REPENSANDO OS PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA: O CÓDIGO MODELO, A JUSTIÇA MULTIPORTAS E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Anais do I° Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva

VOLUME I

Apoio:

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal · IBDP · Universidade Federal do Espírito Santo · PPGDIR · MPES Ministério Público do Estado do Espírito Santo · LAPROCON · ProcNet · ESPGEES · Governo do Estado do Espírito Santo · DPES Defensoria Pública do Espírito Santo · EMAGES Poder Judiciário Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo

ANAIS DO I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE TUTELA COLETIVA

Repensando os processos coletivos para a Ibero-América. O Código Modelo, a Justiça Multiportas e os Processos Estruturais

VOLUME I

Coordenadores

Hermes Zaneti Jr

Marcelo Abelha Rodrigues

Santiago Pereira Campos

Giovanni Priori

José Maria Salgado

Data de realização

27, 28 e 29 de novembro de 2024

Local

Vitória, Espírito Santo, Brasil

Catalogação na fonte elaborada na Biblioteca “Dr. Elias Faissal”

Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva. (I: 2024: Vitória, ES -Brasil).

C749a

Anais do I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva, volume I. Repensando os processos coletivos para a Ibero-América : o código modelo, a justiça multiportas e os processos estruturais [recurso eletrônico] / coordenadores: Hermes Zaneti Jr., Marcelo Abelha Rodrigues, Santiago Pereira Campos, Giovanni Priori, José Maria Salgado. –Vitória, ES: MPES/UFES, 2024.

Realizado de 27 a 29 de novembro de 2024.
1 recurso online (300 p.): PDF.
Inclui bibliografia.
ISBN nº 978-85-63256-15-7

1. Direito - Congressos. 2. Processo coletivo. 3. Processo estrutural. 4. Litigância. 5. Controle de constitucionalidade. 6. Dano ambiental. 7. Ação civil pública. 8. Justiça multiportas. I. Zaneti Jr., Hermes. II. Rodrigues, Marcelo Abelha. III. Campos, Santiago Pereira. IV. Priori, Giovani. V. Salgado, José Maria. VI. Universidade Federal do Espírito Santo. VII. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. VIII. Título.

CDU 34

Elaborada por Juliana Luzia Duarte – CRB-6/2152

Coordenadores

Hermes Zaneti Jr.
Marcelo Abelha Rodrigues
Santiago Pereira Campos
Giovanni Priori
José Maria Salgado

Instituições Organizadoras

Instituto Iberoamericano de Direito Processual - IIDP
Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Ministério Público do Estado do Espírito Santo - MPES
Programa de Pós-Graduação em Direito Processual - PPGDIR/UFES
Laboratório de Processo e Constituição - LAPROCON/UFES

Apoiadores

Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo - ProcNet
Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado – ESPGE
Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo - PGE/ES
Defensoria Pública do Espírito Santo – DPES
Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo - EMES

Equipe Técnica e Editorial

Gustavo Silva Alves
Ozório Vicente Netto
Pedro Henrique da Silva Menezes
Pedro Pessoa Temer
Marília Quadros Ribeiro dos Santos
Anaflavia Cera Daltro Castro
Tatiane Aurora de Moura Puck
Giordano Bruno Barone Thebaldi
Henrique Zavaris Lorenzoni
Júlia Ruy Bragatto

Arte e Diagramação

Yan Carlos Zache Dallapicola

SUMÁRIO

JUSTICIA CIVIL Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS PROCESOS REPRESENTATIVOS A LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA
Eduardo Oteiza **7**

HACIA UNA JUSTICIA COLECTIVA BASADA EN EVIDENCIA Y CENTRADA EN LAS PERSONAS PARA IBEROAMÉRICA
Santiago Pereira Campos **34**

TARUFFO Y LOS PROCESOS COLECTIVOS
Lorenzo M. Bujosa Vadel **62**

O EFEITO DISSUASÓRIO DAS AÇÕES COLETIVAS NO SISTEMA BRASILEIRO
Sérgio Cruz Arenhart **83**

TUTELA EXECUTIVA ESTRUTURAL HETERODOXA: DO CONCRETO AO SIMBÓLICO
Marco Félix Jobim **97**

AÇÃO COLETIVA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: A LEGITIMIDADE DAS ENTIDADES QUALIFICADAS, A FIGURA DO LESADO E O TERCEIRO FINANCIADOR À LUZ DO MODELO EUROPEU EMERGENTE DA DIRETIVA 2020/1828
Maria José Capelo **112**

EFECTOS COLECTIVOS O DIFUSOS DE LAS DECISIONES JUDICIALES INDIVIDUALES DICTADAS EN EL PROCESSO DE PROTECCIÓN EN CHILE: DE LA ESCASA LEGISLACIÓN HACIA LA CREACIÓN JUDICIAL
Sophía Romero Rodríguez **128**

RÉGIMEN PROCESAL COLOMBIANO PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FRENTE VÍCTIMAS DE DESASTRES
Juan Carlos Guayacan Ortiz **148**

DIREITO FUNDAMENTAL AO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO E SUAS PROJEÇÕES: JUSTIÇA CLIMÁTICA, CLIMA, DESCARBONIZAÇÃO, E RESPONSABILIDADE COMUM, MAS DIFERENCIADA
Marcelo Abelha Rodrigues **164**

LITIGIOS CLIMÁTICOS SISTÉMICOS: UN COMPLEJO TIPO DE PROCESO ESTRUCTURAL
Carlos Glave Mavila **189**

LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA LIQUIDAR E EXECUTAR CONDENAÇÃO DECORRENTE DE AÇÃO COLETIVA: NOVOS DESDOBRAMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA
Camilo Zufelato **206**

ACORDOS EM LITÍGIOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE DOS ACORDOS FIRMADOS NO DESASTRE DO AFUNDAMENTO DO SOLO EM MACEIÓ (AL)
Juliana Reigota Catini
Patrícia Miranda Pizzol **224**

QUARENTA ANOS DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO BRASIL E UMA PROPOSTA DE REVISÃO DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBEROAMÉRICA
Edilson Vitorelli **242**

PROCESSO COLETIVO NO BRASIL
Hermes Zaneti Jr **263**

JUSTICIA CIVIL Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA: LA CONTRIBUCIÓN DE LOS PROCESOS REPRESENTATIVOS A LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Eduardo Oteiza

SUMÁRIO: 1. Los procesos colectivos como espacios institucionales de deliberación pública. **2.** El diálogo institucional y la legitimidad de las decisiones judiciales en materia colectiva. **3.** El proceso y la operatividad de los derechos. **4.** La dimensión comparada de la litigación colectiva y sus tensiones estructurales. **5.** El modelo de *enforcement* privado en Estados Unidos y en los sistemas de tradición anglosajona. **6**. La litigación colectiva en Europa y la tensión entre eficacia, control y legitimidad. **7.** América Latina y la configuración estructural de la litigación colectiva en contextos de pluralidad normativa. **8.** China y los procesos colectivos entre cultura jurídica y diseño institucional. **9.** Procesos colectivos y construcción del derecho en sociedades complejas.

1. LOS PROCESOS COLECTIVOS COMO ESPACIOS INSTITUCIONALES DE DELIBERACIÓN PÚBLICA

La expansión de los procesos colectivos en el derecho contemporáneo suele explicarse principalmente por razones vinculadas al acceso a la justicia y a la eficiencia del sistema judicial. Sin embargo, estas justificaciones, aunque relevantes, resultan insuficientes para explicar su significado institucional más profundo. Considerar los procesos colectivos únicamente como técnicas procesales destinadas a gestionar litigios complejos reduce su alcance y oscurece la función que cumplen dentro del esquema de división de funciones en un Estado constitucional.

Como ha señalado Waldron, la legitimidad del derecho no depende únicamente de las características formales de las normas, tales como la generalidad, la prospectividad y la claridad, sino también de la garantía de procedimientos que aseguren audiencias imparciales, representación efectiva y motivación de las decisiones. Estos elementos constituyen parte esencial del Estado de derecho y se proyectan en la lógica de los procesos colectivos[1].

En efecto, los procesos colectivos no solo organizan la representación de derechos supraindividuales, sino que configuran un espacio institucional en el cual se articulan, confrontan y depuran razones públicas acerca del alcance y significado de los derechos. En

[1] Waldron J. (2011), "The Rule of Law and the Importance of Procedure", en *Nomos* vol. 50: *Getting to the Rule of Law*, New York University Press, New York, pp. 5–12.

ellos, el conflicto jurídico deja de ser un mero desacuerdo entre partes determinadas para convertirse en un problema que interpela a la comunidad política en su conjunto.

Desde esta perspectiva, el proceso judicial puede ser entendido como un segundo estadio de deliberación institucional que surge al conjugar la norma elaborada con su aplicación efectiva. La primera tiene lugar en el ámbito de sanción normativa, en diversos niveles, donde se establecen las reglas generales que estructuran la convivencia social. La segunda se despliega en el ámbito judicial, donde esas reglas se contrastan con situaciones concretas y donde sus efectos, límites y tensiones se hacen visibles. En este tránsito, el derecho no se aplica simplemente: se interpreta, se redefine y, en cierta medida, se reconstruye.

Esta dimensión deliberativa no se limita a los litigios estructurales. También se manifiesta en controversias sobre consumo, ambiente, igualdad de trato, derechos de grupos vulnerables y comunidades aborígenes. Aunque estos procesos presenten diferencias en su regulación, todos comparten la misma lógica. La finalidad es canalizar conflictos que exceden el plano individual mediante procedimientos que integran representación, debate y control.

En este sentido, los procesos colectivos pueden ser concebidos como dispositivos institucionales que permiten incorporar al ámbito judicial formas de deliberación pública. A través de ellos, distintos actores —partes, representantes y terceros interesados— introducen argumentos, producen información relevante apoyada en prueba y someten sus posiciones al escrutinio de un órgano imparcial en múltiples niveles de revisión. En su recorrido emergen las encrucijadas más notables del derecho en discusión. El proceso funciona así como una arquitectura de discusión reglada que favorece la formación de decisiones justificadas. El procedimiento judicial, en cuanto otorga a las personas el derecho a ser oídas, a contar con abogado, a confrontar pruebas y a apelar, constituye una forma de respeto a su dignidad como agentes racionales[2].

Como ha destacado Taruffo, la protección colectiva de derechos no puede entenderse como un simple mecanismo técnico, sino como una transformación institucional del proceso civil. Al desplazar el eje desde la resolución bilateral hacia la representación de intereses supraindividuales, el proceso colectivo se convierte en un foro donde se articulan razones públicas y se construyen estándares normativos compartidos, reforzando así su función deliberativa en el marco de la democracia constitucional[3].

---

[2] Waldron J. (2011), pp. 5–12.

[3] Taruffo M. (2012), "Notes on the Collective Protection of Rights", en Oteiza E. (ed.), *Procesos Colectivos, Class Actions*, I Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pp. 23-30.

La relevancia de esta función no reside únicamente en la resolución del caso concreto, sino en su capacidad para contribuir a la formación de razones públicas. Las decisiones adoptadas en procesos colectivos proyectan sus efectos más allá de las partes intervinientes y se insertan en el debate más amplio sobre el alcance de los derechos y las obligaciones estatales y privadas. En este sentido, el proceso judicial actúa como un mecanismo que depura argumentos basados en hechos acreditados mediante prueba. Una vez formulados en términos jurídicos, esos argumentos pueden incorporarse al discurso público.

Esta concepción permite superar la visión dicotómica entre proceso individual y proceso colectivo. Ambos modelos no se excluyen, sino que cumplen funciones distintas dentro de un mismo sistema jurídico. Mientras el proceso individual se orienta a la tutela concreta de derechos subjetivos, el proceso colectivo introduce una dimensión institucional que posibilita abordar conflictos cuya resolución exige considerar efectos de mayor alcance y perspectivas múltiples.

Comprender a los procesos colectivos en estos términos implica reconocer que su legitimidad no depende exclusivamente de su utilidad práctica, sino también de su capacidad para estructurar procedimientos en los que las decisiones puedan ser justificadas públicamente. En este punto, su análisis se enlaza con las teorías de la democracia deliberativa, que destacan el valor de los procesos institucionales en la formación de la normatividad social.

2. EL DIÁLOGO INSTITUCIONAL Y LA LEGITIMIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA COLECTIVA

Las teorías contemporáneas de la democracia deliberativa ofrecen un marco conceptual particularmente adecuado para analizar la legitimidad de las decisiones adoptadas en contextos de conflicto colectivo[4]. La legitimidad democrática no se deriva únicamente de reglas de votación o de la agregación de preferencias, sino de un proceso de deliberación pública en el que los ciudadanos intercambian razones, justifican sus posiciones, revisan sus preferencias a la luz de argumentos ajenos y buscan acuerdos basados en razones mutuamente aceptables[5]. Frente a concepciones que reducen la democracia a la mera agregación de preferencias individuales, estos enfoques desplazan el centro de gravedad hacia los procedimientos institucionales en los que esas preferencias son sometidas a contraste, reformulación y

[4] Habermas J. (1996) *Between Facts and Norms*. MIT Press, Cambridge, MA, pp. 287–328.
[5] Rawls J. (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, Lecture VI; Rawls J. (1999), "The Idea of Public Reason Revisited", en Freeman S. (ed.), *Collected Papers*, Harvard University Press, pp. 573–615.

justificación pública. Desde esta perspectiva, una decisión no es legítima únicamente porque haya sido adoptada conforme a reglas formales de mayoría, sino porque puede ser justificada mediante razones aceptables para los miembros de la comunidad política[6]. En consecuencia, el énfasis se traslada del resultado al proceso y, más específicamente, a la calidad deliberativa de los procedimientos que conducen a la decisión[7].

Las teorías de Rawls, Habermas y Nino constituyen tres formulaciones particularmente influyentes de este enfoque. Aunque difieren en sus fundamentos y en el alcance que asignan a la deliberación, comparten una intuición central: las decisiones colectivas son legítimas en la medida en que pueden ser objeto de una justificación pública ante los afectados[8]. Esta exigencia remite a la idea de que el ejercicio del poder político debe explicarse mediante razones que no dependan exclusivamente de la posición o de los intereses de quien decide[9]. En la propuesta de Rawls, esta exigencia se articula a través de la idea de razón pública. Las decisiones que inciden sobre los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica deben poder ser justificadas mediante argumentos accesibles a todos los ciudadanos, considerados como libres e iguales[10]. La legitimidad política se vincula, en este marco, con la posibilidad de ofrecer razones que no se apoyen en concepciones comprensivas particulares del bien, sino en principios compartidos dentro de una sociedad plural[11].

Habermas, por su parte, sitúa el fundamento de la legitimidad en las prácticas efectivas de comunicación. El derecho es legítimo en la medida en que puede ser reconducido a procesos de formación discursiva de la voluntad en los que los afectados participan, directa o indirectamente, en condiciones de igualdad. Esta exigencia de igualdad no se limita a un plano abstracto, sino que requiere estructuras institucionales que aseguren la posibilidad efectiva de participación y de confrontación de argumentos. En este sentido, el modelo discursivo ilumina ciertos rasgos característicos del proceso judicial, como la igualdad de las partes en la posibilidad de presentar y controvertir argumentos sustentados en la prueba de los hechos, y la intervención de un tercero imparcial encargado de garantizar, a lo largo de las distintas etapas del procesales, que esa igualdad se preserve en condiciones que permitan una deliberación genuina. La deliberación no constituye aquí un modelo hipotético, sino un proceso institucional

---

[6] Gutmann A, Thompson D (2004) *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press, Princeton, pp. 3–7.
[7] Habermas J. (1996), pp. 296–300.
[8] Rawls J. (1993), Lecture VI: "The Idea of Public Reason"; Habermas J. (1996), pp. 287–291; Nino C. (1996), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, pp. 23–28).
[9] Habermas J (1996), pp. 296–300.
[10] Rawls J (1993), Lecture VI: "The Idea of Public Reason".
[11] Rawls J (1999) "*The Idea of Public Reason Revi*sited", en Freeman S (ed.), *Collected Papers*. Harvard University Press, Cambridge, MA, pp. 573–615.

distribuido entre distintos espacios, desde la esfera pública informal hasta los órganos formales de decisión. En este sentido, Habermas destaca que la legitimidad del derecho depende de su conexión con procedimientos institucionalizados de formación discursiva de la voluntad, en los que las decisiones puedan reconducirse a procesos de deliberación pública estructurados jurídicamente[12].

Nino introduce una inflexión relevante al subrayar el valor epistémico de la deliberación. Considera que el intercambio público de razones no solo cumple una función legitimadora, sino que incrementa la probabilidad de arribar a decisiones moralmente correctas, en la medida en que obliga a los participantes a justificar sus posiciones, revisar sus preferencias y confrontarlas con perspectivas divergentes. La deliberación se configura así como el método más confiable para aproximarse a respuestas justas en contextos de desacuerdo persistente. En este sentido, el valor de los procedimientos deliberativos no reside únicamente en su carácter inclusivo, sino también en su capacidad para estructurar procesos de toma de decisión en los que la corrección de las respuestas depende de la calidad del intercambio argumentativo[13].

Estas perspectivas permiten identificar un elemento común: la centralidad de los procedimientos institucionales en la producción de decisiones legítimas. La deliberación democrática no se agota en el ámbito legislativo, sino que se despliega en una pluralidad de espacios en los que las decisiones públicas son discutidas, justificadas y sometidas a revisión. Este punto resulta particularmente relevante para el análisis del proceso judicial. Si la legitimidad depende de la posibilidad de justificar públicamente las decisiones, entonces los procedimientos judiciales —en la medida en que estructuran el intercambio de argumentos, la producción de información basada en evidencia controlada y la adopción de decisiones fundadas— pueden ser comprendidos como instancias de deliberación institucionalizada.

