸ (e sua respectiva

¹²² *Ibid.*, p.27-28.

¹²³ *Ibid.*, p.29.

¹²⁴ *Ibid.*, p.32-35.

¹²⁵ *Ibid.*, p.36. “Alterou-se, por conseguinte, o padrão de abordagem da atividade estatal e, se o Estado deixou de responder apenas retrospectivamente, assumindo um modo de agir orientado ao futuro, a proteção da segurança jurídica dos atos pretéritos sofreria certamente mudanças em sua compreensão” (*ibid.*, p.37).

¹²⁶ *Ibid.*, p.42.

¹²⁷ *Ibid.*, p.43-45.

¹²⁸ Parte da doutrina, inclusive, vem passando a admitir a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais em renúncia aos efeitos de imutabilidade da coisa julgada, sob os auspícios do artigo 190 do Código de Processo Civil, compreendendo que esta seria garantida por lei às partes, em proteção aos interesses privados e

imutabilidade) valor supremo e inafastável ao processo judicial, para se exaltar a ideia de *estabilidade* como gênero, do qual, apenas uma das espécies conduziria à imutabilidade¹²⁹. E tampouco se encontram as considerações ora tecidas em desencontro com o texto constitucional brasileiro, na medida em que dispõe como garantia fundamental, no inciso XXXVI de seu artigo 5º, que a lei não prejudique a coisa julgada – em outras palavras, que a lei não prejudique situações jurídicas *já* consolidadas e direitos *já* assegurados sob o manto de coisa julgada *já* formada. Não se vislumbra, portanto, no teor da norma constitucional, imposição a que se insiram sempre e necessariamente regras de imutabilidade da coisa julgada a todas as espécies de processo judicial. A própria regulamentação das tradicionais ações coletivas, inserida no Código de Defesa do Consumidor desde 1990, corrobora esta compreensão, na medida em que afasta a formação de coisa julgada material na hipótese de ações coletivas em tutela a interesses difusos ou coletivos em sentido estrito que tenham sido julgadas improcedentes por insuficiência de provas (artigo 103, incisos I e II) – ocasião em que o próprio legitimado coletivo, obtendo novo respaldo probatório, poderá intentar nova ação.

E vale reforçar, não se intenta considerar como inerente à ideia de segurança-continuidade um repúdio ou afastamento complexo da noção de *estabilidade* processual. Na realidade, apenas redireciona-se a interpretação de uma tal estabilidade, a fim de que ela se desvincule de parâmetros rígidos, para se tornar uma *tendência* de permanência processual que, se vendo diante da necessidade e pertinência de mudanças (como é intrínseco aos *processos coletivos estruturais*, cujos litígios que têm por objeto apresentam-se como internamente mutáveis de forma contínua), admita transições suaves, em direção a novas conformações processuais e fáticas que assegurem a segurança jurídica dos interessados¹³⁰.

Como inequívoco indicador desta renovada leitura da estabilidade e da segurança jurídica, Antônio do Passo Cabral considera a inclusão em 2018 do artigo 23 à Lei de Introdução

não em proteção a interesse público (OLIVEIRA, Karina Brandão Rezende. Ainda o Problema da Revisão da Coisa Julgada. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar [Org.]. **Novas Tendências. Diálogos entre Direito Material e Processo**: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p.344).

¹²⁹ “[...] *estabilidades processuais* como gênero, não propriamente protagonizado pela coisa julgada (enquanto expressão do paradigma de imutabilidade), mas integrado por esta, ao lado de diversos outros institutos, tais como a estabilização da tutela provisória de urgência satisfativa antecedente [...], a estabilidade aplicável à decisão de saneamento de organização do processo [...], e a estabilidade da jurisprudência a ser garantida pelo sistema de precedentes [...] – todas essas ‘novas’ espécies do gênero dissociadas da ideia de imutabilidade” (VIANA, Thaís Costa Teixeira. Os Processos Estruturais entre a Máxima do Interesse Público e o Paradigma de Flexibilidade Processual: Reflexões sobre o Contraste à Luz do Regime de Estabilidades Processuais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix [Org.]. **Processos Estruturais**. 3.rev.atual.e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.1107).

¹³⁰ CABRAL. *Segurança Jurídica e Regras de Transição no Processo Judicial e Administrativo*, p.56.

às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹³¹, o qual determinou que decisões em processos judiciais estipulem ‘regimes de transição’ caso estabeleçam “interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito”¹³², a fim de proporcionar segurança-continuidade aos jurisdicionados. Percebe-se, portanto, nesta nova conotação, a maior racionalização, o controle e a exigência de fundamentação para a quebra de estabilidades – garantindo-se, assim, contínuo acompanhamento da efetividade processual. Leonardo Greco pondera, neste sentido, que a rigidez de modelos preclusivos em geral viria se demonstrando insatisfatória tanto às correntes privatistas, quanto às publicistas do processo: “o publicismo [...] não poderia aceitar que a cognição do juiz sobre questões de ordem pública ou que escapassem à disponibilidade das partes e o seu poder de produzir todas as provas que considerasse necessárias [...] fossem tolhidos pela inércia ou omissão das partes”¹³³, ao passo que “aos privatistas incomodava o perfil autoritário, mecanicista e burocrático que a preclusão no saneador das questões instrumentais gerava [...] exacerbando o tão criticado formalismo, que distanciava o processo dos interesses das partes”¹³⁴.

Uma leitura interpretativa da denominada segurança jurídica como continuidade, e da estabilidade como gênero e também como tendência, mitigável a partir de transições suaves, demonstra-se essencial à efetividade de *processos coletivos estruturais* no seu escopo de remediação de *litígios estruturais*, seja no que concerne à aplicação de normas preclusivas (após a decisão de saneamento, por exemplo), seja no que tange à formação de coisa julgada. Revela incompatível à pretensão de *reforma estrutural* desses processos, em primeiro lugar, o efeito estabilizante da decisão de saneamento (artigo 329, inciso II, e artigo 357, §1º, ambos do Código de Processo Civil de 2015), aplicável aos tradicionais processos individuais bipolares, por inviabilizar que se remodele o processo em vistas de modificações contínuas no contexto fático, que se permita a participação de sujeitos e representantes de centros de interesses que tenham tomado ciência tardia do processo e não tenham sido adequadamente contemplados na formulação de pedidos iniciais¹³⁵, e que possa o órgão julgador apreender o *litígio estrutural*

¹³¹ BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso: 17 abr.2021.

¹³² *Ibid.*, artigo 23.

¹³³ GRECO, Leonardo. Saneamento do Processo, Estabilidade e Coisa Julgada. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato [Org.]. **Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Junior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.407.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ “O processo coletivo nos litígios irradiados é altamente despolarizado porque cada interesse impactado pela lide tem pontos de convergência e de divergência com os demais, sendo impossível defini-los com lógicas duais de favorecimento ou antagonismo. Há uma sociedade de interessados que compõe uma comunidade de

em todas as suas minúcias. Até mesmo ao tratar do gênero de processos coletivos (sem se dirigir especificamente àqueles estruturais), João Paulo Lordelo Guimarães Tavares preocupou-se com a questão, referindo-se à estabilidade da decisão de saneamento como “certeza provisória superável”, reconhecendo-se a incongruência de se considerar rigidez nesta estabilização¹³⁶.

Em harmonia a essas premissas, se revela também incompatível com os *processos coletivos estruturais* a ideia de que, sobre a *decisão estrutural*, se formaria coisa julgada. Ressalta-se que uma análise perfunctória poderia conduzir à errônea conclusão de que, no *ciclo de implementação da reforma estrutural*, apenas os planos de ação e as *medidas estruturantes* (não elaborados pela *decisão estrutural*) se sujeitariam ao contínuo acompanhamento, reanálise e reformulação pelo juízo, e por demais sujeitos processuais. No entanto, trata-se de visão que desconsidera a alta mutabilidade do litígio, que não pode ser tomado, nem mesmo no âmbito da modalidade processual, como se fosse estático.

O transcurso do próprio *ciclo de implementação* pode deflagrar a inadequabilidade, irrealidade ou insuficiência dos parâmetros de conformidade traçados, passando a exigir a reanálise desses próprios parâmetros. *Processos coletivos estruturais* como aquele direcionado à superação de estado de coisas inconstitucional referente ao deslocamento interno forçado de pessoas, na Colômbia, revelam essa realidade. Já transcorridos quase dezessete anos desde sua prolação, a *sentencia T-025* foi sucessivamente revisitada, em mais de duas centenas de *autos de seguimiento*, nos quais se viu a Corte compelida a reconsiderar planos de implementação e parâmetros de conformidade, à medida que se transmutava o estado de coisas inconstitucional, juntamente com o processo evolutivo social, emaranhando-se alternadamente a novos cenários políticos, econômicos ou, como atualmente, de segurança da saúde, que lhe impunham e impõem sucessivos novos desafios à superação e sucessivas novas metas a serem alcançadas.

Referidos *autos de seguimiento* amoldam-se à sistemática que Sérgio Cruz Arenhart denominou ‘provimentos em cascata’, ou seja, fio de decisões sucessivas que resolvem problemas “à medida que apareçam”¹³⁷ e que permitem a revisitação, fundamentadamente, de questões já decididas, planos de ação já homologados e medidas remediais já determinadas, na hipótese da constatação de sua inadequação prática para a resolução do *litígio estrutural*. O

comunicação, com o objetivo de solucionar ou, pelo menos, avançar na resolução de um problema multifacetado, altamente complexo e conflituoso. Embora o juiz e as partes formalmente representadas no processo acabem ocupando, inicialmente, posições centrais no debate, enquanto os demais integrantes da sociedade de interessados, comparativamente, ocupem posição periférica, é essencial que todos os envolvidos trabalhem para que essa diferença centro-periferia se esmaça progressivamente, no sentido de um diálogo mais aberto e horizontal” (VITORELLI. *Processo Civil Estrutural*, p.340-341).

¹³⁶ TAVARES. *A Certificação Coletiva*, p.173.

¹³⁷ ARENHART. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, p.6.

autor a intitula “técnica de tentativa-erro-acerto”¹³⁸. Cabe a ressalva, entretanto, de que, ao admitir a contínua revisitação do conteúdo da *decisão estrutural* (independentemente da utilização de qualquer instrumento processual de natureza recursal), a respectiva técnica não torna inócua, nem reduz a efetividade desta decisão.

Em princípio, pelo fato de que a respectiva técnica da tentativa-erro-acerto não se direciona à revisitação ou modificação do conteúdo ‘declaratório’ da decisão estrutural, o qual corresponde ao reconhecimento da existência de estado de inconstitucionalidade estrutural, ou seja, de descumprimento dos propósitos constitucionais nas interações entre as instituições (partes relacionais do sistema social). Mas, ainda no que concerne ao seu conteúdo ‘constitutivo’ (de estabelecimento de parâmetros mínimos para a superação desta inconstitucionalidade estrutural), cuja revisitação é admitida, conserva-se a centralidade de sua importância. Implícita à possibilidade de contínua reavaliação dos parâmetros mínimos que a *decisão estrutural* estipula, mediante a flexibilização do postulado da preclusão consumativa, está a identificação destes mesmos parâmetros como ‘pontos de referência’ – em torno dos quais, ou a partir dos quais, serão tomadas as decisões em cascata, que se seguirão. Não havendo óbice, tampouco, para que se passe, subsequentemente, a adotar novo ‘ponto de referência’.

A teoria de heurísticas e vieses de Kahneman e Tversky¹³⁹ permite diagnosticar nas *decisões estruturais* a manifestação de um *efeito de ancoragem*, que conduzirá as tomadas de decisão (que, como se verá adiante, serão subjetivamente complexas¹⁴⁰) a serem realizadas ao longo do subsequente *ciclo de implementação* da *reforma estrutural*. Como já se discorreu, nas primeiras seções desta pesquisa, o *efeito de ancoragem* se caracteriza pelo posicionamento de âncoras para direcionar as heurísticas dos tomadores de decisão. Constituem-se, portanto, como parâmetros à atividade deliberativa¹⁴¹ que, principalmente quando operam de forma inconsciente nas tomadas de decisão, podem provocar amplificação do risco de erro, sobretudo se a eles se combinarem outros vieses, tais como as *heurísticas de afeto*, por exemplo¹⁴². Na identificação deste efeito em relação às decisões estruturais proferidas em processos coletivos estruturais, por outro lado, não se observam os mesmos efeitos nocivos que habitualmente costumam acompanhar esta heurística nos processos judiciais.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ TVERSKY, KAHNEMAN. *Judgment Under Uncertainty*.

¹⁴⁰ Cf. itens 6.3.3 e 6.4, *infra*.

¹⁴¹ Cf. SILVA, Beclate Oliveira. Teoria da Decisão Jurídica como Sistema de Controle de Comportamento. In: LEITE, George Salomão [Org.]. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018, p.243-258.

¹⁴² Cf. item 2.4.2, *supra*.

Em pesquisa sobre o risco de vieses cognitivos na atuação de sujeitos processuais, Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron¹⁴³ abordam os efeitos da heurística de ancoragem, e de vieses cujas características a ela se associam¹⁴⁴, para demonstrar a forma como podem provocar o risco de esvaziamento de garantias constitucionais de devido processo legal, fundamentação das decisões e contraditório, nas relações jurídicas processuais. Exemplificam esse risco na inadequada simplificação da aplicação de precedente, quando, em decorrência da disposição do órgão decisor em se alinhar ao seu conteúdo (tomado abstratamente!), deixa de individualizar o caso concreto sob julgamento, e se abstém de contrastar suas premissas, àquelas que justificaram a formação do próprio precedente¹⁴⁵. Em mais um exemplo, apontam a forma como o tempo e o recurso dispendidos pelo órgão julgador, na avaliação do preenchimento de requisitos para a concessão de tutela provisória, “exercerá coerção cognitiva de modo a favorecer uma confirmação da decisão liminar concedida”¹⁴⁶, em sede de cognição exauriente.

No entanto, caminhando em direção oposta a esta habitual repercussão do efeito de ancoragem nas relações jurídicas processuais, não se identifica, na fixação da *decisão estrutural* como âncora ao *ciclo de implementação*, nos *processos coletivos estruturais*, heurística que amplie os riscos de erros nas tomadas de decisão subsequentes – mas que, contrariamente, apresenta a tendência de mitigá-los. A diferenciação entre o efeito de ancoragem, nas decisões estruturais e nos exemplos anteriormente apontados, é justificada pelo próprio contraste entre os escopos das respectivas decisões judiciais.

Quanto às decisões judiciais interlocutórias que se voltem à apreciação de pedido de tutela jurisdicional provisória, pretendem concentrar-se na análise da *probabilidade* do direito¹⁴⁷, e não ainda de sua *certeza* (sob acepção processual e não metafísica), exatamente por que, sobrevivendo atos processuais em contraditório para a demonstração dos fatos alegados e embasamento dos pedidos formulados, ainda não se encontraria a relação jurídica processual madura para a prolação de decisão definitiva. Em outras palavras, a própria exigência da *probabilidade* do direito, e não de sua *certeza*, como requisito à tutela jurisdicional provisória, confirma que a decisão interlocutória que versar a seu respeito não pretende se constituir em âncora para a cognição exauriente que lhe seja superveniente no processo.

¹⁴³ NUNES, LUD, PEDRON. *Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais*, p.69-125.

¹⁴⁴ *Ibidem*. Em sua obra, Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron direcionam sua análise aos vieses de conclusão (por eles, referenciados como ‘vieses de confirmação’), vieses de trancamento (*lock-in effect*) e vieses de status quo – todos os quais partem de sistemática que se organiza em torno da fixação de uma âncora.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.118-119.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.97.

¹⁴⁷ E, naturalmente, para as tutelas jurisdicionais provisórias de urgência, também à verificação do risco na demora.

E, mesmo no que concerne à sistemática de precedentes, observa-se diferença fundamental em relação às decisões estruturais. Ainda que pretenda o precedente se posicionar como âncora para decisões judiciais futuras que tratem da mesma questão de direito, sua sistemática exige que esta utilização não converta o precedente em norma geral e abstrata, sob pena até mesmo de se violarem as competências legislativas definidas pelo texto constitucional. Portanto, imprescindivelmente, deve se condicionar sua invocação à verificação da correspondência entre elementos do caso concreto no qual se formou e que tenham justificado sua formação, e os elementos do caso que se encontrar sob atual apreciação. Até mesmo por essa razão, o exemplo trazido por Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron recorta-se às hipóteses em que, indevidamente, aplica-se o precedente de forma abstrata, em distorção do propósito do efeito de ancoragem pretendido pela sistemática de precedentes.

Já as decisões estruturais, diferentemente das decisões judiciais interlocutórias que versem sobre tutela jurisdicional provisória, têm o escopo de se posicionarem como âncoras para tomadas de decisão supervenientes – o que se conclui pelo fato de que, em seu conteúdo constitutivo, estabelecem parâmetros para uma reforma estrutural. Porém, distinguindo-se da sistemática dos precedentes, as decisões estruturais posicionam-se como âncoras para tomadas de decisão em cascata que se desencadearão na mesma relação jurídica processual em que tiverem sido proferidas e, portanto, em relação ao mesmo caso concreto – e, inclusive, contando com o agir deliberativo do mesmo órgão jurisdicional –, neutralizando-se o risco de que viessem a ser indevidamente tratadas como norma geral e abstrata.

Trata-se de ponderações que ora são feitas para se reforçar a desvinculação do efeito de ancoragem que se opera a partir das decisões estruturais, em relação à amplificação de riscos de erros cognitivos que se costumam observar em diversas outras identificações desse mesmo efeito, no processo judicial. A conclusão reaviva as teorizações de Richard Thaler e Cass Sunstein sobre a utilização positiva de vieses, a partir da lógica do paternalismo libertário, por intermédio da arquitetura da escolha: estratégia da psicologia comportamental e que vem sendo exportada às ciências política, econômica e jurídica, a qual se apelidou de *nudge*¹⁴⁸. O que se sustenta, portanto, é o enquadramento das *decisões estruturais* como *nudges* processuais.

Especificamente em relação ao posicionamento das *decisões estruturais* como âncoras para as tomadas de decisão que a ela se seguirão, nos *ciclos de implementação dos processos coletivos estruturais*, observa-se que é arquitetado para se estimularem escolhas com atenuação de vieses e ruídos. O entendimento desta proposição e da conclusão que dela decorre

¹⁴⁸ THALER, SUNSTEIN. *Nudge*.

(de que se enquadram as *decisões estruturais* como *nudges* processuais), condiciona-se à demonstração de dois pontos: (i) o fato de que a *decisão estrutural* se propõe a ‘induzir’ e não a ‘impor’ o direcionamento das tomadas de decisão no *ciclo de implementação*; e (ii) a constatação de que sua função de ancoragem efetivamente ‘reduz’ o risco de vieses e ruídos.

Para a demonstração do primeiro ponto (i), rememora-se que *nudges* consolidam-se a partir do pressuposto de não destituição do tomador de decisão, de sua liberdade deliberativa. Valendo-se das palavras de Richard Thaler, em editorial para a Revista Science, “por intermédio do aprimoramento do ambiente em que pessoas fazem escolhas [...], elas podem escolher de forma mais sábia, sem que lhes seja restringida nenhuma opção”¹⁴⁹. A máxima pode ser identificada na própria flexibilização dos efeitos da preclusão consumativa e na ausência de formação de coisa julgada (formal ou material), em relação à *decisão estrutural*, que permitem, como já se apontou, que esta decisão judicial seja revisitada no processo e que se sobreponham parcialmente os *ciclos de identificação* e *de implementação*, em espiral.

Quanto ao seu conteúdo constitutivo, vê-se que a *decisão estrutural* fixa parâmetros mínimos que, a partir da aplicação das normas constitucionais ao contexto social e institucional, entende que sejam suficientes à eliminação da desconformidade detectada – mas não estabelece, de antemão, as estratégias que serão aplicadas para a pretendida reformulação estrutural. A intencionalidade do modelo de dualidade cíclica dos processos coletivos estruturais é de que o *ciclo de implementação*, que se paute pela referida decisão, dedique-se à elaboração de plano de ação voltado ao alcance dos parâmetros nela arbitrados. Porém, a tentativa de materialização deste plano pode conduzir à conclusão de que as estratégias nele traçadas não seriam adequadas, nem suficientes, ou mesmo de que os próprios parâmetros estipulados pela *decisão estrutural* não seriam, verdadeiramente, factíveis, apropriados ou satisfatórios. E não se precisaria nem mesmo chegar à tentativa de aplicação de um plano de ação, para se alcançar uma tal conclusão: durante a própria busca por se deliberar a respeito de sua formulação, podem os agentes e instituições interessados detectar a total ou parcial impropriedade dos parâmetros estipulados, e a consequente necessidade de se desvincular deles, para o alcance de melhor resultado.

A simples possibilidade de se revisitarem os respectivos parâmetros, no *ciclo de implementação*, ou de se elaborar plano de ação que ora se aproxime mais, ora menos, do exato direcionamento proporcionado por eles, já revela como o papel processual que é desempenhado pelas *decisões estruturais* observa a máxima do paternalismo libertário inerente aos *nudges*. Induz-se que as tomadas de decisão subsequentes, no *ciclo de implementação*, se alinhem aos

¹⁴⁹ THALER, Richard. Nudge, not Sludge. In: *Science*, v.361, n.6401, 03 ago.2018, p.431.

parâmetros estipulados na *decisão estrutural*, por se entender que “tenham maior probabilidade de ajudar, e menor chance de provocar prejuízo”¹⁵⁰. Todavia, não se inviabiliza que essas tomadas de decisão posteriores reformulem total ou parcialmente esses parâmetros ou lhes atribuam diferente interpretação – desde que, e se trata de relevantíssima ressalva, se encontre fundamento no próprio ordenamento jurídico e nas peculiaridades das circunstâncias fáticas, para se justificar a pertinência do distanciamento em relação à âncora. Ou até mesmo para o estabelecimento de nova âncora.

Estas últimas observações contribuem à visualização do segundo ponto (ii), de que a consideração da *decisão estrutural* como âncora é medida apta a reduzir os riscos de vieses e ruídos nas tomadas de decisão subsequentes. Acaso não o fosse, não poderia sequer ser aqui referenciada como *nudge* processual, mas como *sludge*¹⁵¹ – que, ao contrário, teria o escopo de induzir tomadas de decisão com risco de erro mais alto do que originalmente teriam.

Quanto aos riscos de ruído de sistema, sua mitigação é inerente à própria ideia da ancoragem, ou seja, da fixação de parâmetros às tomadas de decisão subsequentes. Tal como um ímã com força magnética atrativa, a decisão estrutural desestimula que se delibere em acentuado distanciamento de suas referências. Não se trata de constatação, contudo, que permite se apressar à conclusão de que o reconhecimento da *decisão estrutural* como âncora eliminaria por completo o ruído de sistema no *ciclo de implementação*. Proporciona apenas sua mitigação, não completa supressão. Afinal, o aspecto policêntrico dos litígios estruturais os torna altamente suscetíveis a ruído em tomadas de decisão – o que se pode identificar, igualmente, a partir de sua alta conflituosidade.

6.3.3. Cognição Contínua no Ciclo de Implementação de Reformas Estruturais e as Decisões Subjetivamente Complexas

O primeiro volume da *Opere Giuridiche* de Piero Calamandrei apresenta a noção de ‘sentenças subjetivamente complexas’ como sendo correspondentes “à soma e à fusão de várias manifestações de vontade (ou vários juízos) juridicamente relevantes, visto que emitidas

¹⁵⁰ THALER, SUNSTEIN. *Nudge*, p.72, tradução livre: “nudges that are most likely to help and least likely to inflict harm”.

¹⁵¹ “[...] sludge can take two forms. It can discourage behavior that is in a person’s best interest such as claiming a rebate or tax credit, and it can encourage self-defeating behavior such as investing in a deal that is too good to be true” (THALER. *Nudge, not Sludge*, p.431).

por diferentes autoridades judiciárias, no exercício de diferentes cargos”¹⁵². À primeira vista, a conceituação poderia conduzir o intérprete processualista à armadilha de visualizar, na noção de ‘sentenças subjetivamente complexas’, as tradicionais decisões judiciais colegiadas – acórdãos, portanto. No entanto, antecipando-se a esta possibilidade e com o intuito de evitá-la, Calamandrei adverte que não pretende inserir na categoria dos ‘tribunais complexos’ aqueles que sejam simplesmente ‘colegiados’, ou seja, destinados a tomadas de decisão por deliberação coletiva de múltiplas pessoas investidas da mesma jurisdição¹⁵³ e com idêntica competência. E que tampouco atribuiria equivalência entre as noções de sentenças subjetivamente complexas e de sentenças colegiadas. Pelo contrário, considera ‘subjetivamente complexas’ aquelas sentenças que resultem de poder de tomada de decisão compartilhado entre diferentes órgãos, com diferentes atribuições e diferentes competências¹⁵⁴.

A tentativa de se importar a literalidade desta compreensão ao direito processual civil brasileiro, possivelmente, exigiria incursões investigativas sobre sua admissibilidade junto ao instituto da cooperação judiciária nacional¹⁵⁵, porventura no sentido de ampliar seu espectro de aplicabilidade para hipóteses que ultrapassassem o compartilhamento de competências¹⁵⁶ para a prática de atos concertados de organização do processo ou de produção de provas, por exemplo. Não se trata, porém, de hipótese que se pretenda testar ou sustentar nesta pesquisa.

Diferentemente, invocam-se aqui os alicerces da compreensão de Calamandrei, sob a condição de que sejam momentaneamente dissociados de seu original recorte voltado à atividade decisória exclusiva dos órgãos investidos de jurisdição. Por isso, e a fim de serem estes alicerces importados ao ciclo de implementação dos processos coletivos estruturais, nos quais prepondera lógica *experimentalista*¹⁵⁷, passa-se a falar, aqui, em ‘*decisões* subjetivamente complexas’, e não propriamente em ‘*sentenças* subjetivamente complexas’ – abrangendo-se, assim, a amplitude do agir deliberativo de sujeitos processuais (investidos ou não de jurisdição) o qual, realizado especificamente como atividade integrante do *ciclo de implementação*, exerça

¹⁵² CALAMANDREI. *Opere Giuridiche I*, p.116, tradução livre: “la somma e la fusione di più manifestazioni di volontà (o di più giudizi) giuridicamente rilevanti, in quanto emanate da diverse autorità giudiziarie nell'esercizio di altrettanti uffici”.

¹⁵³ Relembre-se, neste ponto, a unicidade da jurisdição no Brasil, no sentido de que “o Poder Judiciário é único e soberano, embora a partilha de competência se dê entre vários órgãos. Dessa maneira, qualquer que seja aquele que solucione o conflito, manifestará a vontade estatal única atuável diante dele. [...] A jurisdição, como poder ou função estatal, é *una* e abrange todos os litígios que se possam instaurar em torno de quaisquer assuntos de direito” (THEODORO JUNIOR. *Curso de Direito Processual Civil I*, p.108).

¹⁵⁴ CALAMANDREI. *Opere Giuridiche I*, p.118.

¹⁵⁵ Sobre o tema da cooperação judiciária nacional, cf. DIDIER JR. *Cooperação Judiciária Nacional*, op. cit.

¹⁵⁶ CAMPOS. *O Compartilhamento de Competências no Processo Civil*, op. cit.

¹⁵⁷ Cf. item 4.4.2, *supra*.

poder causal sobre a transformação pretendida pela *reforma estrutural*. Deve-se, para tanto, delimitar o alcance semântico e jurídico que se está a atribuir à noção de ‘sujeitos processuais’.

Nesse sentido, faz-se alusão às considerações de Sofia Temer que, em sua tese de doutoramento¹⁵⁸, desatrelou as análises do interesse de agir e da legitimidade processual, nas hipóteses de processos judiciais que ela denomina ‘multipolares’, ou seja, aqueles que, a partir da terminologia aqui aplicada, exibam múltiplos centros de interesses. Portanto, exatamente o caso dos processos coletivos estruturais. Adicionalmente, a referida autora considerou que a verificação da atuação dos sujeitos no processo judicial deve se dar em relação a cada ato praticado no processo¹⁵⁹. Conjugando-se as duas noções, tão logo, conclui-se que a prática de um determinado ato processual deve ser franqueada ao sujeito que demonstrar interesse de agir na realização desse ato – ainda que não se trate, necessariamente, de sujeito que teria legitimidade ativa para o ajuizamento da ação. Trata-se de constatação que ganha especial relevância, diante dos propósitos da presente pesquisa, em razão do fato de que, para os processos coletivos como gênero (e, portanto, enquanto espécie, para os processos coletivos estruturais), a legislação atribui legitimidade extraordinária institucional restritivamente a entidades específicas¹⁶⁰ – deixando de inserir nesta categoria agentes e algumas partes relacionais do sistema social cujas tomadas de decisão se revistam de estratégico poder causal para cocriar modificações e, assim, transformações nas estruturas sociais.

A preocupação em se atribuir proeminência às tomadas de decisão desses sujeitos – sejam eles integrantes das coletividades interessadas, porta-vozes destas ou de instituições – decorre das premissas fundamentais que são sustentadas nesta pesquisa. A premissa de que (i) a natureza de fenômeno social, da qual se reveste o gênero dos litígios coletivos, acentua seu potencial de transformação das formas sociais e, assim, confirma sua inerente mutabilidade¹⁶¹. A premissa de que (ii) referida mutabilidade se manifesta de forma exacerbada em litígios coletivos de difusão irradiada, especialmente, nos *litígios estruturais* – os quais, por sua própria natureza, envolvem desconformidade inconstitucional nas interações entre as partes do sistema social ou, mais especificamente, entre suas instituições (portanto, desconformidade nas ‘estruturas’, sob a acepção sociológica emergentista¹⁶²). E a premissa de que (iii) a intensa mutabilidade destes litígios intensifica também¹⁶³ o poder causal que emerge das interações

¹⁵⁸ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.211.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Sobre o tema, cf. item 7.1.1, *infra*.

¹⁶¹ Cf. item 3.5, *supra*.

¹⁶² ARCHER. *Realist Social Theory*.

¹⁶³ Por intermédio, inclusive, de sua própria *conflituosidade* elevada.

entre seus agentes para provocar modificações nestas mesmas instituições e na forma como estas interagem entre si (ou seja, modificações nas ‘estruturas’).

A acentuação do poder causal destes agentes (e das próprias instituições, que, em conjunto com eles, cocriam tais modificações) torna insuficientes os modelos processuais coletivos que se proponham a solucionar *litígios estruturais* a partir da clássica valorização do solipsismo das tomadas de decisão por órgãos investidos da jurisdição. Assim, parte-se da proposição teórica de Sofia Temer, para se considerar que a atuação dos ‘sujeitos processuais’, no ciclo de implementação de processos coletivos estruturais, deve ser avaliada ato a ato – e não a partir da lógica de legitimidade *ad causam* que rege o gênero processual como um todo. Expande-se, assim, a noção de ‘sujeito processual’, para que alcance aqueles agentes e partes relacionais do sistema social que venham ao processo, em seu ciclo de implementação e, nele, exerçam seu agir deliberativo (com seu correspondente poder causal), ora interferindo, ora direcionando a *reforma estrutural* e, logo, cocriando modificações no mesmo sistema social. Por isso, considerá-los enquanto participantes-decisores. Evidentemente, não se pretende contemplar, na categoria dos ‘sujeitos processuais’, *todos* aqueles agentes cujas tomadas de decisão exerçam poder causal transformativo no sistema social – delimitando-se o conceito, portanto, àqueles sujeitos que exerçam esse agir deliberativo *no ciclo de implementação do processo coletivo estrutural*.

Esta última observação, por sua vez, exige atenção interpretativa, a fim de que não se lhe dispense conotação excessivamente estreita, nem excessivamente ampla. Isso porque tal agir deliberativo não se limita a atos postulatórios porventura praticados por estes agentes, por peticionamento, na relação processual. Ao mesmo tempo, não se expande o suficiente para corresponder a todo ato que, ‘durante o ciclo de implementação’, provoque transformações nas interações entre as instituições de larga-escala que desencadeiem o *litígio estrutural*. Por isso, delimita-se que o agir deliberativo a que se busca fazer referência, e que atribui, àquele que o pratica, o título de ‘sujeito processual’, consiste na atuação reflexiva e correspondentes tomadas de decisão realizadas, pelo agente ou parte relacional do sistema social, em concretização de etapa expressamente designada para o *ciclo de implementação*. Dentre as quais, audiências públicas, reuniões de grupos de monitoramento ou de trabalho, reuniões de comitês de agentes e instituições estratégicos, atos praticados por *special master*, decisões tomadas no âmbito de *claims resolution facilities* ou postulações dos próprios entes legitimados à tutela jurisdicional coletiva. Acrescenta-se a esse quadro, também, por razões que se designará com detalhamento

adiante¹⁶⁴, o agir deliberativo de terceiros financiadores de litígios (*third-party funders*), em razão do controle que podem exercer sobre a atuação dos ‘sujeitos processuais’ aparentes.

Portanto, o argumento sociológico se soma à exigência jurídico-constitucional de participação, para o fim de estimular que se adote modalidade participativa não-ficta e que se transportem ao ambiente processual essas interações e tomadas de decisões de agentes estratégicos do sistema. O propósito é que se tenha em conta, constantemente, o poder causal dessas interações e, a partir de seu monitoramento, que se aprimore o modo como repercutam nas interações sociais e, por conseguinte, cocriem transformações nestas interações, garantindo que se direcionem à maior concretização dos valores constitucionalmente assegurados. Este objetivo permite constatar, também, que a importância de se expandir a categoria dos ‘sujeitos processuais’, nos termos propostos, consiste em se estender a esses agentes e partes relacionais as fundamentais obrigações processuais de boa-fé objetiva e cooperação, e também de se lhes sujeitar à responsabilidade civil por dano processual (litigância de má-fé) e às penalidades por eventuais práticas de atos atentatórios à dignidade da justiça – aperfeiçoando-se a condução da *reforma estrutural* junto ao órgão jurisdicional.