En este sentido, la democracia deliberativa no solo proporciona un criterio normativo para evaluar las decisiones públicas, sino también una clave hermenéutica para comprender el papel de distintas instituciones en su producción[14]. El proceso judicial, especialmente en contextos de litigación colectiva, tiene como característica que constituye un ámbito en el que se materializan exigencias de justificación pública propias de una cultura democrática.

De este modo, la teoría de la democracia deliberativa permite desplazar la mirada desde la pregunta acerca de quién decide hacia la pregunta acerca de cómo se decide[15]. Este cambio

---

[12] Habermas J. (1996), pp. 238-286.
[13] Nino C. (1996), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, pp. 23–28.
[14] Gutmann A, Thompson D (2004) *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press, Princeton, pp. 3-7
[15] Cohen J (1989), "*Deliberation and Democratic Legitimacy*", en Hamlin A, Pettit P (eds.), *The Good Polity*. Blackwell, Oxford, pp. 17–34.

de enfoque resulta decisivo para analizar la legitimidad de la intervención judicial en conflictos que afectan a grupos amplios de personas.

Sobre esta base, es posible avanzar en el análisis del proceso judicial no solo como un mecanismo de aplicación del derecho, sino como una institución que, dentro de las particularidades que le son inherentes, contribuye a la formación y articulación de razones públicas en el marco de un sistema democrático y al desarrollo efectivo de derechos de distinta índole.

3. EL PROCESO Y LA OPERATIVIDAD DE LOS DERECHOS

La reconstrucción teórica precedente permite advertir que los procesos colectivos no pueden considerarse un mecanismo excepcional dentro del derecho procesal ni una técnica destinada únicamente a resolver ciertos conflictos particularmente complejos, sino la manifestación de una transformación más profunda en la forma en que el derecho organiza la producción y el control de decisiones públicas y del derecho en sociedades democráticas. Esta transformación puede ser comprendida como una necesaria complementariedad entre un modelo centrado en la resolución de controversias interindividuales y otro en el que el proceso judicial asume la función de articular, encauzar y someter a control deliberativo conflictos que involucran intereses colectivos o supraindividuales[16].

De allí que la caracterización del proceso como una estructura dialéctica, desarrollada por Calamandrei[17], se resignifique con mayor alcance. El proceso no es solo una secuencia ordenada de actos orientada a la aplicación del derecho, sino un espacio institucional en el que posiciones contrapuestas se enfrentan bajo reglas que aseguran contradicción, prueba y decisión. Esta estructura, que en el modelo clásico se encontraba al servicio de la tutela de derechos individuales, revela su potencial más amplio cuando se proyecta sobre conflictos que exceden el ámbito bilateral. La dialéctica procesal deja de ser únicamente un mecanismo de resolución de disputas privadas para convertirse en una forma institucionalizada de deliberación, en la que el conflicto no solo se resuelve, sino también se expone, se problematiza y se somete a escrutinio público.

---

[16] Cappelletti M, Garth B (1983) "The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation", en *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*. Gieseking, Bielefeld, pp. 122–159.

[17] Calamandrei P (1954), "Processo e Democrazia", en *Opere Giuridiche* (2019), Roma Tre-Press, Volume I, pp. 678-690, https://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-i-problemi-generali-del-diritto-e-del-processo/ última consulta 26 de marzo de 2026.

El desarrollo teórico previo encuentra una prolongación significativa en la literatura que ha analizado la transformación del proceso en contextos de interés público. Chayes ha mostrado que, en ciertos tipos de litigios, el proceso deja de girar en torno a la determinación de responsabilidades pasadas entre partes claramente delimitadas, para orientarse hacia la definición y supervisión de políticas que afectan a grupos amplios de personas. En estos supuestos, el proceso asume una dimensión estructural: con más sujetos involucrados, formas de intervención más flexibles y un juez que desempeña un rol activo en la organización del debate y en la implementación de las decisiones[18]. Sin embargo, reducir esta transformación a los denominados procesos estructurales implica perder de vista su alcance más general. Lo que está en juego no es únicamente la emergencia de un tipo específico de litigio, sino la aparición de una nueva manera de concebir la función del proceso en el entramado institucional democrático.

En efecto, como ha puesto de relieve Cappelletti y Garth, la irrupción de intereses difusos y colectivos pone en tensión las categorías tradicionales del proceso civil. Estos intereses no pueden ser adecuadamente representados ni protegidos mediante un esquema que presupone la existencia de sujetos individualizados, titulares de posiciones jurídicas claramente delimitadas. Se trata, por el contrario, de intereses que se proyectan sobre una pluralidad de personas, muchas veces no identificadas ex ante y que no pueden intervenir directamente en el proceso[19]. Esta circunstancia obliga a repensar no solo las reglas de legitimación, sino también la estructura misma del proceso, que pasa a configurarse como un espacio en el que distintos mecanismos de representación —individual, colectiva, institucional— se articulan para hacer posible la defensa de intereses que, por su propia naturaleza, exceden la lógica bilateral.

La consecuencia de esta transformación es la emergencia de un modelo procesal de carácter plural. El proceso deja de ser un ámbito reservado exclusivamente a las partes en sentido estricto y se convierte en un foro en el que pueden intervenir diversos actores, incluyendo asociaciones, organismos públicos y sujetos afectados de manera indirecta. Esta pluralización no implica la disolución de las garantías procesales, sino su reformulación en clave más compleja: la igualdad deja de concebirse como mera simetría formal entre dos sujetos y pasa a entenderse como la exigencia de que todos los intereses relevantes cuenten con una forma adecuada de representación; la imparcialidad del juez ya no se reduce a la pasividad frente a las iniciativas de las partes, sino que se expresa en la capacidad de organizar el proceso

[18] Chayes A (1976) *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. Harvard Law Review 89,1281–1316, esp. pp. 1284–1298.
[19] Cappelletti M, Garth B (1983) pp. 122–159.

para que el pluralismo se despliegue sin distorsiones. En este punto, la conexión con las teorías de la democracia deliberativa se vuelve especialmente significativa. Si, como sostienen estos enfoques, la legitimidad de las decisiones depende de la posibilidad de ser justificadas mediante razones aceptables para los miembros de la comunidad política, entonces el proceso judicial aparece como una de las instituciones en las que esa exigencia puede realizarse de manera particularmente intensa. A diferencia de otros espacios de decisión, el proceso se caracteriza por imponer reglas estrictas de argumentación, exigir prueba, garantizar contradicción y someter las decisiones a revisión.

La contribución de Zaneti Jr. profundiza esta idea al situar el proceso judicial dentro de un modelo de democracia deliberativa procedimental, en el que la intervención del poder judicial no debe ser entendida como una intromisión en la esfera de otros poderes, sino como parte de un entramado institucional más amplio en el que distintas instancias participan en la producción y el control de las decisiones públicas. El proceso judicial se presenta así como un espacio en el que las decisiones deben ser justificadas, pueden ser cuestionadas y están sujetas a revisión[20].

En consecuencia, la distinción entre procesos estructurales, procesos ambientales, procesos de consumo o litigios relativos a políticas públicas se relativiza en términos conceptuales. Aunque estas categorías pueden responder a diferencias normativas, todas ellas comparten una misma matriz: la necesidad de articular la participación de múltiples actores y de producir decisiones que trascienden el marco de las partes formalmente involucradas.

En definitiva, los procesos colectivos pueden comprenderse como instituciones deliberativas que ocupan un lugar específico en la distribución de funciones del Estado. Como foro en el que las razones se confrontan y se depuran, el proceso colectivo no es solo una herramienta técnica, sino una de las formas mediante las cuales el derecho contribuye a la construcción de lo público y asegura la operatividad de los derechos.

4. LA DIMENSIÓN COMPARADA DE LA LITIGACIÓN COLECTIVA Y SUS TENSIONES ESTRUCTURALES

La caracterización del proceso colectivo como una instancia de deliberación institucional permite abrir el análisis hacia una dimensión comparada que resulta imprescindible para evaluar las condiciones bajo las cuales los distintos ordenamientos, como

[20] Zaneti Jr. H (2008) *Democracia e Judiciário na (re)politização do direito*, en *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 200–203, 210–214

consecuencia de su cultura y realidades sociales, políticas y económicas organizan estos mecanismos. En efecto, si la legitimidad de las decisiones entonces no basta con identificar las funciones que el proceso colectivo cumple en abstracto, sino que es necesario examinar cómo esas funciones se concretan en estructuras procesales específicas. La perspectiva comparada permite, con ese alcance, desplazar la atención desde la formulación teórica hacia las formas institucionales a través de las cuales se canalizan, en la práctica, los conflictos de carácter colectivo.

Este desplazamiento no responde a un interés meramente descriptivo. Por el contrario, encuentra su justificación en la necesidad de identificar problemas que, aun manifestándose en contextos diversos, presentan una notable convergencia a los problemas que se procuran remediar por su intermedio. La litigación colectiva surge en distintos ordenamientos como respuesta a la insuficiencia del proceso individual para abordar conflictos que afectan a una pluralidad de sujetos, pero las soluciones adoptadas para organizar su tratamiento difieren significativamente en función de variables institucionales, culturales y normativas. En este contexto, el análisis comparado más que clasificar sistemas jurídicos en función de tradiciones predefinidas, debe orientarse a reconstruir un campo problemático compartido.

En este punto, el trabajo desarrollado en el marco del *Civil Procedure in a Comparative Context Project* (CPLJ) ofrece una base sólida para contribuir a su estudio, en la medida en que constituye uno de los esfuerzos más relevantes en el ámbito del derecho procesal comparado contemporáneo para sistematizar, desde una perspectiva plural, los principales problemas que plantea la litigación colectiva en distintos ordenamientos. La principal virtud de este proyecto radica en la conformación de un espacio de reflexión colectiva en el que confluyen especialistas provenientes de diversas tradiciones jurídicas, lo que permite superar aproximaciones parciales o excesivamente dependientes de categorías propias de sistemas específicos. A los efectos del presente trabajo, la referencia a este desarrollo no se limitará a un capítulo en particular, sino que tomará en consideración de manera conjunta los distintos aportes incluidos en la Parte X, en la medida en que estos permiten reconstruir, con un alto grado de precisión, el campo problemático común que subyace a las diversas formas de litigación colectiva[21].

La diversidad de modelos no puede ser comprendida como la expresión de diferencias irreductibles entre tradiciones jurídicas, sino como el resultado de distintos intentos de articular,

[21] CPLJ (2024), Part X: *Collective Litigation*, con contribuciones de Arruda Alvim T., Silvestri E., Hensler D., Broodryk T., Voet S. y Biard A.; en *Civil Procedure in a Comparative Context Project*, dirigido por Hess B., Woo M., Cadiet L., Menétrey S. y Vallines García E., disponible en https://www.cplj.org , última consulta 26 de marzo de 2026-

con equilibrios variables, exigencias que se presentan de manera recurrente. Entre ellas, destacan la necesidad de asegurar una representación adecuada de los intereses colectivos, de coordinar procesos que pueden tramitar en distintas jurisdicciones, de corregir las desigualdades estructurales entre las partes, de permitir un amplio debate fundado en prueba en un tiempo razonable, de definir el alcance de las decisiones, de delimitar el papel que corresponde al juez en la conducción del proceso y de garantizar la posibilidad de restaurar derechos en términos de efectividad de la adjudicación. Estas cuestiones no constituyen meros problemas técnicos, sino que inciden directamente en la posibilidad de que las decisiones adoptadas en este tipo de procesos puedan ser consideradas legítimas en términos de su justificación pública.

El análisis comparado permite advertir que la regulación de la litigación colectiva se encuentra atravesada por una tensión persistente entre exigencias de eficacia, de representación y de control institucional. Las distintas soluciones adoptadas por los ordenamientos no eliminan esta tensión, sino que la gestionan de maneras diversas, priorizando distintos aspectos según el contexto en el que se insertan. De allí que la diversidad de experiencias no deba ser entendida como un obstáculo, sino como una fuente de información relevante para comprender la complejidad de una materia en la que el diseño procesal se encuentra estrechamente vinculado con la posibilidad de producir decisiones jurídicamente fundadas y públicamente justificables.

Un primer paso para ordenar este campo problemático consiste en identificar las formas básicas a través de las cuales los distintos ordenamientos estructuran la litigación colectiva. En este punto, el análisis comparado permite distinguir, en términos generales, entre modelos que se apoyan en mecanismos de representación y aquellos que recurren a técnicas de agregación procesal.

En los primeros, uno o varios sujetos actúan en el proceso en nombre de un conjunto más amplio de personas cuyos intereses resultan afectados por el conflicto. Este esquema supone la existencia de algún tipo de legitimación representativa que habilita a un actor a promover la acción y a conducir el proceso con efectos que se proyectan sobre el grupo en su conjunto. En los segundos, en cambio, la articulación colectiva no se produce a través de la representación, sino mediante la acumulación o coordinación de pretensiones individuales que conservan, en mayor o menor medida, su autonomía. En estos supuestos, la dimensión colectiva del conflicto se construye a partir de la conexión entre múltiples procesos o reclamaciones, sin que exista necesariamente un sujeto que actúe en nombre de todos.

Esta distinción, aunque simplificadora, resulta útil para identificar las principales opciones disponibles en el diseño de los procesos colectivos y, al mismo tiempo, para poner de

relieve los problemas que cada una de ellas plantea. Los modelos representativos permiten, en principio, una mayor concentración del conflicto y una proyección más amplia de los efectos de la decisión, pero introducen interrogantes relevantes en torno a la legitimidad de quien actúa en nombre del grupo y a la adecuada protección de los intereses de quienes no participan directamente en el proceso. Por su parte, los modelos basados en la agregación tienden a preservar en mayor medida la autonomía individual, pero enfrentan dificultades en términos de coordinación, eficiencia y coherencia de las decisiones.

Desde la perspectiva que aquí se adopta, el interés de esta distinción no reside en establecer una jerarquía entre modelos, sino en analizar cómo cada uno de ellos organiza —con distintos grados de intensidad— las condiciones bajo las cuales es posible articular, confrontar y evaluar razones en contextos de conflictividad colectiva. En este sentido, la forma en que se estructura la representación o la agregación incide directamente en la calidad deliberativa del proceso y, por ende, en la posibilidad de considerar sus decisiones como públicamente justificables.

5. EL MODELO DE *ENFORCEMENT* PRIVADO EN ESTADOS UNIDOS Y EN LOS SISTEMAS DE TRADICIÓN ANGLOSAJONA

Lejos de constituir una experiencia exclusivamente nacional, el modelo de tutela colectiva desarrollado en los Estados Unidos se inscribe en una forma más amplia de organización del derecho y del conflicto que también se proyecta —aunque con distintos grados de intensidad— en otras jurisdicciones de tradición anglosajona. En este contexto, el proceso judicial no aparece únicamente como un mecanismo de resolución de disputas individuales, sino como un instrumento central de implementación de políticas públicas, en el que los particulares asumen un rol activo en la efectividad del derecho[22].

Desde esta perspectiva, el análisis del modelo estadounidense exige ser comprendido no solo en términos normativos o institucionales, sino también a la luz de una determinada cultura jurídica del conflicto. En este sentido, la contribución de Kagan resulta particularmente esclarecedora. Su noción de *adversarial legalism* permite identificar un modo característico de toma de decisiones y de implementación del derecho, estructurado en torno a la confrontación entre partes, la centralidad de los tribunales y el protagonismo de los abogados[23]. Este modelo

[22] Marcus D. (2015), The Public Interest Class Action, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 15-11, George Washington Law Review, pp. 1–63.
[23] Kagan R. A. (2001), Adversarial Legalism. The American Way of Law, Harvard University Press, Cambridge,

se inserta en un contexto institucional marcado por la fragmentación del poder y la relativa debilidad de los mecanismos jerárquicos de control, en el que el litigio se convierte en un canal privilegiado para la articulación de demandas sociales y la supervisión de la acción pública.

Sin embargo, como el propio Kagan advierte, este fenómeno no puede ser explicado únicamente por una supuesta propensión cultural a litigar. Antes bien, el *adversarial legalism* se encuentra estrechamente vinculado con características estructurales del sistema político estadounidense, tales como la desconfianza hacia el Estado, la valorización de la iniciativa individual y la preferencia por formas descentralizadas de regulación[24]. En este marco, el proceso judicial adquiere una función que trasciende la resolución de controversias, operando como un mecanismo de control y, en ciertos casos, de producción normativa.

Sobre esta base, el desarrollo de los procesos colectivos en los Estados Unidos puede ser comprendido como una manifestación específica de esta forma de organización del derecho. En particular, las acciones colectivas han permitido articular mecanismos de tutela que, más allá de la agregación de pretensiones individuales, han operado como instrumentos de regulación y de implementación normativa en ámbitos especialmente sensibles, como el consumo, la competencia o la protección del ambiente[25]. En este contexto, la literatura ha puesto de relieve que la litigación colectiva no solo plantea problemas de eficiencia, sino también interrogantes de legitimidad institucional, en la medida en que las decisiones adoptadas en estos procesos producen efectos que trascienden a las partes formalmente intervinientes[26].

Esta dimensión se proyecta, además, sobre el vínculo entre litigación colectiva y proceso político. En efecto, se ha señalado que las acciones colectivas pueden funcionar como mecanismos de articulación de intereses de grupo en contextos en los que los canales tradicionales de representación política resultan insuficientes o ineficaces, lo que introduce una interacción compleja entre proceso judicial y dinámica democrática[27].

No obstante, la centralidad del *enforcement* privado en estos sistemas no puede ser explicada exclusivamente en términos culturales. Como ponen de relieve Burbank, Farhang y Kritzer, el recurso a la litigación privada constituye, ante todo, el resultado de decisiones institucionales deliberadas, adoptadas en el diseño de los regímenes regulatorios[28]. En

MA, Part I, pp. 3–34; Part III, pp. 99–125; Part IV, pp. 207–228.

[24] Kagan, 2001, pp. 99-125.

[25] Hensler D. y Broodryk T. (2024), Part X, Chapter Two: *Representative Actions*.