Norteando-se por esses valores, sustenta-se a ideia de que o ciclo de implementação, em processos coletivos estruturais, não contemplaria meramente provimentos *judiciais* em cascata, mas verdadeira sucessão cíclica de ‘decisões subjetivamente complexas’ – ou, se assim se preferir, ‘decisões subjetivamente complexas’ *em cascata*. Em outras palavras, sustenta-se que cada uma das decisões, dispostas em cascata no *ciclo de implementação*, deva ser tratada como ato subjetivamente complexo, integrado não apenas pela deliberação judicial em si, como também pelas tomadas de decisão de demais sujeitos processuais que, conforme o caso, se entrelacem à ela. Portanto, se, a título de exemplificação, for convocado grupo de trabalho para elaboração de plano de ação voltado à implementação de reforma estrutural, a deliberação que envolver a adoção do respectivo plano compreende a confluência da tomada de decisão por deliberação coletiva dos integrantes do grupo de trabalho, assim como também a tomada de decisão por deliberação individual do órgão jurisdicional que controle sua validade e sua correspondência aos parâmetros mínimos previamente estipulados na decisão estrutural.

Destaca-se, neste aspecto, que o adjetivo (‘complexas’) utilizado por Calamandrei para dar nome à espécie de decisões, não acompanha o mesmo sentido atribuído por Edilson Vitorelli à *complexidade* presente em litígios coletivos de difusão global, local ou irradiada – visto que, neste último caso, o termo apresenta conotação objetiva, referindo-se à multiplicidade

¹⁶⁴ Cf. item 7.1.4, *infra*.

de possíveis alternativas resolutivas ao litígio. A ideia de decisões ‘complexas’ a que se refere Calamandrei¹⁶⁵, por outro lado, apresenta conotação subjetiva, correspondendo à multiplicidade de órgãos ou autoridades com diferentes competências ou atribuições, que sejam conjuntamente responsáveis por compor uma decisão unificada. Assim, quando se falam em ‘decisões subjetivamente complexas’ em cascata, no ciclo de implementação, em processos coletivos estruturais, faz-se referência ao fato de que as tomadas de decisão estratégicas que se sucedem, uma à outra, sob ótica dialógica, constituem-se como atos complexos compartilhados pelo magistrado, como órgão jurisdicional, e por diversos outros sujeitos não investidos da jurisdição, que serão identificados conforme os modelos agregativos ou não-agregativos que se vierem a adotar. No entanto, a interação entre magistrado e sujeitos não-investidos da jurisdição que se tem sob análise, não se simplifica à mera ideia de homologação de transações pelo órgão jurisdicional, por duas fundamentais razões.

Em primeiro lugar, por não se propor que devesse haver necessariamente, entre os sujeitos não-investidos da jurisdição, a celebração de acordo para ser levado à homologação. A tradicional ideia de autocomposição e de celebração de acordos suscita debates a respeito da disponibilidade e, também, da transigibilidade dos direitos envolvidos¹⁶⁶ – características que podem ser de verificação mais ou menos custosa em relação aos interesses implicados em *litígios estruturais*. Além disso, por trás da ideia de celebração de um acordo, pressupõe-se o consenso, ou seja, a concordância unânime entre seus signatários, a respeito de seus termos. Em contrapartida, a unicidade de vontades em torno de uma mesma conclusão não é um objetivo que se considere indispensável nas tomadas de decisão realizadas por agentes da coletividade ou de instituições, em meio à resolução de litígios tão marcadamente conflituosos. Pelo contrário, conforme a dinâmica que se adote em comitês de agentes estratégicos, grupos de trabalho ou grupos de monitoramento, por exemplo, o consenso pode não ser exigido.

Em segundo lugar, pelo fato de que, na atividade de homologação, prepondera a análise da validade do instrumento autocompositivo, por parte do órgão jurisdicional, a partir, por exemplo, dos próprios requisitos exigidos pelo artigo 104 do Código Civil. Porém, no caso de ‘decisões subjetivamente complexas’, considera-se o órgão jurisdicional como sujeito efetivamente responsável por cocriar a resolução do litígio. A ideia de cocriação, neste caso, por outro lado, não legitima o órgão jurisdicional para que este se constitua como porta-voz dos interesses do Poder Judiciário ou de nenhum dos múltiplos polos, no processo deliberativo. Mas

¹⁶⁵ CALAMANDREI. *Opere Giuridiche I*, op. cit.

¹⁶⁶ Cf. VIANA, Thaís Costa Teixeira. **A Resolução Consensual na Tutela Processual Coletiva ao Meio Ambiente**: Perspectivas para a Reparação do Dano Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

torna-o responsável por assegurar que as deliberações que se desenvolvam entre os sujeitos não-investidos da jurisdição conservem-se em alinhamento com a âncora constituída pela decisão estrutural – a não ser que seja demonstrada e fundamentada a necessidade de reposicionamento desta âncora (com a redefinição dos parâmetros mínimos de superação da desconformidade estrutural). Portanto, reserva-se ao órgão jurisdicional um papel ativo de curadoria do conteúdo das tomadas de decisão – e não de sua mera homologação.

6.4. POR QUE SE FALAR EM ‘DECISÕES SUBJETIVAMENTE COMPLEXAS’?

A proposta que ora se faz, no sentido de se considerarem, para fins processuais, a integração do agir deliberativo individual ou coletivo dos ‘sujeitos processuais’ não-investidos da função jurisdicional, à atuação deliberativa do órgão jurisdicional, para o fim de se ter em conta a realização de um único ato processual – subjetivamente complexo – suscita, contudo, o questionamento fundamental que intitula esta seção. Haveria utilidade processual em se modificar o olhar que se dispensa a cada uma das decisões, que se dispõem em cascata, no ciclo de implementação de reformas estruturais, e passar a considerá-las como um ato composto por diversas atuações deliberativas – que não apenas aquela do órgão jurisdicional? Demonstra-se que sim. O escopo da proposta em questão encontra justificativa tanto sob o ponto de vista jurídico-sociológico, à luz da abordagem emergentista, que se aplica como referencial teórico à pesquisa, quanto sob perspectiva jurídico-processual.

A explicação jurídico-sociológica repousa na sistemática, já amplamente defendida, de que as transformações nas interações entre partes relacionais do sistema social (almejada em reformas estruturais) são cocriadas pelo agir deliberativo dos agentes desse mesmo sistema, pela forma como se relacionem entre si, e pelas conformações sociais preexistentes, que podem constituir catalisadores ou oferecer resistência a estas transformações. Portanto, sob o ponto de vista sociológico, o fenômeno social buscado pelas reformas estruturais não é fruto de tomadas de decisão solipsistas, mas resultam de ações e deliberações subjetivamente complexas. A proposta se alinha, também, com a *teoria da mobilização legal como fenômeno de ação coletiva*¹⁶⁷, segundo a qual atores sociais com poder estratégico de tomada de decisão para coletividades engajam-se em acionar o sistema jurídico para obter transformação social e a

¹⁶⁷ THIERSE, Stefan; BADANJAK, Sanja. **Opposition in the EU Multi-Level Polity: Legal Mobilization against the Data Retention Directive**. Cham, Suíça: Palgrave Macmillan, 2021, p.86 et seq. Cf. também, PRABHAT, Devyani. **Unleashing the Force of Law: Legal Mobilization, National Security, and Basic Freedoms**. London: Palgrave and Macmillan, 2016, p.59 et seq.

regulação do comportamento de outro ator social, por intermédio da afirmação de direitos de uma coletividade¹⁶⁸.

Sob ponto de vista jurídico-processual, tem-se que, ao se unificar sob um único ato processual o agir deliberativo dos diversos sujeitos processuais (investidos ou não da função jurisdicional), em relação a cada ‘etapa’ da cascata no ciclo de implementação, concentra-se também, consequentemente, a aferição de sua legitimidade e validade, de forma que vícios formais passam a poder comprometer a tomada de decisão estratégica de forma multidirecional, como um todo. Por óbvio, o objetivo da proposta não se encontra em ampliar o risco de prejuízo na hipótese de vício formal nos atos deliberativos. Mas de se consolidar a ideia de que, no ciclo de implementação, em processos coletivos estruturais, os sujeitos participantes-decisores e também o órgão jurisdicional *compartilham* o múnus e a responsabilidade de assegurar a legitimidade, a validade e a adequação das decisões tomadas.

A consideração destas decisões como subjetivamente complexas atuaria como estratégia de ‘arquitetura da escolha’, ou seja, *nudge* processual, moldado com o propósito fundamental de estimular aos sujeitos diretamente envolvidos na implementação da reforma estrutural, pela via jurisdicional, o estabelecimento de dinâmica de interação alicerçada em seu automonitoramento e, também, no controle da atuação de seus pares – em uma sistemática de fiscalização recíproca da validade formal dos atos praticados. Neste ponto, inclusive, faz-se a ressalva de que a medida não poderia, em contrapartida, tornar atrativa a providência de se ‘deixar de convocar’ sujeitos para atuarem diretamente no ciclo de implementação, uma vez que, demonstrado o prejuízo, poderia se estar diante de hipótese de nulidade do ato decisório por vício de participação.

Vê-se, portanto, que a invocação da versão adaptada da expressão de Calamandrei, no contexto, não tem o simples propósito de propor a adoção de terminologia diferenciada, mas principalmente de ampliar o dimensionamento acerca da responsabilidade por tomadas de decisão estratégicas para coletividades, na implementação de reformas estruturais. A despeito de se tratar de decisões tomadas enquanto atos integrantes do método processual, não são

¹⁶⁸ THIERSE, BADANJAK. *Opposition in the EU Multi-Level Polity*, p.78 e 86. Sobre o tema, cf. VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p.140: “[...] a mobilização do direito envolve a análise de efeitos mais difusos e mais indiretos de *ações coletivas* (*ação coletiva* aqui deve ser entendida não no sentido processual, mas como condutas de pessoas reunidas em grupo que, por compartilharem os mesmos interesses, agem em conjunto) e toma-se a noção de *grupo social* como conjunto de pessoas que, por compartilharem interesses comuns, visam agir em conjunto). Enfim, a *Teoria da Mobilização Legal* pretende estudar os efeitos dos processos judiciais para além da vitória ou derrota processual, enfatizando outros efeitos gerados pelo uso da lei por *grupos sociais* (*ação coletiva*), bem como chamando a atenção para o fato de que a lei se transforma ao ser acionada (*mobilizada*) por *grupos sociais* em ações coletivas”.

construídas exclusivamente pela atuação deliberativa do órgão jurisdicional. Pelo contrário, constituem-se como atos decisórios complexos que podem ser construídos mediante a confluência de modelos de atuação agregativos ou não-agregativos de sujeitos processuais¹⁶⁹.

Vale ressaltar, contudo, que a proposta que se realiza sobre a verificação unificada da validade e legitimidade dos atos subjetivamente complexos não se estende para a aferição da responsabilidade dos agentes por eventual descumprimento de seus deveres processuais de boa-fé objetiva e cooperação – a análise destes deve se conservar individualizada. Além disso, em uma breve comparação, sob o ponto de vista do conteúdo da *reforma estrutural* em si, a responsabilidade pessoal que se atribui a estes sujeitos decorre da noção de ‘obrigação de meio’ que se contrapõe, no direito civil, às ‘obrigações de resultado’. Em outras palavras, preocupa-se em mensurar a responsabilidade destes sujeitos processuais em sua diligência, informação, ética, transparência, participação democrática e cumprimento de deveres processuais em sua atuação (ainda que esta possa vir a ser apenas pontual ou eventual) no ciclo de implementação de processo coletivo estrutural. Em contrapartida, até mesmo diante da altíssima mutabilidade destes litígios, que lhes acarreta a intensa reverberação de efeitos prospectivos e, consequentemente, acentua a margem de incerteza intratável das medições preditivas que necessariamente devam ser realizadas, não seria adequado considerar-lhes a responsabilização aos moldes das ‘obrigações de resultado’ – como se assumissem estes sujeitos a obrigação do alcance de um resultado específico para a reforma estrutural.

¹⁶⁹ Cf. capítulo 7, *infra*.

7. TOMADAS DE DECISÃO SUBJETIVAMENTE COMPLEXAS EM PROCESSOS COLETIVOS ESTRUTURAIS E SEUS MODELOS DE AGREGAÇÃO DE SUJEITOS

Em sua tese de doutoramento, Sofia Temer¹⁷⁰ propõe novos vetores para o modelo de participação processual, a partir da demonstração da insuficiência dos axiomas nos quais se alicerçam o atual sistema de sujeitos processuais, aplicado pelo ordenamento jurídico brasileiro (e, em grande medida, pelo sistema integrado de tutela jurisdicional coletiva). Neste tradicional sistema, a autora identifica o apego a valores jurídicos como a disponibilidade, que garante majoritariamente à parte requerente a prerrogativa para delimitar os limites subjetivos da lide; a estaticidade, que restringe as possibilidades de alterações desses limites subjetivos apenas às primeiras fases do trâmite processual; a linearidade, que espera que os sujeitos processuais adotem atuação unidirecional; a tipicidade, que delimita aos termos da lei as modalidades de atuação e intervenção processual; e a bilateralidade, que acomoda o processo em dois polos¹⁷¹.

Por trás da ideia de bilateralidade¹⁷², identifica-se um modelo processual binário, que estimula a polarização dos sujeitos envolvidos na relação processual em dois lados, com posicionamentos e interesses antagônicos entre si. Trata-se de bilateralidade cuja representação espacial lembraria moderadamente a dinâmica de um pêndulo simples, o qual oscila entre duas posições extremas, sustentado por um fio que assegura a constância dos movimentos, em torno de um ponto central de equilíbrio em que os vetores peso e tração se cancelam. O fio, na analogia, representaria o devido processo legal que, aplicando sua força centrípeta, tem o propósito de assegurar isonomia de oportunidades processuais aos dois polos de interesses jurídicos antagônicos, estes metaforicamente representados pelos pontos extremos, em cada lado, que marcam os limites da órbita em meia-lua do pêndulo. O órgão jurisdicional, por sua vez, imparcial e independente, seria representado nesta analogia pelo ponto médio da trajetória orbital, no qual as forças peso e tração não prevaleceriam uma sobre a outra.

Na Física, a representação do pêndulo simples não considera que forças endógenas ou exógenas (tais como forças de atrito, por exemplo) pudessem dissipar o movimento orbital entre os dois polos antagônicos. E, no modelo processual civil clássico, com algum esforço hermenêutico naturalmente exigido pelas explicações metafóricas, pode-se também visualizar certa resistência a se admitir o rompimento da polarização binária entre os interesses da parte

¹⁷⁰ TEMER. *Participação no Processo Civil*, op. cit.

¹⁷¹ *Ibid.*, p.29-88.

¹⁷² A ideia de bilateralidade já foi, também, apontada em mais uma ocasião, neste trabalho, sob a denominação de 'bipolaridade', a fim de se fazer referência ao modelo de litigância que se contrapunha àquele que surgia nos Estados Unidos, nas décadas de 1950 e 1960. Cf. capítulo 4, *supra*.

processual autora e aqueles da parte processual ré. Até mesmo as hipóteses de intervenção de terceiros, típicas, permitem antever esta resistência, na medida em que – ora concedendo, ora privando do superveniente status de parte processual, aquele que, como terceiro, ingressar na lide – permanecem empenhando-se em alinhar referidos intervenientes a um dos dois polos antagônicos estabelecidos. Ou, surpreendentemente, ao próprio ponto médio da trajetória orbital, como ocorria com o clássico delineamento que se atribuía ao *amicus curiae*.

No entanto, a representação gráfica do pêndulo simples não se faz suficiente para traduzir a conformação subjetiva das relações jurídicas processuais observadas em processos coletivos estruturais. Em princípio, pelo fato de a polarização binária desta representação não comportar a consideração de sujeitos que possam pretender se situar em quaisquer outros pontos intermediários do eixo que separa aqueles dois polos iniciais e antagônicos. Além disso, sequer seriam contemplados pela representação pendular aqueles agentes ou partes relacionais do sistema social cujos interesses não os fizessem situar em posições intermediárias desta trajetória pendular, mas verdadeiramente fora dela – alguns mais próximos e outros mais distantes do eixo central. E, por fim, principalmente, pelo fato de que o alto grau de mutabilidade, provocado pelo poder causal das interações sociais sobre o litígio estrutural, impede que se lhe dispense tratamento jurisdicional resolutivo que não considere as forças endógenas ou exógenas que possam dissipar o movimento orbital ou influenciar nas tomadas de decisão dos sujeitos.

Com o intuito de se arrematarem as considerações que são tecidas nesta pesquisa, a respeito do agir deliberativo dos agentes e partes relacionais do sistema social, para a resolução de *litígios estruturais* pela via jurisdicional de processos coletivos estruturais, este capítulo tem o escopo de: (i) identificar que o potencial transformativo das tomadas de decisões no ciclo de implementação de *reformas estruturais* se condiciona aos tipos de dinâmicas que rejam as interações entre os participantes-decisores; (ii) avaliar a efetividade e os riscos de ruído e enviesamento nas tomadas de decisão estratégicas para *reformas estruturais*, em processos coletivos estruturais, realizadas por agentes singulares não inseridos em modelos agregativos; (iii) avaliar a efetividade e os riscos de ruído e enviesamento em tomadas de decisão estratégicas que tenham equivalente finalidade, em processos coletivos estruturais, e sejam realizadas por deliberação coletiva, a partir de modelos agregativos de sujeitos; e (iv) propor um modelo para tomadas de decisão subjetivamente complexas, em processos coletivos estruturais, que enfoque na mitigação do risco de interferências cognitivas e na efetividade da transformação estrutural.

Com vistas a se promover o alcance destes objetivos, retoma-se momentaneamente o caso ‘Raposa Serra do Sol’. O litígio coletivo que envolvia a validade ou nulidade dos atos

de demarcação contínua da terra indígena não se resumia a questões que pudessem ser apuradas retrospectivamente – pela via de reparação de danos, cessação de ameaças de lesão a direitos ou responsabilização civil e administrativa de agentes individuais. Mas apresentava relevante importância prospectiva, passível de produzir transformações sociais sistêmicas, positivas ou não. A decisão a respeito da nulidade ou validade da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol mostrava-se decisiva ao agravamento ou à contenção de impactos ambientais na área, decorrentes de desmatamento e queimadas, ao mesmo tempo em que colocava em xeque o direito de comunidades tradicionais à ocupação e uso de seu território, que não apenas representava sua fonte de subsistência, como também sua vinculação histórica, cultural, espiritual. Ainda, apresentava importância estratégica e política, na medida em que, conforme se posicionasse a Corte, poderia estimular pretensões de natureza similar em relação a outras áreas análogas.

Para a resolução prospectiva deste litígio, não bastaria tomar a coletividade como um conjunto homogêneo e constante – sendo indispensável que se considerassem (em maior medida do que se observou na efetiva tramitação do caso) os agentes e partes da coletividade, assim como os tipos de interações estabelecidos entre eles. Portanto, não seria suficiente ou adequado considerar a população indígena local sob uma fictícia homogeneidade – seja de manifestações culturais, ou, principalmente, para as finalidades resolutivas do litígio, de alinhamentos político-econômicos, subsistência, vulnerabilidades, empoderamentos, alianças estratégicas e relações com grupos não-indígenas. Termômetro disso é o próprio retrato da situação vivenciada entre os povos indígenas e grupos de não-indígenas que deixaram o local, imediatamente nos primeiros anos após o primeiro julgamento da Ação Popular n.º 3388.

Conforme informações do ‘Mapa de Conflitos Envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil’, produzido pelo Núcleo Ecologias, Epistemologias e Promoção Emancipatória da Saúde (Neepe), junto à Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) e à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)¹⁷³, observava-se “intensa perseguição por parte da classe política e dos rizicultores”¹⁷⁴ aos povos indígenas em Raposa Serra do Sol em junho de 2011. Segundo o Mapa de Conflitos, isso poderia ser observado nitidamente a partir das reações desencadeadas

¹⁷³ NÚCLEO ECOLOGIAS, EPISTEMOLOGIAS E PROMOÇÃO EMANCIPATÓRIA DA SAÚDE, ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA, FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. O Caso da TI Raposa Serra do Sol e o Perigo do Efeito Cascata sobre Demarcações Indígenas Futuras e já Homologadas. In: **Mapa de Conflitos envolvendo Justiça Ambiental e Saúde no Brasil** [recurso eletrônico], nov.2020. Disponível em: http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/o-caso-da-ti-raposa-serra-do-sol-e-o-perigo-do-efeito-cascata-sobre-demarcacoes-indigenas-futuras-e-ja-homologadas/#contexto_ampliado – Acesso em 05 jun.2022.

¹⁷⁴ *Ibid.*, sem página.

após publicação da série de reportagens ‘Fronteira do Abandono’, da TV Bandeirantes, que, em crítica aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, apontaria que, com a retirada de produtores rurais da respectiva terra indígena, famílias indígenas teriam passado a vivenciar situações de miserabilidade, inclusive com reduzidas oportunidades de trabalho¹⁷⁵. “A Associação dos Povos Indígenas de Roraima (APIRR), a Associação Indígena Tupinambá da Serra do Padeiro (AITESP) e o Conselho Indígena de Roraima (CIR) manifestaram-se contra o teor das reportagens”¹⁷⁶, sustentando que seus relatos se refeririam a reflexos de exclusão social que não decorreria da demarcação contínua da terra indígena, e que afetaria outros grupos sociais vulnerabilizados em muito maior intensidade do que os próprios povos indígenas.

Da mesma forma, em agosto de 2011, ocorreram algumas audiências públicas – tanto na Assembleia Legislativa de Roraima, quanto na Câmara de Deputados – para se debater, respectivamente, a situação de famílias não-indígenas retiradas da terra indígena Raposa Serra do Sol (as quais não compreenderiam apenas grandes latifundiários e rizicultores, mas também produtores individuais e familiares, de pequena escala, e trabalhadores em geral), e os reflexos da demarcação sobre povos indígenas e não-indígenas no local. Em ambos os casos, há relatos de graves queixas de grupos vulnerabilizados, quanto à inefetividade e insuficiência de políticas públicas que lhes fossem protetivas, assim como forte presença e participação de segmentos sociais de maior influência político-econômica¹⁷⁷.

Tanto em relação às reações provocadas à série de reportagens mencionada, quanto no que concerne às queixas apresentadas nas audiências públicas, pode-se diagnosticar, minimamente, que a vulnerabilidade a direitos coletivos discutida no caso ‘Raposa Serra do Sol’ extrapola a simples ideia de *uma* coletividade coesa e com interesses alinhados. Pelo contrário, identificam-se, no interior desta coletividade, agentes com maior ou menor poder de influência nas tomadas de decisão estratégicas, assim como subgrupos (‘partes’ da coletividade) com interesses próprios, que se modulam à medida que se verifiquem os resultados causais de suas próprias interações com os demais subgrupos interessados e agentes estratégicos. A superação dos desafios impostos pelo caso ‘Raposa Serra do Sol’, assim como o propósito de assegurar ao máximo os direitos constitucionais garantidos aos povos indígenas, e também a todos os cidadãos e coletividades cujos interesses se encontrem em jogo, prolonga-se até os dias atuais. Inclusive no que concerne à possibilidade de modificação do entendimento do

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

Supremo Tribunal Federal a respeito da polêmica tese do marco temporal para o direito de demarcação de terras indígenas¹⁷⁸.

As características do *litígio estrutural*, especialmente quanto à sua mutabilidade e seu potencial transformativo¹⁷⁹, permitem identificar a indispensável importância da realização de medições de natureza preditiva¹⁸⁰, para sua resolução. Por isso, inclusive, já há décadas, a doutrina estadunidense identificou o enfoque eminentemente prospectivo da correspondente espécie de litigância e dos atos processuais voltados à sua resolução. Todavia, não se olvida, também, que consiste em atributo indissociável das medições preditivas a ampla margem de ignorância objetiva – que contempla tanto a incerteza intratável (ou seja, as informações cujo conhecimento prévio seria impossível), quanto a informação imperfeita (vale dizer, os dados que não se possui, embora fosse possível obtê-los)¹⁸¹. Como consequência, intensifica-se o risco de erros¹⁸² a que possam estar sujeitas essas medições.

Notadamente, no âmbito do processo coletivo estrutural, a mensuração do ‘erro’ ou do ‘acerto’ em tomadas de decisão acrescenta variáveis à análise proposta pela psicologia comportamental¹⁸³. Esta última mensura o risco de erro nas tomadas de decisão, a partir da identificação de interferências cognitivas que possam desvirtuar as deliberações dos agentes tomadores de decisão, distanciando-as de conclusões que fossem essencialmente racionais (lógicas ou técnicas). É evidente, porém, que, caso se identifique efetivo ‘erro’ no conteúdo destas deliberações, exista a possibilidade de que este não seja exclusivamente atribuível às referidas interferências cognitivas, mas a fatores de diversas ordens, tais como as limitações do avanço científico e das correspondentes informações disponíveis, e até mesmo a já mencionada incerteza intratável (no que concerne às medições preditivas).

Considerando-se especificamente as tomadas de decisão no processo coletivo estrutural, que reverberem nos interesses jurídicos das coletividades, tem-se que seu efetivo ‘acerto’ se condiciona à sua aptidão para assegurar que o *litígio estrutural* canalize seu potencial transformador¹⁸⁴ das estruturas e das dinâmicas de interação entre agentes da sociedade, em direção à maior proteção aos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Para tanto, se

¹⁷⁸ BRASIL. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC*, *op. cit.*

¹⁷⁹ *Cf.* item 3.5, *supra*.

¹⁸⁰ *Cf.* itens 2.2 e 3.5.2.1, *supra*.

¹⁸¹ *Op. cit.* KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN, 2021, p.138.

¹⁸² *Cf.* item 2.3, *supra*.

¹⁸³ Sobre o risco de erro em tomadas de decisão realizadas por seres humanos, sob a perspectiva da psicologia comportamental, *cf.* KAHNEMAN, TVERSKY. *Prospect Theory*; SLOVIC. *Perception of Risk*; KAHNEMAN. *Rápido e Devagar*; TETLOCK, GARDNER. *Superprevisões*; SIBONY. *You’re About to Make a Terrible Mistake*; KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*. O tema é tratado no capítulo 2 desta pesquisa.

¹⁸⁴ *Cf.* item 3.4, *supra*.

mantém a relevância da análise da suscetibilidade destas tomadas de decisão a interferências cognitivas (vieses e ruídos) que possam amplificar o risco de que se desvirtuem de medições preditivas e avaliativas lógicas e técnicas. Porém, deve-se aplicar o paradigma emergentista¹⁸⁵, para se ter em conta que, sobre essas interferências cognitivas a que estiverem suscetíveis os indivíduos decisores, incide também o poder causal das dinâmicas de interação preexistentes entre eles – como endossam as próprias conclusões de Timur Kuran e Cass Sunstein¹⁸⁶ (já expostas, por ocasião da análise das ‘tomadas de decisão estratégicas para coletividades e por deliberação coletiva’).

A consequência para o processo coletivo estrutural é que o potencial transformador das tomadas de decisão passa a depender não apenas da simples garantia de ‘oportunidade’ de participação, ação, reação e influência aos sujeitos interessados, como também do tipo de dinâmica de interação que se instalará no processo entre esses sujeitos interessados e as instituições envolvidas – participantes-decisores na construção da resolução. Sustenta-se, portanto, que a análise crítica das dinâmicas de interação entre estes agentes, aferíveis a partir dos modos pelos quais se agremiem ou não para tomar decisões estratégicas (modelos agregativos ou não-agregativos de sujeitos), constitui parâmetro referencial para que se conjecture a respeito de seus riscos de enviesamento ou de ruído, e deve ser guia de orientação para o apontamento de estratégias de desenviesamento das tomadas de decisão subjetivamente complexas, em processos coletivos estruturais.

7.1. MODELOS DE ATUAÇÃO E DELIBERAÇÃO ‘NÃO-AGREGATIVOS’ DE SUJEITOS PROCESSUAIS

Retomando-se a delimitação que se atribui à categoria dos ‘sujeitos processuais’¹⁸⁷, para o ciclo de implementação de processos coletivos estruturais, tem-se que se inserem neste título aqueles agentes ou partes relacionais do sistema social que pratiquem atos para a concretização de etapas expressamente designadas a este ciclo ou exerçam controle direto sobre o agir deliberativo daqueles que o façam. E nesta sistemática, constituem-se como participantes-decisores da implementação da *reforma estrutural*. Como se defende nesta pesquisa, o agir deliberativo destes sujeitos pode se manifestar individualmente, ou em deliberação coletiva em

¹⁸⁵ Cf. item 3.3.2, *supra*.

¹⁸⁶ KURAN, SUNSTEIN. *Availability Cascades and Risk Regulation*, *op. cit.* Cf. também o item 2.5.1, *supra*.

¹⁸⁷ Cf. item 6.3.3, *supra*.

espaço de discussão plural¹⁸⁸ – sendo que, em uma hipótese, ou em outra, sustenta-se que deva ser considerada, na relação processual, a decisão subjetivamente complexa, na qual se agrega também a atuação de fiscalização, facilitação e gerenciamento por parte do órgão jurisdicional.

Como se propõe a avaliar, neste capítulo, a análise destas decisões subjetivamente complexas perpassa não apenas a garantia de sua validade e legitimidade, sob o ponto de vista jurídico-formal¹⁸⁹, como também a adequabilidade de seu conteúdo meritório – apto a orientar transformações estruturais no sistema social, e que envolverá, necessariamente, alto volume de medições preditivas. Por isso, ainda que subsista certa intangibilidade em se classificar o ‘acerto’ destas tomadas de decisão, torna-se fundamental a preocupação em se evitar que sejam especialmente vulneráveis a riscos de erros decorrentes de interferências cognitivas – as quais podem ser provenientes tanto da função desempenhada pelo sujeito participante-decisor, quanto das dinâmicas que regerem suas interações com seus pares (em caso de deliberações coletivas, tomadas por sujeitos agregados uns aos outros).

Nas seções a seguir, apresentam-se os principais sujeitos singulares (por isso, falar-se em modelos não-agregativos), não-investidos da função jurisdicional, e que tenham potencial para tomadas de decisão estratégicas para a coletividade – por deliberação individual ou institucional – em processos coletivos estruturais, com vistas à superação de *litígios estruturais*. Analisam-se, também, a suscetibilidade desses modelos de atuação e deliberação a vieses e ruídos que possam comprometer a efetividade da *reforma estrutural*.

7.1.1. Legitimidade Extraordinária Institucional e Centros de Interesse Coletivos Ausentes

No âmbito do sistema integrado de tutela jurisdicional coletiva, no Brasil, inverteu-se a regra geral aplicável pelo Código de Processo Civil de 2015, a fim de se seguir a lógica¹⁹⁰ de não coincidirem, no processo, as partes sob o ponto de vista processual¹⁹¹ e as partes sob a

¹⁸⁸ Cf. itens 2.5.1 e 2.5.2, *supra*.

¹⁸⁹ Cf. item 6.4, *supra*.

¹⁹⁰ Trata-se de premissa que encontra exceção na disposição do artigo 37 do Estatuto do Índio, o qual confere legitimidade às comunidades indígenas para que atuem na condição de partes processuais, nos processos coletivos que versem sobre seus próprios direitos materiais (BRASIL. Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm - Acesso em 15 jun.2022).

¹⁹¹ “Parte, em sentido processual, é aquele que pede e aquele em face de quem se pede a tutela jurisdicional” (NERY JUNIOR, Nelson. Condições da Ação. In: **Revista de Processo**, v.64/1991, p.33-38, out-dez.1991).

perspectiva material¹⁹². Por suas características próprias, e valendo-se das palavras de Tereza Thibau, a norma confere a ‘autoria ideológica’ do exercício do direito de ação, para ajuizamento processos coletivos, a entes que recebem uma “legitimação coletiva institucional”¹⁹³, de natureza concorrente e disjuntiva. Institucional, pelo fato de a respectiva legitimação não ser atribuída, via de regra, aos indivíduos integrantes da coletividade (à exceção da sistemática que rege as ações populares), mas a entidades de natureza institucional pública ou privada – a saber, Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, fundações, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e associações constituídas há pelo menos um ano, e que incluam a respectiva finalidade em seu estatuto social. Concorrente e disjuntiva, pelo fato de, identicamente legitimados, independerem uns do aval ou da atuação conjunta com os outros para desempenharem seu papel jurisdicional protetivo¹⁹⁴.

A referida autora, inclusive, vislumbra, nesta sistemática, tanto traços provenientes “da legitimação ordinária (estabelecida pela exegese sistemática e teleológica do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, que dispõe que tais entes recebem o poder para agir da própria justiça, e não do titular ‘ordinário’, neste caso, a coletividade)”¹⁹⁵, quanto traços característicos da legitimação extraordinária. A primeira se identificaria pelo fato de a promoção da tutela jurisdicional coletiva se inserir no escopo central das funções institucionais destas entidades legitimadas, configurando o seu próprio interesse jurídico na resolução do litígio. E, sob esta perspectiva, seria possível considerar que apresentariam, indiretamente, aparência de *parte material* – e meramente ‘aparência’, por não integrarem nenhum dos multifacetados polos da relação litigiosa coletiva em si, exurgindo seu interesse jurídico institucional apenas a partir de sua atuação como *parte processual*. Este último argumento, por sua vez, traz o fundamento

¹⁹² “[...] diz-se ordinária, ou bissubjetiva, a legitimação quando alguém promove uma ação na defesa de um direito do qual é o titular ou afirma ser o titular deste, ou seja, há uma coincidência entre o titular da relação jurídica de direito material e da relação jurídica processual. Entretanto, quando a legitimação ordinária não está presente na relação processual, somente por determinação legal será possível substituir a parte em sentido substancial por outra pessoa, para que esta provoque o juízo, surgindo então a figura da legitimação extraordinária (assumida por aquele que defende direito alheio, em nome próprio). E entre as espécies deste último gênero, está a substituição processual” (THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A Legitimação Ativa nas Ações Coletivas**: Um Contributo para o Estudo da Substituição Processual. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003, p.143). Cf. também GONÇALVES, Aroldo Plínio. A Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor e o Conceito de Parte. In: **Revista Forense**, vol. 331, Rio de Janeiro, 1995, p. 65-73.

¹⁹³ *Ibid.*, p.203-204 e 282.

¹⁹⁴ “[...] independente de se considerar a legitimação ordinária ou extraordinária, sem dúvida, ela é autônoma (quanto à independência de autorização, presença ou concordância do legitimado ordinário frente à atuação do ente intermediário); é concorrente (sendo inconstitucional a negativa do exercício da ação a legitimados ordinários ou determina-la legalmente de forma exclusiva); e, disjuntiva (visto que a legitimação de um concorrente não exclui a do outro, admitindo-se até litisconsórcio)” (THIBAU. *A Legitimação Ativa nas Ações Coletivas*, p.203).