[26] Issacharoff S. (1999), "*Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*", Supreme Court Review, pp. 337–392.

[27] Issacharoff S., Karlan P. (2003), "*Groups, Politics, and the Equal Protection Clause*", University of Miami Law Review, 58, pp. 35–50.

[28] Burbank S. B., Farhang S. y Kritzer H. M. (2011), "Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)", en Gottwald P. y Hess B. (eds.), Procedural Justice.

particular, el legislador estadounidense ha recurrido de manera sistemática a la delegación de funciones de *enforcement* en actores privados como una estrategia para asegurar la implementación efectiva de políticas públicas frente a problemas estructurales que no encuentran una respuesta adecuada en los mecanismos tradicionales de intervención estatal.

Desde esta perspectiva, el *enforcement* privado no debe ser entendido como una consecuencia espontánea de la cultura jurídica, sino como una herramienta de política legislativa, cuya configuración depende de una compleja arquitectura normativa. Esta incluye, entre otros elementos, la previsión de acciones privadas, la regulación de los incentivos económicos al litigio —como los honorarios contingentes o los mecanismos de *fee shifting*—, la disponibilidad de instrumentos de litigación colectiva y la definición de reglas procesales que faciliten el acceso a la justicia[29].

Particularmente relevante es, en este contexto, la relación entre el *enforcement* privado y la estructura del sistema político. En un régimen caracterizado por la separación de poderes, el Congreso ha utilizado la litigación privada como un mecanismo para preservar sus decisiones frente a eventuales desviaciones por parte del Poder Ejecutivo o de la burocracia administrativa. De este modo, los particulares actúan como verdaderos agentes de implementación normativa, dotando al sistema de un cierto grado de autonomía respecto de las dinámicas políticas contingentes.

Esta configuración ha permitido, por un lado, expandir significativamente el alcance de la protección jurídica, facilitando el acceso a la justicia y promoviendo el cumplimiento de la legalidad en contextos donde la acción estatal resulta insuficiente. Por otro lado, también ha puesto de manifiesto tensiones relevantes, vinculadas con los costos del sistema, la complejidad del litigio, la desigualdad entre las partes y los riesgos de desviación de los objetivos regulatorios originalmente perseguidos. Estas tensiones se reflejan asimismo en los debates contemporáneos sobre la gestión judicial de los procesos colectivos, en los que se advierte una creciente preocupación por los mecanismos de selección, conducción y eventual limitación de este tipo de litigios[30].

Finalmente, la proyección comparada de este modelo ha sido objeto de especial atención. En particular, se ha destacado que la eventual expansión de mecanismos de litigación

XIV World Congress of the International Association of Procedural Law, Gieseking, Bielefeld, pp. 197–282.

[29] Burbank, Farhang y Kritzer (2011), pp.198-220.

[30] Woo M. Y. (2018), "*Case Management or Case Elimination? A Snapshot from North America*", International Journal of Procedural Law, 15, pp. 85–99.

agregada hacia otros sistemas jurídicos plantea interrogantes relevantes en torno a su compatibilidad con tradiciones procesales diferentes, especialmente en el ámbito europeo[31].

En definitiva, el modelo estadounidense —y, en menor medida, el de otras jurisdicciones afines— revela una forma específica de articulación entre derecho, proceso y conflicto, en la que la litigación privada ocupa un lugar central en la dinámica de implementación normativa. Esta configuración, profundamente arraigada en determinadas condiciones institucionales y culturales, contrasta de manera significativa con la que se observa en los sistemas europeos continentales, donde la confianza en la acción estatal y la centralidad de la administración conducen a modelos de *enforcement* estructuralmente diferentes.

6. LA LITIGACIÓN COLECTIVA EN EUROPA Y LA TENSIÓN ENTRE EFICACIA, CONTROL Y LEGITIMIDAD

En contraste con la evolución observada en los Estados Unidos, el desarrollo de la litigación colectiva en Europa ha estado marcado por una tensión persistente entre la necesidad de articular mecanismos eficaces para la tutela de intereses supraindividuales y la preservación de estructuras procesales tradicionales fundadas en la bilateralidad del proceso y la iniciativa de las partes. Esta tensión no responde únicamente a diferencias técnicas, sino que refleja concepciones divergentes acerca del papel del proceso civil en el Estado de derecho y de los límites de su instrumentalización para la gestión de conflictos colectivos.

En este sentido, como ha sido señalado en la literatura comparada, el contraste con el modelo estadounidense no puede explicarse exclusivamente en términos normativos, sino que se vincula con una distinta cultura jurídica e institucional en torno al conflicto y a su forma de canalización. Mientras que en los sistemas de tradición anglosajona el litigio ha sido concebido como un mecanismo central de implementación del derecho, en los ordenamientos europeos continentales ha prevalecido una mayor confianza en la capacidad del Estado —y particularmente de la administración— para asegurar el cumplimiento de la legalidad. Desde esta perspectiva, el proceso civil no se configura primariamente como un instrumento de regulación a través del conflicto, sino como un mecanismo de tutela inserto en un esquema más amplio de intervención pública[32].

---

[31] Issacharoff S., Miller G. (2009), "*Will Aggregate Litigation Come to Europe?*", Vanderbilt Law Review, 64, pp. 179–209.

[32] Ortells Ramos M. (2011), "*Private Enforcement, Public Interest and the Role of Courts in a Modern State*", en Gottwald P. y Hess B. (eds.), *Procedural Justice. XIV World Congress of the International Association of Procedural Law*, Gieseking, Bielefeld, pp. 319–386.

En contraste con la evolución observada en los Estados Unidos, el desarrollo de la litigación colectiva en Europa ha estado marcado por una tensión persistente entre la necesidad de articular mecanismos eficaces para la tutela de intereses supraindividuales y la preservación de estructuras procesales tradicionales fundadas en la bilateralidad del proceso y la iniciativa de las partes. Esta tensión no responde únicamente a diferencias técnicas, sino que refleja concepciones divergentes acerca del papel del proceso civil en el Estado de derecho y de los límites de su instrumentalización para la gestión de conflictos colectivos.

En efecto, la resistencia europea frente a la recepción del modelo estadounidense de *class actions* ha estado vinculada, en buena medida, a la preocupación por evitar una desnaturalización de las garantías procesales. Como ha señalado Taruffo, la litigación colectiva puede responder a finalidades diversas —desde la compensación de daños individuales hasta la producción de efectos regulatorios sobre conductas o prácticas generalizadas—, pero los ordenamientos europeos han tendido a privilegiar esta segunda dimensión, orientando los mecanismos disponibles hacia la eliminación de prácticas ilícitas más que hacia la indemnización de los daños sufridos por los individuos[33]. En una línea convergente, la doctrina ha advertido que la incorporación de mecanismos colectivos no puede traducirse en una traslación acrítica de modelos ajenos, sino que requiere soluciones compatibles con las tradiciones procesales continentales, particularmente en lo que respecta a la legitimación, el alcance de la cosa juzgada y el control judicial del proceso[34].

Este trasfondo explica que los desarrollos europeos se hayan orientado, en una primera etapa, hacia modelos fragmentarios y sectoriales, en los que la tutela colectiva aparece vinculada a ámbitos específicos —especialmente el derecho del consumo— y se estructura a partir de legitimaciones institucionales. A diferencia del modelo estadounidense, en el que la representación colectiva puede articularse a partir de la iniciativa de los propios afectados, en Europa ha prevalecido una lógica de representación indirecta, en la que el acceso al proceso colectivo se canaliza a través de entidades calificadas, tales como asociaciones o autoridades públicas.

Un antecedente relevante en el proceso de construcción de un marco más coherente lo constituye el desarrollo de los Principios American Law Institute (ALI)/UNIDROIT sobre el proceso civil transnacional y, especialmente, su posterior adaptación al contexto europeo

---

[33] Taruffo M. (2019), "Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective", en Pereira Campos S. (coord.), *Justicia Colectiva en Iberoamérica*, La Ley, pp. 97–118

[34] Bujosa Vadell L. (2023), Procesos colectivos, Palestra, Lima, cap. 1: "¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?", pp. 19-57.

mediante el proyecto conjunto del European Law Institute y UNIDROIT. Este proyecto tuvo como objetivo superar la dispersión de soluciones mediante la elaboración de reglas modelo orientadas a la eficiencia, la proporcionalidad y la garantía de un proceso justo. En este marco, la inclusión de reglas relativas a procesos colectivos refleja la progresiva aceptación de la necesidad de articular mecanismos específicos para la tutela de intereses supraindividuales, aunque bajo un enfoque que enfatiza la cooperación procesal y el rol activo del juez en la gestión del litigio[35].

Este énfasis en el rol judicial constituye, en efecto, uno de los rasgos distintivos del modelo europeo. A diferencia de la lógica más marcadamente adversarial que estructura el modelo estadounidense, los sistemas europeos tienden a atribuir al juez funciones más intensas en la conducción del proceso, particularmente en lo que respecta al control de la representación, la delimitación del objeto del litigio y la protección de los intereses de los miembros ausentes del grupo. Esta configuración responde a la necesidad de asegurar la legitimidad del proceso en contextos en los que la representación colectiva no surge de la iniciativa directa de los interesados.

En este punto, los desarrollos más recientes han subrayado que la especificidad del modelo europeo no radica únicamente en su distancia respecto del sistema estadounidense, sino en la centralidad que asigna a la legitimidad del proceso como condición de validez de sus resultados. En particular, se ha destacado que la desconfianza frente a las acciones colectivas de tipo norteamericano responde, en gran medida, a la percepción de que estas pueden afectar el equilibrio entre las partes y generar decisiones cuya legitimidad resulta difícil de sostener desde la perspectiva de quienes no han participado directamente en el proceso[36].

Sin embargo, esta orientación ha tenido como contrapartida una eficacia más limitada en la tutela de derechos de incidencia colectiva. La fragmentación de soluciones, las restricciones en materia de legitimación y el alcance reducido de los efectos de las decisiones han dificultado la consolidación de mecanismos capaces de dar respuesta adecuada a conflictos de gran escala. Como también advierte Taruffo, en muchos sistemas europeos la litigación colectiva no se concibe como un instrumento idóneo para la compensación individual, sino como un medio de control normativo de conductas[37].

---

[35] European Law Institute / UNIDROIT (2021) Model European Rules of Civil Procedure, Oxford University Press, Oxford.
[36] Silvestri E. (2024), CPLJ, Part X, Introductory Chapter.
[37] Taruffo M. (2019), cit., pp. 104–105.

Esta preocupación por la legitimidad del proceso y por la preservación de sus garantías estructurales ha sido también destacada por la doctrina europea reciente, que ha puesto de relieve que el desarrollo de la litigación colectiva en este ámbito no responde a una simple trasposición de modelos foráneos, sino a un proceso condicionado por los presupuestos propios de la tradición procesal continental. En este sentido, se ha señalado que la configuración de los mecanismos de tutela colectiva en Europa se encuentra atravesada por exigencias de proporcionalidad, control judicial y equilibrio entre las partes, que operan como límites estructurales frente a formas de agregación más expansivas[38]. Al mismo tiempo, este proceso ha sido caracterizado como fragmentario y experimental, en la medida en que los distintos ordenamientos han ensayado soluciones diversas sin alcanzar todavía un modelo plenamente coherente y eficaz, lo que explica tanto la cautela como las tensiones que acompañan su evolución[39]. En esta misma línea, la literatura comparada ha advertido que estas restricciones, lejos de ser meramente contingentes, responden a una concepción del proceso civil que privilegia la legitimidad de la decisión y el control de su formación por sobre su capacidad de producir efectos expansivos, lo que sitúa al modelo europeo en una tensión persistente entre garantías y eficacia.

Los desarrollos más recientes, en particular en el ámbito de la Unión Europea, parecen orientarse hacia la búsqueda de soluciones intermedias. La Directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones representativas constituye un ejemplo significativo de este proceso, en la medida en que procura articular un modelo que, sin abandonar la lógica de la legitimación institucional, introduce mecanismos destinados a reforzar la eficacia de la tutela colectiva y a facilitar la coordinación entre distintos ordenamientos.

Desde la perspectiva adoptada en este trabajo, el interés de la experiencia europea no reside en la identificación de un modelo acabado, sino en la forma en que pone de manifiesto la complejidad inherente al diseño de mecanismos de litigación colectiva en contextos institucionales diversos. Lejos de ofrecer soluciones definitivas, el desarrollo europeo muestra que la regulación de estos procesos exige articular, de manera siempre contingente, exigencias de eficacia, representación y control, cuya tensión no puede ser eliminada, sino únicamente gestionada mediante soluciones que preserven la posibilidad de producir decisiones jurídicamente fundadas y públicamente justificables.

---

[38] Hess, B., (2014) "European Perspectives on Collective Litigation", en Harsági, V. – van Rhee, C.H. (eds.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Intersentia, pp. 3–13.

[39] Uzelac, A. – Voet, S., "*Collectivization of European Civil Procedure: Are We Finally Close to a (Negative) Utopia?"*, en Uzelac, A. – Voet, S. (eds.), *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?* Springer, 2021, pp. 3–15.

7. AMÉRICA LATINA Y LA CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DE LA LITIGACIÓN COLECTIVA EN CONTEXTOS DE PLURALIDAD NORMATIVA

La evolución de los procesos colectivos en América Latina no puede ser comprendida adecuadamente sin atender a la centralidad que ha adquirido la dimensión constitucional en la configuración de los sistemas jurídicos de la región. A diferencia de otros modelos, en los que la litigación colectiva se ha desarrollado primordialmente como una herramienta de eficiencia procesal o de agregación de pretensiones individuales, en América Latina su expansión se encuentra estrechamente vinculada con el reconocimiento de derechos fundamentales de incidencia colectiva y con la necesidad de garantizar su efectividad en contextos de desigualdad estructural. En este sentido, la constitucionalización del derecho ha operado como un motor decisivo para la transformación del proceso, proyectando sobre él exigencias que exceden el marco tradicional del litigio individual[40].

Sin embargo, esta impronta constitucional no puede ser plenamente comprendida sin considerar un elemento estructural que atraviesa la experiencia jurídica latinoamericana y que suele permanecer implícito en los análisis procesales: la configuración históricamente plural del orden jurídico. En efecto, como ha puesto de relieve la historiografía jurídica reciente, el derecho en América Latina —tanto en su etapa colonial como en los procesos posteriores de formación estatal— se ha desarrollado sobre la base de una multiplicidad de jurisdicciones, autoridades y fuentes normativas que se superponen y articulan de manera dinámica, dando lugar a configuraciones complejas en las que los sujetos participan simultáneamente de diversos órdenes jurídicos[41].

Desde esta perspectiva, la pluralidad normativa no constituye una anomalía respecto de un modelo ideal de unidad, sino una condición constitutiva del derecho en la región. Ello permite comprender que el denominado pluralismo jurídico contemporáneo no representa una ruptura radical, sino más bien una reconfiguración —en clave constitucional— de dinámicas históricas caracterizadas por la coexistencia, interacción e incluso hibridación de distintos sistemas normativos. En este sentido, la experiencia latinoamericana se distingue por operar sobre una base estructuralmente heterogénea, en la que la unidad del derecho ha sido más una aspiración normativa que una realidad efectiva.

---

[40] Verbic F. (2020), Introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase, Editores del Sur, Buenos Aires, pp. 61-97.
[41] Herzog T. (2021), *Latin American Legal Pluralism: The Old and the New*, Quaderni Fiorentini, 50, pp. 706-736.

Este trasfondo histórico resulta decisivo para interpretar el desarrollo contemporáneo de los procesos colectivos. En efecto, la expansión de sus funciones y la creciente complejidad de los conflictos sometidos a la jurisdicción han puesto en evidencia la necesidad de adaptar las estructuras procesales a contextos en los que los intereses en juego no se agotan en la dimensión individual. En este marco, el proceso deja de concebirse exclusivamente como un instrumento de resolución de controversias intersubjetivas para asumir una función más amplia, vinculada con la efectividad de los derechos y con la articulación de respuestas frente a problemas de carácter estructural[42].

En este contexto, una de las notas distintivas del desarrollo latinoamericano radica en la progresiva consolidación de una dimensión estructural del proceso colectivo. A diferencia de otros modelos, en los que la litigación colectiva ha sido concebida principalmente como un instrumento de agregación de pretensiones individuales, en América Latina se advierte una tendencia a configurarla como una herramienta orientada a incidir en la formulación, ejecución y control de políticas públicas, a través de decisiones con efectos expansivos y de mecanismos de ejecución compleja. En este sentido, la doctrina ha señalado que estos procesos se estructuran en torno a la existencia de "estados de desconformidad" que requieren una intervención judicial orientada a su reorganización, mediante decisiones que proyectan un estado de cosas ideal y cuya implementación exige mecanismos flexibles, progresivos y, en muchos casos, consensuales[43].

Esta evolución encuentra una expresión particularmente significativa en la experiencia brasileña, donde la litigación colectiva ha alcanzado un grado de desarrollo que la convierte en un verdadero laboratorio que ha producido avances normativos y teóricos significativos, más allá de sus problemas de aplicación práctica. Como ha señalado Zaneti, el sistema brasileño no solo se estructura en torno a acciones colectivas en sentido estricto, sino que integra un conjunto más amplio de mecanismos de litigación agregada, en los que convergen procesos colectivos, litigios estructurales y técnicas de gestión de conflictos complejos. Esta configuración permite abordar fenómenos de daño masivo desde una perspectiva sistémica, aunque no exenta de tensiones vinculadas con la efectividad de las decisiones, la coordinación institucional y los límites operativos del Poder Judicial. En este marco, el desarrollo de lo que el autor denomina un "derecho procesal de desastres" pone de relieve tanto el potencial transformador de estos

[42] Pérez Ragone A., Arenhart S. C., Osna G., Sahián J. (2021), *Procesos colectivos en acción: visión y misión*, La Ley, Buenos Aires, pp. 2-28.
[43] Didier Jr. F., Zaneti Jr. H. y Oliveira R. A. (2020), "*Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*", Revista de Processo, vol. 303, pp. 45–81, esp. pp. 47–55.

instrumentos como los desafíos que plantea su implementación en contextos de alta complejidad social[44].