¹⁹⁵ *Ibid.*, p.283.

para a identificação de sua real natureza de legitimação extraordinária – entendimento a que se adere (haja vista se ter cumprido, inclusive, a exigência do artigo 18 do Código de Processo Civil, de forma a se consignar a expressa autorização do ordenamento jurídico à perseguição de direitos, em juízo, por agente diverso do titular desses mesmos direitos¹⁹⁶).

Não se desconsidera, todavia, o fato de que a existência de interesse institucional, nos moldes descritos, já fez com que parte da doutrina visualizasse, na legitimação por eles assumida em processos coletivos, natureza puramente ordinária ou, ainda, autônoma. Esta última categorização é atribuída a Nelson Nery Junior, o qual postula não ser a escolha mais adequada classificar-se classicamente como ordinária ou extraordinária a legitimidade dos entes institucionais indicados por lei à tutela jurisdicional de coletividades, pontuando, contudo, que, se este fosse o caso, sua legitimação se aproximaria mais dos moldes ordinários¹⁹⁷. Em suma, em interlocução com a análise de Tereza Thibau, o autor interpreta estar-se diante de modelo de legitimação que exhibe marcada autonomia do ente legitimado para a condução do processo, incumbindo-lhe o poder transformador da realidade fática, na medida em que lhe cabe escolher sob qual aspecto trazer a narrativa do litígio ao juízo, determinar quais medidas remediais serão pleiteadas em petição inicial para a reparação do dano sofrido pela coletividade, e dessa forma, definir verdadeiramente os contornos da prestação jurisdicional que será buscada¹⁹⁸.

Os contornos dessa sistemática de legitimação adotada pelo sistema integrado brasileiro de tutela jurisdicional coletiva, por um lado, reproduzem a lógica estadunidense de *class actions*, especificamente por conservarem ausentes da relação jurídica processual, a princípio, os integrantes da coletividade interessada. Por outro lado, o modelo brasileiro se distanciou¹⁹⁹ do norte-americano, pelo fato de este último instituir sistema de representação adequada que visa a uma maior aproximação entre o sujeito processual e a coletividade tutelada.

¹⁹⁶ Cf. artigo 5º da Lei n.º 7.347/1985 e artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor. Neste ponto, inclusive, observa-se clara escolha normativa do Código de Processo Civil de 2015 pela flexibilidade procedimental, ao condicionar, em seu artigo 18, a legitimidade em modalidade extraordinária à simples autorização *do ordenamento jurídico*, e não *da lei* (como o fazia no artigo 6º do Código de Processo Civil revogado, de 1973). Por mais que se pareça tratar de sutil alteração redacional, proporciona considerável ampliação interpretativa ao instituto da legitimidade extraordinária e, portanto, aos contornos subjetivos de processos coletivos, na medida em que deixa de estabelecer como único fundamento à tutela jurisdicional coletiva, por entes legitimados, a literalidade da norma legislada.

¹⁹⁷ “Não se trata de legitimação extraordinária nem de substituição processual. Talvez até não devêssemos falar nessa dicotomia clássica da legitimidade das partes, mas sim numa “legitimidade autônoma para a condução do processo”, conforme têm acentuado os modernos processualistas alemães, que falam de uma *selbständige Prozeßführungsbefugnis*. Mas se formos reduzir essa legitimação para defender em juízo direitos difusos e coletivos àquela dicotomia, certamente estaremos diante de hipótese de ‘legitimação ordinária’ para a causa” (NERY JUNIOR. *Condições da Ação*, p.3).

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ Em sentido contrário, cf. BRANT, João Paulo Alvarenga. **O Controle Judicial da Representação Adequada no Processo Coletivo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

Isso pelo fato de, necessariamente, este sujeito ser membro dessa coletividade. A *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, nos Estados Unidos, regulamenta e autoriza a propositura de *class actions* ante a identificação de litígios que, por seu amplo alcance subjetivo, tornem impraticável o litisconsórcio em razão da numerosidade que este importaria²⁰⁰. Ressalva-se que, por ‘impraticabilidade’ não se insinua a necessidade de comprovação de real ‘impossibilidade’ do litisconsórcio, como ocorreria em hipóteses de litígios envolvendo coletividades com milhares ou milhões de membros. Mas se vislumbra, por outro lado, essa impraticabilidade “quando há dificuldade ou inconveniência de se administrar um processo com a presença de todos os interessados”²⁰¹. Além disso, estabelece-se como indispensável a demonstração de que, ainda que fosse viável a propositura da ação com a presença efetiva de todos os membros da coletividade, as características do litígio apontariam para a decisão unitária (como em um litisconsórcio unitário) a todos esses sujeitos (*commonality*)²⁰².

Nesse sentido, demonstrando a impraticabilidade do litisconsórcio, a *commonality* e o alinhamento entre os fundamentos e pedidos por si suscitados em relação às pretensões do grupo (*typicality of claims or defenses*)²⁰³, pode o membro desta coletividade exercer seu direito de ação, pleiteando a certificação de sua pretensão processual como *class action*. A partir dessa postulação, passa sua atuação processual a ser submetida a escrutínio casuístico do órgão julgador, a quem incumbe verificar a *representação adequada* deste postulante. O objetivo desta averiguação, “é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente os seus interesses”²⁰⁴, mesmo porque se trata de ação cujo resultado almeja revestir-se de vinculação *pro* e *contra* aos membros do grupo tutelado. Para a certificação da *representação adequada*, exige-se a comprovação cumulativa da vigorosa tutela dos interesses do grupo (sobretudo dos membros ausentes) e da ausência de conflitos de interesses entre o representante e os membros do grupo²⁰⁵. Ademais, expõem-se a esta certificação não apenas o

²⁰⁰ GIDI. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*, p.72-79.

²⁰¹ *Ibid.*, p.72-73.

²⁰² *Ibid.*, p.79-88.

²⁰³ *Ibid.*, p.88-99.

²⁰⁴ *Ibid.*, p.100.

²⁰⁵ “Quando o representante tem interesse processual e legitimidade (*standing to sue*) para levantar algumas questões comuns ao grupo, mas não todas, inúmeras possibilidades se abrem ao juiz de primeiro grau, a depender das peculiaridades do caso concreto. O juiz poderá: a) redefinir o grupo (*class redefinition*), restringindo-o aos membros em situação semelhante à do representante [...]; b) limitar a lide coletiva àquela parcela da controvérsia atingida pela tipicidade – ação coletiva parcial –, deixando as questões individualizadas para serem apuradas posteriormente, em ações individuais (*issue class action*) [...]; c) notificar o grupo e convidar a intervenção de outros membros para que substituam ou auxiliem o representante, aperfeiçoando o requisito; d) dividir o grupo em subgrupos mais homogêneos (*subclasses*), eventualmente nomeando outros membros e advogados para representar cada subgrupo, se necessário [...]; e) negar a possibilidade de prosseguimento da ação coletiva, não a

pretensão representante, e, portanto, membro, do grupo, como também o respectivo advogado ou escritório de advocacia a atuar – o qual, como se compreende, se torna procurador dos interesses *do grupo* e não *do representante deste*²⁰⁶, sendo contemporaneamente admitido como verdadeiro *dominus litis*²⁰⁷, por protagonizar a atividade defensiva dos interesses da coletividade, em detrimento do próprio representante, cuja importância por sua vez assume contornos mais emblemáticos, na medida em que, metaforicamente, personifica a pretensão. Não raro, este atributo prepondera na prévia escolha, pelo grupo, de quem será seu representante na *class action*, em detrimento de características do respectivo membro que lhe garantam, no plano material, papel mais central na persecução de conquistas sociais em prol da coletividade.

Tanto a configuração do modelo brasileiro de legitimação ativa, quanto do norte-americano, remanejam o poder de narrativa dos litígios coletivos, que originalmente caberia aos próprios agentes do sistema social cujos interesses estejam diretamente envolvidos, para confiá-lo a sujeitos que não integrem tal coletividade, mas assumam o múnus da postulação jurisdicional desses interesses. Como decorrência lógica, assume-se o risco de que estas narrativas reflitam, no mínimo, o olhar interpretativo desses sujeitos e seus próprios enviesamentos. O risco se acentua quando se considera a judicialização de litígio coletivo que, nos moldes daqueles estruturais, exibam forte traço policêntrico, contemplando inúmeros centros de interesses ausentes na relação processual. Não apenas torna-se custoso ao porta-voz institucional no processo identificar todos esses centros de interesses, como também dimensionar o modo como interagem entre si e exercem poder causal provocando modificações nas interações entre agentes e partes relacionais do sistema – e, assim, reflexivamente, sintam também o poder causal que emerge da forma como estes últimos interagem.

Por outro lado, Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros apontam para o fato de que a sensibilidade do ente legitimado em reconhecer a *teoria da mobilização legal*²⁰⁸, poderia transformá-lo em ‘ator de intermediação’ a favorecer a transformação social e “iniciar o *enquadramento legal* da injustiça nos casos de grupos não previamente organizados”²⁰⁹. Para se melhor esclarecer a possibilidade, os autores ponderam que, em hipóteses de litígios coletivos de difusão irradiada (como é o caso de *litígios estruturais*), é proveitoso que “se formem subgrupos com pautas específicas, a partir do contexto local ou da situação especial

certificando por falta do requisito da tipicidade: a ação poderá prosseguir somente na forma individual” (*ibid.*, p.98).

²⁰⁶ *Ibid.*, p.105.

²⁰⁷ *Ibidem.*

²⁰⁸ Cf. item 6.4, *supra*.

²⁰⁹ VITORELLI, BARROS. *Processo Coletivo e Direito à Participação*, p.149.

que estão vivenciando”²¹⁰, o que facilitaria o dimensionamento do litígio à ocasião de sua judicialização. O que ressalvam os autores, portanto, é que, na hipótese de não se verificar tal organização prévia, assumem os entes legitimados extraordinários o múnus de suprirem a respectiva lacuna, de forma a se converterem os promotores, advogados e defensores públicos em ‘atores de intermediação’. Complementam, ainda, que, havendo abertura institucional para tanto (retoma-se, aqui, a análise que se faz sobre a receptibilidade à transformação social, pelas formas sociais preexistentes²¹¹), “a *mobilização do direito* possibilita insurgências e emersão de saberes locais, seja quando há *elaboração das injustiças*, seja na verificação da *oportunidade legal*, seja quando há o *enquadramento legal*, seja, enfim, em uma das diversas formas de *interação*”²¹².

Destaca-se, por fim, no que concerne ao modelo brasileiro de legitimidade ativa para a tutela jurisdicional de coletividades, o fato de que, por mais que exista permissivo legal para a intervenção dos agentes singulares da coletividade, na relação processual, na condição de assistentes litisconsorciais (em hipótese de tutela a direito individual homogêneo), identifica-se verdadeira sistemática de ‘arquitetura da escolha’²¹³ a desestimular essa intervenção. Nesse sentido, pode-se identificar *nudge* legislativo com o propósito de provocar esse desestímulo, no parágrafo segundo do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que apenas os integrantes da coletividade que *não* tiverem intervindo no processo coletivo na condição de assistentes litisconsorciais poderão exercer seu direito de ação individualmente após uma sentença de improcedência naquele processo. Evidentemente, não se inviabiliza ao indivíduo que opte por, ainda assim, intervir como assistente – mas é exatamente essa a lógica que rege a arquitetura da escolha, pautada pelo ‘paternalismo libertário’²¹⁴.

Da mesma forma, a própria sistemática do *opt out*, em si, poderia ser considerada um *nudge*, na medida em que afasta a necessidade de ‘escolha ativa’ de cada indivíduo para aderir à tutela jurisdicional coletiva, em prol de sua automática inclusão na categoria dos beneficiários – exigindo-lhe, em contrapartida, a ‘escolha ativa’ para que dela se retire (arranjo equivalente àquele aplicado pelo *Affordable Care Act*, que exigiu a automática inscrição de empregados de determinadas empresas, em planos de assistência à saúde²¹⁵). Por outro lado, a norma disposta no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor subverteu o propósito desse

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Cf. itens 3.3.2 e 3.5.1.2, *supra*.

²¹² VITORELLI, BARROS. *Processo Coletivo e Direito à Participação*, p.151.

²¹³ Cf. item 2.6.2, *supra*.

²¹⁴ THALER, SUNSTEIN. *Nudge*, *op. cit.*

²¹⁵ Cf. item 2.6.2, *supra*.

nudge, ao instituir espécie de ‘*opt out* às avessas’ – que não poderia chegar a ser considerado modelo *opt in*, por não exigir aos integrantes da coletividade, como um todo, que exerçam a ‘escolha ativa’ de se inserir na categoria para fins da tutela jurisdicional. Mas, especificamente para os membros da coletividade que já tenham exercido individualmente seu direito de ação, impõe-lhes a necessidade de ‘escolha ativa’ *para que não sejam excluídos* dos eventuais benefícios reconhecidos à categoria, ao final do processo coletivo.

7.1.2. A Designação de *Special Masters*

No direito estadunidense, a designação *special master* assume contornos muito mais amplos do que o enfoque que ora se lhe atribui, no âmbito da implementação de *reformas estruturais*. Trata-se de instituto que, originado do *Common Law* inglês, foi regulamentado pela *Rule 53* das *Federal Rules of Civil Procedure*, que versa sobre a nomeação de *masters*²¹⁶ no processo judicial. Em sua redação vigente ao apogeu das *structural injunctions*, admitia-se a nomeação de *masters* para o exercício de funções de “um árbitro, um auditor, um examinador, um comissário e um avaliador”²¹⁷. A ideia que envolvia a nomeação de um *master* como ‘árbitro’ (originalmente, *referee*) voltava-se à designação daquele que ficaria incumbido de auxiliar à Corte no gerenciamento do caso, de forma geral, assim como de colher depoimentos e reportá-los; ao passo que a atuação de *masters* ‘auditores’ teria “enfoque na contabilidade, ‘examinadores’ no testemunho, ‘comissários’ na administração das leis e ‘assessores’ no valor da propriedade”²¹⁸. De forma ampla, portanto, *special masters* (ou também denominados *court-appointed experts*) corresponderiam àqueles “nomeados para atender à necessidade de uma Corte, quanto a determinada especialidade, em um caso específico”²¹⁹. Em todas as hipóteses,

²¹⁶ Originalmente, a doutrina aponta para o estabelecimento de duas categorias de *masters*: aquela dos *standing masters* e a dos *special masters*. Os primeiros teriam vinculação contínua e regular com as Cortes, ao passo que os últimos seriam nomeados especificamente para o acompanhamento de determinada relação jurídica processual. O termo *standing master*, contudo, caiu em desuso – de forma que a referência e regulamentação que se faz, atualmente, a respeito de *masters*, direciona-se de forma específica aos *special masters* (GRING, Pamela R. The Special Master’s Role as Mediator: Experiences in the 50th State. In: **Journal on Dispute Resolution**, v.6, n.1, 1990, p.24).

²¹⁷ *Ibid.*, p.24-25, tradução livre: “a referee, an auditor, an examiner, a commissioner, and an assessor” (original).

²¹⁸ *Ibid.*, p.25, tradução livre: “‘auditors’ focus on accounting, ‘examiners’ on testimony, ‘commissioners’ on administration of the laws, and ‘assessors’ on the value of property” (original).

²¹⁹ WILLGING, Thomas E.; HOOPER, Loral L.; LEARY, Marie; MILETICH, Dean; REAGAN, Robert Timothy; SHAPARD, John. **Special Masters’ Incidence and Activity**: Report to the Judicial Conference’s Advisory Committee on Civil Rules and Its Subcommittee on Special Masters. Federal Judicial Center, 2000, p.1, tradução livre: “adjuncts appointed to address a court’s need for special expertise in a particular case” (original).

todavia, ressaltava-se que a designação do *special master* deveria ser a exceção, e não a regra²²⁰.

Apenas em 2003, foi a *Rule 53(a)(1)* emendada para se delimitarem circunstâncias específicas de cabimento da nomeação de *special masters*, sob o fundamento de que a responsabilidade primária do gerenciamento dos processos, perante as Cortes, deveria ser dos magistrados²²¹. Detectava-se, nos anos que antecederam a reforma legislativa, ampla variedade de práticas em que se observava a nomeação de *masters*, dentre as quais, em casos com acentuada complexidade, como um mecanismo para se estimular a autocomposição entre os sujeitos interessados²²². Retrocedendo-se à década de 1970, já se observava a dinamização do papel dos *special masters*, conforme vinham sendo nomeados para implementação de *reformas estruturais* em solução a *litígios estruturais*. Inicialmente para promoção de medidas executivas e seu monitoramento, como se observou nos casos de dessegregação no sistema educacional, de reformas no sistema carcerário e nas políticas públicas referentes às instituições de saúde mental. E, mais tarde, para a condução de negociações envolvendo as inúmeras instituições e coletividades do sistema social, interessadas na superação do correspondente estado de desconformidade.

A título de exemplificação deste último perfil de atuação, Lawrence Susskind narra ocasião em que teria sido nomeado como *special master*, com o específico múnus de conduzir os agentes e partes relacionais de sistema social, ao desenvolvimento de plano de ação e alocação de recursos para adequação das redes de esgotos de mais de quarenta municipalidades, aos parâmetros de despoluição regionais e federais²²³. À época, o pleno atendimento de tais requisitos, conforme autoridades regionais, poderia exigir o dispêndio de seiscentos milhões de

²²⁰ *Ibidem*. Deve-se ressaltar, em contrapartida, que a redação que se encontrava, então, vigente da *Rule 53*, conferia amplitude à discricionariedade judicial para delinear os poderes do *special master*, ou até mesmo para deixar de fazê-lo: “This language clearly states that, in delineating the master’s power, the order of reference may (or may not) specify or limit the master’s powers. If the court chooses not to specifically limit the master’s power, many decisions will be made at the master’s discretion” (GRING. *The Special Master’s Role as Mediator*, p.25).

²²¹ “The new rule clarifies the provisions that govern the appointment and function of masters for all purposes. [...] *Subdivision (a)(1)*. District judges bear primary responsibility for the work of their courts. A master should be appointed only in limited circumstances. Subdivision (a)(1) describes three different standards, relating to appointments by consent of the parties, appointments for trial duties, and appointments for pre-trial or post-trial duties” (UNITED STATES OF AMERICA. **United States Code: Supplement V – Containing the General and Permanent Laws of the United States, enacted during the 109th Congress, First Session. Volume Four.** Washington: Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives, 2007, p.755, Committee Notes on Rules – 2003 Amendment).

²²² GRING. *The Special Master’s Role as Mediator*, p.33-34: “For example, a judge is limited by ethical constraints against prejudging the outcome. The special master effectively insulates the judge from details of the negotiating process. This allows the judge to preside over a jury-waived case and promote settlement between the parties without threatening his or her objectivity”. Cf. também SUSSKIND, Lawrence E. Court-Appointed Masters as Mediators. In: **Negotiation Journal**, out.1985, p.295-300.

²²³ *Ibid.*, p.295-296.

dólares, importando também acréscimos anuais de trezentos dólares às taxas de esgoto pagas por cada unidade familiar. Como aponta o autor, nomear-se o *special master* para a resolução de litígios estruturais demonstrava-se conveniente pelo fato de que as limitações da atividade jurisdicional poderiam constituir entrave à elaboração de plano de ação que contemplasse todas as questões técnicas, políticas, econômicas e sociais indispensáveis à reforma estrutural. Da mesma forma, a designação de *special master* com propósitos de estímulo à negociação poderia ser uma estratégia eficaz para se economizar tempo útil, na elaboração de medidas remediais ao litígio e, em casos de acordos parciais ou de enfoque setorizado da atuação do *special master*, para a redução da complexidade dos aspectos remanescentes do litígio, cuja solução ainda coubesse ao órgão jurisdicional. Por fim, aponta a importância estratégica do *special master* para o impulsionamento da formulação de soluções criativas ao litígio, as quais, porventura, extrapolassem os limites objetivos da lide e, portanto, se condicionassem à adoção negocial.

Como as próprias circunstâncias permitem antever, a nomeação de *special master*, voltado à condução de negociações para a promoção de *reformas estruturais*, dificilmente teria a intencionalidade de que este assumisse o papel de ‘mediador’ do litígio estrutural, confinado aos moldes de atuação dispostos na legislação brasileira (orientada, precisamente neste aspecto, pela escola transformativa de mediação²²⁴), à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei n.º 13.140/2015. Em outras palavras, não se trata, aqui, de uma atuação centralizada na escuta ativa, em que o mediador tem por propósito primordial conduzir às partes à reconstrução do diálogo. Pelo contrário, os relatos de experiências práticas da promoção de *reformas estruturais* pela via jurisdicional, em meados da década de 1970, nos Estados Unidos, revelam que, em diversos casos, eram atribuídos poderes aos *special masters* que lhes permitiam assumir papéis verdadeiramente híbridos, alternando-se entre posturas diretivas, fiscalizatórias e facilitadoras de tratativas negociais²²⁵.

A fim de ilustrar o ponto, Susan Sturm aponta para a nomeação de *special master* no caso *Hart v. Community School Board*, designado para o desenvolvimento de plano de dessegregação e integração para a escola Mark Twain em Coney Island. Dentre os poderes atribuídos ao *special master* pelo órgão jurisdicional, incluíam-se “o poder de colher evidências, consultar as partes, contratar assistência jurídica e outros especialistas, e pedir a cada parte que

²²⁴ Cf. FOLGER, Joseph P.; BRAGA NETO, Adolfo; BARROS, Julia. Mediação Transformativa: Preservando o Valor Único da Mediação em Contextos de Disputa. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v.51/2016, p.439-459, out/dez.2016. Cf. também FOLGER, Joseph P.; BUSH, Robert A. Baruch. Transformative Mediation. In: **International Journal of Conflict Engagement and Resolution**, v.2, n.1, p.20-34, 2014.

²²⁵ Cf. STURM. *A Normative Theory of Public Law Remedies*, p.1372.

lhe fornecessem todos os dados relevantes sob o seu controle”²²⁶, além de solicitar pontos de vistas de grupos comunitários, conselhos profissionais e agências governamentais, e ‘mobilizar consensos’.²²⁷ A princípio, o *special master* teria se reunido com diversos agentes e porta-vozes de instituições e de coletividades interessadas, engajando-se no alcance de solução consensual, ao mesmo tempo em que organizou equipe de especialistas em planejamento urbano e moradia, incluindo-se autoridades locais, com o intuito de elaborar relatórios e traçar projeções sobre o futuro de Coney Island²²⁸. Entretanto, os mesmos procedimentos teriam intensificado opiniões pessoais do *special master* sobre a ‘melhor estratégia’ para a dessegregação racial na escola Mark Twain, assim como confirmaram algumas de suas ideias sobre o planejamento urbano de modo geral²²⁹. Como consequência, buscou orientar os agentes envolvidos a um consenso em torno destes referenciais, assim como elaborou plano de reforma estrutural no mesmo sentido, submetendo-o à Corte. Esta, por sua vez, constatou a oposição de praticamente todos os agentes e partes relacionais interessados, e rejeitou o plano elaborado pelo *special master*²³⁰.

Do relato, podem ser extraídas ao menos duas conclusões de central relevância: a primeira, que permite identificar o *special master* como sujeito cujo agir deliberativo (portanto, a tomada de decisão) exerce poder causal sobre as transformações nas estruturas sociais, sendo, tão logo, corresponsável pelos prognósticos da situação litigiosa; a segunda, que diagnostica o *special master* como sujeito cujas decisões – caso tomadas exclusivamente por deliberação individual, ainda que antecedidas por espaço de debate dialético – se encontrem intrinsecamente suscetíveis a interferências cognitivas. A segunda conclusão é demonstrável, inclusive, pelo ‘dilema das duas loterias’²³¹, conforme a lógica do qual a promoção de *reforma estrutural* pelo *special master* envolve duas ‘loterias’ (ou seja, duas tomadas de decisão muito suscetíveis a interferências cognitivas): uma referente à escolha de quem será profissional, por ocasião de sua nomeação, e outra que concerne às escolhas que esse profissional realizará no exercício de seu múnus – especialmente no que diz respeito às medições preditivas (indispensáveis à resolução de litígios estruturais).

²²⁶ *Ibidem*, tradução livre: “the power to take evidence, consult with the parties, and engage legal aids and other experts, and ask each party to supply him with all relevant data within their control” (original).

²²⁷ *Ibid.*, p.1373.

²²⁸ O *special master* nomeado narra sua própria experiência na condução da *remedial phase* do caso em questão em BERGER, Curtis J. Away from the Court House and Into the Field: The Odyssey of a Special Master. In: **Columbia Law Review**, v.78, n.4, p.707-738, 1978.

²²⁹ STURM. *A Normative Theory of Public Law Remedies*, p.1373.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.200. Sobre o tema, cf. também SCHOENHOLTZ, Andrew I.; RAMJI-NOGALES, Jaya; SCHRAG, Philip G. Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication. In: **Stanford Law Review**, v.60, p.295-411, 2007.

Também quanto à segunda conclusão, é necessário que sejam retomadas algumas considerações que já se teceu neste trabalho, a respeito de medições preditivas realizadas por especialistas – sobretudo diante da ressalva de que cenários marcadamente complexos e com elevada margem de ‘incerteza intratável’ não permitem ao especialista que tome decisões intuitivas lastreadas pelo reconhecimento, ou seja, por sua experiência científica²³². Agrava-se o risco, também, em razão da tendência, a que especialistas não raramente possam estar inclinados, de vieses de superconfiança em suas crenças consolidadas – como se observou em relação ao *special master* nomeado para a implementação de *reforma estrutural* no caso *Hart v. Community School Board*, o qual, a despeito das opiniões declaradamente divergentes das coletividades interessadas e das instituições envolvidas, priorizou seu próprio entendimento sobre a forma como a transformação estrutural deveria se operar. Talvez, isso possa se atribuir à natureza de ‘especialista-ouriço’ do indivíduo nomeado como *special master* pelo órgão jurisdicional naquele caso específico, o que o tornaria mais apegado às suas convicções ideológicas²³³ – algo que, possivelmente, não se repetiria, caso tivesse sido nomeado um ‘especialista-raposa’, mais pragmático. No entanto, novamente se reaviva a ‘loteria’ que envolve a nomeação deste profissional.

Após a reforma legislativa de 2003, a redação da *Rule 53 (a) e (b)* reduziu a discricionariedade que tinha o órgão jurisdicional para delimitar os poderes do *special master* nomeado na relação jurídico-processual, ou para, sequer, deixar de lhe especificar os poderes. Conforme a atual redação, a nomeação do *master* deve ter por propósito o exercício de funções consentidas pelas partes, a realização de procedimentos para o julgamento, a recomendação de dilação probatória a respeito de questões a serem decididas sem um júri, ou o tratamento pré-julgamento ou pós-julgamento de questões que não possam ser eficazmente solucionadas pelo respectivo magistrado²³⁴. Além disso, passou-se a exigir que a ordem judicial de designação do *special master* contivesse seus poderes e respectivas limitações de sua autoridade, assim como métodos de registro de informações e critérios de fiscalização de sua atuação (inclusive quanto ao conteúdo de suas ordens, conclusões e recomendações)²³⁵. Nítidas providências que derivam

²³² Cf. item 2.6.3, *supra*.

²³³ TETLOCK. *Expert Political Judgment*.

²³⁴ Cf. UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Rules of Civil Procedure**: Rule 53. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_53 - Acesso em 09 jun.2022.

²³⁵ *Ibid*.

da percepção da necessidade de se monitorar procedimento e mérito do agir deliberativo dos *special masters*²³⁶.

Transportando-se os contornos da possibilidade de nomeação de *special masters* para o direito brasileiro, especialmente no que concerne aos processos coletivos estruturais, a doutrina²³⁷ tem encontrado parâmetro comparativo na figura do administrador judicial, prevista na Lei de Falências, e aplicável por intermédio da prerrogativa de transporte de técnicas entre procedimentos especiais²³⁸. Em seu artigo 21, a Lei de Falências traça o perfil do administrador judicial, naturalmente voltando-se às especificidades da questão empresarial-falimentar, de modo a delimitar que deva se tratar de profissional idôneo e preferencialmente especializado, a quem competirá auxiliar o órgão jurisdicional na satisfação dos direitos dos credores e na realização das atribuições descritas no artigo 22 da mesma lei²³⁹. Ressalta-se, inclusive, que as alterações implementadas na respectiva lei, em 2020, ainda mais aproximaram a figura do administrador judicial àquela do *special master*, nos contornos da experiência estadunidense, na medida em que inseriu dentre os deveres do administrador judicial o estímulo à solução autocompositiva (artigo 22, inciso I, alínea j) e especificamente em relação à falência, determinou-se que apresentasse, no prazo de até 60 (sessenta) dias, “plano detalhado de realização dos ativos” (artigo 99, parágrafo terceiro)²⁴⁰.

Torna-se ostensiva, portanto, a admissibilidade de nomeação, no ciclo de implementação de processos coletivos estruturais, no Brasil, de profissional com atribuições equivalentes às do *special master* (ou, caso assim se prefira denominar, *expert*). No entanto, não se afasta a necessidade de análise crítica e monitoramento de sua atuação – seja no que concerne aos métodos empregados, seja quanto ao conteúdo das providências adotadas –, em vista do risco premente de interferências cognitivas.

7.1.3. Entidades com Infraestrutura Específica para a Resolução de Litígios Coletivos

²³⁶ Cf. BERKOWITZ, Elizabeth. The Problematic Role of the Special Master: Undermining the Legitimacy of the September 11th Victim Compensation Fund. In: **Yale Law & Policy Review**, v.24, n.1, p.1-41, 2006.

²³⁷ Cf. DIDIER JR., ZANETI JR., OLIVEIRA. *Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural...*, op. cit.

²³⁸ Cf. DIDIER JR., CABRAL, CUNHA. *Por uma nova Teoria dos Procedimentos Especiais*, p.75-82.

²³⁹ BRASIL. Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm - Acesso em 09 jun.2022.

²⁴⁰ BRASIL. Lei n.º 14.112, de 24 de dezembro de 2020. **Altera as Leis n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 [...] referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.112-de-24-de-dezembro-de-2020-296388917> - Acesso em 09 jun.2022.

A criação de entidades com infraestrutura específica voltada à resolução de litígios coletivos remonta, também, à experiência do direito estadunidense, com suas *claims resolution facilities*. Em linhas gerais, estas consistem em “infraestruturas criadas para processar, resolver ou executar medidas para satisfazer situações jurídicas coletivas que afetam um ou mais grupos de pessoas, que judicialmente seriam tratadas como milhares de casos individuais, casos repetitivos e ações coletivas”²⁴¹. Podem ter origem em *class actions*, regulação administrativa, acordo coletivo ou falência, por exemplo²⁴², e fazem a gestão de recursos provenientes de fontes governamentais ou de pagamentos realizados por aqueles a quem se imputar a responsabilidade por determinado dano de amplo alcance. Assim, originalmente sua implementação destina-se à reparação civil em litígios de massa, mediante a fixação do valor global a ser destinado à indenização e do montante que caberá a cada indivíduo vitimizado pelo dano massificado – o que, no contexto jurídico norte-americano, se alinha a propósitos de uniformização do valor da indenização e agilidade na prestação jurisdicional (embora suscite debates relacionados à justiça distributiva no tratamento das vítimas)²⁴³.

Deste panorama, podem-se extrair três conclusões preliminares sobre a operacionalização de *claims resolution facilities*: (i) o fato de que assumem o papel de partes relacionais do sistema social com regulação jurídica, tratando-se, assim, de instituições; (ii) o fato de que “partem da pressuposição de que há responsabilidade do repeat-player”²⁴⁴; e (iii) o fato de que recebem o múnus de tomadas de decisões estratégicas para coletividades. Analisam-se cada uma dessas conclusões preliminares.

Em relação à primeira (i), que concerne ao enquadramento das *claims resolution facilities* como instituições do sistema social, não se trata de conclusão que pretenda engessar a natureza jurídica dessas entidades de infraestrutura. Até mesmo porque, o referencial teórico a partir do qual se desenvolve esta pesquisa não delimita o escopo das instituições de forma restritiva, pelo que as considera simplesmente como sendo as partes relacionais do sistema social que impliquem regulação normativa²⁴⁵. Logo, abarcam-se no enquadramento institucional as diferentes formas jurídicas das quais se podem revestir as *claims resolution facilities* – sejam elas fundações, trusts, consultorias, escritórios de advocacia, câmaras de

²⁴¹ CABRAL, ZANETI JR. *Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos*, p.3.

²⁴² MCGOVERN, Francis E. The What and Why of Claims Resolution Facilities. In: **Stanford Law Review**, v.57, 2005, p.1366-1367.

²⁴³ CABRAL, ZANETI JR. *Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos*, p.3-4.

²⁴⁴ *Ibid.*, p.3.

²⁴⁵ Cf. item 4.4.1, *supra*.

negociação, ou outros diversos tipos de infraestruturas²⁴⁶, que admitam a contratação de empregados e a organização administrativo-funcional. Por outro lado, a importância de sua identificação como instituições está no fato de que, assim, se inserem no rol de modelos não-agregativos de sujeitos – sendo, portanto, tratadas singularmente enquanto ‘entidades’ –, o que, como se verá adiante, interferirá em seu modo de tomada de decisões.

Passando-se à segunda conclusão (ii), tem-se que, na atuação das *claims resolution facilities*, é possível identificar a pressuposição da responsabilidade do repeat-player. Conforme a experiência estadunidense, não necessariamente esta pressuposição implicaria uma prévia declaração, em decisão judicial, dessa responsabilidade por reparação dos danos coletivos, de forma que pode também ter origem em accertamentos, políticas públicas (em casos de recursos de fontes governamentais) ou propostas unilaterais do próprio causador do dano, como no caso da explosão da sonda petrolífera Deepwater Horizon, como se verá adiante. Do mesmo modo, pode derivar de estratégia preventiva²⁴⁷, seguindo-se o modelo de *litigation-induced facilities*, ou seja, entidades criadas antes que se configure a numerosidade elevada de judicializações que caracteriza a ideia de litigância de massa. No Brasil, também, é possível se constatar a aplicação de *claims resolution facilities*, que encontrem origem em instrumentos consensuais – como é o caso da Fundação Renova²⁴⁸ que, referente ao evento de rompimento da barragem de minério de Fundão, em Mariana (Minas Gerais), foi constituída por Termo de Transação e Ajustamento de Conduta. Inclusive, e este mesmo exemplo é útil a demonstrá-lo, no cenário jurisdicional brasileiro, estas entidades podem se orientar por objetos muito mais abrangentes do que a reparação civil individualizada das vítimas, em litígios de massa, a fim de que contemplem “reparações pecuniárias difusas, implementação de projetos de melhorias de políticas públicas, sugestão de projetos de lei para regulação dos setores envolvidos, entre outras medidas”²⁴⁹.

Como consequência desta maior abrangência, identifica-se a viabilidade da designação destas entidades em processos coletivos estruturais. Neste ponto, retoma-se a importância da segunda conclusão apontada, para se delimitar que, na hipótese de resolução de *litígios estruturais* pela via de processos coletivos estruturais, a atuação destas entidades de

²⁴⁶ MCGOVERN. *The What and Why of Claims Resolution Facilities*, op. cit.

²⁴⁷ Observação que também se aplica ao caso Deepwater Horizon.

²⁴⁸ “[...] fundação privada, sem fins lucrativos, com estrutura própria de governança, fiscalização e controle” (UNIÃO, INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA, INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, et al. **Termo de Transação e Ajustamento de Conduta** (69758-61.2015.4.01.3400), celebrado em 02 de março de 2016. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf> - Acesso em 13 jun.2022).

²⁴⁹ CABRAL, ZANETI JR. *Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos*, p.4.

infraestrutura específica se inseriria na dinâmica do ciclo de implementação da *reforma estrutural*. Desta forma, e já se antecipando às considerações concernentes à sua prerrogativa de tomar decisões estratégicas (sobre o que se tratará brevemente em seguida), idealmente a implementação de *claims resolution facilities* deve se dar posteriormente ao reconhecimento (por via autocompositiva ou decisão judicial²⁵⁰) do estado de desconformidade estrutural e da delimitação dos parâmetros mínimos para a superação desta desconformidade – critérios que orientarão os limites objetivos da atividade cognitiva destas entidades.

O aspecto, inclusive, remete à terceira conclusão (iii), que permite identificar que as *claims resolution facilities* têm participação central na ideia de ‘cognição contínua’, a qual se defende para o ciclo de implementação de *reformas estruturais* nos processos coletivos estruturais. Ao mesmo tempo, endossa a proposta que ora se sustenta, no sentido de que, nestes ciclos de implementação, as decisões em cascata seriam *subjetivamente complexas* – ou seja resultantes do agir deliberativo de diferentes agentes e partes relacionais do sistema social (e não protagonizadas pelo órgão jurisdicional). Nesse sentido, e entrelaçando-se mais uma vez a segunda e a terceira conclusões, delimita-se a natureza residual do objeto de cognição de *claims resolution facilities*, em relação à prévia declaração do estado de desconformidade e definição dos parâmetros à sua superação. Em outras palavras, não se vislumbra na prerrogativa cognitiva destas entidades – exceto em casos de específica delimitação deste múnus, em suas atribuições – o poder de rever unilateralmente os respectivos parâmetros mínimos para a superação da desconformidade estrutural ou de se revisitar a própria declaração da desconformidade (como em uma espécie de atuação deliberativa concorrente). Por outro lado, observados os parâmetros à sua atividade cognitiva, admite-se que tomem decisões que contemplem questões de fato ou jurídicas²⁵¹ – incumbindo-lhes deliberar sobre a gestão de seus recursos, critérios para pagamentos, cronogramas, comprovação de elegibilidade de vítimas, dentre outros²⁵².

Ainda assim, a despeito do propósito de efetividade que rege as *claims resolution facilities*, não se deve desconsiderar o fato de que suas tomadas de decisão, a princípio, não se

²⁵⁰ “No Brasil, poderiam ser criadas tanto por iniciativa judicial – com fundamento normativo nos poderes de gestão do procedimento (*case management*) ou ainda nas medidas indutivas e de apoio, utilizadas para efetivação das decisões judiciais [...] – como também por convenções processuais [...] ou atos conjuntos. Esses instrumentos consensuais devem definir os procedimentos e a adesão individual, e podem prever promessas de não processar perante o Judiciário (*pacti de non petendo*) ou renúncias no plano do direito material (e podem deixar aberta alguma possibilidade de renegociação à vista de circunstâncias novas ou imprevisíveis; aliás, como as *facilities* tendem a durar muitos anos, o dinamismo das alterações de circunstâncias fáticas, ao longo do tempo, pode alterar diversos fatores relevantes e exigir sua adaptação)” (*Ibid.*, p.5).

²⁵¹ CABRAL, ZANETI JR. *Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos*, p.3.

²⁵² HENSLER, Deborah. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. In: **Law and Contemporary Problems**, v.53, n.4, 1990, p.176.

sujeitam às mesmas exigências legislativas de ampla publicidade que orientam as decisões judiciais – ainda que, no caso concreto, se possam identificar hipóteses de contratação de auditorias independentes para o controle de suas atividades²⁵³, em decorrência de determinação judicial ou de especificação em acordo. Parte da doutrina, inclusive, afasta do enquadramento, na categoria de *claims resolution facilities*, quaisquer agências de natureza pública, programas públicos para compensação social ou tribunais administrativos – sustentando, pelo contrário, o entendimento de que tais *facilities* deveriam ser necessariamente privadas e destinadas a tomadas de decisões dissociadas do espaço de debate público²⁵⁴. E, na verdade, os riscos de enviesamentos nas decisões tomadas por *claims resolution facilities* são provenientes de diferentes fontes: desde a ausência de ampla publicidade de seus mecanismos deliberativos (como se expôs), ao tipo de interação que estabeleça com a fonte de seus recursos.

Com relação à última hipótese, inclusive, cita-se a situação peculiar pertinente ao caso da explosão, em abril de 2010, da sonda petrolífera Deepwater Horizon, arrendada à BP (British Petroleum), enquanto perfurava poço na região do Golfo do México. A explosão provocou a morte de onze trabalhadores e imenso derramamento de petróleo no oceano, o que acarretou danos de diversas ordens à coletividade. Antecipando-se à litigância de grandes proporções que enfrentaria, a BP reuniu-se com o então Presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, ajustou a constituição de um fundo no valor total de vinte bilhões de dólares para compensação das vítimas, constituiu a Gulf Coast Claims Facility (GCCF) e selecionou Kenneth Feinberg para supervisão e auditoria dos procedimentos a serem adotados²⁵⁵. Dois aspectos mereceram maior atenção, neste cenário: em primeiro lugar, o fato de que a *claims resolution facility* foi criada por iniciativa do próprio causador do dano; e em segundo lugar, a nomeação (também por iniciativa do causador do dano), para administrar e supervisionar suas

²⁵³ CABRAL, ZANETI JR. *Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos*, p.4: “[...] foi estipulado um acordo preliminar para a realização de auditorias independentes nos programas da Fundação Renova, com o objetivo de garantir a tutela integral dos bens e direitos dos atingidos e do meio ambiente, ao qual aderiram os Ministérios Públicos do Estado de Minas Gerais e Espírito Santo, além das Defensorias Públicas da União e dos Estados. Foram contratadas auditorias independentes para efetuar o controle da efetividade dos programas e se necessário indicar a revisão, integração ou elaboração de novas iniciativas nos eixos socioeconômico e socioambiental. A supervisão de auditorias independentes atende ao interesse público nesse tipo de conflito, e é do interesse de todos os envolvidos, inclusive das próprias empresas”.

²⁵⁴ HENSLER, Deborah. *Alternative Courts? Litigation-Induced Claims Resolution Facilities*. In: **Stanford Law Review**, v.57, 2005, p.1430. Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr. divergem deste entendimento: “As entidades de infraestrutura específica para a solução de conflitos coletivos podem ser criadas especificamente para esta finalidade ou resultar da atribuição de funções a entidades públicas ou privadas já existentes. No Brasil, já há experiência dessa delegação de funções a agências reguladoras para implementação ou execução de autocomposição em litígios coletivos” (CABRAL, ZANETI. *Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos*, p.5).

²⁵⁵ MULLENIX, Linda S. *Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Claims – A Fund Too Far*. In: **Louisiana Law Review**, v.71, n.3, p.819-916, 2011.

atividades, do mesmo profissional que havia sido o responsável por administrar o Fundo de Compensação às Vítimas do 11 de Setembro²⁵⁶, e que ganhou notoriedade e reputação ilibada, junto à opinião pública, em razão disso.

Quanto à nomeação de Kenneth Feinberg, nitidamente motivada por sua reputação, provocou imediatas comparações entre a proposta da GCCF e o Fundo de Compensação às Vítimas do 11 de Setembro – ainda que tivessem pouquíssimo (ou, talvez, quase nada) em comum²⁵⁷. E no que tange à designação da entidade de infraestrutura (e à afetação dos recursos) pelo próprio responsável pelo ato que provocou o dano, gerou questionamentos sobre sua legitimidade²⁵⁸, ainda que, formalmente, fosse determinada a independência de Feinberg em relação à BP²⁵⁹. Linda Mullenix, em análise crítica ao caso, aponta que a conjuntura favoreceu a ampliação do múnus de Feinberg como administrador do GCCF, de forma que seu papel teria sido “transformado de um delegatário nomeado pelo tribunal, circunscrito aos deveres atribuídos, para um semi-deus todo poderoso, quase-sem-lei, e de direção livre”²⁶⁰, o que geraria questionamentos inclusive sobre ética profissional. Conforme o relato da autora, a ausência de delimitação judicial prévia dos parâmetros para a atuação de Feinberg teria viabilizado que este adotasse controle expansivo sobre as atividades da GCCF, ampliando sua discricionariedade inclusive para modificar regras e parâmetros à administração da entidade, e reduzindo sua responsabilidade de prestação de contas de todos os seus atos a autoridades específicas (embora o tenha feito, voluntariamente, em algumas ocasiões)²⁶¹. Ademais, destaca

²⁵⁶ Cf. RABIN, Robert L. The September 11th Victim Compensation Fund: a Circumscribed Response or an Auspicious Model? In: **DePaul Law Review**, v.53, n.2, p.769-803, 2003. Também cf. VASCONCELOS, Layanna Piau; OROSO, Catharina Peçanha Martins. A Participação das Vítimas nas Claims Resolution Facilities: o que a América do Sul tem a Considerar a partir da Experiência Estrangeira? In: **Revista de Processo**, v.306/2020, p.347-366, ago.2020.

²⁵⁷ “[...] the BP Gulf Coast Claims Facility – apart from its superficial designation as a compensation fund – bears little resemblance to the September 11th Victim Compensation Fund. Although these two ‘fund’ mechanisms have in common the same all-powerful administrator, the two funds are entirely unlike one another. [...] the September 11th Victim Compensation Fund was widely acknowledged as a *sui generis*, one-time endeavor to compensate victims of a national terrorist disaster. [...] the Fund was neither a model for tort reform, nor a model for any future terrorist or other disaster. [...] almost every aspect of the Gulf Coast Claims Facility is unlike the September 11th Victim Compensation Fund. Among numerous features, the funds differ in the nature of the events giving rise to creation of the fund: authorization, rulemaking, review mechanisms, transparency, election of remedies, applicable law, assistance of counsel, litigation alternatives, as well as the role of the prospective defendants” (*Ibid.*, p.821-823).

²⁵⁸ *Ibid.* No sentido inverso, cf. ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. In: **Louisiana Law Review**, v.74, n.2, p.397-431, 2014.

²⁵⁹ *Ibid.*, p.398.

²⁶⁰ MULLENIX. *Prometheus Unbound*, p.863, tradução livre: “[...] transformed from a court-appointed surrogate, circumscribed by delegated duties, into an all-powerful, quasi-lawless, free-wheeling demi-god” (original).

²⁶¹ “Because Feinberg is not functioning as a court-appointed special master under Rule 53, he is not accountable to any federal judge or the judicial system. Feinberg’s independence from BP has been repeatedly challenged. Similarly, because his work as fund administrator is not derived from specific congressional authorization, Feinberg is not accountable to any legislative oversight, although he voluntarily appeared before House

como sensíveis os fatos de a nomeação de Feinberg ter sido antecedida por negociações privadas entre este e a própria BP, além desta empresa se incumbir da remuneração de Feinberg e de seu escritório²⁶². Ao fim, a natureza policêntrica do litígio, assim como seu elevado grau de mutabilidade, conflituosidade e complexidade, fizeram com que a organização privada da GCCF não fosse suficiente a conter o aumento da litigância, por completo – de tal forma que, anos mais tarde, foram celebrados dois acordos em *class actions*, os quais, uma vez homologados judicialmente, substituíram a GCCF por uma *claim resolution facility* supervisionada pela Corte.

A narrativa do caso, portanto, demonstra que, conjuntamente com a prerrogativa de tomadas de decisão estratégicas das *claims resolution facilities*, identifica-se o correspondente risco de enviesamento de suas decisões – o que alerta para a indispensabilidade de se fazer acompanhar, à criação ou designação destas entidades, a organização de articulado arranjo para sua fiscalização, em garantia do cumprimento dos parâmetros objetivos que pautem sua cognição e do atendimento aos referenciais legislativos e constitucionais que regem o sistema social.

7.1.4. Participação não-aparente²⁶³: Terceiros Financiadores de Litígios (*Third-Party Funders*)

Apesar de se tratar de figura cuja atuação seja objeto de debate relativamente recente no direito processual brasileiro, sobretudo no âmbito da resolução judicial de litígios coletivos, os contornos da participação e da responsabilidade processual de financiadores de litígios já vem suscitando profundas discussões em outras jurisdições²⁶⁴. Antes, contudo, que

subcommittees shortly after his designation as the GCCF administrator. Finally, because the Attorney General did not appoint Feinberg – as the Attorney General did for the September 11th Victim Compensation Fund – Feinberg is not subject to executive branch oversight, either. In the context of the GCCF, Feinberg is operating as an entirely free agent, accountable ultimately to no one. He has complete authority to make rules and standards, to change those rules and standards, to issue awards, and to provide or deny whatever procedures he deems appropriate” (*Ibid.*, p.870).

²⁶² *Ibid.*, p.872.

²⁶³ O termo é utilizado por Sofia Temer, em TEMER, Sofia. Financiamento de Litígios por ‘Terceiros’ (ou ‘Third-Party’ Funding): o Financiador é um Sujeito Processual? Notas sobre a Participação Não-Aparente. In: **Revista de Processo**, v.309/2020, p.359-384, nov.2020.

²⁶⁴ Sobre o financiamento de litígios coletivos no contexto europeu, cf. VOET, Stefaan. The Crux of the Matter: Funding and Financing Collective Redress Mechanisms. In: **EU Civil Justice: Current Issues and Future Outlook**, v.7, p.201-222, Hart Publishing, 2016, e também cf. COLLINS, David. Public Funding of Class Actions and the Experience with English Group Proceedings. In: **Manitoba Law Journal**, v.31, n.2, p.211-238, 2005. Sobre o tratamento da questão no ordenamento jurídico australiano, cf. LEGG, Michael. Reconciling Litigation Funding and the Opt Out Group Definition in Federal Court of Australia Class Actions: the Need for a Legislative Common Fund Approach. In: **Civil Justice Quarterly**, v.30, n.1, Thomson Reuters Legal, p.52-73, 2011. Também a respeito

se adentre, brevemente, a algumas destas discussões, delinea-se o escopo do instituto, o qual se vincula indissociavelmente à sua finalidade.

A razão de ser que orienta a atuação de financiadores de litígios se encontra no dimensionamento dos custos do litígio, dos custos de transação e na análise de risco financeiro da litigância. Dentre os custos do litígio, identificam-se os ônus financeiros do processo (que contemplam as custas processuais, taxa judiciária, honorários periciais e demais despesas processuais), assim como honorários advocatícios contratuais, por exemplo. Já os custos de transação contemplam “não apenas os valores pecuniários efetivamente despendidos, mas também custos imateriais, como os custos de informação, de análise, de organização, de oportunidade e de tempo”²⁶⁵. E, por fim, a análise de risco financeiro da litigância mensura (em medição preditiva, à qual, evidentemente, é inerente a margem de incerteza intratável) o risco de que a decisão final, em resolução jurisdicional ao litígio, venha a ser desfavorável à parte litigante, acarretando-lhe dispêndio financeiro direto – na hipótese ou não de sua condenação em pecúnia, até mesmo em decorrência do arbitramento dos ônus sucumbenciais ao processo. O somatório destes dimensionamentos, por vezes, alcança patamares que ora inviabilizam, ora tornam a litigância desproporcionalmente onerosa – constituindo um relevante fator, inclusive, ao seu desestímulo à(s) parte(s) legitimada(s) ao exercício do direito de ação. Todavia, podem representar encargo que não extrapola os potenciais benefícios para terceiro que – apesar de, porventura, não legitimado para a atuação em juízo na condição de parte processual – possua interesse direto ou indireto em seu resultado.

Diante desta conjuntura, é possível que se verifique a realização de negociação para o investimento, por parte deste “terceiro em um ou mais litígios com os quais ele não possui qualquer outra ligação, por meio da qual parcela (ou a totalidade) dos custos da demanda (e, conseqüentemente, dos riscos) é repassada ao financiador, cuja remuneração está vinculada ao sucesso da demanda”²⁶⁶. Não se confunde o instituto, portanto, com um simples empréstimo, visto que, nesta última modalidade contratual, aquele a prover recursos financeiros não estaria, verdadeiramente, assumindo os riscos da litigância – ao contrário do que se constata no caso do financiador. A caracterização do financiamento de litígios como tipo de acordo de investimento,

do contexto da Austrália, *cf.* WALKER, John; KHOURI, Susanna; ATTRILL, Wayne. Funding Criteria for Class Actions. *In: UNSW Law Journal*, v.32, n.3, p.1036-1054, 2009, e *cf.* MORABITO, Vince. Class Actions Instituted only for the Benefit of the Clients of the Class Representative’s Solicitors. *In: Sidney Law Review*, v.29, p.5-41, 2007.

²⁶⁵ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e Financiamento por Terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020, p.45.

²⁶⁶ *Ibid.*, p.49.

como consequência, faz com que parte da doutrina identifique, como características intrínsecas para a sua configuração, “(a) demanda condenatória em pecúnia; (b) expectativa de retorno maior do que o valor investido; (c) solvabilidade da parte adversa; e (d) razoáveis chances de êxito”²⁶⁷. O aproveitamento da utilidade econômica de um possível êxito na demanda, por este terceiro financiador, faz com que seja considerado, por vezes, como uma ‘quase-parte’²⁶⁸.

A despeito, contudo, da relevância do entendimento de que a natureza pecuniária da demanda seria indispensável à atuação do financiador de litígios e que o superávit financeiro seria seu propósito inafastável, faz-se seu contraponto, nesta pesquisa, haja vista não se tratar de requisitos com necessária centralidade no financiamento de litígios coletivos. Enfatiza-se, para tanto, o fato de que os riscos da litigância coletiva, usualmente, se fazem imateriais. À luz do contexto europeu²⁶⁹, Stefaan Voet inclusive aponta que não seria incomum a assimetria de investimentos, sob o ponto de vista estritamente financeiro, em desfavor do financiador de litígios que patrocine interesses da coletividade, em processos de reparação de danos coletivos – nos quais, comumente, se identificariam no polo oposto ‘sofisticados litigantes habituais’²⁷⁰. Adere-se, por conseguinte, à delineação proposta por Sofia Temer, para a qual seriam elementos indispensáveis à caracterização do financiamento de litígios, “a ciência do litígio, o controle relevante da atuação dos sujeitos aparentes e a defesa de interesses do sujeito oculto”²⁷¹.

Considerando-se, por exemplo, as ações de *collective redress*, e seu cabimento em jurisdições europeias, a importância do papel dos financiadores de litígios decorre do custeio necessariamente antecipado das notificações individualizadas ou não aos membros ausentes, dos procedimentos preparatórios ao ajuizamento da demanda, incluindo-se tentativas de acordo,

²⁶⁷ *Ibid.*, p.50.

²⁶⁸ BERTRAND, Edouard. The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding. In: **ASA Bulletin** (Swiss Arbitration Association), v.29, n.3, p.607-615, 2011.

²⁶⁹ Sobre o financiamento de litígios no contexto jurídico norte-americano: “In the United States, nontraditional third-party funding for class actions – that is, funding other than by class counsel backed by bank lines of credit – might raise new issues pertaining to adequacy of representation, appointment of class counsel, settlements and legal fees. [...] The entrance of third-party litigation funders into the U.S. legal marketplace (firms that would expect to contract with class action lawyers rather than class members) might increase the number of law firms willing to prosecute class actions, increase competition among firms for class counsel appointments, and increase investment by class counsel in pretrial development of facts and law” (HENSLER, Deborah R. The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding. In: **The George Washington Law Review**, v.79, p.322-323, 2011). Cf. também ISSACHAROFF, Samuel. Litigation Funding and the Problem of Agency Cost in Representative Actions. In: **DePaul Law Review**, v.63, n.2, p.561-585, 2014. E, ainda sobre a mesma temática, cf. ISSACHAROFF, Samuel; FITZPATRICK, Brian; PICHE, Catherine; SEBOK, Anthony; COYLE, Thomas. Panel 3: Litigation Funding as a Tool for Collective Actions and Arbitrators, 2015 Conference on Litigation Funding: The Basics and Beyond, New York University School of Law. In: **Journal of Law and Business**, v.12, n.3, p.569-601, 2016.

²⁷⁰ VOET. *The Crux of the Matter*, op. cit.

²⁷¹ TEMER. *Financiamento de Litígios por Terceiros (ou ‘Third-Party’ Funding)*, p.4.

além do custeio para a produção de provas determinadas pelas Cortes²⁷². Diferentemente do que se observa no sistema integrado brasileiro de tutela jurisdicional coletiva, aplica-se plenamente a obrigatoriedade de custeio dos ônus sucumbenciais pela parte vencida, em ações coletivas, por Recomendação da Comissão Europeia, com o propósito de se evitar litigância abusiva²⁷³. O mesmo propósito motiva que esta Recomendação aponte a necessidade de que o financiamento de litígios, em caso de ações coletivas, seja fiscalizado contra abusos e conflitos de interesses²⁷⁴, de forma que deva a parte requerente declarar a origem do financiamento que patrocinará sua litigância (privada ou proveniente de seguradoras, fundos governamentais ou assistências judiciárias²⁷⁵) e que possa a Corte controlar a suficiência e legitimidade deste financiamento.

Por outro lado, especificamente para o contexto de *collective redress* no cenário europeu, essa Recomendação da Comissão Europeia distancia-se da proposta de Sofia Temer para os elementos intrínsecos do financiamento de litígios, de modo a dispor que os Estados membros da União Europeia devam garantir que, em casos de financiadores privados, estes sejam proibidos de “influenciar as decisões processuais da parte requerente, inclusive em acordos”²⁷⁶. A medida vem como uma salvaguarda, ao lado de demais proibições, como de, por exemplo, cobrarem-se juros excessivos em contrapartida do financiamento, ou de se financiar uma parte requerente em ação coletiva contra requeridos que sejam concorrentes ou de quem dependa o financiador²⁷⁷. Conjuntamente, essas proibições visam proporcionar barreira protetiva contra conflitos éticos que possam surgir para os advogados da parte requerente (que, nos moldes do direito europeu, litigue em prol da coletividade), quanto ‘a quem se reportar’ e ‘aos interesses de quem’ representar. Além de visar proporcionar segurança aos interesses do grupo.

A preocupação em se terem parâmetros regulatórios em maior pormenor, fez com que, em junho de 2021, fosse publicado um *Draft Report* pela Comissão dos Assuntos Jurídicos

²⁷² VOET. *The Crux of the Matter*, op. cit.

²⁷³ COMMISSION EUROPÉENNE. **Recommandation de la Commission, de 11 juin 2013 (2013/396/UE)**. Relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l’Union. Journal Officiel de l’Union Européenne, L.201/60, 26.7.2013.

²⁷⁴ *Ibid.*, ‘considerando’ n.19.

²⁷⁵ VOET. *The Crux of the Matter*, op. cit.

²⁷⁶ COMMISSION EUROPÉENNE. *Recommandation de la Commission, de 11 juin 2013*, Principes Communs aux Recours Collectifs en Cessation et en Réparation, n.16(a), tradução livre: “[...] il soit interdit au bailleur de fonds: (a) d’exercer une influence sur les décisions de procédure, y compris en matière de transactions, prises par la partie demanderesse” (original).

²⁷⁷ *Ibid.*, Principes Communs aux Recours Collectifs en Cessation et en Réparation, n.16(b)(c).

do Parlamento Europeu²⁷⁸, com novas recomendações a respeito do financiamento privado de litígios por terceiros. O reconhecimento de que, ao financiador preponderariam os interesses econômicos, em detrimento daqueles jurídicos, preocupava o Parlamento Europeu, quanto ao risco de que a prática comercial se expandisse muito, ganhando espaço nos perfis de litigância, e proporcionando, na Europa, resultados dramáticos similares²⁷⁹ aos que se verificariam na resolução de litígios na Austrália – onde a prática encontra mais consolidada aplicação.

Registra-se que a recorrência da atuação de financiadores de litígios em ações coletivas na Austrália, sobretudo aquelas que envolvessem mais elevado valor econômico, fez com que eles passassem a postular por alterações nas normas processuais, a fim de que melhor se adequassem ao seu modelo de negócio²⁸⁰. Dentre essas modificações, defendiam a aplicação de modelo ‘opt in’ para a tutela jurisdicional de coletividades, sendo que, apesar de não o terem alcançado, conseguiram que, jurisprudencialmente, a Full Federal Court of Australia admitisse o método que ficou conhecido como ‘classe fechada’ para a definição do grupo²⁸¹ – conforme o qual, previamente à judicialização, deveria ser criado e delimitado o grupo interessado, para os seus fins. A medida é do interesse dos financiadores, por “permitir que eles requeiram a cada membro do grupo a aceitação dos termos de seu acordo de financiamento”²⁸².

O contexto comparativo da admissibilidade de financiamento de litígios em ações coletivas nos cenários europeu e australiano, onde são recorrentes, suscita questionamento que também foi identificado por Deborah Hensler, quando esta conjecturava sobre a possibilidade do financiamento, em *class actions* estadunidenses, que não tivesse origem na própria classe, em seus advogados ou em linhas de crédito bancárias: “o financiador de litígios desempenha papel, ainda que indireto, nas tomadas de decisão da litigância estratégica?”²⁸³ Ou, trazendo-se sua pergunta para o escopo específico desta pesquisa: as tomadas de decisão do financiador de litígio exerceriam poder causal determinante para as transformações estruturais na resolução de *litígios estruturais* pela via jurisdicional, no contexto jurídico brasileiro?

Apesar de a literatura levantada não fazer referência específica à presença desses financiadores na resolução jurisdicional de litígios que sejam *estruturais*, o alastramento da

²⁷⁸ EUROPEAN PARLIAMENT, Committee on Legal Affairs. **Draft Report with Recommendations to the Commission on Responsible Private Funding of Litigation** (2020/2130(INL)), 17.6.2021.

²⁷⁹ *Ibid.*, Explanatory Statement, p.25.

²⁸⁰ LEGG. *Reconciling Litigation Funding and the Opt Out Group Definition*, p.53.

²⁸¹ *Ibidem*. Cf. AUSTRALIA, Full Federal Court of Australia. **Multiplex Funds Management Ltd v. P. Dawson Nominees Pty** (2007) 164 FCR 275.

²⁸² LEGG. *Reconciling Litigation Funding and the Opt Out Group Definition*, p.53, tradução livre: “it allows them to require each group member to accept the terms of their funding agreement” (original).

²⁸³ HENSLER. *The Future of Mass Litigation*, p.322, tradução livre: “does the third-party funder have a role, however indirect, in strategic litigation decision-making [...]?” (original).

prática em diversas jurisdições exige que se considere o cenário ainda que por hipótese, para a finalidade do alcance de conclusões direcionadas. Evidentemente, na maioria das circunstâncias em que se observa a financiamento de litígios coletivos, é possível também identificar imediato interesse econômico ou mercadológico do financiador – que o estimule a patrocinar a atuação da parte requerente, a fim de favorecer o seu êxito na demanda. No entanto, como já se expôs, não haveria óbice em considerar que os interesses que motivem o financiamento por parte deste terceiro sejam de ordem imaterial ou, ainda que eminentemente material, que compreendam efeitos mediatos. Nesse sentido, é virtualmente possível idealizar-se financiamento desta natureza, para a resolução jurisdicional de litígio estrutural, em que o financiador se motive por interesse ideológico, político, econômico ou mercadológico na transformação estrutural (como, por exemplo, na declaração de uma inconstitucionalidade, seguida por reformulação de política pública). E, para tanto, vale esclarecer que o tipo de financiamento a que, aqui, se faz referência, não diz respeito a fundos governamentais – mesmo porque, em litígios estruturais, a estes fundos corresponderiam sujeitos que, muito provavelmente, seriam convocados ao debate direto, no ciclo de implementação da *reforma estrutural*. Mas se consideram especificamente aqueles que a doutrina denomina ‘terceiros’ financiadores de litígios.

Diante desta possibilidade fática (não necessariamente jurídica – a depender do ordenamento jurídico que se estiver a analisar) de participação de ‘terceiros’ financiadores na resolução jurisdicional de litígios estruturais, parte-se à análise do segundo antecedente lógico da pergunta formulada, o qual diz respeito à identificação ou não de poder causal, em sua tomada de decisão, para o resultado do processo. Quanto a este ponto, a conjuntura tende a indicar que sim. Inicie-se a análise pela atuação destes financiadores no ordenamento jurídico australiano, onde, por mais que não tenham alcançado êxito em sua pretensão de alteração normativa, obtiveram sucesso em obter admissão jurisprudencial da possibilidade inusitada de se estipular os contornos de um grupo para os fins específicos de determinada ação coletiva, antes que ela se inicie²⁸⁴. Nota-se nitidamente o quanto a presença do financiador de litígios impõe novo equilíbrio à relação jurídica processual, proporcionando a esse sujeito – de forma mais ou menos nítida – poder de influenciar o comportamento processual da parte financiada.

Esta é, inclusive, a constatação que fomenta a preocupação da Comissão Europeia e do Comitê de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu em estipular limites à participação do financiador de litígios, especialmente em casos de *collective redress*. Registra-se, quanto a este ponto, que, por mais que a Recomendação da Comissão Europeia proíba expressamente

²⁸⁴ LEGG. *Reconciling Litigation Funding and the Opt Out Group Definition*, op. cit.

que o terceiro financiador influencie a parte financiada em seu agir deliberativo no processo, não se trata de disposição que seja suficiente a provocar este efeito de maneira peremptória. Não apenas em razão dos limites de coercibilidade da natureza do diploma jurídico em que esteja inserida, mas em virtude da tendência de enviesamento que pode provocar. Atente-se ao fato de que, como exposto no início desta seção, financiamentos de litígios sejam ajustados mediante a celebração de ‘acordos de investimento’ entre o financiador e a parte financiada, de tal modo que, conforme for o ajustamento dos termos, a parte poderá se sentir mais ou menos inclinada a adotar postura processual, perante o litígio, que se alinhe melhor aos interesses *do financiador* – atraída por uma espécie de ‘efeito de ancoragem’ que o acordo de investimento lhe provoque, ainda que este documento não o exija expressamente.

Sob este olhar, prossegue-se à última etapa de análise da pergunta a que se propõe responder com essa seção, a fim de se enveredar brevemente à discussão sobre o cabimento de financiamento de litígios por parte de ‘terceiros’, no direito processual coletivo brasileiro – ciente de que, neste país, sua utilização não é excepcional em outros domínios, como naquele da arbitragem empresarial. A fim de trazer o debate ao contexto jurisdicional brasileiro, Sofia Temer²⁸⁵ constrói a premissa fundamental de que a noção de participação processual não se restringe a formas de atuação ostensivas (como partes ou terceiros intervenientes), no processo judicial, no Brasil. Para exemplificar o ponto, a autora suscita disposições do Código Civil²⁸⁶ que estipulam ao segurado o dever de dar ciência ao segurador sobre a ocorrência do sinistro e sobre o fato de ter sido ajuizado processo judicial contra si próprio (segurado). Trata-se de disposições que têm a utilidade de dar concretude à prerrogativa concedida, pelo mesmo diploma legal, às seguradoras (em seguros de responsabilidade civil) para influenciarem o rumo do processo²⁸⁷, mediante a concessão ou não de autorização ao segurado, para que este reconheça sua responsabilidade, confesse, transija ou indenize diretamente o terceiro prejudicado. Diante deste cenário, entende Sofia Temer que “havendo participação – ainda que exteriorizada pelos atos do segurado –, a seguradora pode ser reconhecida como sujeito processual, o que pode ser estendido a outros sujeitos que permanecem nos bastidores”²⁸⁸.

Nesse sentido, reconhecendo-se a abertura do ordenamento jurídico brasileiro à figura do financiador do litígios, a primeira observação que se faz diz respeito ao fato de que as Recomendações da Comissão Europeia não se aplicam e sequer vinculam o direito brasileiro –

²⁸⁵ TEMER. *Financiamento de Litígios por Terceiros (ou ‘Third-Party’ Funding)*, op.cit.

²⁸⁶ Cf. artigos 771 e 787, §1º e §3º, do Código Civil (BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*).

²⁸⁷ *Ibid.*, artigo 787, §2º.

²⁸⁸ TEMER. *Financiamento de Litígios por Terceiros (ou ‘Third-Party’ Funding)*, p.2.

inclusive no que concerne à proibição de que o terceiro financiador influenciasse decisões da parte financiada sobre a condução do processo e sobre a celebração de acordos. Por outro lado, no contexto brasileiro, o reconhecimento que se confere aos terceiros financiadores de litígios, e que lhes atribui o *status* de sujeitos processuais não-aparentes, tem o efeito de, minimamente, lhes estender as obrigações processuais de boa-fé objetiva e de cooperação. Portanto, atendidas essas últimas exigências, “é natural que, vendo o processo como um investimento, o financiador tenha interesse em agir para [...] seu monitoramento, sua fiscalização e tomada de decisões estratégicas do litígio, sobretudo no que tange aos parâmetros para eventual solução consensual”²⁸⁹ – o que o posiciona, consequentemente, como agente de cujo agir deliberativo podem emergir poderes causais aptos a interferir no resultado do processo²⁹⁰ e, se considerados os litígios coletivos, na transformação do sistema social.