Ahora bien, la comprensión de este fenómeno exige considerar, además, el peso de la cultura procesal y de las estructuras institucionales que condicionan el funcionamiento del sistema de justicia. Como se ha señalado, los procesos colectivos no pueden analizarse de manera aislada, sin atender a las modalidades concretas en que se organiza y presta el servicio de justicia, ni a los paradigmas culturales que orientan las políticas públicas en materia procesal. En este contexto, la persistencia de modelos procesales tradicionales —caracterizados por la escritura, la fragmentación y la delegación— ha operado como un factor de resistencia frente a la consolidación de mecanismos adecuados para la tutela de derechos colectivos[45].

En este marco, uno de los problemas centrales no radica únicamente en la amplitud de la legitimación, sino en la forma en que se estructura la representación de los intereses de quienes no participan directamente en el proceso. La expansión de los procesos colectivos exige repensar los criterios que permiten justificar esa representación, así como los mecanismos destinados a asegurar su adecuada protección.

Esta problemática adquiere particular relevancia cuando se examinan las distintas soluciones adoptadas en la región. En el caso argentino, la apertura del sistema ha permitido que asociaciones civiles asuman la representación de intereses colectivos con escasos requisitos de control institucional previo, lo que ha favorecido la expansión de la litigación colectiva, pero al mismo tiempo ha intensificado los interrogantes en torno a la idoneidad de los representantes y a los mecanismos de rendición de cuentas. En contraste, el modelo brasileño ha tendido a concentrar esa función en órganos públicos, especialmente en el Ministerio Público, configurando un esquema en el que la representación de los intereses colectivos se articula prioritariamente a través de actores institucionales. Esta divergencia no solo refleja distintas tradiciones jurídicas, sino también diferentes concepciones acerca del rol del proceso colectivo: mientras en un caso se privilegia la iniciativa social, en el otro se enfatiza la intervención pública como garantía de protección adecuada[46].

Las dificultades inherentes a la representación se intensifican en los litigios colectivos complejos, en los que la configuración de la pretensión no es unívoca. En estos casos, la

---

[44] Zaneti Jr. H. (2021), "Collective Redress in Brazil: Success or Disappointment?", en Uzelac A., Voet S. (eds.), pp. 345–368

[45] Oteiza E. (2024), en Priori Posadas G., Cavani R. (coords.), Los procesos colectivos en debate, Palestra, Lima, pp. 431–446.

[46] Oteiza E. (2006) (cord.), *Procesos colectivos*, cap. I. "La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 21-55; Zaneti Jr. H. (2021), pp. 21-55.

selección de una determinada estrategia de tutela implica necesariamente la exclusión de otras alternativas posibles, lo que proyecta sus efectos sobre el alcance de la cosa juzgada. En consecuencia, el proceso colectivo no solo puede generar beneficios para los miembros del grupo, sino también consolidar soluciones subóptimas o incluso perjudiciales, lo que exige un control particularmente riguroso de la representación y del desarrollo del proceso[47].

A su vez, la complejidad del fenómeno se ve incrementada por la coexistencia de múltiples niveles normativos y por la interacción entre distintos órdenes jurídicos. En este sentido, los procesos colectivos en América Latina deben ser comprendidos en un contexto de pluralismo jurídico e interlegalidad, en el que convergen normas constitucionales, legislaciones sectoriales, desarrollos jurisprudenciales y estándares internacionales, generando un entramado normativo que desafía las categorías tradicionales del derecho procesal. Esta característica, lejos de constituir una anomalía, se inscribe en una tradición jurídica en la que la superposición y articulación de órdenes normativos ha sido históricamente una constante[48].

Las tensiones que atraviesan este desarrollo permiten advertir que el problema no se agota en la expansión de los derechos ni en el reconocimiento de mecanismos de tutela, sino que remite a la estructura misma del proceso y a su capacidad para ofrecer respuestas adecuadas a conflictos de naturaleza compleja. En efecto, la experiencia regional muestra que la constitucionalización de los derechos de incidencia colectiva no ha sido acompañada, en muchos casos, por el diseño de instrumentos procesales idóneos para garantizar su efectiva protección.

Esta situación ha dado lugar a un fenómeno característico, en el que el Poder Judicial —y en particular los tribunales superiores— ha asumido un rol activo en la configuración de las reglas del proceso colectivo. A través de decisiones de alto impacto y de la introducción de herramientas como las audiencias públicas, la participación de terceros y la organización de registros de procesos colectivos, los tribunales han contribuido a estructurar un modelo que, si bien ha permitido avanzar en la tutela de derechos, se apoya en soluciones fragmentarias y dependientes de la iniciativa judicial[49].

En definitiva, la experiencia latinoamericana pone de manifiesto la existencia de un modelo de litigación colectiva que no puede ser comprendido como una mera adaptación de esquemas externos, sino como el resultado de una trayectoria histórica singular, en la que la pluralidad normativa, la centralidad de la Constitución y la necesidad de gestionar conflictos en

---

[47] Vitorelli E. (2019), *O devido processo legal coletivo*, Thomson Reuters Brasil, pp. 14–18.
[48] Herzog T. (2021), cit.
[49] Oteiza E. (2006), cit.

contextos de diversidad estructural configuran un escenario específico. En este marco, el desafío no consiste únicamente en ampliar los mecanismos de tutela, sino en diseñar un proceso capaz de articular adecuadamente estas dimensiones, garantizando simultáneamente la efectividad de los derechos, la adecuada representación de quienes no participan directamente en el proceso y la legitimidad de las decisiones adoptadas.

8. CHINA Y LOS PROCESOS COLECTIVOS ENTRE CULTURA JURÍDICA Y DISEÑO INSTITUCIONAL

El análisis del desarrollo de los mecanismos de resolución de disputas en China exige partir de una premisa metodológica fundamental: no se trata de un sistema que pueda ser comprendido exclusivamente a partir de categorías procesales tradicionales. Por el contrario, su configuración responde a una lógica en la que el derecho procesal se encuentra estrechamente imbricado con objetivos políticos, sociales y económicos más amplios, lo que condiciona tanto su diseño institucional como sus formas de funcionamiento.

En este sentido, la literatura ha destacado que el sistema chino de resolución de disputas no constituye meramente un proyecto jurídico autónomo, sino que se inscribe en un proceso más amplio de transformación estatal, en el que el derecho cumple funciones simultáneamente regulatorias, organizativas y de legitimación. Desde esta perspectiva, los distintos mecanismos —litigación, mediación y arbitraje— deben ser entendidos como componentes de una arquitectura compleja, en la que interactúan diversos instrumentos y niveles de regulación, más que como esferas independientes de resolución de conflictos[50].

Este enfoque resulta consistente con análisis que subrayan la necesidad de evitar la proyección de categorías desarrolladas en otros contextos sobre la experiencia china, destacando que la evolución del derecho en China responde a condiciones institucionales, económicas y culturales específicas, que condicionan tanto sus posibilidades como sus límites[51].

A partir de estas premisas, puede comprenderse por qué el desarrollo de formas de litigación colectiva en China ha sido particularmente cauteloso y fragmentario. Si bien se han incorporado mecanismos que permiten la tutela de intereses supraindividuales —especialmente en materia ambiental y de consumo—, estos no han dado lugar a un modelo expansivo de

[50] Gu W. (2021), *Dispute Resolution in China: Litigation, Arbitration, Mediation, and Their Interactions*, Routledge, pp. 1–5
[51] Peerenboom R. (2002), *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 1-10.

litigación colectiva comparable al estadounidense, ni a un sistema plenamente estructurado como el que, con matices, comienza a consolidarse en ciertos ordenamientos europeos o latinoamericanos.

Una de las claves explicativas de esta evolución radica en el modo en que el sistema jurídico chino concibe la función del proceso. En efecto, el derecho procesal mantiene un carácter marcadamente instrumental, orientado no solo a la resolución de controversias, sino también al mantenimiento del orden social y a la implementación de políticas públicas. En este marco, los mecanismos de resolución de disputas —y, en particular, aquellos que pueden tener un impacto colectivo— son diseñados y aplicados de modo tal que eviten generar dinámicas conflictivas que puedan desbordar los canales institucionales previstos[52].

Este rasgo se manifiesta también en la propia configuración del sistema judicial, estructurado como un sistema integrado en el que tribunales, fiscalías y órganos administrativos participan —con distintos grados de intensidad— en la gestión de conflictos. En este marco, incluso mecanismos como la mediación o el arbitraje se insertan dentro de una arquitectura institucional más amplia, en la que la distinción entre funciones jurisdiccionales y administrativas resulta menos nítida que en los modelos occidentales[53].

Desde esta perspectiva, la progresiva introducción de acciones de interés público no puede ser interpretada como una simple apertura hacia formas de litigación colectiva, sino como parte de un proceso cuidadosamente controlado, en el que la expansión del acceso a la justicia se encuentra mediada por consideraciones de gobernabilidad y de capacidad institucional. Así, aun cuando se reconoce la necesidad de ofrecer respuestas jurídicas a conflictos de carácter masivo, se procura al mismo tiempo evitar la consolidación de dinámicas litigiosas que puedan alterar el equilibrio del sistema.

En este punto, resulta particularmente relevante la forma en que se estructura la representación de los intereses colectivos. A diferencia de otros ordenamientos, en los que se admite —con mayor o menor intensidad— la participación de asociaciones privadas como representantes de grupos o categorías de afectados, en China el protagonismo en la promoción de este tipo de acciones recae fundamentalmente en organismos públicos o entidades estrechamente vinculadas al Estado. Este diseño no solo refleja una determinada concepción sobre la representación de intereses colectivos, sino que también responde a la necesidad de

[52] Peerenboom R. (2002), pp. 3–6, 55–60.
[53] Li X. (2021), en Fandiño Castro M. (dir.), *Estudios Comparados sobre Reformas al Sistema de Justicia Civil*. China y Japón, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, pp. 13–14.

mantener un control institucional sobre litigios que, por su propia naturaleza, pueden tener un impacto significativo en el plano social y económico[54].

Sobre esta base, el proceso colectivo en China no puede ser comprendido exclusivamente como un mecanismo de resolución de controversias, sino como parte de un entramado más amplio de interacción entre órganos estatales, tribunales y actores sociales. El desarrollo del *environmental public interest litigation* ha contribuido, en efecto, a reconfigurar el equilibrio entre autoridades administrativas, órganos jurisdiccionales y procuradurías, generando nuevas formas de coordinación —y también de tensión— entre estos actores[55].

Al mismo tiempo, la emergencia de estos mecanismos se vincula estrechamente con transformaciones sociales y económicas más amplias, particularmente visibles en el ámbito ambiental. La institucionalización de la litigación de interés público en este sector responde tanto a la necesidad de canalizar conflictos colectivos derivados de procesos de industrialización y urbanización como a la voluntad estatal de fortalecer instrumentos de gobernanza ambiental.

Asimismo, el análisis del desarrollo reciente del sistema chino de resolución de disputas pone de relieve su progresiva inserción en un contexto de competencia global, en el que los mecanismos jurisdiccionales y arbitrales son concebidos también como instrumentos destinados a atraer litigios complejos y a fortalecer la posición del país en el ámbito del comercio internacional. En este sentido, la creación de tribunales comerciales internacionales y la articulación de estos con otras formas de resolución de disputas reflejan una estrategia más amplia, en la que el diseño institucional del proceso se vincula con objetivos económicos y de proyección internacional[56].

En definitiva, el estudio de los procesos colectivos en China revela un modelo que no puede ser evaluado a partir de parámetros exclusivamente normativos o institucionales, sino que exige atender a la interacción entre cultura jurídica, diseño estatal y contexto socioeconómico. Lejos de configurarse como un sistema orientado a la expansión de la litigación colectiva, el modelo chino parece privilegiar formas de gestión del conflicto que, aun incorporando mecanismos de tutela supraindividual, se mantienen bajo un fuerte control institucional y responden a una lógica de equilibrio entre acceso a la justicia y estabilidad social.

---

[54] Zhao X., McNamara N. (2023), en Wang X., Zhao X., McNamara N. (eds.), *Environmental Public Interest Litigation in China*, Springer, pp. 5–10.
[55] Zhao X., McNamara N. (2023), pp. 3–5.
[56] Chen L., Janssen A. (eds.) (2020), *Dispute Resolution in China, Europe and World*, Springer, esp. pp. 51 y ss.

9. PROCESOS COLECTIVOS Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO EN SOCIEDADES COMPLEJAS

Los procesos colectivos no constituyen únicamente una técnica procesal orientada a la agregación de pretensiones, sino que participan activamente en la construcción del derecho en contextos de complejidad social. Allí donde los conflictos trascienden el plano individual y se proyectan sobre intereses de alcance general, el proceso se convierte en un espacio institucional en el que el derecho no solo se aplica, sino que se configura progresivamente a partir de la confrontación de argumentos, la verificación de los hechos y la adopción de decisiones con vocación de generalidad. Desde esta perspectiva, los procesos colectivos adquieren un doble valor: epistemológico, en cuanto permiten producir conocimiento jurídicamente relevante a partir del debate contradictorio y la prueba, y normativo, en tanto las decisiones que en ellos se adoptan contribuyen a definir el alcance operativo de los derechos y a orientar su aplicación futura.

Como ha sido señalado en el marco de las teorías de la democracia deliberativa, una decisión no es legítima únicamente por haber sido adoptada conforme a reglas formales de mayoría, sino por su capacidad de ser justificada mediante razones aceptables para los miembros de la comunidad política. En este sentido, el énfasis se desplaza del resultado al proceso y, más específicamente, a la calidad deliberativa de los procedimientos que conducen a la decisión[57].

Esta concepción del proceso como espacio de construcción racional del derecho adquiere matices diversos cuando se la examina a la luz del derecho comparado. En efecto, si bien la premisa deliberativa permite identificar condiciones normativas de legitimidad —igualdad, imparcialidad y justificación—, su concreción institucional depende en gran medida de la cultura jurídica en la que el proceso se inscribe. La forma en que una sociedad organiza la relación entre conflicto y derecho condiciona tanto el diseño de sus instituciones procesales como el papel que estas desempeñan en la producción normativa.

En el ámbito estadounidense, la centralidad del litigio y la aceptación del conflicto como mecanismo legítimo de regulación han dado lugar a un modelo en el que los procesos colectivos operan como instrumentos privilegiados de implementación del derecho, en el marco de una cultura jurídica caracterizada por el *adversarial legalism*[58]. En contraste, otros desarrollos

[57] Habermas J. (1996), pp. 296–300
[58] Kagan R. A. (2001), Adversarial Legalism: The American Way of Law, Harvard University Press, pp. 3–34, 99–125, 207–228.

ponen de relieve tradiciones en las que el conflicto tiende a ser canalizado a través de mecanismos más institucionalizados o mediadores, en los que el proceso judicial ocupa un lugar distinto dentro del sistema de producción jurídica[59].

Por su parte, el análisis de sistemas en los que el derecho se encuentra más estrechamente vinculado a objetivos de gobernanza permite advertir que el proceso puede integrarse en una arquitectura institucional más amplia, cumpliendo funciones que exceden la mera adjudicación. En estos contextos, la configuración de los mecanismos procesales responde a condiciones históricas, políticas y económicas específicas, que inciden tanto en su alcance como en su modo de funcionamiento[60].

En este marco, resulta necesario destacar que la contribución de los procesos colectivos a la deliberación democrática no se agota en la agregación de intereses ni en la ampliación del acceso a la justicia, sino que encuentra uno de sus fundamentos más sólidos en las condiciones bajo las cuales el conflicto es procesado institucionalmente. La premisa de igualdad entre las partes, la imparcialidad del juzgador y la exigencia de acreditación de los hechos constituyen elementos estructurales que confieren al proceso un valor distintivo como espacio de debate racionalizado.

La igualdad procesal —entendida no solo en términos formales, sino también como equilibrio efectivo entre las capacidades de las partes— permite que los distintos intereses involucrados en un conflicto colectivo sean expuestos y confrontados en condiciones que favorecen la formación de una decisión fundada. A ello se suma la imparcialidad del juez, que no solo garantiza la neutralidad en la adjudicación, sino que contribuye a dotar de legitimidad al resultado, en tanto este aparece desvinculado de intereses particulares y orientado por razones susceptibles de ser compartidas.

Asimismo, la centralidad de la prueba introduce un elemento que distingue al proceso judicial de otras formas de deliberación normativa. La decisión no se construye sobre la base de meras elucubraciones abstractas, sino a partir de la constatación de hechos en un marco institucional que exige su verificación y contradicción. Este rasgo adquiere especial relevancia en los procesos colectivos, en los que la determinación de los hechos no solo afecta a las partes directamente involucradas, sino que se proyecta sobre conjuntos más amplios de la sociedad.

Desde esta perspectiva, la decisión adoptada en un proceso colectivo no puede ser concebida exclusivamente como la resolución de un caso particular. Por el contrario, posee un

---

[59] Herzog T., *A Short History of European Law. The Last Two and a Half Millennia*, Harvard University Press, pp. 1–10, 85–95rabajos sobre cultura jurídica y resolución de conflictos

[60] Peerenboom R. (2002), pp. 1–10

valor prescriptivo, en la medida en que contribuye a definir el alcance operativo de los derechos y a orientar decisiones futuras. En este sentido, los procesos colectivos participan en una forma de construcción progresiva del derecho, en la que intervenciones sucesivas —a través de distintas instancias y decisiones— van precisando el contenido normativo de los derechos y delimitando sus condiciones de aplicación.