É indispensável que se reconheça que, ainda que a legislação brasileira não ofereça oposição peremptória à atuação de terceiros financiadores de litígios, a participação processual (não ostensiva) destes sujeitos tende a assumir aqui contornos diferenciados, em relação àqueles que se lhe atribui em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros – nos quais o financiamento de litígios constitui verdadeira ferramenta de promoção do acesso à justiça face aos elevados custos da litigância. Sobretudo se for considerado o contexto do ajuizamento de ações coletivas, no Brasil, é concedida a legitimidade ativa extraordinária a agentes institucionais de natureza majoritariamente pública (como é o caso do Ministério Público, da Defensoria Pública ou dos entes da Administração Pública), e são dispensadas as regras processuais de adiantamento de custas e despesas processuais, e de condenação em ônus de sucumbência, exceto se comprovada a má-fé (conforme o artigo 18, da Lei n.º 7.347/1985). Portanto, o eventual financiamento de litígios, realizado, por exemplo, em prol de associação para o ajuizamento de ação coletiva, assumiria escopos possivelmente diversos, e muito mais relacionados ao interesse ideológico, mercadológico, político ou econômico no resultado do litígio.

Por conseguinte, diante do alto poder de influência das tomadas de decisão do financiador de litígios ao resultado do processo, sobretudo por não se aplicarem no contexto jurídico brasileiro as salvaguardas das Recomendações da Comissão Europeia, torna-se imprescindível que se tenha especial atenção na identificação de sua eventual atuação como sujeito processual na resolução jurisdicional de litígios coletivos e – especialmente – estruturais,

²⁸⁹ *Ibid.*, p.3.

²⁹⁰ “Por isso, no direito estrangeiro, já há propostas para ‘integrar’ o financiador formalmente à relação parte-advogado, seja na forma de *joint-venture* com a própria parte, criando uma ‘nova’ parte, que passa a ser titular do direito ou coisa litigiosa, seja mediante parceria ou associação ao advogado ou a seu escritório” (TEMER. *Participação no Processo Civil*, p.409).

que possuam elevado grau de mutabilidade e potencial de transformação das estruturas sociais. Mais uma vez, revela-se a importância de que as tomadas de decisão em ciclo de implementação sejam subjetivamente complexas, até mesmo como estratégia de mitigação do risco de que os interesses mercadológicos de eventual financiador prevaleçam sobre os interesses coletivos.

7.2. MODELOS DE ATUAÇÃO E DELIBERAÇÃO ‘AGREGATIVOS’ EVENTUAIS OU CONTINUADOS

Em estudo recentemente publicado sobre o direito de participação na resolução processual de litígios coletivos, e sobre técnicas de atuação interativa, Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros consideram a existência de diferentes níveis de participação, aplicáveis à luz das peculiaridades de cada caso concreto, a partir do que denominam *princípio da variância participativa*²⁹¹. Por este princípio, sustentam – harmonicamente ao entendimento que se desenvolve também no presente trabalho – que “nem todos os litígios coletivos demandam o mesmo grau de participação e, em um mesmo litígio, é possível que haja subgrupos afetados de maneiras diferentes, de modo que não há uma receita única de participação, nem em termos de metodologia, nem em termos de intensidade”²⁹². Em complementação a esta ideia, propõem a existência de seis níveis de participação, consistentes na (i) notificação dos interessados (direito de notificação), na (ii) informação aos interessados (direito de informação), no (iii) direito de audiência, ou seja, de consulta aos interessados, no (iv) direito de influência por parte dos interessados, no (v) direito de cooperação e na (vi) codecisão²⁹³. Ainda que se encontrem todos intrinsecamente relacionados, podendo se combinar em diferentes proporções, conforme as características do litígio coletivo, o recorte metodológico que direciona as considerações que ora são desenvolvidas exige que se concentre a análise nos três últimos.

Evidentemente, não se desconsidera a importância de cientificação e informação aos sujeitos interessados, e tampouco de se lhes consultar sem finalidade vinculativa. Todavia, a análise que se desenvolve concentra-se na vertente da participação diretamente relacionada ao agir deliberativo dos sujeitos e na emergência de poder causal, em suas tomadas de decisão, para a cocriação de transformações estruturais. Como corroboram os autores em questão, nos

²⁹¹ VITORELLI, BARROS. *Processo Coletivo e Direito à Participação*, p.106-117. Os referidos autores constroem sua teoria a partir do “espectro da participação pública, defendida pela *International Association for Public Participation – IAP2*, a qual considera uma progressão da participação nas esferas de informar – consultar – envolver – colaborar – empoderar” (*Ibid.*, p.115).

²⁹² *Ibid.*, p.107.

²⁹³ *Ibid.*, p.106-117.

casos de litígios coletivos “de maior repercussão na vida das pessoas, os representados – aqueles que são os impactados por uma provável decisão – reivindicam participação em seus mais elevados graus”, de forma, portanto, a serem reconhecidos como participantes-decisores no percurso resolutivo do litígio. Assim, diante da intensidade com que o litígio estrutural é sentido no âmbito das interações entre agentes e partes relacionais do sistema social, e de sua marcante reverberação de efeitos prospectivos, torna-se imperativo que as tomadas de decisão voltadas à implementação da *reforma estrutural* se deem de forma subjetivamente complexa.

A ideia de um direito de influência, portanto, se potencializa para exigir, na máxima medida possível, que se reduzam os anteparos entre o agir deliberativo daqueles que, de fato, integrem o sistema social, e o daqueles que se façam ouvir diretamente no processo. Exige que se reduzam os perigos das ‘histórias únicas’²⁹⁴ contadas pelos narradores-observadores (não oniscientes) do processo. Incontestavelmente, não é possível que se traga, por isso, na condição de partes processuais, ao processo coletivo estrutural, todos os agentes e partes relacionais do sistema social, formando-se um litisconsórcio multitudinário de dimensões descomunais. Nem que se franqueie a todos, singularmente, o acesso à relação jurídica processual na condição de assistentes litisconsorciais ou *amici curiae*. Por outro lado, torna-se desejável que se disponha, associadamente, das diferentes formas de influência que lhes sejam franqueadas, para que, por seu intermédio e também pela cooperação processual, sejam proporcionados cenários de verdadeiras ‘codecisões’²⁹⁵.

Nas seções seguintes, exploram-se brevemente os principais modelos agregativos de sujeitos interessados, cuja aplicação se costuma identificar em ciclos de implementação de *reformas estruturais* (e, por vezes, em demais tipos de processos coletivos), demonstrando-se que, ainda que se pautem pelo alcance de tomadas de decisões estratégicas para as coletividades a partir de mecanismos de deliberação preponderantemente coletiva, encontram-se também sujeitos a riscos de interferências cognitivas, caso sejam aplicados de forma exclusiva – ou seja, caso se repouse exclusivamente sobre um desses modelos, na implementação de *reformas estruturais*, o múnus de tomadas de decisões estratégicas.

7.2.1. Modelo Agregativo Eventual e de Decisão por Deliberação Coletiva: Audiência Pública

²⁹⁴ ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*, op. cit.

²⁹⁵ VITORELLI, BARROS. *Processo Coletivo e Direito à Participação*, p.115-117.

Comumente considerada como importante instrumento de exercício da cidadania, a ‘audiência pública’ possibilita a participação direta dos jurisdicionados no espaço público de debates sobre questões de interesse social²⁹⁶. Sob o ponto de vista sociológico, por se tratar de mecanismo que direcione a interação social, audiências públicas provocam intrinsecamente a cocriação de modificações nas formas sociais preexistentes. E não se pode desconsiderar que esta modificação se insira dentre os propósitos da convocação formal destas audiências. Parte da doutrina identifica nas audiências públicas²⁹⁷ um instrumento eficaz para transformações no direito e na sociedade, sob o fundamento de que dariam concretude à ‘teoria da ação comunicativa’ de Jürgen Habermas²⁹⁸ – que dialoga com a formulação de Lockwood sobre integração social e integração de sistema²⁹⁹, para sustentar que nenhum tipo de interação entre agentes e partes relacionais do sistema social seria possível sem a ‘comunicação’. Esta última, por sua vez, se referiria ao uso da linguagem e da cooperação, para o alcance de entendimentos comuns que construíssem “relações sociais inéditas capazes de produzir modelos éticos modernos e mais adaptáveis à realidade”³⁰⁰.

Embora se adote como referencial teórico à presente pesquisa a interpretação que é oferecida por Margaret Archer para a teoria da integração social e da integração de sistema de Lockwood, a breve incursão que ora se faz à interpretação de Habermas demonstra-se útil para a identificação das ‘audiências públicas’ como espaços de tomadas de decisão estratégicas para coletividades, por deliberação coletiva e mediante prévia discussão plural³⁰¹. Ainda que se revistam essas audiências de eficácia meramente consultiva, referida identificação evidencia seu potencial para favorecer a reflexão dos agentes³⁰² sobre o litígio e sobre como este afeta o sistema social. Consequentemente a esta reflexão, estimula-se o agir deliberativo destes agentes e seu decorrente poder causal – que se manifesta para viabilizar a identificação de demandas da sociedade, a avaliação da adequabilidade de estratégias e políticas públicas que já se encontrem em aplicação ou, em geral, para favorecer o dimensionamento que os porta-vozes dos interesses da coletividade farão a respeito de determinado litígio coletivo e suas possibilidades resolutivas.

²⁹⁶ Cf. VIANA. *A Resolução Consensual na Tutela Processual Coletiva ao Meio Ambiente*, p.165-173.

²⁹⁷ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Audiências Públicas no Poder Judiciário e os Direitos da Personalidade: uma Análise à Luz das Teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle. In: **Revista Meritum**, v.16, n.3, set/dez.2021, p.156.

²⁹⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico: Estudos Filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. E também HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

²⁹⁹ Cf. MOUZELIS. *Social and System Integration*, op. cit.

³⁰⁰ SIQUEIRA, SOUZA. *Audiências Públicas no Poder Judiciário e os Direitos da Personalidade*, p.156.

³⁰¹ Cf. item 2.5.1, *supra*.

³⁰² ARCHER. *Being Human*, op. cit.

Ou, até mesmo, para proporcionar imediato encaminhamento de providências resolutivas por parte de instituições que se façam representar na ocasião – para o que se exigiria a simples consignação, em ata da audiência, das medidas a serem implementadas, tornando desnecessária, por vezes, a expedição de ofícios³⁰³.

Consoante identificam Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros, no contexto da busca por resolução de um litígio coletivo, o poder causal que emerge da realização de uma audiência pública tem o potencial estratégico de possibilitar “uma visualização mais exata das posições, dos interesses que estão em jogo e quais os principais interlocutores”³⁰⁴. Assim, principalmente diante de *litígios estruturais* (e, portanto, tipo de litígio coletivo de difusão irradiada), a realização de audiência pública desempenha relevante papel de facilitação do dimensionamento da situação litigiosa, e da mensuração da forma como impacta os agentes e partes relacionais do sistema social, a partir de seu epicentro e em direção às suas extremidades. Consequentemente, influencia na própria percepção do legitimado extraordinário à tutela jurisdicional coletiva³⁰⁵, a respeito do litígio e de suas possibilidades resolutivas. Além disso, os mesmos autores apontam para outra nuance do poder causal das audiências públicas, que consiste em sua acentuada “capacidade mobilizadora”³⁰⁶ que, em sua percepção, decorre da possibilidade de eventual presença de autoridades e repercussão midiática.

À luz das ponderações que ora se realiza, todavia, tende-se a atribuir a ‘capacidade mobilizadora’ das audiências públicas também (e, possivelmente, de forma preponderante) a outras razões, que transcendem a presença de autoridades e a repercussão midiática – ainda que estes últimos assumam, de fato, papel de central relevância nas tomadas de decisão. Para a demonstração do ponto, é pertinente retomarem-se as considerações tecidas anteriormente³⁰⁷, a respeito do fato de que, em espaços públicos de agir deliberativo e reflexivo, as dinâmicas que regem as interações entre agentes e partes relacionais tem expressivo potencial para afetar o encaminhamento e o resultado das tomadas de decisão. Retomam-se aqui, mais uma vez, as observações de Timur Kuran e Cass Sunstein³⁰⁸ sobre *cascatas de disponibilidade*, que tendem a produzir um efeito de se reforçarem as crenças coletivas, no espaço de debate público, conforme o poder causal que as formas sociais provoquem nos agentes singulares e que estes

³⁰³ VITORELLI, BARROS. *Processo Coletivo e Direito à Participação*, p.191.

³⁰⁴ *Ibid.*, p.188.

³⁰⁵ Cf. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a Efetividade da Tutela fora do Processo Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.328.

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ Cf. item 2.5, *supra*.

³⁰⁸ KURAN, SUNSTEIN. *Availability Cascades and Risk Regulation*, *op. cit.*

ciclicamente provoquem nas formas sociais. Ou seja, o comportamento individual absorve influências sociais, modifica-se e, por conseguinte, interfere na modulação dos comportamentos sociais. E, nesta relação cíclica, a reprodução de ideias e reflexões sobre o litígio coletivo e as formas de solucioná-lo não se vê necessariamente conduzida pelos argumentos que encontrem maior respaldo técnico-científico. Tampouco retratam, forçosamente, o resultado de reflexões aprofundadas que tenham realizado os agentes desse sistema social. Pelo contrário, no espaço de audiências públicas – como é inerente àqueles de deliberação coletiva e debate plural – é comum que o agir reflexivo dos agentes se construa a partir de *cascatas de disponibilidade* desencadeadas por estímulos selecionados por mecanismos heurísticos mentais desses agentes. Os quais podem se direcionar conforme as ideias que sejam expostas primeiro, os porta-vozes que possuam maior habilidade de oratória, laços de afinidade social, ou pela credibilidade (ou descrédito) que se atribua à opinião de determinada liderança ou autoridade, por exemplo.

O risco é, em certa medida, percebido por Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros, quando estes autores recomendam que, em audiências públicas, deve-se adiar para o final as falas de autoridades – ainda que fundamentem esta necessidade em argumentos de ordem diversa, igualmente importantes³⁰⁹. Inclusive, como estratégia para se ampliar a efetividade destas audiências, estes autores sugerem a realização de reuniões preparatórias³¹⁰ com os grupos interessados, para fins de esclarecimentos e melhor compreensão do tema. Ressalta-se, todavia, que a despeito do inequívoco proveito da realização destas reuniões sob a perspectiva da participação e do empoderamento dos sujeitos interessados, poderiam não ser aptas a mitigar os riscos de *cascatas de disponibilidade*. Pelo contrário, conforme as dinâmicas que regerem as interações sociais, estas reuniões podem provocar o efeito inverso de intensificação de enviesamento, antes mesmo da audiência. Ou, ainda, conforme existam grupos interessados diversos, com posicionamentos antagônicos, tanto as audiências, quanto suas reuniões preparatórias, podem provocar *efeito de polarização*, intensificando-se o antagonismo e o ruído de sistema, na medida que os agentes agregados se sintam estimulados (como decorrência de sua própria agremiação) a extremarem suas opiniões médias³¹¹.

³⁰⁹ “É muito comum, nas audiências públicas, que a mesa seja composta por diversas autoridades e que, na abertura do ato, seja dada a palavra a cada uma delas. Sendo comum também que após essa fala inicial elas se retirem. Isso prejudica a realização de encaminhamentos concretos durante a audiência, além de elas não ouvirem o que o público tem a dizer. Então, deixando para que as autoridades presentes falem apenas ao final, ganha-se triplamente: elas vão ouvir todas as manifestações e, com isso, poderão fazer uma fala mais precisa sobre o tema, além de possibilitar encaminhamentos resolutivos de imediato” (VITORELLI, BARROS. *Processo Coletivo e Direito à Participação*, p.191).

³¹⁰ *Ibid.*, p.189.

³¹¹ Cf. item 2.5.1, *supra*.

7.2.2. Modelo Agregativo para Cooperação: as Redes Internacionais de Juízes

Na medida em que *litígios estruturais* envolvem desconformidades nas interações entre instituições de larga-escala do sistema social, e que processos coletivos estruturais se propõem a transformações nessas interações mediante *reformas estruturais*, conclui-se que as relações entre atores internacionais estratégicos podem se revestir de poder causal que acentue a mutabilidade destes litígios e interfira em seus efeitos prospectivos. É o que se pôde observar, inclusive, na análise do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, quando se identificou o impacto provocado pelo final da Segunda Grande Guerra na aspiração de empoderamento político e social à comunidade negra nos Estados Unidos³¹². Consequentemente, diante desta conjuntura “em que as relações internacionais não ocorrem mais apenas entre Estados soberanos, mas se dão em diversos níveis e entre diversos atores, surgem redes globais de governança, capazes de influenciar nos processos de tomadas de decisão e de implementação de direitos”³¹³. Referidas redes, marcadas pela horizontalidade e preponderante informalidade, têm o potencial de tornar mais fluidas as interações entre atores estratégicos do sistema social.

A agregação em rede, dos agentes com potencial estratégico de tomadas de decisão, é fenômeno que encontra alicerce jurídico-filosófico na crítica que alguns autores³¹⁴ estabelecem à concepção escalonada e piramidal do Direito, conforme a qual cada norma encontraria seu fundamento de validade naquela que fosse hierarquicamente superior, a partir de lógica verticalizada, em cujo ápice se encontraria a norma fundamental. A crítica aponta para o fato de que, nos sistemas sociais contemporâneos, o modelo piramidal não seria suficiente para refletir a natureza multidirecional das interações entre agentes e partes relacionais desses sistemas – de forma que coordenação e cooperação seriam valores com maior imperatividade, do que hierarquizações estamentais³¹⁵. Adriana Lamounier Rodrigues acrescenta a esta visão a ideia de que a “multiplicidade de atores sociais e formas de criação de direito tornam o fenômeno jurídico um pouco mais complexo de ser analisado”³¹⁶. Esta compreensão reforça a máxima de que os litígios coletivos devam ser considerados e tratados à luz de sua natureza de

³¹² Cf. item 4.1, *supra*.

³¹³ PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **Cooperação Judiciária Internacional no Combate à Discriminação da Mulher no Trabalho: um Diálogo Brasil e Itália**. São Paulo: LTr, 2016, p.133.

³¹⁴ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. De la Pyramide au Réseau? Vers un nouveau mode de production du droit? In: **Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques**, n. 44, p.1-92, 2000.

³¹⁵ *Ibid.*, p.10.

³¹⁶ RODRIGUES, Adriana L. Saraiva Lamounier. **Redes Sindicais Internacionais: Uma Contribuição ao Fortalecimento do Direito do Trabalho na Itália e no Brasil**. Bauru: Canal 6, 2018, p.49.

fenômenos sociais e, neste sentido, François Ost e Michel van de Kerchove introduzem a ideia de tratamento dos fenômenos jurídicos a partir de ‘redes’ que preencheriam os “interstícios, cada vez mais amplos, abertos na construção piramidal tradicional”³¹⁷. Por intermédio destas redes, os agentes com poder estratégico de tomadas de decisão sociais encontram maior possibilidade para se articularem de forma flexível e coordenada, como método destinado a aperfeiçoar suas próprias deliberações.

Especificamente em relação ao agir deliberativo de magistrados, na via processual, têm-se identificado redes internacionais de juízes que, inclusive impulsionadas pela cooperação judiciária internacional, estimulam interações diretas e informais entre seus membros, não apenas para “agilizar e facilitar a própria cooperação judiciária institucionalizada como também para contribuir na troca de informações sobre os respectivos sistemas jurídicos”³¹⁸. Trata-se de interação que, desse modo, extrapola a finalidade fundamental dos mecanismos de cooperação judiciária, voltados à ampliação da efetividade de processos judiciais, na resolução de casos específicos, para se tornarem redes constituídas de forma mais ou menos formalizada, podendo se instituir “como organismos institucionais, previstas em diplomas normativos internacionais firmados por Estados soberanos”³¹⁹. Dentre aquelas que adotam formato institucionalizado, são citadas³²⁰ a Rede Judiciária Europeia (EJN) em matéria penal³²¹ e matéria civil e comercial³²², a Rede Latino-Americana de Juízes (REDLAJ), a Rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional (IberReD)³²³ e a Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa (RJCPLP).

Anne-Marie Slaughter vislumbra, nessas redes internacionais de juízes, verdadeiras comunidades globais que estimulam aos magistrados a consciência de que sua atuação é monitorada e sustentada pela sociedade, e de que sua função é “diferente, mas não divorciada

³¹⁷ OST, KERCHOVE. *De la Pyramide au Réseau?*..., p.89, tradução livre: "les interstices, de plus en plus larges, ouverts dans la construction pyramidale traditionnelle" (original).

³¹⁸ PIMENTA. *Cooperação Judiciária Internacional no Combate à Discriminação da Mulher no Trabalho*, p.134.

³¹⁹ *Ibid.*, p.135.

³²⁰ *Ibid.*, p.135-147.

³²¹ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Ação Comum de 29 de junho de 1998**, adotada pelo Conselho, com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, que cria uma Rede Judiciária Europeia (98/428/JAI). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L191/4, 7.7.98.

³²² CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Decisão do Conselho, de 28 de maio de 2001**, que cria uma Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial (2001/470/CE). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L174/25, 27.6.2001.

³²³ CONFERÊNCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS. **Relatorio del Secretariado**: Reunión Constitutiva de la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial (IberRED). Cartagena de Indias, Colombia, 2004.

da política”³²⁴. Por intermédio dos fluxos de informação instantâneos que guiam as interações sociais contemporâneas³²⁵, provoca-se um estreitamento das relações entre magistrados, com trocas de citações e entendimentos jurisprudenciais, de forma que “os entendimentos de juízes estrangeiros são vistos como fontes de informação e trazem novas perspectivas, auxiliando o magistrado a lidar com um caso sob um ponto de vista, como, de forma mais profunda, pode promover uma verdadeira convergência de entendimentos”³²⁶. Trata-se de intercâmbio que se tem considerado preponderantemente proveitoso sobretudo em relação à resolução jurisdicional de casos que envolvam normas de proteção a direitos humanos³²⁷, como costuma ocorrer com os processos coletivos estruturais.

Trata-se, assim, de modelo agregativo de sujeitos investidos do poder de tomada de decisões com vinculatividade, na resolução de litígios pela via jurisdicional, e que traz objetivo declarado de exercer poder causal sobre esse agir deliberativo. Evidentemente, trata-se de prática regida pelo propósito maior de formação de jurisprudência que seja sensível a questões de importância central à comunidade internacional, e que pode contribuir para que, ao realizar medições preditivas para a resolução de *litígios estruturais*, as Cortes façam mais completo dimensionamento do estado de desconformidade e dos fatores externos com os quais este possa se entrelaçar. Em contrapartida, não se pode desconsiderar a possibilidade eventual de ruídos neste tipo de prática, que podem derivar de interpretações que um magistrado, vinculado a uma jurisdição, faça dos entendimentos que preponderem em outra jurisdição, sem associá-los ao contexto principiológico e normativo regente desta última³²⁸.

³²⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. The Real New World Order. In: **Foreign Affairs**, v.76, n.5, set/out.1997, p.186, tradução livre: “distinct, but not divorced from politics” (original).

³²⁵ Cf. CASTELLS, Manuel. **The Rise of the Network Society**. 2.ed. Oxford, UK: Wiley-Blackwell, 2010, p.409.

³²⁶ PIMENTA. *Cooperação Judiciária Internacional no Combate à Discriminação da Mulher no Trabalho*, p.134. Cf. SLAUGHTER. *The Real New World Order*, p.187: “Why should a court in Israel or South Africa cite a decision by the U.S. Supreme Court in reaching its own conclusion? Decisions rendered by outside courts can have no authoritative value. They carry weight only because of their intrinsic logical power or because the court invoking them seeks to gain legitimacy by linking itself to a larger community of courts considering similar issues. National courts have become increasingly aware that they and their foreign counterparts are often engaged in a common effort to delimit the boundaries of individual rights in the face of an apparently overriding public interest. [...] Judges also cooperate in resolving transnational or international disputes. In cases involving citizens of two different states, courts have long been willing to acknowledge each other’s potential interest and to defer to one another when such deference is not too costly. U.S. courts now recognize that they may become involved in a sustained dialogue with a foreign court”.

³²⁷ PIMENTA. *Cooperação Judiciária Internacional no Combate à Discriminação da Mulher no Trabalho*, p.134.

³²⁸ A título de exemplo, cf. SLAUGHTER. *The Real New World Order*, p.187-188: “Judicial communication is not always harmonious, as in a recent squabble between a U.S. judge and a Hong Kong judge over an insider trading case. The U.S. judge refused to decline jurisdiction in favor of the Hong Kong court on grounds that ‘in Hong Kong, they practically give you a medal for doing this sort of thing [insider trading].’ In response, the Hong Kong judge stiffly defended the adequacy of Hong Kong law and asserted his willingness to apply it. He also chided his American counterpart, pointing out that any conflict ‘should be approached in the spirit of judicial comity rather than judicial competitiveness’”.

7.2.3. Modelos Agregativos Continuados e de Decisão por Deliberação Coletiva: Grupos de Trabalho ou Monitoramento, e Comitês de Instituições e Agentes Estratégicos

Em virtude da complexidade acentuada que se constata para a resolução de *litígios estruturais* (enquanto espécies de litígios coletivos de difusão irradiada), comumente adota-se como estratégia resolutiva, para o ciclo de implementação da *reforma estrutural*, a constituição de grupos de trabalho ou de monitoramento³²⁹ ou, ainda, de comitês voltados ao diálogo e alcance de soluções cooperativas por agentes estratégicos e porta-vozes das partes relacionais do sistema social interessadas e envolvidas na resolução do litígio correspondente.

Inicialmente, quanto à instituição de comitês voltados ao diálogo e alcance de soluções cooperativas por agentes e instituições estratégicas, tem-se que pode ser identificada em experiências de Cortes latino-americanas, assim como também vem sendo aplicado no cenário jurídico brasileiro. A título de exemplificação, aponta-se a determinação pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Argentina, de que o Poder Executivo da Província de Buenos Aires, por intermédio de seu Ministério da Justiça, convocasse Mesa de Diálogo, no caso *Verbitsky*, na qual se agremiassem a parte autora, os *amici curiae*, assim como os porta-vozes de demais partes relacionais do sistema social com interesse na resolução do litígio³³⁰. Quanto à determinação, Leonardo Filippini ressalva o fato de que teria deixado de especificar as funções da respectiva Mesa³³¹ – medida que seria de imperiosa importância, diante do poder de tomadas de decisão estratégicas que esta Mesa estaria a assumir.

Do mesmo modo como já se apontou em relação às decisões tomadas no âmbito de *claims resolution facilities*³³², a prerrogativa deliberativa destas Mesas deve estar, idealmente, bem delimitada em seu instrumento convocatório, sem que, com isso, se tenha a intenção de

³²⁹ “[...] técnicas de intermediação de interesses no processo, previstas em alguns procedimentos especiais, podem ser transportadas e aplicadas no procedimento comum, a fim de otimizar na prática a participação e permitir voz para todos os centros de interesse. Por exemplo, nos procedimentos concursais, há regramento para a formação de comitês de litigantes, com regras específicas para sua composição, atribuições, remuneração, forma de deliberação e responsabilidade de seus membros (arts.26 a 33 da Lei n.º 11.101/2005), que podem ser transportadas para o procedimento comum, a fim de viabilizar a atuação coordenada de litigantes nos incidentes de solução de casos repetitivos” (DIDIER JR., CABRAL, CUNHA. *Por Uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais*, p.73).

³³⁰ REPÚBLICA ARGENTINA. *Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus*, op. cit. Também cf. VERBIC. *Execução de Sentenças em Litígios de Reforma Estrutural na República Argentina*, op. cit.

³³¹ FILIPPINI, Leonardo G. La Ejecución del Fallo Verbitsky: Una Propuesta Metodológica para su Evaluación. In: PITLEVNIK, Leonardo [Org.]. **Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**, v.3. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p.148-175.

³³² Cf. item 7.1.3, *supra*.

lhes inserir em sistemática de rigidez quanto à sua atuação. O intuito é de se impulsionar sua efetividade e evitar ruídos e enviesamentos em suas dinâmicas deliberativas.

Destaca-se, em relação à instituição desta modalidade de mesas ou comitês, a alta suscetibilidade de incidência de ruídos acentuados pelo *efeito de polarização* comum às suas tomadas de decisão – até mesmo em razão dos interesses sociais, econômicos, políticos ou institucionais muito distintos de seus participantes, que podem, ora aprofundar o antagonismo entre os agentes convocados ao espaço deliberativo, ora reduzir dramaticamente sua efetividade em decorrência de eventual resistência destes mesmos agentes a elaborar soluções colaborativas com os demais envolvidos. Situação semelhante pôde ser verificada também no Brasil, em relação à Sala de Situação convocada no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709, proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e diversos partidos políticos, perante o Supremo Tribunal Federal.

Esta ação em específico tem por cenário o caos jurídico, político e social aflorado pela pandemia da Covid-19 – e se direciona à remediação de contexto de violação sistêmica a direitos fundamentais sociais de Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC)³³³, bem como à população indígena em geral. Em petição inicial, apontam os arguentes a aguda vulnerabilidade de povos indígenas (principalmente PIIRC's) no cenário pandêmico, em razão (i) da circulação de garimpeiros, madeireiros e outros agentes em suas terras, frequentemente de forma irregular, (ii) da vulnerabilidade socioepidemiológica de indígenas, (iii) de sua dificuldade de acesso a assistência de saúde, e, em geral, (iv) da carência de políticas públicas e omissão inconstitucional quanto à atuação de órgãos estatais para a garantia de direitos de povos indígenas, especificamente, no caso, à saúde.

A respectiva Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental direciona-se especialmente à situação de desconformidade inconstitucional nas interações entre instituições de larga-escala, que se aponta ser vivenciada por trinta e três povos indígenas isolados e de recente contato, distribuídos em oitenta e dois municípios, situados (à exceção de um) na Amazônia Legal³³⁴. Sustenta-se, em petição inicial, que o índice de letalidade da Covid-19 em

³³³ “Povos indígenas em isolamento voluntário (ou povos indígenas não contactados) são aqueles que, por escolha própria, não desejam ter contato constante com a sociedade envolvente. Povos indígenas de recente contato (ou povos indígenas de contato inicial) são aqueles que têm relações embrionárias e incipientes com a sociedade envolvente e que, por conseguinte, dispõem de baixa compreensão de seu idioma, códigos e costumes” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento: 05/08/2020. Publicação DJe-244: 07/10/2020, p.15).

³³⁴ OBSERVATÓRIO NACIONAL SOBRE QUESTÕES AMBIENTAIS, ECONÔMICAS E SOCIAIS DE ALTA COMPLEXIDADE E GRANDE IMPACTO E REPERCUSSÃO. **Relatório de Pesquisa Preliminar sobre Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC)**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

povos indígenas seria de 9,6%, em contraste aos 5,6% para a população brasileira em geral, e que a adequada garantia do direito fundamental à saúde desses povos, em cenário de pandemia, condiciona-se diretamente à formação de barreiras sanitárias, ao combate a invasões irregulares em seus territórios e à retirada dos invasores que lá já se encontrem, além da prestação de atendimento do Subsistema de Saúde Indígena do Sistema Único de Saúde a todos os povos indígenas. Apresentam-se dados estatísticos referentes à vulnerabilidade vivenciada pelas populações indígenas no Brasil, obtidos por núcleos de pesquisa e grupos de trabalho integrados pela Fiocruz e por estudos conduzidos pela UFMG em conjunto com o Instituto Socioambiental. Apontam-se não apenas insuficiências no alcance e implementação de políticas públicas que garantam a proteção da saúde de populações indígenas, como também a falta de transparência de órgãos estatais, sobretudo quanto à subnotificação de casos, e à ausência de participação de povos indígenas na formulação de planos de contingência nacional para a infecção pelo coronavírus. Destaca-se o descompasso entre o contexto de proteção de direitos fundamentais sociais destes grupos, e as recomendações de organismos internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a Organização dos Estados Americanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Em decorrência da narrativa de um *litígio estrutural*, apresentam os arguentes a necessidade de implementação conjunta e articulada de uma série de medidas, direcionadas a diferentes agentes e partes relacionais do sistema social. Dentre estas medidas, destacam-se a imposição de barreiras sanitárias, a pronta retirada de invasores irregulares das respectivas terras indígenas, a inclusão de todos os indígenas do país no Subsistema de Saúde Indígena administrado pela Secretaria Especial de Saúde Indígena, a formulação participativa de plano de enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas que seja vinculante ao Estado, o monitoramento do cumprimento do plano e, especialmente, o funcionamento imediato da “Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato”³³⁵ regulamentada pela Portaria Conjunta n.º 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da FUNAI.

A complexidade do *litígio estrutural* que se busca remediar, por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709, assume graves proporções que extrapolam o objeto de análise desta seção, e que, por isso, não serão, aqui, narradas em

³³⁵ BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria Conjunta n.º 4.094, de 20 de dezembro de 2018. **Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato**. Diário Oficial da União, edição 249, seção 1, página 390. Publicação: 28/12/2018.

detalhamento. Propõem-se, por outro lado, considerações especificamente direcionadas à instituição da respectiva Sala de Situação e de Grupo de Trabalho vocacionado à elaboração de plano de ação para a superação do estado de desconformidade.

Em decisão acerca do pedido de concessão de medida cautelar³³⁶, formulado na ação, o relator Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu a probabilidade do direito e o risco na demora, apontando a necessidade de diálogo institucional e intercultural para a remediação do litígio – em valorização, portanto, da variedade de aspectos subjetivos a serem contemplados pela *reforma estrutural* –, e posicionou-se expressamente como *facilitador* do processo à sua resolução, em clara exaltação à modalidade *experimentalista* de remediação de *litígios estruturais*, que incentiva a participação ativa, negocial e contínua dos agentes diretamente envolvidos. Nesta decisão, adicionalmente, observou-se a constante cautela da Corte em demonstrar que não estaria o Poder Judiciário interferindo de forma ilegítima ou inconstitucional na atuação dos demais Poderes, mas, pelo contrário, exercendo plenamente sua função constitucional, e assim, deferiu parcialmente os pedidos formulados em sede de tutela provisória. Dentre as determinações em sede cautelar, destacou-se a determinação da criação de Sala de Situação composta por autoridades designadas pela União, por integrantes da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União, e por representantes indígenas indicados pela APIB – pelo que se instalaram a Sala Nacional e Salas Locais. Na mesma decisão, determinou-se que a União formulasse ‘plano de enfrentamento da Covid-19 para povos indígenas brasileiros’, por intermédio de Grupo de Trabalho que contasse com participação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas, além de apoio técnico da Fiocruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira³³⁷.

Logo após a realização da primeira reunião da Sala de Situação Nacional instituída, foram noticiadas nos autos algumas particularidades quanto à atuação de alguns integrantes, que estariam a prejudicar a efetividade do espaço deliberativo – o que endossa as considerações que se vem enfatizando, no sentido de que, em espaços de tomadas de decisão estratégicas para coletividade e por deliberação coletiva, a dinâmica que rege as interações entre os agentes e partes relacionais envolvidos interferem diretamente no resultado deliberativo³³⁸. Na ocasião, assim, a APIB reportou nos autos que “(i) houve dificuldades técnicas e que não lograram

³³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 09/07/2020. DJe-174: 10/07/2020, p.15.

³³⁷ *Ibid.*, p.33.

³³⁸ Cf. KURAN, SUNSTEIN. *Availability Cascades and Risk Regulation*, *op. cit.*

acompanhar e entender plenamente o que foi dito na reunião; (ii) havia número excessivo de pessoas presentes; (iii) a metodologia foi inadequada; (iv) foram ofendidos por algumas declarações de autoridades”³³⁹, de forma que não teria cumprido a reunião seu objetivo. Mediante a recepção dessas informações, permitiu-se a Corte revisitar as medidas determinadas (o que, no caso específico, reconhece-se que se trata de providência amplamente aceita no Direito brasileiro, dada a natureza provisória da tutela concedida), para conferir aos representantes de comunidades indígenas apoio técnico nas reuniões da Sala de Situação, a fim de se ter ampliada sua participação, e para determinar a designação de observador do Juízo, inicialmente na condição de mero ouvinte desta Sala³⁴⁰. Providência, portanto, nitidamente com o escopo de desenviesamento. Ainda assim, percebeu-se a continuidade da resistência de alguns dos agentes envolvidos, sendo que a própria Fiocruz e a Associação Brasileira de Saúde Coletiva teriam se manifestado no sentido de que a transformação estrutural que se pretenderia alcançar não seria atingível “através de audiências realizadas”³⁴¹, e a União teria solicitado que o funcionamento permanente da respectiva Sala se configurasse por intermédio da mera disponibilização de endereço de e-mail para recebimento de solicitações³⁴².

No que concerne à elaboração de ‘plano de ação’ pelo Grupo de Trabalho instituído, observou-se o exercício, pela Corte, de controle específico da formulação e implementação de Plano de Barreiras Sanitárias para os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato, e de Plano Geral de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para Povos Indígenas, além da prévia determinação de elementos mínimos que devessem reunir³⁴³, antes de sua homologação. Além disso, adotou sistemática conforme a qual a Fiocruz, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva,

³³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 22/07/2020. DJe-184: 24/07/2020.

³⁴⁰ *Ibid.*, p.6.

³⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 21/08/2020. DJe-211: 26/08/2020, p.6.

³⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 21/10/2020. DJe-256: 23/10/2020.

³⁴³ “Assim, tendo em conta as manifestações da APIB, dos médicos especialistas, da Procuradoria Geral da República e do Conselho Nacional de Justiça, explico que as barreiras sanitárias devem reunir, no mínimo, os seguintes elementos: (i) medidas de proteção do território, (ii) EPI para os profissionais que atuarão na área, (iii) quarentena em local adequado para quem for adentrar terras indígenas, (iv) ingresso em tais terras apenas após testagem, (v) redução da movimentação de equipes, (vi) monitoramento epidemiológico do entorno, (vii) retirada de pessoa sintomática não indígena da área, (viii) preferência por tratamento de pessoa indígena na própria área, (ix) condições de comunicação adequadas (radiofonia) e (x) plano de contingência para o caso de contato entre PIIRCs e terceiros. Além disso, os protocolos, princípios e diretrizes aplicáveis às barreiras sanitárias devem considerar as particularidades e vulnerabilidades de cada povo e região, de modo a, mais uma vez, assegurar que tais barreiras cumpram a sua finalidade” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 07/08/2020. DJe-200: 12/08/2020).

a APIB, a Procuradoria-Geral da República, a Defensoria Pública da União, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional de Direitos Humanos estabeleceriam interlocução *a posteriori*, com o Grupo de Trabalho, mediante a sucessiva manifestação acerca das versões intermediárias dos planos elaboradas. Ainda assim, após a apresentação de inúmeras versões, o conteúdo do Plano Geral de Enfrentamento à Covid-19 para Povos Indígenas ainda permitia observar a “profunda desarticulação por parte dos órgãos envolvidos”³⁴⁴. A constatação levou, inclusive, à determinação de que outras instituições passassem a contribuir com as atividades do Grupo de Trabalho na elaboração dos planos – a saber, os órgãos e entidades sob responsabilidade do Secretário Especial de Saúde Indígena do Ministério da Saúde, do Presidente da Fundação Nacional de Saúde, do Ministro do Desenvolvimento Regional e do Presidente da Fiocruz³⁴⁵.

A respectiva Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ainda se encontra em tramitação, sendo inclusive alvo de críticas³⁴⁶ quanto ao funcionamento e à transparência das atividades e deliberações realizadas no âmbito da Sala de Situação Nacional. Nesse sentido, em outubro de 2021, mediante requerimento da APIB, foi determinado à União que passasse a lavrar atas pormenorizadas das deliberações realizadas nas reuniões da Sala de Situação, assim como dos respectivos acordos e encaminhamentos³⁴⁷. Todavia, apontam-se nos autos sucessivos descumprimentos desta determinação, por parte da União³⁴⁸, razão pela qual

³⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 16/03/2021. DJe-51: 17/03/2021, p.5-6: “São exemplo disso: (i) quanto a cestas alimentares: a incapacidade de informar com precisão a distribuição de cestas de alimentos por família e os critérios de vulnerabilidade que orientam a definição dos beneficiários; (ii) quanto ao trabalho das equipes de biossegurança: o não detalhamento de equipes de trabalho ou dos fluxos de material, sob a alegação – a essa altura da pandemia e do cumprimento da cautelar – da necessidade de um “estudo logístico aprofundado”; (iii) quanto à assistência integral e diferenciada: a não especificação do número de equipes atuando por população, a não determinação das medidas adotadas para assegurar o rastreamento, isolamento e descarte de casos, o não detalhamento ou quantificação do fluxo de internação, da logística e dos leitos para casos que precisam de unidade de tratamento intensivo; (iv) quanto aos povos indígenas localizados em terras indígenas não homologadas: a incapacidade de delimitar as respectivas populações, demandas e serviços prestados, tal como reiteradamente determinado por este Juízo; (v) a afirmação de que as contratações com dispensa de licitação dependem de decisão judicial. Há dados conflitantes e informações contraditórias, como apontado pelos especialistas técnicos. Além disso, o plano permanece genérico em diversos pontos, o que impossibilita o monitoramento da sua execução. A sensação que se tem é de que os órgãos enfrentam grandes dificuldades de resposta na matéria”.

³⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 29/03/2021. DJe-61: 05/04/2021.

³⁴⁶ GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo. STF, Povos Indígenas e Sala de Situação: Diálogo Ilusório. In: **Revista Direito e Praxis**, v.12, n.3, p.2174-2205, 2021.

³⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 21/10/2021. DJe-210: 22/10/2021.

³⁴⁸ “[...] a intervenção deste Relator tem sido necessária até mesmo para que uma ata de reunião da Sala de Situação seja apresentada e, agora, para que seu conteúdo mínimo seja estabelecido. A União se esquivou do cumprimento

se determinou que passassem a ser apresentadas – tanto nos autos (para fins de publicidade e fiscalização), quanto na própria Sala de Situação Nacional (para o amplo debate de providências pertinentes pelos agentes e partes relacionais do sistema social interessados) –, não apenas as atas, como também planilhas de monitoramento sobre barreiras sanitárias³⁴⁹.

A narrativa que se faz do caso pertinente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709, especificamente no que concerne à designação de Grupo de Trabalho e de Sala de Situação, não tem o intuito de postular a completa inefetividade destes modelos agregativos de tomadas de decisão. Até porque o extremismo de um respectivo quadro não seria condizente com a realidade – na qual se constata, inclusive, a tentativa da APIB de distribuir por dependência a petição inicial da recém-proposta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 991, a fim de que tramitasse também sob a mesma relatoria daquela de n.º 709³⁵⁰. No entanto, estabelecem o alerta de que sejam aplicados com ressalvas. Como já se pontuou anteriormente, a dinâmica que rege as relações entre seus integrantes favorece o aprofundamento do *efeito de polarização* entre eles e amplia o ruído de sistema, razão pela qual a doutrina, que inicialmente nutria grandes expectativas para a resolução efetiva do *litígio estrutural* correspondente, hoje pondera que a “Sala de Situação, um espaço e tempo que deveria servir para o diálogo interinstitucional e intercultural, tornou-se palco de ofensas por parte do Governo”³⁵¹.

7.3. SOBRE O ‘PERIGO DO VALE DO NORMAL’³⁵² E A MITIGAÇÃO DO RISCO DE INTERFERÊNCIAS COGNITIVAS EM DECISÕES SUBJETIVAMENTE COMPLEXAS

das providências mais elementares” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 31/03/2022. DJe-65: 04/04/2022).

³⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 05/05/2022. DJe-88: 09/05/2022.

³⁵⁰ Em ato judicial da Presidência do Supremo Tribunal Federal, o ministro Luiz Fux, no entanto, deixou de reconhecer a coincidência parcial ou total de objetos entre as duas ações, e afastou a hipótese de prevenção que se pleiteava, de forma que foi mantida a distribuição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 991 à relatoria do Ministro Edson Fachin (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 991/DF**. Despacho da Presidência. Divulgação: 01/07/2022. DJe-131: 04/07/2022). Na respectiva ação, foi requerido em sede de tutela jurisdicional provisória a determinação “ao CNJ, no âmbito do *Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão*, a instalação de um Grupo de Trabalho com prazo indeterminado, para acompanhamento contínuo de ações judiciais relacionadas à efetivação dos direitos dos povos indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC), a fim de que haja cumprimento do direito fundamental à razoável duração do processo, nos termos do art.5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988” (BRASIL. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 991/DF*, de 05/07/2022, *op. cit.*).

³⁵¹ GODOY, SANTANA, OLIVEIRA. *STF, Povos Indígenas e Sala de Situação*, p.2199.

³⁵² O termo “vale do normal” é utilizado em KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.146-155.

A análise isolada de cada um dos modelos – agregativos ou não-agregativos – de sujeitos, quanto às suas tomadas de decisão, demonstra como cada um deles, ao mesmo tempo em que oferece vantagens para a implementação de reformas estruturais, apresenta inerentes riscos de enviesamentos ou ruídos, o que passa a recomendar que se tracem estratégias processuais sensíveis a essa possibilidade e que se comprometam a buscar mitigá-la. Afinal, destas tomadas de decisão emerge relevante poder causal apto a provocar transformações nas estruturas sociais (ou seja, nas interações que se estabeleçam entre as partes relacionais do sistema social no qual se identifique o litígio). Pretende-se que, por intermédio deste poder causal, o elevado grau de mutabilidade dos litígios estruturais se direcione a transformações que apontem para a *superação* (e não para o aprofundamento) do estado de desconformidade.

A concretização prática deste propósito, contudo, tende a ser particularmente desafiadora. Como aponta a psicologia comportamental, graças aos mecanismos heurísticos dos indivíduos, “o processo de compreender a realidade é retroativo”³⁵³ – e não prospectivo, como são os efeitos que reverberam de litígios estruturais. Deste fato, extraem-se conclusões sensíveis sobre a forma como os sujeitos possam interpretar o estado de desconformidade estrutural. A explicação heurística que a mente humana oferece aos eventos sociais segue lógica inversa à sensatez: busca-se, na ocorrência final dos eventos, explicações a respeito de suas causas, que se revelem coerentes a esse resultado e que, normalmente, façam com que o respectivo resultado pareça previsível³⁵⁴. Ao passo que, em revés, a objetividade lógica apontaria para o fato de que resultados deveriam ser mensurados a partir de suas causas, e não estas últimas serem ‘eleitas’ para atribuir coerência a resultados. Nas palavras de Kahneman, Sibony e Sunstein, a habilidade de compreensão do mundo e dos fenômenos estaria diretamente relacionada à aptidão dos sujeitos para “construir narrativas que expliquem os eventos observados”³⁵⁵. À essa tendência, se dá o nome de ‘vale do normal’³⁵⁶.

A concomitância do policentrismo e do alto grau de mutabilidade que se apresentam em litígios estruturais oferece exacerbado campo para o risco do vale do normal. A forma complexa como se entrelaçam os fatores que, de fato, tenham dado causa e que, porventura, retroalimentem o litígio estrutural os tornam contraintuitivos. Adicionalmente, esses mesmos motivos fazem com que perguntas, a respeito das causas e das formas mais adequadas para se

³⁵³ KAHNEMAN, SIBONY, SUNSTEIN. *Ruído*, p.152.

³⁵⁴ *Ibid.*, p.153.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ *Ibid.*, p.146.

solucionar o litígio coletivo, sejam consideradas ‘difíceis’ e, conseqüentemente, substituídas pela mente humana por outras que sejam mais ‘simples’³⁵⁷ e que – mediante singelo esforço – se adaptem à pergunta original ‘difícil’, oferecendo-lhe devolutivas aparentemente críveis. De forma similar, conforme seja muito alta a intensidade da percepção destes litígios no âmbito das interações sociais, a nível atômico (entre agentes do sistema social) ou molecular (entre partes relacionais do sistema social), podem facilmente suscitar aos participantes-decisores heurísticas de afeto, que reflitam em seu agir deliberativo, mediante sensações de medo, angústia ou encorajamento, por exemplo.

Em todas estas hipóteses – como se vê, meramente exemplificativas –, confirma-se a elevada suscetibilidade das tomadas de decisão voltadas à resolução de litígios estruturais, ao risco de interferências cognitivas. A acentuada incidência deste risco, contudo, não pode ser tomada como subterfúgio que respalde omissões judiciais ou de demais sujeitos processuais na promoção da reforma estrutural, de forma a se perpetuar o estado de desconformidade. Por outro lado, recomenda maior atenção aos mecanismos deliberativos, para que possam acautelarse contra sua incidência, na melhor medida possível, sem que haja prejuízo às garantias de participação e devido processo legal. Em outras palavras, o reconhecimento do poder causal inerente às tomadas de decisão dos agentes estratégicos e partes relacionais do sistema social, ao mesmo tempo em que torna imperativa sua integração aos atos processuais (o que ora se propõe por intermédio da consideração das decisões em cascata, no ciclo de implementação, como atos subjetivamente complexos), exige-lhes a aplicação de dinâmicas para recíproca verificação – não apenas de sua validade e legitimidade³⁵⁸, mas também de sua adequabilidade.

Para o alcance destes propósitos – e, em especial, o último dentre eles, consoante o enfoque deste capítulo –, não se deve limitar o processo a ofertar a via recursal. A consideração das decisões em cascata como atos subjetivamente complexos tem o condão de redimensionar até mesmo este instrumento processual – que se reservaria ao controle exógeno do ato decisório, por parte de ‘sujeitos processuais’ que não tivessem dele participado especificamente, ou ao controle endógeno, por parte de ‘sujeitos processuais’ que, tendo integrado o agir deliberativo, postulem sua invalidade por vício de participação e demonstrem o prejuízo. Por conseguinte, para além da alternativa recursal, o próprio modelo deliberativo que proporciona essas decisões subjetivamente complexas deve, preferencialmente, adotar conformação que favoreça o

³⁵⁷ Cf. item 2.4.1, *supra*.

³⁵⁸ Cf. item 6.4, *supra*.

controle concomitante (e não apenas *a posteriori*) da adequabilidade do ato – contemplando-se neste controle, o uso de estratégias para mitigação de interferências cognitivas.

Para esta finalidade, aponta-se como estratégia o favorecimento da aplicação de raciocínio estatístico na implementação da reforma estrutural, com o intuito de se desestimular o raciocínio causal que conduz ao risco do vale do normal e de se evitar vieses de ponto cego (proporcionando-se aos participantes-decisores a adoção de ‘visão de fora’) por intermédio da valorização das taxas-base. Este favorecimento condiciona-se, em primeiro lugar, a se evitar o “reducionismo jurídico do litígio”³⁵⁹ – algo que, como já se vem apontando, decorre do ‘poder’ dos narradores-observadores a quem incumbe relatar e delimitar objetivamente o litígio no cenário processual. Mas não se trata, aqui, apenas de um uso discricionário deste ‘poder’, mas de uma efetiva negligência de taxa-base na realização desta narrativa processual. Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros confirmam esta hipótese, ao apontar que “o Poder Judiciário e as instituições do sistema de Justiça são chamados a atuar em litígios para os quais não possuem técnica e organização suficientes”³⁶⁰, de tal forma que “ao chegarem ao Judiciário, passam por um *forte processo de simplificação* dos interesses das pessoas que sofreram os danos, pois há uma longa sucessão de intermediadores”³⁶¹. Outras estratégias para se favorecer o raciocínio estatístico consistem na utilização ampla de provas estatísticas³⁶² (inclusive no próprio ciclo de identificação), na admissão à participação de *amici curiae* ou ainda na contratação de assessorias técnicas independentes. Estas últimas, possuindo aptidão técnica e regime jurídico próprio, visam a, de forma dialética, suprir assimetrias informacionais entre os sujeitos processuais e promover acompanhamento técnico-científico³⁶³ às tomadas de decisão realizadas pelos demais sujeitos, organizados ou não em modelos agregativos.

Da mesma forma, recomenda-se a adoção, concomitante, de múltiplos modelos de tomadas de decisão pelos sujeitos processuais – agregativos ou não-agregativos – com o propósito de incentivo à adoção de sistemática de revisibilidade das tomadas de decisão: não no sentido recursal de se impor uma decisão nova, em detrimento daquela submetida a revisão; mas de se estimular o diálogo construtivo e a participação democrática, além de principalmente proporcionar-se via de monitoramento recíproco da adequabilidade decisória. A proposta se

³⁵⁹ VITORELLI, BARROS. *Processo Coletivo e Direito à Participação*, p.214.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² ARENHART. *A Prova Estatística e sua Utilidade em Litígios Complexos*, op. cit. Cf. VIANA. *A Implementação de Decisões Estruturais a partir da Valoração de Provas Estatísticas*, op. cit. Cf. SOUZA JUNIOR. *Nem os Juízes são Cientistas nem os Tribunais são Laboratórios – A Prova Estatística*, op. cit.

³⁶³ VITORELLI, BARROS. *Processo Coletivo e Direito à Participação*, p.222.

harmoniza, inclusive, com o modelo de *town meeting*, conforme expressão de Stephen Yeazell, segundo o qual deveria prevalecer “método informal, não estruturado e dialógico de condução do processo, em que o magistrado fomenta a ampla participação direta de qualquer pessoa interessada”³⁶⁴, de forma a favorecer a participação de diferentes agentes e partes relacionais da sociedade. Isso porque, como também diagnostica Edilson Vitorelli, o modelo de *town meeting* auxilia a esmaecer a separação entre aqueles que ocupem normalmente o protagonismo no processo (juiz e partes representadas formalmente) e os demais participantes, cuja atuação processual tenderia a ser periférica³⁶⁵ - mesmo propósito que se pretende proporcionar com o reconhecimento da natureza subjetivamente complexa das decisões em cascata, e com o estímulo à adoção concomitante de múltiplos modelos deliberativos no ciclo de implementação.

Por fim, apontam-se providências que vêm sendo adotadas pelas Cortes brasileiras e que, aplicando-se a lógica de ‘arquitetura da escolha’, estimulam o engajamento dos próprios participantes-decisores, para o alcance de tomadas de decisão adequadas. Em primeiro lugar, menciona-se o uso estratégico da tecnologia: não para que sejam as decisões tomadas a partir de modelos matemáticos lineares³⁶⁶, mas para que se disponibilizem e divulguem amplamente, em sítios eletrônicos na rede mundial de computadores, relatórios parciais que proporcionem o acompanhamento público das etapas e tomadas de decisão realizadas ao longo do ciclo de implementação de processos coletivos estruturais³⁶⁷. A providência opera como método de se submeter ao escrutínio público a atuação e o agir deliberativo dos ‘sujeitos processuais’, estimulando-lhes – como espécie de *nudge* – a postura diligente e transparente, a qual, estando porventura ausente, lhes acentuaria os riscos reputacionais e, possivelmente, de mercado.

Destaca-se também a designação de membro do órgão jurisdicional para que atue como ‘observador’ nas reuniões de comitês de agentes e instituições estratégicas ou em grupos de trabalho convocados, ainda que sem a prerrogativa de agir deliberativo. A medida foi adotada recentemente no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 709, e tem o escopo de mitigação do efeito de polarização e dos riscos de acentuação dos ruídos de padrão e de nível nas reuniões da Sala de Situação Nacional convocada³⁶⁸ – em relação às quais havia relato, nos autos, de posturas protelatórias e não cooperativas por parte de alguns de seus integrantes, que pareciam pretender frustrar os seus propósitos. Assim, de fato não se pretendia transferir para o momento das reuniões o agir deliberativo do órgão jurisdicional, mas modificar

³⁶⁴ MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos Estruturantes**. Salvador: JusPodivm, 2021, p.90.

³⁶⁵ VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, p.583.

³⁶⁶ Cf. item 2.6.1, *supra*.

³⁶⁷ Providência que se adotou, por exemplo, no Caso da ACP do Carvão (<http://acpcarvao.com.br/login/index.php>).

³⁶⁸ Cf. item 7.2.3, *supra*.

a dinâmica de interações sociais que vinham regendo o espaço de deliberação coletiva. Para melhor se compreender o ponto, relembra-se que, ao se expandir a conotação jurídica que se atribui à categoria dos ‘sujeitos processuais’³⁶⁹, estendeu-se a estes participantes-decisores, que atuam conforme modelos agregativos ou não-agregativos, no ciclo de implementação, a exigência de cumprimento dos deveres processuais, conforme regulamentação legislativa e constitucional. Como consequência, presente o membro do órgão jurisdicional, durante as reuniões, ainda que na simples condição de ‘observador’, inerente à sua função institucional e jurisdicional é sua prerrogativa de fiscalizar o cumprimento dos deveres processuais – o que, por si só, pode ser suficiente para desestimular práticas não cooperativas ou desvinculadas do dever de boa-fé objetiva. Portanto, como decorrência de se modificarem as interações entre os participantes-decisores, pretende-se fazer com que delas emergja diferente tipo de poder causal para a promoção da reforma estrutural.

³⁶⁹ Cf. item 6.3.3, *supra*.

8. CONCLUSÃO

Em diálogo com a filosofia hegeliana, Byung-Chul Han¹ proclama a importância da 'estranheza' e a forma como esta proporciona, paradoxalmente, em si mesma e em sua própria superação, o alcance da beleza e da liberdade do espírito. A 'estranheza' é centelha que retira as mentes de seu estado de conformação e lhes orienta por um caminho, não linear, sob o impulso da curiosidade ávida de que seja substituída pelo 'entendimento'. Ao mesmo tempo em que tal 'entendimento' preenche o espaço originalmente ocupado pela 'estranheza', esta imediatamente se faz migrar para preencher outros espaços - normalmente justapostos ao 'entendimento', sugerindo a este, mais uma vez, que avidamente se amplie. A beleza da 'estranheza' se encontra, assim, em sua natureza fugaz: que não deseja permanecer, mas que se faz efêmera, sucessivamente realocando-se e propondo o convite para sua própria superação.

Na polissemia do apontamento doutrinário de que a litigância estrutural exibiria 'partes amorfas'² - o que poderia assumir dimensões incertas, sobretudo diante da designação do juiz como 'redistribuidor de poder'³ - se pôde identificar a 'estranheza' propulsora da curiosidade acadêmica que antecedeu e se manteve incessante (embora não estática), durante esta pesquisa. Como dimensionar este 'poder' destas 'partes amorfas', no contexto processual, para a superação de litígios estruturais? Trata-se de curiosidade acadêmica que convergiu para o propósito de formulação teórica para o modelo processual voltado à resolução de litígios estruturais. Uma formulação que reconhecesse as 'vozes dispersas'⁴ dos indivíduos, grupos e instituições interessados, ao mesmo tempo em que identificasse seu potencial transformativo sobre as interações sociais, no 'agora-depois-e-depois-ainda'⁵, e que se dissociasse da clássica conformação processual protagonizada pelo equilíbrio entre o 'poder' do órgão jurisdicional, de um lado, e dos 'narradores-observadores'⁶ do litígio estrutural, de outro.

Por intermédio de incursão transdisciplinar à ciência da Sociologia, e aos seus debates metodológico e ontológico, para explicação e descrição dos fenômenos sociais, identificou-se que a evolução das tradicionais polarizações reducionistas entre individualistas

¹ HAN, Byung-Chul. **Hiperculturalidade: Cultura e Globalização**. Tradução de Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis: Vozes, 2019, p.12-13.

² Cf. CHAYES. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, op. cit.

³ Cf. VIOLIN, Jordão. Processo Coletivo Estrutural: Uma Análise Comparada Brasil – Estados Unidos da América [Comunicação Oral em Videoconferência]. In: **Minicurso de Processo Coletivo Estrutural: Uma Análise Comparada Brasil - Estados Unidos da América**. Plataforma Online Google Meet: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal da Bahia, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 26 de fevereiro a 19 de março de 2021.

⁴ AZEVEDO. *O Cortiço*, op. cit.

⁵ EVARISTO. *Ponciá Vicêncio*, op. cit.

⁶ ADICHIE. *O Perigo de uma História Única*, op. cit.

e coletivistas aperfeiçoou-se para atribuir maior relevância a proposições teóricas voltadas às interações que se estabeleceriam entre os agentes e as partes relacionais dos sistemas sociais. Contemplaram-se, nesta última categoria, tanto partes relacionais desvinculadas de regulação normativa (coletividades e suas ramificações), quanto aquelas que se constituíssem em torno dessas regulações (instituições). Às interações dos agentes entre si, denominou-se 'integrações sociais' ou 'agência', ao passo que, às interações entre partes relacionais, deu-se a denominação de 'integrações de sistema' ou 'estruturas'.

A interlocução entre as correntes emergentistas do realismo social ontológico e do dualismo analítico, sob a abordagem morfogênica de Margaret Archer, propõe que poderes causais emergem tanto das formas sociais preexistentes, quanto do 'agir' dos sujeitos que integrem o sistema social (agentes e partes relacionais), de modo a provocarem, em conjunto, transformações nesse sistema (ou seja, cocriações de modificações nas interações). Referida representação explica os fenômenos sociais a partir de seu potencial de transformação do sistema, ao mesmo tempo em que permite enquadrar os litígios coletivos - de forma ampla - à condição de fenômenos sociais. Deste enquadramento, resulta a conclusão de que os atos ou fatos que deflagrem o litígio coletivo cocriam - em conjunto com características preexistentes do sistema social - modificações nas interações entre agentes e partes relacionais desse sistema. Uma vez modificadas, reflexivamente, essas interações reverberam modificações no próprio litígio coletivo em si - alterando sua conformação e suas perspectivas resolutivas.

À luz desta moldura, propõe-se a identificação do gênero dos litígios coletivos a partir de características que se lhe identificam como intrínsecas, podendo apenas variar quanto à sua acentuação. A primeira delas seria o grau de mutabilidade, que ora se manifesta mais, ora menos elevado - de forma diretamente proporcional à intensidade do impacto do litígio coletivo no âmbito das interações entre os agentes e as partes relacionais do sistema social, e em progressão inversa à adaptabilidade das formas sociais preexistentes para neutralização deste mesmo impacto. Identifica-se, inclusive, o respectivo grau de mutabilidade como uma das variáveis relevantes à mensuração da conflituosidade do litígio coletivo, de modo que litígios com maior grau de mutabilidade revelem, também, maior conflituosidade. A segunda característica que se identifica aos litígios coletivos, e que decorre da primeira, diz respeito à reverberação de efeitos prospectivos - que se faz inevitável, diante da mutabilidade detectada.

O diagnóstico permite ainda visualizar que, quanto maior o grau de mutabilidade do litígio coletivo, mais intensa será, também, sua reverberação de efeitos prospectivos, o que passa a exigir maior volume de previsões (ou seja, medições orientadas para cenário futuro)

para sua resolução. A margem de incerteza intratável das medições preditivas (decorrente de informações que sejam impossíveis de serem previamente conhecidas), por sua vez, amplia o risco de que as tomadas de decisão voltadas à resolução de litígios desta espécie incidam em erros - considerados estes sob referencial teórico da psicologia comportamental e da teoria de heurísticas e vieses⁷. Disso, resultou a necessidade de se investigarem estes riscos.

Assim, realizando-se também incursão à Psicologia Comportamental, identificam-se risco de interferências cognitivas em tomadas de decisão (especialmente preditivas) para coletividades, seja em casos de deliberação individual (por porta-vozes ou representantes do grupo, por exemplo), seja em casos de deliberação coletiva (pelo próprio grupo). Em contrapartida, diagnosticam-se, também, estratégias para a mitigação destes riscos, que perpassam tanto a aplicação de algoritmos por inteligência artificial, quanto o design de *nudges* e, ainda, a delegação do múnus decisório a especialistas. Todas estas estratégias com possível aplicação à mitigação de riscos de erros em medições preditivas voltadas à resolução de litígios coletivos, porém nenhuma delas verdadeiramente apta a reduzir este risco a zero.

Traçadas estas premissas, permite-se identificar a natureza coletiva do litígio estrutural (classificado como tipo de litígio coletivo de difusão irradiada, a partir da classificação proposta por Edilson Vitorelli⁸), diagnosticando-lhe o alto grau de mutabilidade, assim como a intensa reverberação de efeitos prospectivos. À luz das incursões realizadas à ciência da Sociologia, ainda, delimitam-se novos contornos semânticos à terminologia 'litígio estrutural', a partir da correspondência entre sua adjetivação e a conotação da palavra 'estrutura' na abordagem morfogênica do emergentismo. Assim, reconhecem-se nos 'litígios estruturais' aqueles litígios coletivos deflagrados a partir de desconformidades institucionais nas interações entre partes relacionais do sistema social (nas 'estruturas', portanto) - enfatizando-se que se enquadrariam na ideia de 'partes relacionais' tanto as instituições desse sistema, quanto os diferentes centros de interesses das coletividades envolvidas (o que permite visualizar, também, sua natureza policêntrica).

O conjunto destas delimitações constitui o arcabouço que proporciona formulação teórica para a resolução de litígios estruturais pela via jurisdicional e pelo modelo processual. Permitem avaliar que o processo judicial voltado à resolução de litígios coletivos deve, ao mesmo tempo, ser permeável à mutabilidade inerente a este litígio e à maneira como o agir deliberativo dos agentes, coletividades e instituições do sistema social exerce poder causal sobre as transformações sociais. Por outro lado, ao se reconhecer o poder do agir deliberativo

⁷ Cf. TVERSKY, KAHNEMAN. *Judgment Under Uncertainty*, op. cit.

⁸ Cf. VITORELLI. *O Devido Processo Legal Coletivo*, op. cit.

destes agentes e, concomitantemente, a suscetibilidade de suas deliberações à influência das formas como interajam com as crenças sociais e com demais estímulos do contexto social, surge a necessidade de se resguardar suas tomadas de decisão contra interferências cognitivas que ameacem reduzir sua efetividade para a resolução dos litígios estruturais e a promoção da reforma estrutural - objetos da relação jurídica processual correspondente.

Mediante estas ressalvas, busca-se, na experiência de ordenamentos jurídicos estrangeiros, valores que possam, adaptadamente, contribuir ao modelo que se vem traçando, no processo civil brasileiro, para a resolução de litígios estruturais. Nesse sentido, filtra-se a proposição ao tratamento processual *coletivo* para os litígios estruturais e, portanto, àqueles que aqui se denominam 'processos coletivos estruturais' (inseridos na categoria mais ampla dos processos coletivos - apesar de apresentarem especificidades, em relação a estes últimos). Alinhando-se ao entendimento de que estes processos se desenvolvem em dualidade cíclica em espiral⁹, a partir do transporte de técnicas entre procedimentos especiais¹⁰, identifica-se o efeito de ancoragem proporcionado pela decisão estrutural - que, assumindo natureza positiva e, portanto, classificando-se como *nudge* processual, estabelece parâmetros flexíveis para o ciclo de implementação de reformas estruturais.

Neste ciclo de implementação, por sua vez, 'redistribui-se o poder' transformativo da realidade social entre as 'partes amorfas' integrantes da relação processual, e, com o intuito de se melhor dimensionar este poder, atribui-se natureza subjetivamente complexa às decisões 'em cascata'¹¹ que o caracterizem. Para tanto, utiliza-se das bases que lança Piero Calamandrei para as 'sentenças subjetivamente complexas'¹², que as consideram como sendo aquelas que agremiem o agir deliberativo de diferentes autoridades, distintas quanto às suas atribuições e competências. A absorção da teorização pelo ciclo de implementação de processos coletivos estruturais, mediante adaptação de seus postulados, permite reconhecer a aptidão de tomada de decisão dos diferentes sujeitos processuais, na implementação de reformas estruturais, de forma a se lhes reconhecer como 'participantes-decisoros' e revestir de juridicidade seu agir deliberativo. Ainda com o propósito da conformação desta teoria aos escopos da pesquisa, interpreta-se ampliativamente a conotação de 'sujeitos processuais', a fim de se lhes considerar ato a ato, a partir do interesse de agir dos agentes e partes relacionais do sistema social, que compareçam ao ciclo de implementação do processo coletivo estrutural e, nele, exerçam seu agir deliberativo, interferindo ou delimitando os efeitos prospectivos da reforma estrutural.

⁹ Cf. VITORELLI. *Bifásico, em Cascata ou em Espiral...*, op. cit.

¹⁰ Cf. DIDIER JR., CABRAL, CUNHA. *Por uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais*, op. cit.

¹¹ Cf. ARENHART. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*, op. cit.

¹² CALAMANDREI. *Opere Giuridiche I*, op. cit.