Esta dimensión dinámica permite advertir que el derecho no se configura de manera estática, sino a través de una elaboración progresiva en la que decisiones que inicialmente pueden divergir encuentran, con el tiempo, puntos de convergencia. Las instancias de revisión, la motivación de las decisiones y la responsabilidad personal de quien adjudica derechos desempeñan, en este contexto, un papel fundamental, en tanto contribuyen a depurar los argumentos y a consolidar interpretaciones más estables y justificadas.

En definitiva, los procesos colectivos no solo permiten afrontar conflictos que exceden el plano individual, sino que configuran un espacio institucional privilegiado para la construcción del derecho en sociedades complejas. A través de ellos, el debate entre partes en condiciones de igualdad, la intervención de un tercero imparcial y la exigencia de fundamentación y prueba transforman el conflicto en una instancia de producción jurídica en la que los derechos adquieren progresivamente precisión, contenido y operatividad. Esta dinámica, lejos de agotarse en la decisión de un caso, se proyecta en el tiempo mediante instancias de revisión y decisiones sucesivas que contribuyen a estabilizar —sin clausurar— el alcance de las normas.

Desde esta perspectiva, la diversidad de modelos observada en el derecho comparado —lejos de constituir una mera variación técnica— refleja distintas concepciones acerca del valor del conflicto, del papel del proceso y de las condiciones bajo las cuales el derecho puede ser legítimamente construido. Allí donde estos procesos se desarrollan, lo hacen como respuestas institucionales a una misma exigencia: integrar intereses múltiples, producir decisiones justificadas y proyectar sus efectos sobre realidades sociales amplias. En este sentido, la construcción del derecho aparece como el resultado de un proceso dinámico en el que confluyen deliberación, prueba y decisión bajo condiciones que hacen posible su legitimidad.

HACIA UNA JUSTICIA COLECTIVA BASADA EN EVIDENCIA Y CENTRADA EN LAS PERSONAS PARA IBEROAMÉRICA

Santiago Pereira Campos[1]

SUMÁRIO: 1. La necesidad de diseño e implementación de un sistema adecuado de justicia colectiva. **2.** Características fundamentales de los procesos colectivos. **3.** Panorámica de los procesos colectivos en américa. **4.** La propuesta de procesos colectivos en las reglas modelo europeas de proceso civil eli/unidroit 2020. **5.** Algunas pautas para el diseño e implementación de los procesos colectivos,

1. LA NECESIDAD DE DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA ADECUADO DE JUSTICIA COLECTIVA

Un sistema de justicia civil integrado, multipuertas y de acceso amplio y eficiente no puede prescindir del adecuado diseño e implementación de los procesos colectivos[2]. Y para avanzar en la Justicia Colectiva en Iberoamérica debemos asumir la necesidad de que el diseño e implementación de los procesos colectivos y estructurales se realice sobre

---

[1] Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor Titular de Derecho Procesal y Director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación de la Universidad de Montevideo. Miembro del Consejo de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Coordinador de la Red Uruguaya de Lenguaje Jurídico Claro. Ex Presidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA-OEA). @SantiagoPCampos

[2] A los procesos colectivos me he referido en anteriores trabajos que constituyen la base de lo que aquí se expone con información adicional de modo sintético y con perspectiva de política pública: PEREIRA CAMPOS, S., "Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada", *Estudios de Derecho Procesal en homenaje al Prof. Dr. Enrique Vescovi*, FCU, Montevideo, 2000; VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMÓN, L., CARDINAL, F. y PEREIRA CAMPOS, S., *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. 6, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2000, comentario al artículo 220; PEREIRA CAMPOS, S., "Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* (RUDP) Nº 2/2000; LANDONI, A. y PEREIRA CAMPOS, S., "Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay", Roma, 2002 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nº 1/2002; PEREIRA CAMPOS, S., "Los procesos colectivos. Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica", Roma, 2004 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nº 3/2003; PEREIRA CAMPOS, S. y GARDERES, S., "Representación de intereses difusos y defensa del medio ambiente", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 2/2003; PEREIRA CAMPOS, S. y GARDERES, S., "Intereses difusos y defensa del medio ambiente (Inhibición o interdicción a ANCAP de producir y poner en el mercado gasolinas con plomo)", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nº 2/2005; PEREIRA CAMPOS, S., "Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos", Bahía, 2007 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 1/2007; PEREIRA CAMPOS, S., "Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América", en *Procesos Colectivos – Class Actions*, Buenos Aires, Argentina, 2012; también en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nº 2/2011 y en la *Revista de Processo*, Ano 37, 210, Editora Revista dos Tribunais, Brazil, agosto 2012; PEREIRA CAMPOS, S., *Procesos Colectivos – Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2016; PEREIRA CAMPOS, S. (coord.), *Justicia Colectiva en Iberoamérica*, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo, 2019.

la base de evidencia fidedigna, con foco en las personas que necesitan resolver sus problemas y no en la judicatura y la abogacía.

Como lo señalan Morello, Hitters y Berizonce[3], la explosiva expansión de las sociedades industriales modernas ha hecho aparecer en forma vertiginosa un derecho nuevo, tanto sustancial como procesal, que ha debido salir al cruce a novedosas situaciones, obligando a "repensar" varias instituciones y principios, como la legitimación y representación, la extensión de la responsabilidad civil, los alcances de la cosa juzgada, la entidad del principio de contradicción en el proceso, etc., que parecían definitivamente desarrollados a la luz de la concepción individualista del siglo XIX. Se requiere un cambio revolucionario, ya que los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico -tradicional- del "proceso de dos partes", donde cada una de ellas busca solucionar *su* problema particular.

El cambio de enfoque -de la historia individual a la historia colectiva- no puede dejar de reflejarse en el cuadro de relaciones sociales reguladas por el derecho y, fundamentalmente, el derecho procesal debe dar una respuesta, una solución práctica a los problemas[4]. Como destaca Barbosa Moreira[5] al referirse a los derechos que se desarrollan con un enfoque colectivo, *"no basta reconocer en teoría la relevancia jurídica de esos valores; como cualquiera otros, ellos se tornan verdaderamente operativos en la medida en que existan medios apropiados y eficaces de reivindicarlos en juicio"*.

---

[3] MORELLO, A., HITTERS, J.C. y BERIZONCE, R., "La defensa de los intereses difusos", en *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina (4), marzo 1982, pp. 700 y ss. Sobre el tema de intereses difusos, puede consultarse, entre otra, la siguiente bibliografía ya clásica: CAPPELLETTI, M., "Formazioni sociali e interessi di gruppi davanti alla giustizia civile", en *Rivista di Diritto Processuale*, Italia, 1975, pp. 363-364; CAPPELLETTI, M., "Acceso a la justicia, como programa de reformas y como método de pensamiento", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXIII, No. 41, pp. 153-170; FAIREN GUILLÉN, V., "El ombudsman y sus posibilidades en España y países iberoamericanos", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* No. 3/79; BARBOSA MOREIRA, J., "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos", en *Temas del direito processual*, São Paulo, 1977, pp. 110 y ss.; MORELLO, A., HITTERS, J., y BERIZONCE, R., "La defensa de los intereses difusos", en *La Justicia entre dos épocas*, La Plata, 1983, p. 209; GELSI BIDART, A., "El derecho procesal y la protección del consumidor", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 1/78, pp. 350 y ss.; LANDONI, A., "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* No. 4/81, pp. 350 y ss.; PELLEGRINI, A., "A tutela jurisdicional dos interesses difusos", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 3/4/77, p. 17; VESCOVI, E., "El derecho procesal y la protección del consumidor", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 1/78, p. 21.

[4] REIFARTH, W., *La tutela colectiva de los derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 43-49.

[5] BARBOSA MOREIRA, J., "A proteção jurídica dos interesses coletivos", *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 24, pp. 13-15.

El desarrollo de los procesos colectivos se ve impulsado por fenómenos de variado origen, pero generalmente de amplios y multiplicados efectos: ríos y mares contaminados; playas inutilizadas; ciudades cubiertas de basura; servicios comprometidos; empresas que contaminan o que no cumplen con las regulaciones sanitarias, ambientales, económicas y financieras; grandes y pequeñas compañías que imponen cláusulas abusivas y engañan a los consumidores irrogándoles pequeños o grandes daños; cientos, miles, millones de personas dañadas que no disponen de energía, de recursos suficientes o de incentivos razonables para reclamar por sus derechos vulnerados; cadenas monopólicas u oligopólicas que se saben fuertes y dominan los mercados y muchas veces vulneran los derechos de los habitantes sabiendo que serán muy pocos los que reclamarán por tales daños; estados que no asumen sus cometidos esenciales por ineficiencia, corrupción o falta de recursos para hacerlo; estados que incumplen sus obligaciones como prestadores de servicios o en el control de los deberes y obligaciones de las empresas y ciudadanos, entre otros.

Los medios de comunicación y las redes sociales dan cuenta de estas realidades en todas partes del mundo y otras muchas quedan silenciadas por complejas redes de secreto, ignorancia o corrupción.

Frente a tan desolador panorama, se erigen los procesos colectivos como un medio para lograr la mitigación de tantas injusticias[6].

Lo que individualmente casi nadie reclama judicialmente por los costos de la litigación, la duración de los procesos o el bajo monto de la eventual indemnización personal a recibirse, puede tornarse más razonable de reclamar si se lo hace en forma colectiva, sumando esfuerzos y buscando sentencias o acuerdos que puedan tener un alcance lo más amplio posible pero que, a la vez, respeten el derecho individual de cada persona.

Estados Unidos, Canadá y Brasil con su larga experiencia en procesos colectivos demuestran que ninguna solución es mágica ni perfecta y que existen múltiples problemas que se plantean con la regulación de este tipo de litigios; pero también dan cuenta de que regularlos adecuadamente con incentivos razonables otorga a los habitantes un

[6] Ver los valiosos trabajos sobre la materia recopilados en VITORELLI, E., OSNA, G., ZANETI, H., REICHELT, L., JOBIM, M. y CRUZ ARENHART, S. (organizadores), *Colectivizaçao e unidade do Direito*, vol. IV, Thoth Editora, Londrina, 2023. También los excelentes aportes en: BUJOSA, L., *Procesos colectivos*, Palestra, Lima, 2023.

instrumento útil para que millones de pretensiones que quedarían casi siempre insatisfechas puedan ser atendidas y recibir una respuesta del sistema de justicia.

Desde hace ya unos cuantos años, en enjundiosa bibliografía y diversos eventos académicos, la doctrina procesal trabaja en la difícil tarea de encontrar soluciones al fenómeno de los procesos colectivos.

En Iberoamérica, el Código Modelo de Procesos Colectivos elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal[7] es, sin lugar a dudas, el jalón más importante en este trabajo incesante[8].

Recientemente merecen destaque las Reglas Europeas del Proceso Civil ELI/UNIDROIT aprobadas en 2020 que también proponen un modelo interesante de proceso colectivo[9].

Los derechos difusos y colectivos y los derechos individuales homogéneos, han puesto en crisis los conceptos clásicos del Derecho Procesal, ya que las formulaciones tradicionales del debido proceso, la legitimación, la cosa juzgada, la litispendencia, la ejecución, entre otros, resultaron insuficientes para responder a los complejos reclamos colectivos vinculados a temas tales como el medio ambiente, las relaciones de consumo, el patrimonio histórico y cultural, y en general los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Ello ha determinado la necesidad de que los países implementen reformas legislativas para crear un subsistema que responda a estas pretensiones que son una forma eficiente (porque permite sumar pequeños esfuerzos individuales en un reclamo colectivo), pero compleja (en su diseño y puesta en marcha) de acceso a la justicia.

---

[7] Según se explica en la Exposición de Motivos el Código Modelo de Procesos Colectivos elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el objetivo fue redactar *"un Código que pudiese servir no solo como receptor de principios, sino también como modelo concreto para inspirar las reformas, de modo de tornar más homogénea la defensa de los intereses y derechos transindividuales en países de cultura jurídica común. El Código –como su propia denominación dice– debe ser tan solo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo".*

[8] El estado de situación de la influencia del Código Modelo de Procesos Colectivos en las legislaciones internas fue tratado en las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Lima, 2008). Indicó el relator general RAMÍREZ: *"Es anecdótico constatar que, pese a esa importancia [el Código Modelo] no haya recibido el impulso que merece para tener vigencia entre nuestros países. Las razones para ello de alguna manera están explicadas en las conclusiones de los informes recibidos de Uruguay, Colombia y Argentina. Sin embargo se percibe que algo más se puede hacer para que despliegue su influencia. Es probable que haber denominado Código a la propuesta pueda constituir un impedimento formal, pues bien sabemos lo difícil que es llegar a promulgar un código desde nuestros poderes legislativos"* (RAMÍREZ, N., "El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica", *Derecho Procesal*, Lima, 2008, p. 284).

[9] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?" en *Cuadernos de Derecho Transnacional,* Marzo 2021, Vol. 13, Nº 1, p. 294-295, disponible en: https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5960 (consultado: 8/5/2023).

No obstante, aún son muchos los países de Iberoamérica que carecen de toda regulación al respecto o presentan regulaciones fragmentadas o insuficientes.

En muchos países con carencia o insuficiencia de políticas públicas de justicia colectiva y de regulacion adecuada de los procesos colectivos[10], llegó la hora de que el derecho, siempre perezoso, se acerque a la realidad, dialogando con ella, enfrentando los desafíos que propone y, fundamentalmente, encontrando soluciones a las necesidades de tantas y tantas personas que silenciosas padecen la pesadilla de la injusticia.

2. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

Escapa al objetivo de este estudio profundizar en los diversos aspectos conceptuales de los procesos colectivos, pero conviene brevemente realizar algunas consideraciones que deben estar en la base del análisis de su diseño e implementación.

Siguiendo a Verbic[11], los procesos colectivos tienen dos características esenciales que los definen con total independencia de la denominación que la doctrina y la legislación de un determinado país les acuerden (proceso colectivo, acción colectiva, acción de clase, amparo colectivo, etc.):

a) El sujeto que actúa con representatividad y promueve la acción judicial no es elegido por el grupo ni por sus integrantes, sino que se auto-nomina como tal. Esto sucede con cualquiera de los legitimados colectivos autorizados en tal carácter por el ordenamiento jurídico de que se trate (organismos estatales,

[10] En Uruguay con la aprobación del Código General del Proceso en 1988 se dio un paso trascendente al preverse dos disposiciones (arts. 42 y 220) que regulan la legitimación activa y el alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos. Sin embargo, mientras que en los países como Brasil, Argentina y Chile, pululan los procesos colectivos, en la práctica jurisprudencial uruguaya son todavía relativamente exiguos los casos, aun cuando los problemas medioambientales, de relaciones de consumo y referentes al patrimonio artístico y cultural (entre otros) han ido en aumento. Tal paradojal circunstancia tiene una explicación muy simple: no existen en el sistema judicial de Uruguay incentivos adecuados para los procesos colectivos. Las dos normas procesales mencionadas, si bien constituyeron un avance, son hoy absolutamente insuficientes y se requiere regular múltiples aspectos para poder tener un verdadero sistema de justicia colectiva que contemple las variadas aristas de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Por otra parte, resulta por demás llamativo que cuando en el año 2013 se realizó la revisión y ajuste del Código General del Proceso (Ley 19.090) se haya omitido toda regulación de los múltiples aspectos que requieren los procesos colectivos. Se perdió una magnífica oportunidad política y jurídica de incorporar las reformas esenciales al tema.

[11] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", en FANDIÑO, M. y GONZÁLEZ, L. (dir.), *Diálogo Multidisciplinario sobre la Nueva Justicia Civil de Latinoamérica*, CEJA, Santiago, Chile, 2017, pp. 222-223.

defensor del pueblo, Ministerio Público, individuos particulares, sindicatos, Organizaciones No Gubernamentales o cualquier otro).

b) Los resultados del accionar del atípico legitimado afectarán con valor de cosa juzgada (esto es, con carácter inmutable) a todo el grupo respecto del cual invoca la representatividad. Las variables de intensidad de esta afectación dependerán del sistema de cosa juzgada colectiva que se implemente; pero siempre, indefectiblemente, existirá una decisión judicial cuyos efectos –al menos en principio– no será posible modificar en el futuro con relación a ciertas personas.

En estos procesos no hay contrato de mandato ni apoderamiento formal alguno que permita al representante actuar en nombre del grupo, como tradicionalmente ocurre cuando alguien necesita iniciar una acción individual en cualquiera de los sistemas de administración de justicia de la región[12]. La figura de la representatividad adecuada, propia de los procesos colectivos, no queda comprendida dentro del concepto tradicional de representación procesal, por cuanto esta supone una actuación en nombre de otro, producida de manera tal que los efectos jurídicos del acto derivan siempre de modo directo en la esfera jurídica del representado y nunca en la del representante. En cambio, la representatividad adecuada coincide con la figura de la legitimación, en el sentido que quien ostenta la representatividad adecuada es parte en el proceso por tener una posición determinada frente al objeto litigioso y un interés en el mismo; es decir, suele ser también titular de la relación jurídica sustancial deducida en juicio[13]. Quien ostenta la representatividad colectiva puede actuar en desconocimiento de las personas que dice representar (ya que las medidas de publicidad y notificación implementadas en estos procesos no aseguran necesariamente que todos los miembros del grupo tomen efectivo conocimiento del proceso), y aun contra su voluntad en ciertos supuestos excepcionales donde el objeto de la pretensión es de carácter indivisible[14].

---

[12] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., pp. 222-223.

[13] AGUIRREZABAL, M., "El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas", *Revista derecho (Valdivia)* [online], 2010, vol. 23, n. 2, pp.175-196, consultado: 18/8/2023, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200009&lng=es&nrm=iso

[14] Como enseña Bujosa, en los procesos colectivos conviene huir del concepto de "representación" y acoger el de "representatividad", principalmente porque de eso depende si los "miembros ausentes" son parte o no. Si es un mecanismo representativo clásico, el representante que está en el proceso, representa al demandante o demandado. Pero eso no ocurre en los procesos colectivos en general, en los cuales quien actúa como demandante es un ente representativo que defiende los derechos de todos, aunque decidan no comparecer o incluso -donde la regulación legal lo permita- sin tener conocimiento efectivo de que sus

Por ende, lo que resulte de la actuación de este "representante" atípico infuirá sobre el derecho de todos los miembros de ese grupo que comparten una situación similar de hecho o de derecho frente al demandado.