A partir destas considerações, e buscando-se a superação da 'estranheza' que impulsionou a curiosidade acadêmica regente desta pesquisa, sustenta-se que a atribuição de natureza jurídica subjetivamente complexa às decisões tomadas em cascata, durante o ciclo de implementação, em processos coletivos estruturais: (i) dimensiona o poder transformativo do agir deliberativo dos agentes e partes relacionais do sistema social, na promoção de reformas estruturais pela via processual; (ii) consequentemente, estimula o seu agir colaborativo e monitoramento recíproco, como vistas a se assegurar validade e legitimidade a estas decisões; (iii) estabelece sua responsabilidade pelo cumprimento dos deveres processuais de boa-fé objetiva e cooperação, aos moldes de 'obrigação de meio' em relação ao conteúdo da reforma estrutural; (iv) permite melhor se identificarem os modelos pelos quais os sujeitos, com poder estratégico de tomada de decisão, agreguem-se ou não, aos seus pares, para seu agir deliberativo; (v) facilita a identificação do risco de interferências cognitivas, a que se sujeitem as deliberações tomadas conforme cada um desses modelos agregativos, e que possam reduzir sua efetividade; (vi) permite traçarem-se estratégias para mitigar esse risco de incidência de interferências cognitivas e para, ao mesmo tempo, se aperfeiçoar o poder participativo democrático dos agentes e coletividades interessados, na transformação das estruturas sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **O Perigo de uma História Única**. Tradução de Júlia Romeu. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

AHMED, Wasim; VIDAL-ALABALL, Josep; DOWNING, Joseph; SEGUÍ, Francesc López. COVID-19 and the 5G Conspiracy Theory: Social Network Analysis of Twitter Data. *In: Journal of Medical Internet Research*, vol. 22,5 e19458, mai.2020.

ALBISA, Cathy; SCHULTZ, Jessica. The United States: A Ragged Patchwork. *In: LANGFORD, Malcolm [Org.]. Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. New York: Cambridge University Press, 2008, p.230-249.

ALLCOTT, Hunt. Social Norms and Energy Conservation. *In: Journal of Public Economics*, v.95, n.9-10, out.2011, p.1082-1095.

ALTMAN, James M. Implementing a Civil Rights Injunction: A Case Study of NAACP v. Brennan. *In: Columbia Law Review*, v.78, n.4, p.739-770, 1978.

ALVARENGA, Samuel. Da Estratégia na Formulação de Pedidos em Ações Coletivas envolvendo Casos Complexos: Implantação e Operacionalização de Defesa Civil Municipal para o Enfrentamento de Inundação Durante Estado de Calamidade. *In: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes [Org.]. Casebook de Processo Coletivo: Estudos de Processo a partir de Casos*. V.1: Tutela Jurisdicional Coletiva. São Paulo: Almedina, 2020, p.105-186.

ANDERSON, Carol. **Eyes Off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

ARCHER, Margaret S. **Realist Social Theory: The Morphogenetic Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ARCHER, Margaret. Social Integration and System Integration: Developing the Distinction. *In: Sociology*, v.30, n.4, p.679-699, nov.1996.

ARCHER, Margaret. **Being Human: The Problem of Agency**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. *In: Revista de Processo*, v.225/2013, p.389-410, nov.2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão. *In: Revista de Processo Comparado*, v.2/2015, p.211-229, jul-dez.2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão. *In: Interesse Público – IP*, ano 18, n.17, p.243-257, maio-jun.2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. A Prova Estatística e sua Utilidade em Litígios Complexos. *In: Revista dos Tribunais*, v.1000/2019, p.451-464, fev.2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

AUSTRALIA, Full Federal Court of Australia. **Multiplex Funds Management Ltd v. P. Dawson Nominees Pty** (2007) 164 FCR 275.

AZEVEDO, Aluísio. **O Cortiço**. 3.ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

BASTOS, Paula Vilaça. A Intencionalidade do Juiz à Luz da Hermenêutica Fenomenológica. *In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva [Org.]. A Invocação da Justiça no Discurso Juspolítico*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013.

BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das Obrigações de Fazer ou Não Fazer – Estudo Comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

BAUERMAN, Desirê. Structural Injunctions no Direito Norte-Americano. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo [Org.]. Processos Estruturais*. 4.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.329-349.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e Garantismo: Visões Opostas do Fenômeno Processual? *In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato [Org.]. Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Junior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.163-191.

BERGER, Curtis J. Away from the Court House and Into the Field: The Odyssey of a Special Master. *In: Columbia Law Review*, v.78, n.4, p.707-738, 1978.

BERKOWITZ, Elizabeth. The Problematic Role of the Special Master: Undermining the Legitimacy of the September 11th Victim Compensation Fund. *In: Yale Law & Policy Review*, v.24, n.1, p.1-41, 2006.

BERTRAND, Edouard. The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding. *In: ASA Bulletin* (Swiss Arbitration Association), v.29, n.3, p.607-615, 2011.

BHASKAR, Roy. **The Possibility of Naturalism: A Philosophical Critique of the Contemporary Human Sciences**. 3.ed. London: Routledge, 2005.

BLOCK, Michael K., PARKER, Jeffrey S., VYBORNA, Olga, DUŠEK, Libor. An Experimental Comparison of Adversarial *versus* Inquisitorial Procedural Regimes. *In: American Law and Economics Review*, v.2, n.1, p.170-194, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3.ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **Outline of a Theory of Practice**. Coleção: Cambridge Studies in Social and Cultural Anthropology. Tradução de Richard Nice. New York: Cambridge University Press, 2013.

BOUSAS, Roberta Paes Leme; LIMA, Juliana Cabral. A Mediação Extrajudicial como Instrumento do Ordenamento Jurídico Brasileiro Apto a Dar Efetividade à Consulta Prévia Prevista na Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *In*: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Elaine Cristina da [Org.]. **Reflexões Acerca do Acesso à Justiça pela Via dos Direitos**, v.2. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p.301-332.

BRANT, João Paulo Alvarenga. **O Controle Judicial da Representação Adequada no Processo Coletivo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em 17 abr.2021.

BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. **Regula a Ação Popular**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm - Acesso em 16 jun.2022.

BRASIL. Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm - Acesso em 15 jun.2022.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria n.º 490, de 25 de agosto de 1988. **Dispõe sobre as inscrições nos maços de cigarro e outras formas de embalagem de fumo sobre o perigo de fumar à saúde**. Publicação DOU: 26/08/1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 abr.2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 168/RS**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno. Julgamento: 21/03/1990. Publicação DJ: 20/04/1990.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 232/RJ**. Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno. Julgamento: 02/08/1991. Publicação DJ: 27/03/1992.

BRASIL. Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso: 04 abr.2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 20/DF**. Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento: 19/05/1994. Publicação DJ: 22/11/1996.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Civil Pública n.º 0000533-73.1993.4.04.7204**. 4ª Vara Cível de Criciúma/SC. Sentença de Procedência n.º 20097. Jan/2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 472/DF**. Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgamento: 06/09/1995. Publicação DJ 02/03/2001.

BRASIL. Medida Provisória n.º 2.190-34, de 23 de agosto de 2001. **Altera dispositivos das Leis n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999, [...] e n.º 6.437, de 20 de agosto de 1977, [...] e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2190-34.htm#art7 – Acesso em 07 jun.2022.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm - Acesso em 16 jun.2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 485/MT.** Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. Julgamento: 25/04/2002. Publicação DJ: 23/08/2002.

BRASIL. Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm - Acesso em 09 jun.2022.

BRASIL, Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. **Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, [...] e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em 15 abr.2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n.º 2833/RR,** Relator Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 14/04/2005. Publicação DJ: 05/08/2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 670/ES.** Relator Min. Maurício Corrêa. Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2007. Publicação DJe-206: 31/10/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 708/DF,** Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2007. Publicação DJe-206: 31/10/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n.º 712/PA.** Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2007. Publicação DJe-206: 31/10/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510,** Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 29/05/2008. Publicação DJe-096: 28/05/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Popular n.º 3388,** Relator Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 19/03/2009. Publicação DJe-181: 25/09/2009. Republicação DJe-120: 01/07/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF,** Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 05/05/2011. Publicação DJe-198: 14/10/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132**, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 05/05/2011. Publicação DJe-198: 14/10/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54**, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2012. Publicação Acórdão Eletrônico DJe-080: 30/04/2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública n.º 0288813-36.2008.8.19.0001**. Decisão Monocrática em Apelação Cível. Relator Des. Cleber Ghelfenstein. Décima Quarta Câmara Cível. Julgamento: 19/11/2013. Publicação: 22/11/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 440.028/SP**. Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma. Julgamento: 29/10/2013. Acórdão Eletrônico DJe-232: 26/11/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Ação Popular n.º 3388/RR**, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento: 23/10/2013. Publicação DJe-023: 04/02/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Sentença na Ação Civil Pública n.º 0005429-04.2011.4.01.3813**. 1ª Vara da Subseção Judiciária de Governador Valadares/MG. Publicação: 24/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento n.º 0004393-91.2014.8.22.0000**. 1ª Câmara Especial. Relator Des. Eurico Montenegro. Publicação: 06/11/2014.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> - Acesso em 17 fev.2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento: 09/09/2015. Publicação DJe-031: 19/02/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. **Sentença na Ação Civil Pública n.º 0001349-19.2014.822.0015**. 1ª Vara Cível da comarca de Guajará-Mirim. Publicação: 05/05/2016.

BRASIL, Ministério da Saúde. Portaria Conjunta n.º 4.094, de 20 de dezembro de 2018. **Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato**. Diário Oficial da União, edição 249, seção 1, página 390. Publicação: 28/12/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC**. Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgamento: 21/02/2019. Publicação DJe: 11/04/2019.

BRASIL. Anexo LXXII do Decreto n.º 10.088, de 05 de novembro de 2019. **Convenção n.º 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72> - Acesso em 29 mai.2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Divulgação: 09/07/2020. DJe-174: 10/07/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 22/07/2020. DJe-184: 24/07/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 07/08/2020. DJe-200: 12/08/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 21/08/2020. DJe-211: 26/08/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento: 05/08/2020. Publicação DJe-244: 07/10/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 21/10/2020. DJe-256: 23/10/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 16/03/2021. DJe-51: 17/03/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 29/03/2021. DJe-61: 05/04/2021.

BRASIL. Lei n.º 14.112, de 24 de dezembro de 2020. **Altera as Leis n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 [...] referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.112-de-24-de-dezembro-de-2020-296388917> - Acesso em 09 jun.2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento n.º 5033746-81.2021.4.04.0000/PR**. 3ª Turma. Relatora Des. Federal Vânia Hack de Almeida. Publicação: 19/08/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 21/10/2021. DJe-210: 22/10/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 31/03/2022. DJe-65: 04/04/2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Decisão: 05/05/2022. DJe-88: 09/05/2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 991/DF**. Despacho da Presidência. Divulgação: 01/07/2022. DJe-131: 04/07/2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 991/DF**. Relator Min. Edson Fachin. Decisão: 01/07/2022. DJe-132: 05/07/2022.

BRASIL, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. **Termo de Ajustamento de Conduta que entre si celebram o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a SUPERVIA Concessionária de Transporte Ferroviário S.A., para definição do cronograma de execução das obras [...] além de outras disposições ajustadas entre as partes**. 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/tac_supervia.pdf - Acesso em 16 jun.2022.

BRAY, Samuel L. Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction. *In: Harvard Law Review*, v.131, n.2, p.417-482, 2017.

BRITO, Laura. MARX NETO, Edgard Audomar. Revisão Transitória de Alimentos e a Pandemia da Covid-19. *In: Revista Fórum de Direito Civil*, v.10, n.26, p.103-122, jan/abr.2021.

BRODBECK, May. On The Philosophy of Social Sciences. *In: Philosophy of Science*, v.21, n.2, p.140-156, abr.1954.

BUARQUE, Daniel. Coronavírus: ‘Foco da imprensa em número de mortes e falta de proteção amplia medo geral’, diz especialista em percepção de risco. *In: BBC News Brasil* [recurso eletrônico], 11 mar.2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51822927> - Acesso em 13 mar.2022.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre Continuidade, Mudança e Transição de Posições Processuais Estáveis**. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança Jurídica e Regras de Transição nos Processos Judicial e Administrativo: Introdução ao art.23 da LINDB**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos: As Claims Resolution Facilities e sua Aplicabilidade no Brasil. *In: Revista de Processo*, v.287/2019, p.445-483, jan.2019.

CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche I: Problemi Generali del Diritto e del Processo**. Collana La Memoria del Diritto. Roma: Università degli Studi Roma Tre, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Maria Gabriela. **O Compartilhamento de Competências no Processo Civil: um Estudo do Sistema de Competências sob o Paradigma da Cooperação Nacional**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CAPONI, Remo. Harmonizing Civil Procedure: Initial Remarks. *In*: HESS, Burkhard; KRAMER, Xandra E. [Org.]. **From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure**. Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, v.8. Germany: Hart Publishing, Nomos, 2017, p.43-62.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e Financiamento por Terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020.

CARVALHO, Eduardo. O que o Museu Nacional, incendiado em 2018, fará em 2019 com os R\$85 milhões previstos para sua recuperação. *In*: **BBC News Brasil** [recurso eletrônico], edição de 03 de janeiro de 2019.

CASAL, Jesús M. La Garantía Constitucional de los Derechos Sociales: Progresos y Dificultades o Zonas de Tensión. *In*: BAZÁN, Victor [Org.]. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: La Protección de los Derechos Sociales. Las Sentencias Estructurales**. v.5. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad-Adenauer, 2015, p.21-45.

CASTELLS, Manuel. **The Rise of the Network Society**. 2.ed. Oxford, UK: Wiley-Blackwell, 2010.

CATALOGUE OF BIAS COLLABORATION; ARONSON, J.K.; BANKHEAD, C.; NUNAN, D. Confounding. *In*: **Catalogue of Biases**, 2018. Disponível em: <https://catalogofbias.org/biases/confounding/>- Acesso em 09 abr.2022.

CHACRA, Guga. **Confinado no Front: Notas sobre a Nova Geopolítica Mundial**. São Paulo: Todavia, 2020.

CHANDRACHUD, Chintan. Anticorruption by Fiat: Structural Injunctions and Public Interest Litigation in the Supreme Court of India. *In*: **Socio-Legal Review**, v.14, p.170-189, 2018.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *In*: **Harvard Law Review**, v.89, n.7, p.1281-1316, Maio.1976.

CHEMERINSKY, Erwin. Against Sovereign Immunity. *In*: **Stanford Law Review**, v.53, p.1201-1224, 2001.

CLANCY, Kevin; BARTOLOMEO, John; RICHARDSON, David; WELLFORD, Charles. Sentence Decision-making: The Logic of Sentence Decisions and the Extent and Sources of Sentence Disparity. *In: Journal of Criminal Law and Criminology*, v.72, n.2, p.524-554, 1981.

COLEMAN, James S. **Foundations of Social Theory**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1994.

COLLINS, David. Public Funding of Class Actions and the Experience with English Group Proceedings. *In: Manitoba Law Journal*, v.31, n.2, p.211-238, 2005.

COMMISSION EUROPÉENNE. **Recommandation de la Commission, de 11 juin 2013** (2013/396/UE). Relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union. Journal Officiel de l'Union Européenne, L201/60, 26.7.2013.

CONFERÊNCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS. **Relatorio del Secretariado**: Reunión Constitutiva de la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial (IberRED). Cartagena de Indias, Colombia, 2004.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Ação Comum de 29 de junho de 1998**, adotada pelo Conselho, com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, que cria uma Rede Judiciária Europeia (98/428/JAI). Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L191/4, 7.7.98.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Decisão do Conselho, de 28 de maio de 2001**, que cria uma Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial (2001/470/CE). Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L174/25, 27.6.2001.

CONSOLIM, Márcia Cristina. Gustave Le Bon e a Crítica da Razão Acadêmica [Posfácio]. *In: LE BON, Gustave. Psicologia das Multidões*. Tradução: Mariana Sérvulo da Cunha. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p.193-217.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio sobre Creche e Pré-Escola do Município de São Paulo. *In: Civil Procedure Review*, v.7, n.2, p.38-68, mai-ago.2016.

COSTA, Susana Henriques da. Atuação Resolutiva em Conflitos Estruturais [Comunicação Oral em Videoconferência]. *In: 1º Curso Online de Processo Estrutural*. Plataforma Online Zoom: Escola de Estudos Superiores do Ministério Público (EESMP); Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público (EDAMP); Associação Espírito-Santense do Ministério Público (AESMP), 31 de julho de 2020.

COTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da Participação**: Proposições para o Desenvolvimento de uma Teoria acerca dos Processos Estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Parecer - CPC, art. 942 - Ampliação do Colegiado no Julgamento Não Unânime da Apelação - Ausência de Limite Devolutivo - Exame Também da Parte Unânime. *In: Revista de Processo*, v.270, p.239-247, ago.2017.

DANE, Erik; PRATT, Michael G. Exploring Intuition and Its Role in Managerial Decision-Making. *In: Academy of Management Review*, v.32, n.1, p.33-54, 2007.

DALEY, Kevin. William Barr: More Nationwide Injunctions in Trump Era than in Entire 20th Century. *In: The Daily Signal*, 22 maio.2019. Disponível em: <https://www.dailysignal.com/2019/05/22/bill-barr-used-this-1-figure-to-prove-nationwide-injunctions-are-a-problem/> - Acesso em 08 jun.2022.

DHAMI, Sanjit; AL-NOWAIHI, Ali; SUNSTEIN, Cass R. Heuristics and Public Policy: Decision-Making Under Bounded Rationality. *In: Harvard Public Law Working Paper*, v.19, n.4, p.1-83, jun.2018.

DIDIER JR., Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. *In: Revista de Processo*, v.198, p.213-226, ago.2011.

DIDIER JR., Fredie. **Cooperação Judiciária Nacional**: Esboço de uma Teoria para o Direito Brasileiro (arts.67-69, CPC). Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais**: dos Procedimentos às Técnicas. 2.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos - Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro: Aproximações e Distinções. *In: Revista de Processo*, v.256/2016, p.209-218, jun.2016.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural Aplicada ao Processo Civil Brasileiro. *In: Revista de Processo*, v.303/2020, p.45-81, maio.2020.

DIJK, Jan Van. **The Network Society**: Social Aspects of New Media. 2.ed. London: Sage Publications, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form versus Weak-form Judicial Review Revisited. *In: International Journal of Constitutional Law*, Oxford Journals, v.5, n.3, p.391-418, 2007.

DROR, Itiel; CHARLTON, David. Why Experts Make Errors. *In: Journal of Forensic Identification*, v.56, n.4, p.600-616, 2006.

DROR, Yehezkel. Training for Policy Makers. *In: MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. [Org.]. The Oxford Handbook of Public Policy*. New York: Oxford University Press, 2006, p.80-105.

DURKHEIM, Émile. **Le Suicide: Étude de Sociologie**. Paris: FAncienne Librairie Germer Bailliere et Cie., Félix Alcan, éditeur, 1897.

DURKHEIM, Émile. The Nature of Society and Causal Explanation. *In: American Journal of Sociology*, Letter to the Editor, v.3, p.848-849, 1898.

DURKHEIM, Émile. The Psychological Conception of Society. *In: Revue Philosophique*, Letter to the Directeur, v.52, p.704, 1901.

DURKHEIM, Émile. The Rules of Sociological Method. *In: LUKES, Steven [Org.]. The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology and its Method*. 2.ed. Basingstoke, Hampshire: Palgrave Macmillan, 2013.

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. *In: Harvard Law Review*, v.88, n.6, p.1057-1109, 1975.

EISENBERG, Melvin Aron. Participation, Responsiveness and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller. *In: Harvard Law Review*, v.92, p.410-432, 1978.

ELDER-VASS, Dave. Reconciling Archer and Bourdieu in an Emergentist Theory of Action. *In: Sociological Theory*, v.25, n.4, p.325-346, 2007.

ELDER-VASS, Dave. For Emergence: Refining Archer's account of Social Structure. *In: Journal for the Theory of Social Behaviour*, v.37, n.1, p.25-44, 2007.

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

EPSTEIN, Brian. Ontological Individualism Reconsidered. *In: Synthese*, v.166, 2009, p.187-213.

EPSTEIN, Brian. What is Individualism in Social Ontology? Ontological Individualism vs. Anchor Individualism. *In: ZAHLE, Julie; COLLIN, Finn [Org.]. Rethinking the Individualism-Holism Debate: Essays in the Philosophy of Social Science*. Dordrecht: Springer, 2014, p.17-38.

EUROPEAN PARLIAMENT, Committee on Legal Affairs. **Draft Report with Recommendations to the Commission on Responsible Private Funding of Litigation (2020/2130(INL))**, 17.6.2021.

EVARISTO, Conceição. **Ponciá Vicêncio**. 3.ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2017.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward. **Federalism: Political Identity and Tragic Compromise**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 4.ed.rev.e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

FILIPPINI, Leonardo G. La Ejecución del Fallo Verbitsky: Una Propuesta Metodológica para su Evaluación. *In: PITLEVNIK, Leonardo [Org.]. **Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**, v.3. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p.148-175.*

FINUCANE, Melissa; ALHAKAMI, Ali; SLOVIC, Paul; JOHNSON, Stephen M. The Affect Heuristic in Judgments of Risks and Benefits. *In: SLOVIC, Paul [Org.]. **The Perception of Risk**. Risk, Society and Policy Series. Abingdon, UK: Earthscan from Routledge, 2000, p.413-429.*

FISHER, Max. Coronavirus ‘Hits All the Hot Buttons’ for How We Misjudge Risk. *In: **The New York Times**, seção A, p.11, 13 fev.2020.*

FISS, Owen. Civil Rights Injunctions. *In: **Addison Harris Lecture**, Paper 7, 1978.*

FISS, Owen M. The Forms of Justice. *In: **Harvard Law Review**, v.93, n.1, p.1-58, Nov.1979.*

FISS, Owen M. Two Models of Adjudication. *In: GOLDWIN, Robert A., SCHAMBRA, William A. [Org.]. **How Does the Constitution Secure Rights?** Washington: American Enterprise Institute, 1985, p.36-49.*

FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. *In: **The Yale Law Journal**, v.91, n.4, p.635-697, mar.1982.*

FOLGER, Joseph P.; BRAGA NETO, Adolfo; BARROS, Julia. Mediação Transformativa: Preservando o Valor Único da Mediação em Contextos de Disputa. *In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v.51/2016, p.439-459, out/dez.2016.*

FOLGER, Joseph P.; BUSH, Robert A. Baruch. Transformative Mediation. *In: **International Journal of Conflict Engagement and Resolution**, v.2, n.1, p.20-34, 2014.*

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decisões Estruturais na Jurisprudência Argentina: Notas sobre a Importância do Experimentalismo Democrático a partir do Caso Mendoza. *In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha [Org.]. **Processos Estruturais no Sul Global**. Londrina, PR: Editora Thoth, 2022, p.195-222.*

FRANKEL, Marvin. **Criminal Sentences: Law Without Order**. New York: Hill and Wang, 1973.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *In: **Harvard Law Review**, v.92, n.2, p.353-409, Dez.1978.*

GALANTER, Marc; PALEN, Frank S.; THOMAS, John M. The Crusading Judge: Judicial Activism in Trial Courts. *In: **Southern California Law Review**, v.52, p.699-741, 1979.*

GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais: Identificação, Funcionamento e Finalidade**. Salvador: JusPodivm, 2020.

GARFINKEL, Alan. **Forms of Explanation: Rethinking the Questions in Social Theory**. New Haven, CT: Yale University Press, 1981.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a Efetividade da Tutela fora do Processo Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GEWIRTZ, Paul. Remedies and Resistance. *In: The Yale Law Journal*, v.92, n.4, p.585-681, 1983.

GHEBREYESUS, Tedros. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19**. Genebra, Suíça: World Health Organization, 11 mar.2020.

GIANNINI, Leandro J. Litigio Estructural y Control Judicial de Políticas Públicas. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [Org.]. Processos Estruturais*. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.147-156.

GIDDENS, Anthony. **The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration**. Cambridge: Polity Press, 1986.

GIDI, Antônio. **A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GILLES, Myriam. An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops... It's Still Moving! *In: University of Miami Law Review*, v.58, n.1, p.143-171, 2003.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de Interesse Público e Medidas Estruturantes: Da Execução Negociada à Intervenção Judicial**. Curitiba: Juruá, 2018.

GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo. STF, Povos Indígenas e Sala de Situação: Diálogo Ilusório. *In: Revista Direito e Praxis*, v.12, n.3, p.2174-2205, 2021.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Derecho Penal y Proceso: El Proceso como Situación Jurídica. Una Crítica al Pensamiento Procesal**. Tradução de Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

GÓMEZ PINTO, Luis Ricardo. **El Juez de las Políticas Públicas**. Bogotá, Colômbia: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. A Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor e o Conceito de Parte. *In: Revista Forense*, vol. 331, Rio de Janeiro, p. 65-73, 1995.

GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *In: Revista de Processo*, v.164, p.29-56, out.2008.

GRECO, Leonardo. Saneamento do Processo, Estabilidade e Coisa Julgada. *In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato [Org.]. Processo Civil Contemporâneo:*

Homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.402-445.

GREGORY, Derek. Presences and Absences: Time-space Relations and Structuration Theory. *In: HELD, David; THOMPSON, John B. [Org.]. Social Theory of Modern Societies: Anthony Giddens and his Critics.* Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p.185-214.

GRING, Pamela R. The Special Master's Role as Mediator: Experiences in the 50th State. *In: Journal on Dispute Resolution*, v.6, n.1, p.21-59, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Relatório Geral Civil Law – Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda [Orgs.]. Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado.* 2.ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.21-250.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico:** Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HAN, Byung-Chul. **Hiperculturalidade:** Cultura e Globalização. Tradução de Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis: Vozes, 2019.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *In: Science*, New Series, v.162, n.3859, p.1243-1248, dez.1968.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Developments in the Law – Injunctions. *In: Harvard Law Review*, v.78, n.5, p.994-1093, mar.1965.

HAYEK, Friedrich von. Scientism and the Study of Society – Part I. *In: Economica*, New Series, v.9, n.35, p.267-291, ago.1942.

HAYEK, Friedrich von. **Studies in Philosophy, Politics and Economics.** Chicago: The University of Chicago Press, 1967.

HEIKKILÄ, Melissa. Dutch scandal serves as a warning for Europe over risks of using algorithms. *In: PoliticoPro* [recurso eletrônico], 29 mar.2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/dutch-scandal-serves-as-a-warning-for-europe-over-risks-of-using-algorithms/> - Acesso em 15 abr.2022.

HENSLER, Deborah. Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. *In: Law and Contemporary Problems*, v.53, n.4, p.175-188, 1990.

HENSLER, Deborah. Alternative Courts? Litigation-Induced Claims Resolution Facilities. *In: Stanford Law Review*, v.57, n.5, p.1429-1439, 2005.

HENSLER, Deborah R. The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding. *In: The George Washington Law Review*, v.79, p.306-323, 2011.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. *In*: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A [Org.]. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press Inc., 2008, p.119-141.

HM TREASURY. **The Green Book**: Central Government Guidance on Appraisal and Evaluation. United Kingdom, 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HODGKINSON, Gerard P.; SADLER-SMITH, Eugene; BURKE, Lisa A.; CLAXTON, Guy; SPARROW, Paul R. Intuition in Organizations: Implications for Strategic Management. *In*: **Long Range Planning**, v.42, p.277-297, 2009.

HODGSON, Geoffrey M. Meanings of Methodological Individualism. *In*: **Journal of Economic Methodology**, v.14, n.2, p. 211-26, jun.2007.

HOPPE, Robert. Heuristics for Practitioners of Policy Design: Rules-of-thumb for structuring unstructured problems. *In*: **Public Policy and Administration**, v.33, n.4, p.384-408.

HSEE, Christopher K.; ZHANG, Jiao; YU, Frank; XI, Yiheng. Lay Rationalism and Inconsistency Between Predicted Experience and Decision. *In*: LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul [Org.]. **The Construction of Preference**. New York: Cambridge University Press, 2006, p.532-549.

ISSACHAROFF, Samuel. Litigation Funding and the Problem of Agency Cost in Representative Actions. *In*: **DePaul Law Review**, v.63, n.2, p.561-585, 2014.

ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *In*: **Louisiana Law Review**, v.74, n.2, p.397-431, 2014.

ISSACHAROFF, Samuel; FITZPATRICK, Brian; PICHÉ, Catherine; SEBOK, Anthony; COYLE, Thomas. Panel 3: Litigation Funding as a Tool for Collective Actions and Arbitrators, 2015 Conference on Litigation Funding: The Basics and Beyond, New York University School of Law. *In*: **Journal of Law and Business**, v.12, n.3, p.569-601, 2016.

JACKSON, Frank; PETTIT, Philip. In Defense of Explanatory Ecumenism. *In*: **Economics and Philosophy**, v.8, n.1, Cambridge University Press, p.1-21, abr.1992.

JAMES JR., Fleming. Right to a Jury Trial in Civil Actions. *In*: **The Yale Law Journal**, v.72, p.655-693, 1963.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a Necessidade de uma Teoria dos Processos Estruturais: Bases de uma Possível Construção. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [Org.]. **Processos Estruturais**. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.815-834.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas Formas de Pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; KLEIN, Gary. Conditions for Intuitive Expertise: A Failure to Disagree. *In*: **American Psychologist**, v.64, n.6, p.515-526, set.2009.

KAHNEMAN, Daniel; RITOV, Ilana; SCHKADE, David A. Economic Preferences or Attitude Expressions? An Analysis of Dollar Responses to Public Issues. *In*: LICHTENSTEIN, Sarah; SLOVIC, Paul [Org.]. **The Construction of Preference**. New York: Cambridge University Press, 2006.

KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David; SUNSTEIN, Cass. Shared Outrage and Erratic Awards: The Psychology of Punitive Damages. *In*: **Journal of Risk and Uncertainty**, v.16, p.49-86, 1998.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: Uma Falha no Julgamento Humano. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. *In*: **Econometrica**, v.47, n.2, p.263-292, mar.1979.

KASPERSON, Roger *et al.* The Social Amplification of Risk: a Conceptual Framework. *In*: SLOVIC, Paul [Org.]. **The Perception of Risk**. Risk, Society and Policy Series. Abingdon, UK: Earthscan from Routledge, 2000, p.232-245.

KESSLER, Amalia D. Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial. *In*: **Cornell Law Review**, v.90, n.5, p.1181-1275, jul.2005.

KIVINEN, Osmo; PIIRONEN, Tero. Hacia un relacionismo metodológico pragmático. De la filosofización de la sociología a la sociologización de la filosofía. *In*: **Revista CS**, n.6, Cali (Colômbia), p.363-396, jul-dez.2010.

KLEIN, Gary. **Sources of Power**: How People Make Decisions - 20th anniversary edition. Cambridge: MIT Press, 2017.

KLONOFF, Robert H. The Decline of Class Actions. *In*: **Washington University Law Review**, v.90, p.729-838, 2013.

KLONOFF, Robert H. Class Actions Part II: A Respite from the Decline. *In*: **New York University Law Review**, v.92, p.971-997, 2017.

KLONOFF, Robert H. Class Actions in the Year 2026: a Prognosis. *In*: **Emory Law Journal**, v.65, n.6, p.1569-1655, 2016.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *In: California Law Review*, v.92, n.5, p.1441-1477, out.2004.

KRENT, Harold J. Reconceptualizing Sovereign Immunity. *In: Vanderbilt Law Review*, v.45, p.1529-1580, 1992.

KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**, with an Introductory Essay by Ian Hacking. 50th Anniversary Edition. 4.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

KUNREUTHER, Howard; HEAL, Geoffrey. Managing Catastrophic Risk. *In: SHOGREN, Jason F. [Org.]. Encyclopedia of Energy, Natural Resources and Environmental Economics*. Volume 3: Environment. Amsterdam: Elsevier Science, 2013, p.52-59.

KUNREUTHER, Howard; SCHUPP, Jason. Evaluating the Role of Insurance in Managing Risk of Future Pandemics. *In: NBER Working Paper Series*. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2021.

KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass R. Availability Cascades and Risk Regulation. *In: Stanford Law Review*, v.51, n.4, p.683-768, 1999.

LAGE, Guilherme; DOURADO, Francisco; PEDRON, Flávio Quinaud. A Constitucionalização do Processo: um Avanço Teórico-Discursivo para o (Efetivo) Rompimento com a Socialização Processual. *In: Revista Parajás*, v.2, n.2, p.1-39, 2019.

LAMPE, Joanna R. **Nationwide Injunctions: Law, History and Proposals for Reform**. Washington, DC: Congressional Research Service, 2021.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *In: Harvard International Law Journal*, v.53, n.1, p.189-247, 2012.

LANGFORD, Malcolm. La Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales: de la Práctica a la Teoría. *In: LANGFORD, Malcolm [Org.]. Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales: Tendencias Emergentes en el Derecho Internacional y Comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2013, p.45-103.

LE BON, Gustave. **Psicologia das Multidões**. Tradução: Mariana Sérvulo da Cunha. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **State Sovereign Immunity**. Cornell Law School, sem data. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-11/state-sovereign-immunity> - Acesso em 21 mar.2021.

LEGG, Michael. Reconciling Litigation Funding and the Opt Out Group Definition in Federal Court of Australia Class Actions: the Need for a Legislative Common Fund Approach. *In: Civil Justice Quarterly*, v.30, n.1, Thomson Reuters Legal, p.52-73, 2011.

LEISS, William. Searching for the Public Policy Relevance of the Risk Amplification Framework. *In: PIDGEON, Nick; KASPERSON, Roger; SLOVIC, Paul. The Social Amplification of Risk*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003, p.355-373.

LEVIT, Janet K. The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise? *In: Columbia Journal of Transnational Law*, v.37, p.281-355, 1999.

LOCKWOOD, David. Social Integration and System Integration. *In: ZOLLSCHAN, George K.; HIRSCH, Walter [Org.]. Explorations in Social Change*. Boston: Houghton Mifflin, 1964, p.244-257.

LYNCH, Kevin J. The Lock-in Effect of Preliminary Injunctions. *In: Florida Law Review*, v.66, n.2, p.779-821, Fev.2015.

MALIN, Martin H; BIERNAT, Monica. Do Cognitive Biases Infect Adjudication? A Study of Labor Arbitrators. *In: University of Pennsylvania Journal of Business Law*, v.11, p.175-215, 2008.

MALVEAUX, Suzette M. Class Actions, Civil Rights, and the National Injunction. *In: Harvard Law Review Forum*, v.131, p.56-64, 2017.

MANDELBAUM, Maurice. Societal Facts. *In: The British Journal of Sociology*, v.6, n.4, p.305-317, dez.1955.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**, com notas de Napoleão Bonaparte e Cristina da Suécia. Tradução de Mário e Celestino da Silva. 1.reimpr. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes (Multipolares, Policêntricos ou Multifocais): Gerenciamento Processual e Modificação da Estrutura Judiciária. *In: Revista de Processo*, v.289/2019, p.423-448, mar.2019.

MARÇAL, Felipe Barreto. Direito Processual Comportamental: Repensando Institutos Processuais a partir da Economia Comportamental, da Psicologia Cognitiva e da Neurociência. *In: Revista de Processo*, v.305/2020, p.427-448, jul.2020.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos Estruturantes**. Salvador: JusPodivm, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional*. 9.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.978-1463.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**, v.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

McGOVERN, Francis E. The What and Why of Claims Resolution Facilities. *In: Stanford Law Review*, v.57, p.1361-1389, 2005.

McWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. *In: Minnesota Law Review*, v.39, p. 837-851, 1955.

MEEHL, Paul E. **Clinical versus Statistical Prediction: A Theoretical Analysis and a Review of the Evidence**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1954.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDONÇA, Luis Correia de. Vírus Autoritário e Processo Civil. *In: Revista Julgar*, n.1, p.67-98, jan-abr.2017.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. Tradução de Manoel Innocêncio de Lacerda Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. *In: Revista de Processo*, v.183/2010, p.165-194, maio.2010.

MORABITO, Vince. Class Actions Instituted only for the Benefit of the Clients of the Class Representative's Solicitors. *In: Sidney Law Review*, v.29, p.5-41, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual Civil: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.173-181.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual Civil: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.183-192.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: Terceira Série*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.193-221.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.155-178.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. *In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v.20, n.26, p.197-210, jul-dez.2004.

MOUZELIS, Nicos. Social and System Integration: Lockwood, Habermas, Giddens. *In: Sociology*, v.31, n.1, p.111-119, fev.1997.

MULLENIX, Linda. General Report – Common Law. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda [Orgs.]. Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma Análise de Direito Comparado*. 2.ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.251-298.

MULLENIX, Linda S. Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Claims – A Fund Too Far. *In: Louisiana Law Review*, v.71, n.3, p.819-916, 2011.

NÆSS, Petter. The Third Limfjord Crossing: A Case of Pessimism Bias and Knowledge Filtering. *In: Transport Reviews: A Transnational Transdisciplinary Journal*, v.31, n.2, p.231-249, 2011.

NEWMAN, Dwight G. Collective Rights. *In: Philosophical Books*, v.48, n.3, p.221–232, jul.2007.

NERY JUNIOR, Nelson. Condições da Ação. *In: Revista de Processo*, v.64/1991, p.33-38, out-dez.1991.

NETHERLANDS. Supreme Court of the Netherlands (Hoge Raad). **Urgenda Foundation v. State of the Netherlands**, ECLI:NL:HR:2019:2007. Publicação: 13/01/2020.

NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. Experts, Amateurs and Real State: an Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions. *In: Organizational Behavior and Human Decision Processes*, v.39, p.84-97, 1987.

NÚCLEO ECOLOGIAS, EPISTEMOLOGIAS E PROMOÇÃO EMANCIPATÓRIA DA SAÚDE, ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA, FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. O Caso da TI Raposa Serra do Sol e o Perigo do Efeito Cascata sobre Demarcações Indígenas Futuras e já Homologadas. *In: Mapa de Conflitos envolvendo Justiça Ambiental e Saúde no Brasil* [recurso eletrônico], nov.2020. Disponível em: http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/o-caso-da-ti-raposa-serra-do-sol-e-o-perigo-do-efeito-cascata-sobre-demarcacoes-indigenas-futuras-e-ja-homologadas/#contexto_ampliado – Acesso em 05 jun.2022.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da (Im)parcialidade dos Sujeitos Processuais: Um Estudo sobre os Vieses Cognitivos, a Mitigação de seus Efeitos e o Debiasing**. 2.ed.rev.atual.e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Algoritmo: o Risco da Decisão das Máquinas. *In: Revista Bonijuris*, ano 31, n.659, p.44-58, ago/set.2019.

NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla. Acesso à Justiça e Virada Tecnológica no Sistema de Justiça Brasileiro: Gestão Tecnológica de Disputas e o Alinhamento de Expectativas para uma Transformação com Foco no Cidadão – Novos Designs, Arquitetura de Escolhas e Tratamento Adequado de Disputas. *In: NUNES, Dierle; WERNECK, Isadora; LUCON, Paulo Henrique dos Santos [Org.]. Direito Processual e Tecnologia: Os Impactos da Virada Tecnológica no Âmbito Mundial*. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p.13-88.

NUNES, Leonardo Silva. A Configuração do Procedimento Adequado aos Litígios Estruturais. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [Org.]. Processos Estruturais*. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.687-702.

OBSERVATÓRIO NACIONAL SOBRE QUESTÕES AMBIENTAIS, ECONÔMICAS E SOCIAIS DE ALTA COMPLEXIDADE E GRANDE IMPACTO E REPERCUSSÃO.

Relatório de Pesquisa Preliminar sobre Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de Destruição em Massa:** como o Big Data Aumenta a Desigualdade e Ameaça a Democracia. Tradução de Rafael Abraham. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020.

OLIVEIRA, Karina Brandão Rezende. Ainda o Problema da Revisão da Coisa Julgada. *In:* FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar [Org.]. **Novas Tendências. Diálogos entre Direito Material e Processo:** Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p.335-347.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. De la Pyramide au Réseau? Vers un nouveau mode de production du droit? *In:* **Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques**, n. 44, p.1-92, 2000.

OSUNA, Néstor. Las Sentencias Estructurales: Tres Ejemplos de Colombia. *In:* BAZÁN, Victor [Org.]. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales:** La Protección de los Derechos Sociales. Las Sentencias Estructurales. v.5. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad-Adenauer, 2015, p.91-124.

PALADINO, Guilherme. Geólogos explicam desabamento de cânion em Capitólio e veem Brasil atrasado em avaliações de segurança de áreas turísticas. *In:* **Jornal da UNESP** [recurso eletrônico], edição de 14 de janeiro de 2022.

PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation. *In:* **Vanderbilt Law Review**, v.70, n.1, p.167-220, 2017.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A Atividade Política da Jurisdição Constitucional Brasileira: Algumas Dimensões. *In:* CLÈVE, Clèmerson Merlin [Coord.]. **Constituição, Democracia e Justiça:** Aportes para um Constitucionalismo Igualitário. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p.17-36.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *In:* **Revista Juris Poiesis**, ano 18, n.18, p.130-159, jan-dez.2015.

PETTIT, Philip. Groups With Minds of Their Own. *In:* SCHMITT, Frederick F. [Org.]. **Socializing Metaphysics:** The Nature of Social Reality. New York: Rowman & Littlefield Publishers: 2003, p.167-193.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **Cooperação Judiciária Internacional no Combate à Discriminação da Mulher no Trabalho:** um Diálogo Brasil e Itália. São Paulo: LTr, 2016.

PLEASANTS, Nigel. Free Will, Determinism and the 'Problem' of Structure and Agency in the Social Sciences. *In:* **Philosophy of the Social Sciences**, v.49, n.1, p.3-30, 2019.

POLANYI, Michael. **The Logic of Liberty: Reflections and Rejoinders**. Coleção The International Library of Sociology. Abingdon, Oxfordshire, UK: Routledge, 1951 (Reimpressão Digital: 2007).

POLANYI, Michael. **Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy**. London: Routledge & Kegan Paul, 1978.

POPPER, Karl. The Poverty of Historicism, III. *In: Economica*, v.12, n.46, p. 69–89, 1945.

POPPER, Karl. **The Logic of Scientific Discovery**. Londres e Nova York: Routledge, 2005.

PORFIRO, Camila Almeida. A Jurisprudência da Suprema Corte Argentina em Processos Estruturais. *In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha [Org.]. Processos Estruturais no Sul Global*. Londrina, PR: Editora Thoth, 2022, p.223-238.

PRABHAT, Devyani. **Unleashing the Force of Law: Legal Mobilization, National Security, and Basic Freedoms**. London: Palgrave and Macmillan, 2016.

PRONIN, Emily; LIN, Daniel Y.; ROSS, Lee. The Bias Blind Spot: Perceptions of Bias in Self versus in Others. *In: Personality and Social Psychology Bulletin*, v.28, n.3, p.369-381, mar.2002.

PUGA, Mariela. El Litigio Estructural. *In: Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, ano 1, n.2, p.41-82, nov.2014.

PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el Caso Brown v. Board of Education. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo [Org.]. Processos Estruturais*. 4.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022, p.87-134.

RABIN, Robert L. The September 11th Victim Compensation Fund: a Circumscribed Response or an Auspicious Model? *In: DePaul Law Review*, v.53, n.2, p.769-803, 2003.

RAGONE, Álvaro Perez. El Revisionismo Garantista en el Proceso Civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: Precisiones sobre Eficiencia y Derechos Procesales. *In: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n.42, p.523-551, jul.2014.

RAMZY, Austin; CHIEN, Amy Chang. Rejecting Covid Inquiry, China Peddles Conspiracy Theories Blaming the U.S.: A new wave of disinformation follows President Biden's order for the United States to investigate the origin of the pandemic, including the possibility of a lab leak in Wuhan. *In: The New York Times*, seção A, p.4, 26 ago.2021.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. New York: Oxford University Press, 1988.

REIS, Ludmila Costa. **Processo Coletivo Extrajudicial: A Construção de Consensos em Conflitos Coletivos como Instrumento de Controle de Políticas Públicas**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 236p., 2018.

RENDLEMAN, Doug. Brown II's 'All Deliberate Speed' at Fifty: a Golden Anniversary or a Mid-Life Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy? *In: San Diego Law Review*, v.41, p.1575-1615, 2004.

RENN, Ortwin. Social Amplification of Risk in Participation: Two Case Studies. *In: PIDGEON, Nick; KASPERSON, Roger; SLOVIC, Paul [Org.]. The Social Amplification of Risk*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003, p.374-401.

REPÚBLICA ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**, Ley n.º 24.430, sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em 10 abr.2021.

REPÚBLICA ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Asociación Benghalesis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional**. Fallos: 323:1339, 01 de junho de 2000.

REPÚBLICA ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus**, Fallos: 328:1146, 03 de maio de 2005.

REPÚBLICA ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)**, Fallos: 331:1622, 08 de julho de 2008.

REPÚBLICA ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Halabi Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional**, Fallos: 332:111, 24 de fevereiro de 2009.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia**. 1991. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em 08 abr.2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 387, de 1997**. Disponível em <<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=340>>. Acesso 10 abr.2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia SU-559, 1997**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 10 abr.2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-153, 1998**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 10 abr.2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-606, 1998**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm>>. Acesso em 10 abr.2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-595, 2002**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-595-02.htm>>. Acesso em 09 abr.2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-025, 2004**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 09 abr.2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-760, 2008**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>>. Acesso em 10 abr.2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional Colombiana – Sala Segunda de Revisión. **Auto n.º 008 de 2009**, Referência: Sentencia T-025 de 2004.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal Alemão. Lüth-Urteil, Bverf GE 7, 198 (1958). In: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo [Org.]. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo, Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p.381-395.

RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and Death of Adjudication. In: **University of Miami Law Review**, v.58, p.173-200, 2003.

REYNOLDS, A. David. The Mechanics of Institutional Reform Litigation. In: **Fordham Urban Law Journal**, v.8, n.4, p.695-729, 1980.

RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. Litígio Estratégico para a Mudança do Padrão Decisório em Direitos Sociais: Ações Coletivas sobre Educação Infantil em São Paulo. In: **8º Encontro da ANDHEP: Políticas Públicas para Segurança Pública e Direitos Humanos**. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

RODRIGUES, Adriana L. Saraiva Lamounier. **Redes Sindicais Internacionais: Uma Contribuição ao Fortalecimento do Direito do Trabalho na Itália e no Brasil**. Bauru: Canal 6, 2018.

ROMANO, Jorge Osvaldo *et al.* A Disputa de Discursos sobre a Pandemia. In: **Le Monde Diplomatique Brasil**, edição 155 [recurso eletrônico], jun.2020. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-disputa-de-discursos-sobre-a-pandemia/> - Acesso em 13 mar.2022.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. In: **Harvard Law Review**, v.117, p.1016-1101, 2004.

SAMPAIO, Jéssica Santos Nunes. Legitimação no Processo Coletivo: Análise dos Legitimados no Caso Apple. In: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes [Org.]. **Casebook de Processo Coletivo: Estudos de Processo a partir de Casos**. V.1: Tutela Jurisdicional Coletiva. São Paulo: Almedina, 2020, p.241-262.

SANTOS, Maria Carolina Alves dos. A Lição de Heráclito. In: **Trans/Form/Ação**, v.13, São Paulo, p.1-9, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.312-414.

SCHLANGER, Margo. Civil Rights Injunctions over time: a Case Study of Jail and Prison Court Orders. *In*: **New York University Law Review**, v.81, n.2, p.550-630, 2006.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *In*: **Fortune Magazine**, v.XXXV, n.1, p.73-79 e 201-212, jan.1947.

SCHLUCHTER, Wolfgang. A Dualidade entre Ação e Estrutura: Esboços de um Programa de Pesquisa Weberiano. *In*: **Política & Sociedade**, v.15, n.34, Florianópolis, p.18-42, set-dez.2016.

SCHOENHOLTZ, Andrew I.; RAMJI-NOGALES, Jaya; SCHRAG, Philip G. Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication. *In*: **Stanford Law Review**, v.60, p.295-411, 2007.

SCHUMPETER, Joseph. On the Concept of Social Value. *In*: **The Quarterly Journal of Economics**, v.23, n.2, p.213–232, fev.1909.

SIBONY, Olivier. Cognitive Biases and Decision-Making in the Covid-19 Crisis. *In*: **HEC Paris Insights** [Seminário Virtual], École des Hautes Études Commerciales de Paris, jun.2020. Disponível em : <https://www.youtube.com/watch?v=RhAKzmpwpzw> – Acesso em 13 mar.2022.

SIBONY, Olivier. **You're About to Make a Terrible Mistake: How Biases Distort Decision-Making – and What You Can Do To Fight Them**. Little, Brown Spark: 2020.

SIBONY, Olivier. **Você Está Prestes a Cometer um Erro Terrível: Como lutar contra as armadilhas do pensamento e tomar decisões melhores**. Tradução: Gustavo de Azambuja Feix. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. Decision-making in a time of crisis: How can behavioral Science inform the Covid-19 response? *In*: **French-American Breakfast** [evento virtual], French-American Foundation, mai.2020. Disponível em: <https://vimeo.com/423602286#t=320s> – Acesso em 13 mar.2022.

SILVA, Beclaute Oliveira. “Centauro” ou “da Imanência à Transcendência”: Considerações sobre o Homem e a Política em “O Príncipe” de Maquiavel. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, v.47, n.188, out/dez.2010, p.229-237.

SILVA, Beclaute Oliveira. Teoria da Decisão Jurídica como Sistema de Controle de Comportamento. *In*: LEITE, George Salomão [Org.]. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018, p.243-258.

SILVA, José Afonso da. Normas Plenas, Contidas e Limitadas. *In*: **Revista Pensar**, v.2, n.2, Fortaleza, p.7-22, ago.1993.

SILVA, Luiz Felipe Ferreira Gomes. **A Admissibilidade, de lege lata, do Processo Coletivo Passivo no Brasil fundada na Reconstrução Interpretativa do Sistema Integrado de Tutela Jurisdicional Coletiva**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 284p., 2018.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição Constitucional na Colômbia e o Poder Político do Cidadão diante da Corte Constitucional. *In: Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n.203, p.185-204, jul/set.2014.

SIMAS, Luiz Antônio. **Santos de Casa: Fé, Crenças e Festas de Cada Dia**. 1.ed. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2022.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline Lima de. Audiências Públicas no Poder Judiciário e os Direitos da Personalidade: uma Análise à Luz das Teorias de Jürgen Habermas e Peter Häberle. *In: Revista Meritum*, v.16, n.3, p.150-167, set/dez.2021.

SLAUGHTER, Anne-Marie. The Real New World Order. *In: Foreign Affairs*, v.76, n.5, p.183-197, set/out.1997.

SLOVIC, Paul. Perception of Risk. *In: SLOVIC, Paul [Org.]. The Perception of Risk*. Risk, Society and Policy Series. Abingdon, UK: Earthscan from Routledge, 2000, p.220-231.

SLOVIC, Paul; FINUCANE, Melissa; PETERS, Ellen; MACGREGOR, Donald. Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk and Rationality. *In: Risk Analysis*, v.24, n.2, p.311-322, 2004.

SLOVIC, Paul; KUNREUTHER, Howard; WHITE, Gilbert F. Decision Processes, Rationality and Adjustment to Natural Hazards. *In: SLOVIC, Paul [Org.]. The Perception of Risk*. Risk, Society and Policy Series. Abingdon, UK: Earthscan from Routledge, 2000, p.1-31.

SODRÉ, Muniz. Por um Conceito de Minoria. *In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre [Org.]. Comunicação e Cultura das Minorias*. São Paulo: Paulus, 2005, p.11-14.

SOUZA, Márcio Scarpim de. Estado de Coisas Inconstitucional: da Experiência Colombiana à Aplicação pelo STF da ADPF 347. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.111/2019, p.117-147, jan-fev.2019.

SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. Nem os Juízes são Cientistas nem os Tribunais são Laboratórios – A Prova Estatística: Admissibilidade e Aplicação nos Processos Estruturais. *In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix [Org.]. Processos Estruturais*. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.1117-1133.

STANOVICH, Keith E.; WEST, Richard F. Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate? *In: Behavioral and Brain Sciences*, v.23, p.645-726, 2000.

STRACK, Fritz; MARTIN, Leonard L.; SCHWARZ, Norbert. Priming and Communication: Social Determinants of Information Use in Judgments of Life Satisfaction. *In: European Journal of Social Psychology*, v.18, p.429-442, 1988.

STURM, Susan. Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons. *In: University of Pennsylvania Law Review*, v.138, p.805-912, 1990.

STURM, Susan P. A Normative Theory of Public Law Remedies. *In: The Georgetown Law Journal*, v.79, p.1355-1446, 1991.

SUNSTEIN, Cass. Nudging: a Very Short Guide. *In: Journal of Institutional Studies*, v.3, n.2, p.1035-1044, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. The Cognitive Bias that Makes us Panic About Coronavirus. *In: Bloomberg Opinion* [recurso eletrônico], 28 fev.2020. Disponível em: <https://www.bloombergquint.com/gadfly/coronavirus-panic-caused-by-probability-neglect> - Acesso em 13 mar.2022.

SUNSTEIN, Cass. **Behavioral Science and Public Policy**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2020.

SUROWIECKI, James. **The Wisdom of Crowds**. New York: Anchor Books, 2005.

SUSSKIND, Lawrence E. Court-Appointed Masters as Mediators. *In: Negotiation Journal*, out.1985, p.295-300.

TALEB, Nassim Nicholas. **A Lógica do Cisne Negro: O Impacto do Altamente Improvável**. 9.ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2015.

TARUFFO, Michele. I Limiti Soggettivi del Giudicato e Le Class Actions. *In: Rivista di Diritto Processuale*, n. 24, 1969.

TARUFFO, Michele. **El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana: El Modelo Americano del Proceso de Connotación Dispositiva**. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos**. Salvador: JusPodivm, 2020.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: Repensando Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Outras Formas de Atuação**. Salvador: JusPodivm, 2020.

TEMER, Sofia. Financiamento de Litígios por ‘Terceiros’ (ou ‘Third-Party’ Funding): o Financiador é um Sujeito Processual? Notas sobre a Participação Não-Aparente. *In: Revista de Processo*, v.309/2020, p.359-384, nov.2020.

TETLOCK, Philip E. **Expert Political Judgment: How good is it? How can we know?** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2005.

TETLOCK, Philip. **Talks at Google: Expert Political Judgment – How good is it? How can we know?** [Virtual]. Autors@Google Series, 24 ago.2006. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f73A-HB-08M> – Acesso em 10 abr.2022.

TETLOCK, Philip. Superforecasting. *In: Long Now's Seminar Series* [Seminário Virtual], Long Now Foundation, nov.2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pedNak4S9IE> - Acesso 10 abr.2022.

TETLOCK, Philip E.; GARDNER, Dan. **Superprevisões: A Arte e a Ciência de Antecipar o Futuro**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016.

THALER, Richard H. Nudge, not Sludge. *In: Science*, v.361, n.6401, 03 ago.2018, p.431.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness**. New Haven, EUA: Yale University Press, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. v.1. 59.ed.rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 63.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **A Legitimação Ativa nas Ações Coletivas: Um Contributo para o Estudo da Substituição Processual**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 295p., 2003.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; VIANA, Thaís Costa Teixeira. O (Pseudo) Enquadramento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como Espécie de Processo Coletivo no Código de Processo Civil de 2015. *In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LOPES, Mônica Sette; NICÁCIO, Camila Silva [Org.]. Eficiência, Eficácia e Efetividade: Velhos Desafios ao Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p.146-172.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; PORTILHO, Sílvia de Abreu Andrade. **Usucapião Especial Urbana Coletiva: Aspectos Relevantes de Direitos Material e Processual**. 1.ed. Curitiba: Appris, 2019.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; ALEXANDRE, Camila Figueiredo. As Técnicas da Mineração de Dados como Instrumento de Tutela Coletiva de Crianças e Adolescentes na Internet e os Marcos Legais no Brasil e nos Países da União Europeia. *In: THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; ALVARENGA, Samuel [Org.]. Direito e Processo Coletivo: Diálogos Interdisciplinares*. V.1. Belo Horizonte: Vorto, 2019, p.191-219.

THIERSE, Stefan; BADANJAK, Sanja. **Opposition in the EU Multi-Level Polity: Legal Mobilization against the Data Retention Directive**. Cham, Suíça: Palgrave Macmillan, 2021.

THOMPSON, John B. The Theory of Structuration. *In: HELD, David; THOMPSON, John B. [Org.]. Social Theory of Modern Societies: Anthony Giddens and his Critics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p.56-76.

THORNDIKE, Edward L. A Constant Error in Psychological Ratings. *In: Journal of Applied Psychology*, v.4, n.1, p.25–29, 1920.

TULLOCK, Gordon. On the Efficient Organization of Trials. *In*: CONGLETION, Roger D., HILLMAN, Arye L., KONRAD, Kai A. [Org.]. **40 Years of Research on Rent Seeking 2 – Applications: Rent Seeking in Practice**. 1.ed. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008, p.361-378.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **Taking Back the Constitution: Activists Judges and the Next Age of American Law**. New Haven: Yale University Press, 2020.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the Law of Small Numbers. *In*: **Psychological Bulletin**, v.76, n.2, p.105-110, 1971.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *In*: **Science**, v.185, n.4157, p.1124-1131, set.1974.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment. *In*: **Psychological Review**, v.90, n.4, p.293-315, out.1983.

UNIÃO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA, INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, *et al.* **Termo de Transação e Ajustamento de Conduta** (69758-61.2015.4.01.3400), celebrado em 02 de março de 2016. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf> - Acesso em 13 jun.2022.

UNITED KINGDOM. **Civil Procedure Rules**. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules> - Acesso em 17.fev.2021.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>. Acesso: 04 abr.2021.

UNITED NATIONS. **Verbatim Records A/PV.183**: President: Mr. H. V. Evatt (Australia). Hundred and Eighty Third Plenary Meeting: Palais de Chaillot, Paris, 10 December 1948. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/PV.183> - Acesso em 08 abr.2021.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States**. 1787. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/> - Acesso em 20 mar.2021.

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Plessy v. Ferguson - 163 U.S. 537**, 16 S. Ct. 1138 (1896).

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **United States v. Carolene Products Co. - 304 U.S. 144**, 58 S. Ct. 778 (1938).

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka - 347 U.S. 483**, 74 S. Ct. 686 (1954).

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka - 349 U.S. 294**, 75 S. Ct. 753 (1955).

UNITED STATES OF AMERICA. Public Law 88-352 (78 Stat. 241). **Civil Rights Act of 1964**. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-78/pdf/STATUTE-78-Pg241.pdf> - Acesso em 21 mar.2021.

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Charles C. Green et al v. County School Board of New Kent County, Virginia et al - 391 US 430**, 88 S. Ct. 1689 (1968a).

UNITED STATES OF AMERICA, United States Court of Appeals, Eighth Circuit. **Jackson v. Bishop, 404 F.2d 571** (1968b).

UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Holt v. Sarver, 300 F. Supp. 825** (1969).

UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Holt v. Sarver, 309 F. Supp. 362** (1970).

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Birdie Mae Davis et al, Petitioners, v. Board of School Commissioners of Mobile County et al - 402 U.S. 33**, 91 S. Ct. 1289 (1971).

UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, M.D. Alabama, N.D. **Wyatt v. Stickney, 344 F. Supp. 373** (1972a).

UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, M.D. Alabama, N.D. **Wyatt v. Stickney, 344 F. Supp. 387** (1972b).

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Wilfred Keyes et al, Petitioners, v. School District no.1, Denver, Colorado et al - 413 US 189**, 93 S. Ct. 2686 (1973a).

UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Holt v. Hutto, 363 F. Supp. 194** (1973b).

UNITED STATES OF AMERICA, United States Court of Appeals, Eighth Circuit. **Finney v. Arkansas Board of Correction, 505 F.2d 194** (1974).

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Pasadena City Board of Education v. Spangler - 427 U.S. 424**, 96 S. Ct. 2697 (1976a).

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Rizzo v. Goode - 423 U.S. 362**, 96 S. Ct. 598 (1976b).

UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Finney v. Hutto, 410 F. Supp. 251** (1976c).

UNITED STATES OF AMERICA, United States District Court, E.D. Arkansas, Pine Bluff Division. **Finney v. Mabry**, 455 F. Supp. 756 (1978).

UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Rules of Civil Procedure**: Rule 53. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_53 - Acesso em 09 jun.2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Public Law 109-2, Feb.18, 2005. **Class Action Fairness Act of 2005**. Disponível em: <https://www.congress.gov/109/plaws/publ2/PLAW-109publ2.pdf> - Acesso em 08 jun.2022.

UNITED STATES OF AMERICA, Senate. **Senate Report 109-14**: Report together with Additional and Minority Views on The Class Action Fairness Act of 2005. 109th Congress, 1st Session, 28 fev.2005.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Massachusetts v. Environmental Protection Agency** - 549 U.S. 497, 127 S. Ct. 1438 (2007).

UNITED STATES OF AMERICA, Supreme Court. **Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1** - 551 U.S. 701, 127 S. Ct. 2738 (2007).

UNITED STATES OF AMERICA. **United States Code**: Supplement V – Containing the General and Permanent Laws of the United States, enacted during the 109th Congress, First Session. Volume Four. Washington: Office of the Law Revision Counsel of the House of Representatives, 2007.

VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por Computadores?** As Novas Possibilidades da Juscibernética no Século XXI e suas Implicações para o Futuro do Direito e do Trabalho dos Juristas. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 150p., 2017.

VAN DIJK, Jan. **The Network Society**: Social Aspects of New Media. 2.ed. London: Sage Publications, 2006.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Jurisdicción y el Papel del Juez en el Estado Democrático de Derecho: un Cambio Paradigmático en America Latina. In: **Revista Paradigma**, a. XXI, v.25, n.1, p.27-36, jan-jun.2016.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. A Administração da Justiça Econômica do Estado Democrático de Direito: Controle Jurisdicional de Políticas Públicas? In: VASCONCELOS, Antônio Gomes de; CHIMURIS, Ramiro [Coord.]. **Direito e Economia**: O Direito ao Desenvolvimento Integral, Financeirização da Economia e Endividamento Público. Napoli, Itália: La Città del Sole, 2020, p.259-294.

VASCONCELOS, Layanna Piau; OROSO, Catharina Peçanha Martins. A Participação das Vítimas nas Claims Resolution Facilities: o que a América do Sul tem a Considerar a partir da Experiência Estrangeira? In: **Revista de Processo**, v.306/2020, p.347-366, ago.2020.

VERBIC, Francisco. Class Actions in Argentina: The Need for a Wider Scope to Embrace Judicial Efficiency. In: **Civil Procedure Review**, v.6, n.1, p.95-102, jan-abr.2015.

VERBIC, Francisco. Procesos Estructurales en Argentina: una Lectura Crítica de los Principales Precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *In*: REICHELTL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix [Org.]. **Coletivização e Unidade do Direito**. Londrina: Thoth, 2019, p.27-39.

VERBIC, Francisco. Execução de Sentenças em Litígios de Reforma Estrutural na República Argentina: Dificuldades Políticas e Procedimentais que incidem sobre a Eficácia dessas Decisões. Tradução de Leonardo Silva Nunes e Samuel Paiva Cota. *In*: **Revista de Processo**, v.305/2020, p.403-424, jul.2000.

VIANA, Thaís Costa Teixeira. **A Resolução Consensual na Tutela Processual Coletiva ao Meio Ambiente**: Perspectivas para a Reparação do Dano Ambiental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

VIANA, Thaís Costa Teixeira. A Implementação de Reformas Estruturais em ‘Procesos de Seguimiento’: Notas à Luz da Sentencia T-025 de 2004 da Corte Constitucional Colombiana. *In*: VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes [Coord.]. **Casebook de Processo Coletivo**: Estudos de Processo a Partir de Casos – v.2: Técnicas Extrajudiciais de Tutela Coletiva e Temas Especiais. 1.ed. São Paulo: Almedina, 2020, p.411-434.

VIANA, Thaís Costa Teixeira. A Implementação de Decisões Estruturais a partir da Valoração de Provas Estatísticas. *In*: SILVA, Pedro Henrique Carvalho; GONÇALVES, Regiane P. Monteiro [Org.]. **Diálogos Jurídicos**, v.1. Belo Horizonte: Editora Venas Abiertas, 2020, p.210-227.

VIANA, Thaís Costa Teixeira. Os Processos Estruturais entre a Máxima do Interesse Público e o Paradigma de Flexibilidade Processual: Reflexões sobre o Contraste à Luz do Regime de Estabilidades Processuais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix [Org.]. **Processos Estruturais**. 3.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.1097-1116.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi Collettivi e Processo**: La Legittimazione ad Agire. Milano: Giuffrè, 1979.

VILLAYERDE, Ignacio. La Inconstitucionalidad por Omisión Un Nuevo Reto para la Justicia Constitucional. *In*: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel [Org.]. **En Busca de las Normas Ausentes**: Ensayos sobre la Inconstitucionalidad por Omisión. 2.ed. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p.49-73.

VIOLIN, Jordão. **Processo Coletivo e Protagonismo Judiciário**: O Controle de Decisões Políticas mediante Ações Coletivas. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 196p., 2011.

VIOLIN, Jordão. **Processos Estruturais em Perspectiva Comparada**: A Experiência Norte-Americana na Resolução de Litígios Policêntricos. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 241p., 2019.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a Reforma do Sistema Prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [Org.]. **Processos Estruturais**. 3.ed.rev.atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p.637-686.

VIOLIN, Jordão. Processo Coletivo Estrutural: Uma Análise Comparada Brasil – Estados Unidos da América [Comunicação Oral em Videoconferência]. In: **Minicurso de Processo Coletivo Estrutural: Uma Análise Comparada Brasil - Estados Unidos da América**. Plataforma Online Google Meet: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal da Bahia, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 26 de fevereiro a 19 de março de 2021.

VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos Conceituais. In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v.7/2018, p.147-177, jan-jun.2018.

VITORELLI, Edilson. Levando os Conceitos a Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e suas Diferenças. In: **Revista de Processo**, v.284/2018, p.333-369, out.2018.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio**: Lei n.º 6.001/1973. 4.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. 2.ed.rev.ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Qual Ministro Eu Sou?** Entenda, sem juridiquês, mas com profundidade, como funciona o Supremo Tribunal Federal e por que ele mudou (e continuará mudando) a sua vida. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. 3.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

VITORELLI, Edilson. Bifásico, em Cascata ou em Espiral? Considerações sobre o Procedimento no Processo Estrutural e Metodologia para sua Implementação Prática. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha [Org.]. **Processos Estruturais no Sul Global**. Londrina, PR: Thoth, 2022, p.285-306.

VITORELLI, Edilson; ALMEIDA, João Henrique de. Imparcialidade Judicial e Psicologia Comportamental: Há Fundamento Científico para um Juiz de Garantias? In: **Revista de Processo**, v.316/2021, p.29-62, jun.2021.

VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e Direito à Participação**: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos. São Paulo: JusPodivm, 2022.

VOET, Stefaan. The Crux of the Matter: Funding and Financing Collective Redress Mechanisms. In: **EU Civil Justice**: Current Issues and Future Outlook, v.7, p.201-222, Hart Publishing, 2016.

VON BÜLOW, Oskar. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Santiago de Chile: Ara Editores, 2016.

WALKER, John; KHOURI, Susanna; ATTRILL, Wayne. Funding Criteria for Class Actions. In: **UNSW Law Journal**, v.32, n.3, p.1036-1054, 2009.

WATKINS, John W.N. Methodological Individualism: A Reply. *In: Philosophy of Science*, v.22, n.1, p.58-62, jan.1955.

WEBER, Max. Anticritical Last Word on the Spirit of Capitalism. Tradução e Introdução de Wallace M. Davis. *In: American Journal of Sociology*, v.83, n.5, p.1105-1131, mar.1978.

WEBER, Max. **Economy and Society**. A New Translation. Tradução de Keith Tribe. Cambridge, Massachusetts e London, England: Harvard University Press, 2019.

WEBER, Max. **The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism**. 1.ed. London: Routledge Classics, 2001.

WEINER, Stephen A. The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction. *In: California Law Review*, v.54, n.5, p.1867-1938, dez.1966.

WILKINSON III, J. Harvey. **From Brown to Bakke**: The Supreme Court and School Integration – 1954-1978. New York: Oxford University Press, 1981.

WILLGING, Thomas E.; HOOPER, Laural L.; LEARY, Marie; MILETICH, Dean; REAGAN, Robert Timothy; SHAPARD, John. **Special Masters' Incidence and Activity**: Report to the Judicial Conference's Advisory Committee on Civil Rules and Its Subcommittee on Special Masters. Federal Judicial Center, 2000.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *In: Revista Direito GV*, São Paulo, v.6, n.1, p.143-158, jan-jun.2010.

YEAZELL, Stephen C. Brown, the Civil Rights Movement, and the Silent Litigation Revolution. *In: Vanderbilt Law Review*, v.57, n.6, p.1975-2003, nov.2004.

ZAHLE, Julie; COLLIN, Finn. Introduction. *In: ZAHLE, Julie; COLLIN, Finn [Org.]. Rethinking the Individualism-Holism Debate*: Essays in the Philosophy of Social Science. Dordrecht: Springer, 2014, p.1-14.