Esta herramienta procesal reviste carácter excepcional por dos razones fundamentales[15]:

a) Porque su empleo implica una seria limitación a la autonomía individual de los sujetos afectados. Los miembros del grupo ya no podrán escoger si llevar adelante o no su caso en sede judicial, ni mucho menos con qué abogado hacerlo, cuándo y dónde, cómo presentar sus argumentos, qué pruebas aportar, etc.

b) Porque su utilización implica también una redefnición de la idea clásica de debido proceso legal[16]. Este tipo de sistema de tutela colectiva descansa sobre la ficción de considerar presentes en el debate a los integrantes del grupo a través de un representante que no escogieron voluntariamente. Es por ello que el derecho a ser oído por el juez se limita aquí (sin perjuicio de algunas excepciones) a ser oído a través de tal atípico sujeto y exige una adecuación del trámite que permita minimizar al máximo los riesgos y daños que pueden derivarse de la ausencia del interesado en el proceso.

Como lo establece el Código Modelo de Procesos Colectivos, la acción colectiva se ejerce para hacer valer pretensiones de tutela de:

- Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base (esta categoría incluye los derechos difusos y los derechos colectivos en sentido estricto[17]);

---

derechos están siendo discutidos en un proceso civil que les puede afectar de manera decisiva por la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia (BUJOSA, L., "De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?", en BUJOSA, L., *Procesos colectivos*, Palestra, Lima 2023, pp. 36-42. También: BUJOSA, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 186).

[15] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., pp. 222-223. Ver también VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007; *Más allá del papel – Lecturas críticas sobre procesos colectivos*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020; *Introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021.

[16] VITORELLI, E., *O debido Processo Legal Coletivo – Dos Direitos aos Litígios Coletivos*, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, San Pablo, 2016, pp. 113-255.

[17] Obsérvese que en esta categoría amplia de derechos difusos quedarían comprendidos dos grupos de derechos a que refiere el art. 81 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil:

- Derechos difusos: aquellos transindividuales (desde la perspectiva subjetiva) e indivisibles (desde la perspectiva objetiva) que pertenecen a un grupo indeterminado de personas previamente vinculadas por

- Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase. Los derechos individuales homogéneos si bien son derechos individuales y divisibles, comparten un origen común. Aquí no hay propiamente derechos colectivos sino una sumatoria de derechos individuales que, atento su similitud, habilitan un enjuiciamiento concentrado. Entre los ejemplos que ilustran este tipo de derechos se encuentran los vinculados con cuestiones tributarias y contractuales de adhesión en general, entre otros.

Barbosa Moreira[18], señala que los difusos y colectivos stricto sensu son "derechos esencialmente colectivos", mientras que los individuales homogéneos son "derechos accidentalmente colectivos".

Los enfoques integradores fundados en facilitar el acceso a la justicia a través de los procesos colectivos, ponen el acento en la incidencia colectiva de los derechos más que en su carácter divisible o indivisible. Ello permite incluir dentro de los procesos colectivos tanto la protección de los derechos difusos (y colectivos) como la de los derechos individuales homogéneos.

Bujosa[19] señala la distinción fundamental entre intereses ontológica o accidentalmente colectivos. Define al interés supraindividual como aquel que se refiere a la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas pretende evitar un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos.

---

una circunstancia de hecho o situación específica común. Podemos encontrar ejemplos de este tipo de derechos en aquellos que permiten enfrentar situaciones de publicidad engañosa, reclamar la recomposición del medio ambiente afectado por contaminación y aquellas situaciones de vulneración del patrimonio histórico, artístico y/o cultural, entre otros.

- Derechos colectivos stricto sensu: también transindividuales e indivisibles, pero pertenecientes a un grupo más específico de personas que se encuentran relacionadas entre sí o con la contraparte por una relación jurídica base. Ejemplos de ello pueden encontrarse en situaciones de afectación de derechos por cierto acto jurídico o conducta, pública o privada, de consecuencias indivisibles sobre un grupo cuyos integrantes pueden determinarse (cierto grupo étnico, personas privadas de su libertad en determinado establecimiento penitenciario, personas con determinada discapacidad, entre otros).

(VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit. pp. 227-228).

[18] BARBOSA MOREIRA, J. C., "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos", en *Temas de Direito Processual*, 3 série, 1984, p. 193.

[19] BUJOSA, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., pp. 81 y 97.

Giannini[20] indica que el objeto de los procesos colectivos es la tutela de los derechos de incidencia colectiva, que define como aquellos que pertenecen divisible o indivisiblemente a una pluralidad relevante de sujetos, desbordando, por sus especiales cualidades, los tradicionales mecanismos de enjuiciamiento grupal (ejemplo: intervención de terceros, litisconsorcio). El término derechos de incidencia colectiva, que fuera incorporado a la Constitución Argentina con la reforma de 1994 es, a juicio del citado autor, una expresión genérica que satisface las necesidades descriptivas del objeto que nomina. Los derechos individuales homogéneos[21], a diferencia de los difusos, son esencialmente divisibles, pero en atención a su origen común y a determinadas características, tornan propicio un tratamiento concentrado. Incorporarlos al proceso colectivo tiene su motivación más en razones de estricta conveniencia que de necesidad lógica. Por dicho motivo se los llama accidentalmente colectivos.

El diseño e implementación de una tutela colectiva distinta a la tutela tradicional, tiene como punto de partida la existencia de un conflicto colectivo que presenta características diferentes al conflicto individual, que Verbic[22] resume con gran acierto del siguiente modo:

a) Elevado número de sujetos afectados.
b) Posición similar de los sujetos afectados frente al agente dañoso: el conflicto colectivo puede identificarse porque todos los sujetos afectados se encuentran en una posición similar frente al eventual demandado, sea por compartir una determinada situación de hecho o de derecho entre ellos, o bien por hacer lo propio con la contraparte.
c) Trascendencia social, económica y/o política de la discusión y resolución en sede judicial, con la consecuente necesidad de un debate mucho más amplio que aquel que exige la resolución de un conflicto individual. La confluencia de muchos sujetos involucrados en el conflicto pone en jaque la tradicional noción de "caso judicial", dando paso a la noción de "caso judicial colectivo" y provocando con ello el dictado de decisiones que asumen características cuasi administrativas o cuasi legislativas. Se trata de conflictos cuya

[20] GIANNINI, L., "Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales", *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, No. 2013-1, Argentina, pp. 253-284.
[21] Sobre los derechos individuales homogéneos, ver ARENHART, S., "A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção dos intereses individuais homogêneos", 2ª edición, Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2014.
[22] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., pp. 232-236.

desactivación en sede judicial implica definir el destino de importantes recursos públicos, habilitar el acceso al diálogo democrático de grupos históricamente relegados, y provocar efectos prácticos similares a la derogación de leyes formales de los cuerpos legislativos. Por todo ello, el temor de politizar la justicia aflora con todas sus fuerzas frente a este fenómeno, lo que en principio no ocurre (o al menos no es igualmente percibido de ese modo) en el marco de conflictos individuales.

d) Mayor exigencia de tratamiento unitario: estos conflictos generan mayor presión sobre el sistema de justicia a efectos de obtener de este una respuesta única para todos los sujetos afectados. Más aun, en aquellos casos donde el objeto de la pretensión colectiva es indivisible, la solución unitaria del conflicto se torna exigible también para evitar que el demandado tenga que enfrentarse con órdenes contradictorias. Nada de esto sucede en los conflictos individuales.

e) Externalidades económicas indeseadas que se derivan del no tratamiento colectivo: los conflictos colectivos pueden ser identificados por las externalidades económicas de tipo negativo que provoca su discusión atomizada ante la justicia por iniciativa de cada uno de los sujetos afectados. La multiplicación de conflictos individuales similares puede ser la causa de un conflicto colectivo. Es perfectamente válido que cada uno de los sujetos afectados ante determinado hecho u omisión promueva una demanda con el objeto de solucionar su conflicto pero el elemento cuantitativo puede derivar en problemas cualitativos, ya que el sistema de justicia deberá afectar enormes cantidades de recursos humanos y materiales para juzgar las mismas cuestiones frente a los mismos demandados. Y ello no solo resulta disvalioso en sí mismo, sino que además (teniendo en cuenta que los recursos son por regla insuficientes) puede provocar el colapso de los tribunales y la consecuente afectación del trámite de otras causas que allí se litiguen.

3. PANORÁMICA DE LOS PROCESOS COLECTIVOS EN AMÉRICA

Mucho se ha avanzado en los últimos años en materia de procesos colectivos en Iberoamérica[23]. Sin embargo, en varios países existe todavía nula o escasa regulación y poca información y jurisprudencia sobre procesos colectivos, siendo aún una temática de especialistas, difícil de transmitir a juristas de otras disciplinas, a legisladores, administradores y a la sociedad civil.

Como se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Proceso Colectivos para Iberoamérica, *"la situación de la defensa de los derechos transindividuales en Iberoamérica, es insuficiente y heterogénea, por no decir caótica. Y también se percibe que diversos países están sintiendo la necesidad de legislar sobre la materia"*.

En los países (Brasil[24], Estados Unidos, Canadá, Colombia, Argentina) con regulación más específica y mayor experiencia sobre procesos colectivos y acciones de clase *(class actions),* los sistemas son objeto de defensa cerrada de parte de unos y críticas feroces de parte de otros.

A ello se suman grandes intereses económicos en pugna y el riesgo de la utilización con propósitos espurios de estos procesos, que podría transformarse, para las voces apocalípticas que nunca faltan, en un monstruo ingobernable[25].

---

[23] La información que aquí se brinda tiene como base el relato general por América que estuviera a mi cargo en la "I Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal", celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 6 al 9 de junio de 2012.

[24] Ver, a modo de ejemplo, el interesante trabajo: VITORELLI, E., "O Brasil tem un sistema procesual coletivo eficiente? Aportes empíricos", en VITORELLI, E., OSNA, G., ZANETI, H., REICHELT, L., JOBIM, M. y DOTTI, R. (organizadores), *Colectivizaçao e unidade do direito- Estudos em homenagem ao Professor Sérgio Cruz Arenhart,* Vol. III, Thoth editora, Londrina/PR, 2022, pp. 101-118.

[25] En Estados Unidos, las *class actions* tienen defensores, pero también fervientes críticos que llegan a hablar de la "guerra santa contra las acciones de clase" (*"holy war against class actions"*) e incluso se las ha denominado el monstruo Frankestein (ver el ya famoso trabajo de MILLER, A., "Of Frankestein monster and shining knights: myth, reality and the class action problem", 92 *Harvard Law Review,* 1979). PÉREZ RAGONE señala que los excesos y el empleo errado del instituto procesal en Estados Unidos deben ser tenidos en cuenta al momento de definir un modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. Indica que la visión negativa de las acciones de clase parte de consideraciones no solo empíricas, sino también dogmáticas y jurisprudenciales dentro del propio sistema procesal norteamericano y las feroces críticas a los procesos de acciones de clase (PÉREZ RAGONE, A., "¿Necesitamos los procesos colectivos? En torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos", en OTEIZA, E. (coord.), *Procesos colectivos,* Santa Fe, 2006, pp. 81 y 135).

Entre el caos[26], la indiferencia, la falta de soluciones o los intrincados laberintos creados por el legislador o por la jurisprudencia, muchos de los países de América requieren de un gran esfuerzo dogmático y pragmático para buscar soluciones eficaces y eficientes que coloquen las necesidades de los litigantes en el centro de la cuestión.

Como ha señalado Pellegrini Grinover[27], en los países del *civil law*, el estado de los procesos colectivos si bien aún no alcanzó el estado de madurez de las *class actions* norteamericanas, la tendencia es que cada vez más países crean verdaderos sistemas de procesos colectivos.

A efectos de presentar una panorámica de la situación, se puede clasificar los países en tres categorías[28]:

a) aquellos que no poseen regulación procesal sobre procesos colectivos/ *class actions* o su regulación es muy escasa, como Bolivia, Paraguay o Venezuela[29].
b) aquellos que poseen regulación procesal genérica o fragmentada (generalmente vinculada a la materia de relaciones de consumo o protección del medio ambiente, o alguna previsión general escueta sobre procesos colectivos en la codificación procesal), como Argentina, Perú y Uruguay.

---

[26] Escribió Ernesto SÁBATO en *Abaddón el Exterminador*: *"Estaba tan cómodo en el caos que lo explicó, en lugar de solucionarlo".* Con esta cita literaria tan acertada se inicia el libro de VERBIC, *Procesos colectivos*, cit., p. V.

[27] PELLEGRINI GRINOVER, A., "Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. Civil Law", *Relato general al XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, Salvador, Bahia, 2007.

[28] Esta información surge de los insumos recibidos para la elaboración del relato general por América que estuviera a mi cargo en la "I Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal", celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 6 al 9 de junio de 2012. Los expertos nacionales consultados fueron los siguientes: ARGENTINA: Roberto M. PAGÉS y Jorge A. ROJAS; BOLIVIA: Primitivo GUTIÉRREZ; BRASIL: Sergio CRUZ ARENHART; CANADÁ: Janet WALKER; COLOMBIA: Juan Carlos GUAYACÁN; CHILE: José Pedro SILVA y Maite AGUIRREZABAL; ECUADOR: Juan FALCONI; GUATEMALA: Mauro Roderico CHACÓN; PARAGUAY: Pablo VILLALBA; PERÚ: Adrián SIMONS; URUGUAY: Luis M. SIMÓN; VENEZUELA: Rodrigo RIVERA. También agradecemos a Antonio GIDI por sus aportes respecto del sistema de los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA y a Alfredo TAULLARD por sus informaciones.

[29] Con relación a Ecuador, es de señalar que el nuevo Código Orgánico General de Procesos (COGEP) de Ecuador prevé la actuación de la naturaleza como parte en el proceso (art. 30, num. 4) y se regula la forma de representación de la naturaleza (arts. 38 y ss.). El caso de Venezuela requiere especial destaque porque, sin perjuicio de existir previsiones constitucionales al respecto (art. 26 y concordantes), por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional se ha subrogado la competencia para conocer de las acciones por intereses colectivos y difusos, hasta tanto la legislación adjetiva que se desarrolle en esa materia sea dictada y, provisionalmente, con carácter vinculante, ha fijado los procedimientos mediante los cuales se pueden tutelar dichos intereses (en desarrollo de la garantía prevista en el artículo 26 de la Constitución) y estableció el carácter *erga omnes* de los fallos que resolvieran dichas cuestiones.

c) aquellos que poseen una regulación procesal específica y más integral para los procesos colectivos, como es el caso de Brasil, Estados Unidos, Canadá o Colombia.

En defintiva, en varios países de América se posee regulación sobre procesos colectivos/ *class actions* pero en la mayoría de ellos es muy incompleta o se prevé para cierta clase de procesos colectivos en particular (medioambiente o consumidor, por ejemplo), careciendo de una regulación de carácter específico integral aplicable a todos los procesos colectivos.

En términos generales, los procesos colectivos en los países americanos del *civil law* no alcanzaron aún el estado de evolución de las *class actions* norteamericanas. Sin embargo, se mantiene la tendencia en el sentido de que cada vez más países van creando o proyectando sistemas de procesos colectivos, muchas veces al impulso de las soluciones jurisprudenciales.

Los países de Iberoamérica que han adoptado regulaciones sobre procesos colectivos suelen estar inspirados en los sistemas norteamericano o brasileño, o en la codificación modelo para Iberoamérica.

Ante la aprobación en muchos países de marcos legales sustantivos que habilitan e impulsan procesos colectivos (en materia medioambiental, de consumidores, etc.) o ante el planteo de demandas colectivas que ponen a prueba el sistema judicial, se hace patente la necesidad de regulaciones procesales de la justicia colectiva. No obstante ello, se percibe que en Iberoamérica existen dificultades en varios países para adoptar un marco regulatorio general y completo sobre procesos colectivos, y además no hay acuerdo sobre si ello constituye la mejor solución.

Los países del *civil law* y del *common law* presentan técnicas diferenciadas e institutos propios sobre procesos colectivos. Sin embargo, es interesante notar cómo en algunos países, fundamentalmente en la regulación de la cosa juzgada, se ha verificado una influencia mixta del sistema norteamericano y del brasileño, operando así una suerte de "mestizaje" de las bases lógicas y estructurales de los sistemas del *common law* y del *civil law*, lo que puede resultar innovador y positivo para el continente.

La mayoría de los países de Iberoamérica no cuenta con regulación específica sobre el proceso de liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos[30]. Por ende, se debe recurrir a las normas generales clásicas del proceso de liquidación o

[30] El contenido de las sentencias de los procesos colectivos puede ser meramente declarativo, de condena a dar, hacer o a no hacer, o indemnizatorio.

ejecución cuando el condenado no cumple voluntariamente con el fallo, lo cual es inadecuado e ineficiente.

4. LA PROPUESTA DE PROCESOS COLECTIVOS EN LAS REGLAS MODELO EUROPEAS DE PROCESO CIVIL ELI/UNIDROIT 2020

Frente a la flexibilidad y dinamismo de los procedimientos de las acciones de clase (*class actions*) en Estados Unidos y Canadá y al desarrollo creativo de los procesos colectivos en algunos países latinoamericanos, las legislaciones de la Europa continental, sin perjuicio de la reciente tendencia aperturista, han tenido una tendencia a la regulación de los procesos colectivos fragmentada por sectores y limitada en la legitimación activa a supuestos expresamente establecidos en la ley (evitando que el tribunal pueda evaluar discrecionalmente la representatividad); todo lo cual no siempre permite un uso generalizado de la herramienta[31]. Como lo dijera magistralmente Taruffo[32], quizás se trate del temor continental frente a los procesos colectivos, a que *"un monstruo de tales dimensiones penetre en los tranquilos jardines jurídicos europeos"*.

El Título XI de las Reglas Modelo Europeas del Proceso Civil propone una regulación amplia y completa de los procesos colectivos (reglas 204 a 238)[33] que parece querer cambiar la visión conservadora y vacilante respecto del proceso colectivo en gran parte de Europa, buscando adecuarse a los crecientes desafíos en materia de litigación y acceso a justicia[34].

En las Reglas Modelo se comienza por definir el proceso colectivo como *"todo proceso incoado por demandante habilitado en interés de un grupo de personas que, según se alega, se ven afectadas por un hecho del que se ha derivado un daño colectivo, pero no se constituyen en partes del proceso"* (regla 207).

---

[31] REIFARTH, W., *La tutela colectiva de los derechos fundamentales*, cit., pp. 167-168.

[32] TARUFFO, M., "Some remarks on group litigation in comparative perspective", en *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, 2002, p. 414.

[33] *Reglas modelo europeas de proceso civil* adoptadas por ELI y UNIDROIT en 2020, traducción al español de Fernando Gascón Inchausti y Marco de Benito Llopis-Llombart; disponibles en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Reglas-en-espan__ol-2022-28-junio.pdf (consultado: 15/9/2023).

[34] Esta tendencia se manifiesta asimismo con la Directiva 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Si bien esta directiva tiene muchas limitaciones, fundamentalmente en materia de legitimación en comparación con las Reglas Europeas, se trata de un avance significativo al menos en términos propositivos, que luego debe concretarse en la realidad. Ver al respecto: REIFARTH, W., *La tutela colectiva de los derechos fundamentales*, cit., pp. 171-175.

En cuanto a los demandantes habilitados para incoar procesos colectivos se señalan (regla 208):

a) aquellas organizaciones cuyo objeto guarde relación directa con el hecho que da lugar al daño colectivo y a las cuales la legislación nacional reconozca legitimación para incoar procesos colectivos;
b) aquellas entidades que, constituidas exclusivamente con el objeto de obtener resarcimiento para los miembros del grupo, reúnan determinados requisitos:
    - carecer de conflicto de intereses con ningún miembro del grupo;
    - poseer capacidad suficiente para llevar a cabo el proceso colectivo, a cuyo efecto se tendrán en cuenta los recursos económicos, humanos y de cualquier otra índole de que disponga, y podrá exigírsele caución para cubrir las costas;
    - contar con representación letrada; y
    - no ser abogado ni ejercer ninguna otra profesión jurídica.
c) aquellas personas físicas que, siendo miembros del grupo, reúnan los dos primeros requisitos previstos mencionados en el literal anterior.

En las reglas 210 y siguientes se regula el trámite del proceso colectivo: demanda, registro del proceso colectivo, resolución de admisión o inadmisión del trámite del proceso colectivo luego de la publicación de borrador de la resolución y recepción de observaciones.

La regla 215 busca una solución intermedia en relación con los sistemas de inclusión voluntaria (*opt in*) y exclusión voluntaria (*opt ut*).

Indica que salvo que el tribunal disponga lo contrario por determinadas razones, el proceso colectivo se seguirá conforme al mecanismo de inclusión voluntaria (*opt in*). Los miembros del grupo habrán de comunicar al tribunal su opción por la inclusión voluntaria de la forma que indique el tribunal.

El tribunal podrá acordar que el proceso colectivo se siga con respecto a todos aquellos miembros del grupo que no hayan optado por la exclusión voluntaria del proceso en (*opt out*) si tiene motivos para prever:

- que las pretensiones de los miembros del grupo no podrán tramitarse individualmente a causa de su reducida cuantía; y
- que una parte considerable de los miembros del grupo pudiera no optar por la inclusión voluntaria en el proceso colectivo.

En este caso, el tribunal deberá señalar un plazo para que los miembros del grupo puedan comunicar al tribunal su opción por la exclusión voluntaria del proceso; solo excepcionalmente podrá el tribunal permitirlo una vez vencido el plazo.

Se le conceden amplias facultades de gestión procesal al tribunal (regla 218) y se pone énfasis en la necesidad de publicidad adecuada de las etapas del proceso colectivo (regla 219).

En cuando a las sentencias firmes dictadas en procesos colectivos, la regla 227 establece sus efectos. Vincularán:

a) a todas las partes y a todos los miembros del grupo que hubieran optado por la inclusión voluntaria en el proceso;
b) a todas las partes y a todos los miembros del grupo residentes en el Estado del órgano jurisdiccional que no hubieran optado por la exclusión voluntaria del proceso.

Se establece asimismo que no podrá incoarse ningún otro proceso colectivo con respecto a ninguna de las pretensiones resueltas en sentencia firme.

Las sentencias firmes podrán ser ejecutadas a instancia del demandante habilitado y, transcurrido un plazo razonable sin que este haya instado la ejecución, por cualquier miembro del grupo, previa autorización del tribunal.

En lo que constituye un marco de referencia ineludible para los países que buscan desarrollar o mejorar sus regulaciones sobre procesos colectivos, las reglas tratan con profundidad el controvertido tema de los acuerdos colectivos (sobre el que suelen ser escasas o incompletas las regulaciones en el derecho comparado), optando por soluciones amplias y favorables a los acuerdos. Se regulan con bastante detalle los acuerdos transaccionales en procesos colectivos (reglas 221 a 226) y los acuerdos colectivos fuera del proceso colectivo (reglas 229 a 232), detallándose el trámite para su homologación judicial, pudiendo el tribunal rechazar el acuerdo u homologarlo. El tribunal dispone de amplias facultades de contralor de los acuerdos a efectos de evitar homologarlos cuando el importe de la indemnización acordada o cualquier otro compromiso asumido por el demandado sea injusto, cuando el acuerdo sea manifiestamente contrario al orden público, o cuando los términos del pago de los gastos y costas de la acción sean manifiestamente irrazonables.

En los acuerdos homologados en procesos por inclusión voluntaria, el acuerdo homologado judicialmente vinculará a todos los miembros del grupo que hubieran optado por la inclusión voluntaria en el proceso antes de dictarse la resolución de homologación.

En cambio, en los acuerdos homologados en procesos por exclusión voluntaria, el acuerdo homologado judicialmente vinculará a todos los miembros del grupo que no hubieran optado por la exclusión voluntaria del proceso en el momento en que se dicte la resolución de homologación.

En definitiva, como señala Gascón[35], las Reglas Europeas del Proceso Civil ELI/UNIDROIT asumen que, en ciertas situaciones, la mejor manera de otorgar tutela a los derechos lesionados es a través de un proceso colectivo: esto es lo que sucede cuando una pluralidad de sujetos se ha visto lesionados a resultas de un mismo hecho dañoso. Se ofrece a los legisladores nacionales un modelo bastante detallado de proceso colectivo diseñado a partir de la experiencia comparada, teniendo en cuenta las mejores prácticas y eludiendo cualquier tipo de prejuicio respecto del modelo de las acciones de clase (*class actions*) estadounidense.

5. ALGUNAS PAUTAS PARA EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

La discusión que se da en los distintos países sobre si debe legislarse y cómo legislar sobre procesos colectivos es compleja.

En efecto, aunque existen importantes voces que reclaman la aprobación de legislación en la materia en aquellos países que no la poseen -posición que comparto-, no siempre la exhaustiva regulación en sí misma representa una solución a la problemática identificada.

En virtud de ello, considero que la regulación sobre procesos colectivos es necesaria, pero debe realizarse de manera extremadamente cuidadosa, porque la forma de implementar la justicia colectiva está esencialmente vinculada con las características de cada país[36].

Las soluciones estandarizadas en códigos modelo o similares -como el Código Modelo de Procesos Colectivos o las Reglas Europeas del Proceso Civil- o los sistemas de derecho comparado más avanzados son, sin lugar a duda, un punto esencial de partida,

---

[35] GASCÓN INCHAUSTI, F., "Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?", cit., pp. 294-295.

[36] En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo de 2009 ha recomendado de especial manera al Congreso, la aprobación de un texto legal que recoja y regule adecuadamente estos procesos (Caso "Halabi" de fecha 24/2/2009).

pero no necesariamente cubren todas las necesidades propias de cada nación[37]. Está demostrado, además, que el trasplante automático de soluciones legislativas de un país a otro suele fracasar. Las soluciones de otros países siempre deben pasarse por el tamiz de la realidad de aquel que las adopta[38].

Ello determina la necesidad de que los países implementen reformas legislativas para crear un subsistema que de respuesta a estas pretensiones colectivas que son una forma eficiente (porque permite sumar pequeños esfuerzos individuales en un reclamo colectivo) pero compleja de acceso a la justicia.

Se les plantea entonces, a quienes diseñan políticas públicas de justicia y a la doctrina procesal, el apasionante desafío de encontrar soluciones para la justicia colectiva, que sean adecuadas a la realidad social y al sistema jurídico de cada uno de los países. Es que, a pesar de todos los esfuerzos, como lo ha señalado Oteiza[39], hay un creciente grado de incertidumbre sobre cuáles son las mejores estrategias de política pública para regular los procesos colectivos[40].

Algunas pautas por considerar para el diseño e implementación de políticas públicas para la justicia colectiva son la siguientes:

a) Se requiere un debate público participativo sobre cómo modernizar el sistema de justicia para dar respuesta a los nuevos fenómenos (medioambientales, sanitarios, de consumo, culturales, etc.), logrando la protección de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

---

[37] Se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos: *"El Código —como su propia denominación dice— debe ser tan sólo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo".*

[38] PÉREZ RAGONE habla de "trasplante legal responsable*": "el trasplante de institutos de sistemas jurídicos de un sistema a otro demuestra que pueden afinarse las virtudes, evitarse los errores y obtenerse un resultado menos defectuoso del 'sistema madre'"* (PÉREZ RAGONE, A., "¿Necesitamos los procesos colectivos? En torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos", cit., p. 137). En este sentido, TRIONFETTI ha dicho: *"La tutela jurisdiccional de los derechos colectivos no puede hacerse en el vacío sino sobre un tipo determinado de sistema judicial […]. El Derecho es un oficio de lugar. Siempre se trata de extraer inducciones y leyes generales de y para situaciones locales [...] El Derecho depende de cómo una sociedad determinada observa las cosas y qué cosas importan. Y esto varía. Frente al tema de la polución que generan los automóviles, Toyota contrató ingenieros y Ford, abogados. Las perspectivas cambian según las culturas"* (TRIONFETTI, V., "Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos", en OTEIZA, E. (coord.), *Procesos colectivos*, cit., pp. 174-175).

[39] OTEIZA, E., "Prólogo", en VERBIC, F., *Procesos colectivos*, cit., p. VII.

[40] Pérez Ragone, por su parte, señala que la temática de los procesos colectivos está imbuida de una infinidad de mitos y falacias que parten ya de erróneas premisas procesales y prejuicios, ya de la mezcla argumental entre puntos de vista de derechos sustancial-formal y moral (PÉREZ RAGONE, A., "¿Necesitamos los procesos colectivos? En torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos", cit., p. 80).

b) Es imperioso asegurar el efectivo acceso de la población a la discusión y solución de conflictos colectivos en sede judicial, especialmente cuando se trata de ciertos grupos sociales tradicionalmente relegados de la discusión institucional o débilmente protegidos[41].

c) El establecimiento de vías procesales novedosas y específicas en materia colectiva requiere identificar el conflicto colectivo como algo suficientemente distinto del conflicto individual. La tutela diferenciada en este campo del derecho solo puede justificarse en la medida que se oriente a resolver conflictos caracterizados por rasgos tales que no puedan ser atendidos eficientemente por las vías ordinarias[42].

d) La necesidad de una tutela diferenciada en este campo viene impuesta -como señala Verbic[43]- por las complejidades involucradas en la mayoría de los conflictos colectivos, o bien –cuando se trata de "casos fáciles" desde el punto de vista jurídico– por la trascendencia social, económica y política que conlleva su resolución y decisión en sede judicial, así como por las dificultades que supone lograr la implementación oportuna, efectiva y eficiente de las decisiones recaídas en tales asuntos.

e) La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos implica una profunda revisión y reestructura de varias de las instituciones jurídicas clásicas. No pueden resolverse los conflictos colectivos con las herramientas con que resolvemos (o pretendemos resolver) los conflictos individuales. También en el derecho procesal, *"cuando creíamos que teníamos todas las respuestas, de pronto, cambiaron todas las preguntas"*[44]. Los rasgos propios de los procesos colectivos ponen en jaque muchos de los conceptos clásicos del derecho procesal (y también los del derecho civil),

---

[41] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., p. 367.
[42] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., p. 237.
[43] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., p. 238.
[44] Frase ya popular atribuida al poeta uruguayo Mario Benedetti. Cruz señala que fue en Quito, Ecuador, donde el poeta ecuatoriano Jorge Enrique Adoum se encontró con esa maravillosa inscripción, mezcla de sarcasmo y melancolía, una especie de retrato escrito de América Latina y del mundo: "Cuando teníamos las respuestas nos cambiaron las preguntas". Él se lo contó a Mario Benedetti, Benedetti lo convirtió en una especie de tuit de entonces y ahora la ocurrencia anónima corre de mundo a mundo como el reflejo de la perplejidad como un estado del alma americana. Y no tan solo americana (CRUZ, J., "Cuando teníamos las respuestas nos cambiaron las preguntas", El País de Madrid, 28 de febrero de 2012, disponible en -consultado: 10/1/2020-: https://blogs.elpais.com/juan_cruz/2012/02/cuando-ten%C3%ADamos-las-respuestas-nos-cambiaron-las-preguntas.html#:~:text=Fue%20en%20Quito%2C%20Ecuador%2C%20donde,respuestas%20nos%20cambiaron%20las%20preguntas%22.).

exigiendo respuestas innovadoras y eficientes. Existe en Iberoamérica (y también en Estados Unidos y Canadá, entre otros países) un cierto consenso acerca de que los institutos y criterios tradicionales no son ni suficientes ni adecuados para los procesos colectivos y en el diseño de las mejores soluciones para cada país es fundamental considerar la realidad social, cultural, económica y jurídica. Al momento del diseño de un sistema de procesos colectivos, deben ser revisados, entre otros, los siguientes institutos procesales y civiles:

- La defensa en juicio o el principio de contradicción (debido proceso) no pueden concebirse con un criterio individualista. La idea de debido proceso adquiere aquí una dimensión colectiva novedosa que requiere revisar los estándares tradicionales.
- Deben redefinirse los legitimados activos cuando se trata de esta peculiar categoría de derechos, promoviendo una legitimación amplia que comprenda, a modo de ejemplo, personas físicas y jurídicas con representatividad adecuada, Ministerio Público, Defensa Pública, Defensor del Pueblo, otras entidades y órganos de la administración pública centralizada y descentralizada destinados a la defensa de derechos colectivos; sindicatos, asociaciones intermedias y hasta partidos políticos (aunque con ciertas limitaciones)[45], entre otros. El proceso colectivo es mucho más que una herramienta para resolver conflictos; se erige también como una relevante modalidad de empoderamiento ciudadano.
- Los poderes-deberes conferidos al órgano jurisdiccional se vuelven esenciales en el proceso colectivo, donde el tribunal asume un rol de dirección y hasta de gestión del proceso, sumamente relevante[46]. Como

[45] Así lo prevé el art. 3 del Código Modelo de Procesos Colectivos.

[46] Las Reglas Europeas de 2020, al proponer la regulación de los procesos colectivos, asumen que la tramitación de este tipo de procesos requiere de mecanismos y poderes especiales de gestión activa por parte del tribunal (regla 218). Entre ellos se incluye, de forma notoria, la potestad de decidir si el proceso se amoldará a los parámetros del modelo de adhesión (*opt-in*) o de exclusión (*opt-out),* en función de lo que parezca resultar más eficaz en función de las circunstancias del caso concreto –aunque, como regla, se muestra preferencia por el *opt-in*– (reglas 215 y 216). En relación con la gestión del caso (*case management*), asimismo, se prevén dos herramientas especialmente útiles: (i) la creación de un registro público electrónico y abierto, en el que se han de inscribir las acciones ejercitadas como colectivas, de modo que se evite una pluralidad de procesos derivados del mismo hecho dañoso (regla 211); y (ii) cada proceso colectivo se ha de tramitar sobre la base de una plataforma electrónica *ad hoc*, que sirva para la gestión del procedimiento y de las comunicaciones (regla 220) (GASCÓN INCHAUSTI, F., "Las

señala Verbic[47], un proceso colectivo solo puede funcionar razonablemente en la medida que el juez ejerza el papel de director y verdadero administrador del proceso en forma activa y decidida. A modo de ejemplo, debe tener la posibilidad de controlar inicialmente - y supervisar durante todo el proceso- que el representante del grupo sea adecuado, pudiendo convocar a otros legitimados para participar en el debate, ordenar la división del grupo en subclases y hasta separar al representante en caso de encontrar situaciones graves que lo justifiquen. Asimismo, debe disponer de potestades para convocar audiencias entre las partes para discutir modalidades de gestión del asunto, intentar avanzar en soluciones autocompositivas, organizar calendarios de trabajo, distribuir cargas probatorias. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de realizar audiencias públicas con finalidades de diversa índole.

- Las funciones del Ministerio Público deben ser reestructuradas con miras a la protección de los derechos colectivos[48].
- Se impone revisar los conceptos clásicos de cosa juzgada y litispendencia en cuanto a sus alcances y efectos vinculantes.
- Deben reanalizarse los conceptos tradicionales de reparación del perjuicio (teniendo en cuenta, en muchos casos, no tanto el daño "producido" sino el daño "sufrido").
- Conviene replantear el sistema de responsabilidad civil buscando "prevenir", más que "curar".
- Debe adecuarse la estructura de los procesos a las peculiaridades del objeto colectivo.
- El concepto de daño individual debe complementarse con el de daño global.

f) Debe evitarse que el diseño demasiado complejo de la soluciones aplicables a los procesos colectivos sea una limitación al acceso a los instrumentos de

European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?" , cit., p. 295).

[47] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., p. 294.

[48] Es de especial interés la experiencia brasileña del Ministerio Público en el proceso civil, y específicamente en los procesos colectivos y estructurales. Ver al respecto: ZANETI, H., *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*, Editora JusPODIVM, 2ª. ed., San Pablo, 202, pp. 212-228, 263-303 y 345-374.

litigación colectiva. A medida que se profundiza en el análisis de las complejidades de los procesos colectivos, se vislumbra con mayor claridad la necesidad imperiosa de proponer regulaciones legislativas que resuelvan los problemas complejos con soluciones claras y sencillas. La experiencia de sistemas con excesiva y complejísima regulación y diversificación de situaciones que provocan distorsiones jurisprudenciales puede desalentar la consideración por algunos países de posibles regulaciones o, peor aún, hacer visualizar a los procesos colectivos como laberintos de los que difícilmente salgan razonablemente satisfechos el grupo o la clase que plantee pretensiones fundadas o el Estado.

g) Debe estarse atento, desde las políticas públicas, a la existencia de interferencias complejas de grandes intereses económicos en pugna. El Estado y las grandes corporaciones suelen mirar con recelo a los procesos colectivos. La regulación de los procesos colectivos presenta elevado grado de complejidad y sofisticación y, en su debate, suelen involucrarse intereses contrapuestos de sectores poderosos de la sociedad (grandes empresas, organizaciones ambientalistas o de consumidores, el Estado, etc.). Ello dificulta la comprensión del tema y el análisis objetivo de sus aristas por parte de los operadores jurídicos no especializados, legisladores y sociedad civil y, por tanto, suele ser mirado con cierto recelo por los políticos, diseñadores e implementadores de políticas públicas.

h) Es necesario reducir el riesgo de utilización de los procesos colectivos con propósitos espurios, fijando reglas de juego claras y políticas públicas e incentivos adecuados y transparentes. Cabe promover los instrumentos que permitan prevenir el fraude, la colusión y otras formas ilegítimas de utilizar los mecanismos procesales, y sancionar los abusos procesales en que pueden incurrir los operadores.

i) El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica al igual que las Reglas Europeas del Proceso Civil de 2020, conjuntamente con la evaluación de las experiencias nacionales de derecho comparado, constituyen insumos de gran utilidad al momento de diseñar e implementar procesos colectivos para un determinado país. Pero no debe olvidarse que las soluciones adoptadas por un país no pueden trasladarse a otro sin adaptarse al entorno socio-cultural donde habrán de aplicarse.

j) Resulta esencial cuidar que, más allá de la habilitación legal existente para actuar en nombre de grupos de personas (legitimación en abstracto), se configure en cada caso una representatividad adecuada del grupo acorde con los intereses en disputa (legitimación en concreto), controlada y supervisada por el juez de la causa en atención a las particularidades que presentan los procesos colectivos de tipo representativo. A efectos de analizar la calidad de la representatividad invocada por quien pretende actuar en beneficio de toda la clase, los tribunales deben evaluar distintos factores cuya determinación puede estar fijada expresamente en la ley o bien dejada en manos de los jueces[49].

El Código Modelo de Procesos Colectivos prevé que para evaluar la representatividad adecuada el juez debe tener en cuenta elementos tales como la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase, y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y, finalmente, el nivel de representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase que pretende proteger.

Las Reglas Europeas de 2020 prevén un contenido mínimo para la demanda que pretenda dar comienzo a un proceso colectivo, en la que se acredite la concurrencia de todos aquellos factores que justifiquen su desarrollo como tal[50]. La admisión de la demanda como colectiva no es automática, sino que está sujeta a un primer filtro judicial –una suerte de certificación de la pretensión colectiva (*class certification)*–, para la comprobación de que concurren las exigencias establecidas, que consisten en la constatación de que todas las pretensiones derivan del mismo hecho dañoso, son similares en lo fáctico y lo jurídico y se resolverán de modo más eficiente en un proceso colectivo que a través de una acumulación de acciones individuales[51].

---

[49] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., pp. 308 y 367.
[50] Regla 210.
[51] Reglas 212 y 213. Ver GASCÓN INCHAUSTI, F., "Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?", cit., p. 295.

k) Debe preverse la posibilidad -poco frecuente pero con complejidades propias- de que no sea el grupo quien demande sino quien resista una pretensión colectiva (proceso colectivo pasivo).

l) La figura del "amigo del tribunal" (*amicus curia*e)[52] es un instituto de gran relevancia en los procesos colectivos, en tanto permite a terceros ajenos a una causa judicial presentar allí argumentos y opiniones para colaborar con la solución del conflicto. Por lo general se exige que tales terceros sean personas (físicas o jurídicas, públicas o privadas) que cuenten con acreditada experiencia en alguno de los aspectos sobre los que versa la discusión. La finalidad principal de este instituto es asistir al tribunal, proporcionando razones y argumentos especializados sobre las cuestiones que se debaten en el proceso[53].

m) Al regular los proceso colectivos es necesario establecer estructuras procesales públicas de amplio debate, orientadas hacia la oralidad, con efectiva inmediación entre el juez, las partes, los expertos y la prueba.

n) Permitir e incentivar la amplia difusión hacia la sociedad de toda información relativa a la existencia y evolución de este tipo de procesos, a través de un lenguaje claro y sencillo, así como promover la capacitación continua de sus operadores como único modo posible de permitir un adecuado desarrollo de este instrumento procesal[54].

o) Las audiencias públicas constituyen también herramientas esenciales a implementar, en tanto, como señala Salgado[55], el proceso colectivo tiene un cariz necesariamente participativo y debe abrirse a todos los sectores involucrados. La solución colectiva o la utilidad del proceso, muchas veces, no solo se mide por el contenido de la decisión, sino también por el proceso de participación, debate, y discusión en que aquella es adoptada. El debate de ideas, sin dudas, le brinda mayor aceptación y sustentabilidad a la decisión.

p) La determinación del alcance de los acuerdos colectivos y los recaudos que debe controlar el juez está íntimamente ligada con definiciones de políticas

---

[52] El *Black's Law Dictionary* (7th Edition) define la figura como aquella persona que no es parte en el proceso, pero peticiona a la Corte o bien es requerida por esta para presentar un memorial con su posición, debido al fuerte interés que tiene en el asunto que se discute.

[53] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., pp. 332-333.

[54] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., p. 368.

[55] SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 280.

públicas en materia de disponibilidad o indisponibilidad de los derechos y con las fortalezas, debilidades y rol de los jueces. Se destacan dos grandes sistemas:

a. el que limita la posibilidad de celebrar acuerdos colectivos (sin perjuicio de la admisibilidad de "compromisos de ajuste de conducta" como sucede en Brasil o "pactos de cumplimiento" como se prevé en Colombia, más focalizados en la forma de cumplir la decisión);
b. el que admite ampliamente los acuerdos asignándole un rol preponderante al juez en el estricto contralor de los requisitos necesarios para su aprobación, y le confiere a quien no desea quedar alcanzado por este, el derecho de autoexclusión (como sucede en Estados Unidos y Canadá).

Interesa destacar que las Reglas Europeas del Proceso Civil prevén un régimen bastante detallado de normas para la aprobación de transacciones colectivas, tanto para las alcanzadas durante la sustanciación de un proceso[56] como -siguiendo el modelo inicialmente diseñado por el legislador holandés- para homologar una transacción colectiva alcanzada al margen de cualquier proceso judicial[57].

q) En cuanto al alcance de la cosa juzgada[58] en los procesos colectivos, deben adoptarse soluciones entre alguno de los tres principales modelos:
   - efecto obligatorio general de la sentencia, sea a favor o en contra de los actores (previéndose generalmente instancias de publicidad y el derecho de quienes no quieran quedar alcanzados por ella de excluirse -*opt out*-);
   - efecto obligatorio general de la sentencia tan solo si los actores triunfan (*secundum eventum litis*); y
   - efecto obligatorio general de la sentencia, salvo si fuere absolutoria por ausencia de prueba (*secundum eventum probationem*).

Algunos de los países que regulan la cuestión han adoptado exclusivamente uno de los referidos sistemas y otros utilizan fórmulas mixtas

[56] Reglas 221 a 226.
[57] Reglas 229 a 232. GASCÓN INCHAUSTI, F., "Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?", cit., p. 295.
[58] Respecto a la cosa juzgada en los procesos colectivos ver, por ejemplo, DIDIER, F., y ZANETI, H., *Proceso Colectivo – Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Palestra, Lima, 2019, pp. 469-502.

o diferenciadas según la materia sustantiva (derechos del consumidor, medio ambiente, etc.).

En materia de alcance de la cosa juzgada se valoran como positivos tanto el mecanismo del *opt out* (derecho de las personas a quedar excluidas del alcance de la sentencia para poder reclamar en forma independiente) de los sistemas norteamericano y canadiense, como el de la cosa juzgada *secundum eventum probationem* de Brasil, seguido por la codificación modelo y varios países.

En materia de cosa juzgada en derechos individuales homogéneos, que más excepcionalmente aparecen regulados en los países de Iberoamérica, se adopta generalmente la cosa juzgada *secundum eventum litis* (solo favorece, pero no perjudica las pretensiones individuales, por lo cual la sentencia colectiva desestimatoria no impedirá que los perjudicados ejerzan una acción individual reparatoria).

r) Debe resolverse si la eficacia de la sentencia favorable respecto de derechos difusos y colectivos pueda ser aprovechada en el proceso individual posterior en el que se reclame una indemnización y de qué forma.

s) Es imprescindible asegurar la efectividad de la tutela colectiva mediante la regulación de incentivos adecuados. Así, a modo de ejemplo, ello se busca con el sistemas de costas, fondos para el depósito de las condenas, gratificaciones financieras al legitimado colectivo que sea relevante para la conducción y éxito del proceso colectivo, y demás aspectos del sistema de honorarios. Ello, para hacer viable las demandas colectivas y para que no ocurra como en algunos países donde las pocas normas de procesos colectivos son "hermosos autos sin motor"[59] (como ocurre en Uruguay[60], por ejemplo) pero que, a la vez, no generen una fábrica infundada de litigios que distorsione el sistema de justicia.

---

[59] Expresión que releva con acierto Verbic de BURBANK, S. B., FARHANG, S., y KRITZER, H. M., *Private Eforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and other Common Law Countries)*: *"Beautiful cars without engines"*. Se trata del reporte general presentado por los citados autores en el XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado en Heidelberg en el año 2011 (VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., p. 337).

[60] A los problemas del proceso colectivo en Uruguay me referí en PEREIRA CAMPOS, S., "Consideraciones para el diseño e implementación de un sistema adecuado de procesos colectivos para Uruguay", en GUERRA, W., *Estudios de Derecho procesal y Litigación*, No. 2 – Año 2023, La Ley Uruguay, AUDP, Montevideo, 2023, pp. 135-157.

En las Reglas Europeas de 2020 existe una regulación clara del contenido y eficacia de la sentencia, con la previsión de que con las cantidades objeto de condena se constituya un fondo, a partir del cual se distribuya a cada perjudicado la cantidad que le corresponda[61].

t) No puede soslayarse el creciente fenómeno del financiamiento por terceros de los gastos del proceso, que se origina en el mundo del arbitraje y se extiende a los procesos colectivos. Si bien este instituto puede constituirse en una herramienta que incentive el planteo de pretensiones colectivas fundadas, en otros casos puede generar distorsiones, abusos y problemas éticos de gran complejidad[62].

u) Debe asimismo considerarse que cobran especial relevancia las medidas cautelares, provisorias y urgentes, y también se requieren instrumentos idóneos para implementar las muchas veces complejas decisiones en que derivan este tipo de procesos, que requieren largas y participativas ejecuciones[63].

Finalmente, si bien queda mucho por hacer y el panorama es muy diverso entre nuestros países, se percibe en Iberoamérica una clara evolución en materia de procesos colectivos. Algunos estados han aprobado leyes nuevas, otros han perfeccionado sus sistemas, y en aquellos países que carecen de regulación o esta es muy incipiente, se comienzan a oír con más fuerza las voces de doctrina y jurisprudencia acerca de la necesidad de encontrar soluciones legales adecuadas para la justicia colectiva, que impulsan a posicionar el tema en la agenda pública.

La tarea de la doctrina y de los organismos técnicos, más que explicar los sistemas, es esencialmente encontrar la forma de dar las soluciones más simples posibles a un tema por demás complejo. Ello, en el convencimiento de que los procesos colectivos son necesarios y es por ende imprescindible un mecanismo adecuado que efectivice los derechos sustanciales colectivos y que permita hacer justicia. Como enseñan Morello y Cafferatta[64], no hay problema que no deba ser captado en sus diversos pliegues y dificultades desde tres dimensiones: la constitucional, la social y la internacional, de

---

[61] Reglas 227, 228 y 238(2) (GASCÓN INCHAUSTI, F., "Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?", cit., p. 295).

[62] Ver, al respecto, COSTA E SILVA, P. y TRIGO DOS REIS, N., *Private Enforcement e Tutela Coletiva*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 71-156.

[63] VERBIC, F., "Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase", cit., p. 368.

[64] MORELLO, A. y CAFFERATTA, N., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 10.

manera sistémica y finalista, procurando que las respuestas valiosas, oportunas y acordes con la paz social y la justicia superen los “tests” de validez y eficacia para plasmar soluciones de resultados efectivos.

TARUFFO Y LOS PROCESOS COLECTIVOS

Lorenzo M. Bujosa Vadell[1]

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Los límites subjetivos de la cosa juzgada y las class actions. **2.1.** Sobre la regla general y sus excepciones. **2.2.** La nueva perspectiva del fenómeno y sus fundamentos. **2.3.** La relevancia del derecho de defensa y su garantía. **2.4.** Las excepciones a la regla general en las class actions. **2.5.** Excurso sobre el llamado "procedimiento testigo". **2.6.** El derecho de audiencia en las class actions. **2.7.** La imprescindible representatividad adecuada. **2.8.** En torno a la representatividad adecuada en el ordenamiento español. **2.9.** La representatividad en la reforma proyectada en España. **2.10.** La delimitación subjetiva de los efectos de la sentencia. **3.** De nuevo sobre los procesos colectivos.

1. INTRODUCCIÓN

Son muchas las vertientes de un intelectual tan fecundo como fue Michele TARUFFO. Por supuesto, uno de los procesalistas más importantes del mundo, tal y como era reconocido de manera muy amplia. Sin embargo, él mismo se sentía también cómodo con muchas otras identificaciones. Desde luego con la de perspicaz filósofo del Derecho, con la de lúcido historiador, con la de reputado comparatista o, mucho más allá del ámbito jurídico[2], como irreductible viajero, como sagaz conversador e, incluso, como pertinaz dialéctico[3].

En las páginas que siguen debemos fijarnos en el TARUFFO especialista en Derecho Procesal Civil comparado, que constituyó la perspectiva central de su abundante investigación jurídica, con indiscutible influencia no obstante en otras áreas del Derecho. Por supuesto son muy conocidos sus estudios luminosos sobre la relevancia de la verdad de los hechos en el complejo procedimiento probatorio, sobre la oralidad, sobre la

---

[1] Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca.

[2] Como afirma ARAMBURO C., M.A., "Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 2021, p. 63: "Taruffo siempre necesitó ir más allá del derecho para entender el propio derecho, la jurisdicción, el proceso, la decisión judicial y la prueba".

[3] Ejemplo de muchos de los aspectos de la personalidad de Michele TARUFFO mencionados en el texto se pusieron brillantemente de manifiesto en el homenaje que se le tributó en forma de congreso Girona en los días 23 y 24 de enero de 2015 ("Un jurista pluridisciplinar: en torno al pensamiento de Michele Taruffo"). En este encuentro se articularon discusiones enriquecedoras, documentadas en la importante obra *Debatiendo con Taruffo* (Coeds. J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016. De manera particular, *vid.* el capítulo de comentarios, en el cual nuestro querido profesor se dedica a comentar con su proverbial agudeza las numerosas ponencias en las que se había reflexionado sobre muchos de los temas a los que Taruffo había dedicado su atención. Entre ellos, como veremos, sobre los procesos colectivos.

motivación de las decisiones judiciales, sobre los precedentes o sobre las funciones de los Altos Tribunales. Tal vez algo menos algunos otros, como los que van a ocupar mi atención en las páginas que siguen.

El descubrimiento de la obra de nuestro autor por mi parte se podría fechar en torno a 1990, cuando mi trabajo consistía en buscar y seleccionar artículos, libros y jurisprudencia para mi Tesis Doctoral. En lengua española era escasísimo el material con que se contaba en aquel momento, a diferencia de lo que ocurría en Italia, donde —sobre todo a partir del famoso caso *Italia Nostra* en los años setenta— se había desarrollado una amplia y desigual bibliografía que era imprescindible consultar. No está de más recordar que uno de los congresos pioneros en tratar la problemática de la protección procesal de los intereses colectivos se celebró en Pavía durante los días 11 y 12 de junio de 1974, bajo la batuta del maestro del profesor TARUFFO, es decir, Vittorio DENTI.[4]

No sorprende que un comparatista especialmente curioso como Michele TARUFFO se interesara por los procesos colectivos, de largo recorrido en algunos países anglosajones a los que él prestó atención. De hecho, y como veremos de manera reiterada, valoró las ventajas e inconvenientes del modelo de las *Class Actions* establecido en la regulación federal de los Estados Unidos *(Rule 23 FRCP)* y formuló unas interesantes conclusiones al respecto.

En España no fue hasta los años ochenta en que empezaron a publicarse los primeros estudios acerca de esta compleja problemática[5], y a promulgarse las primeras normas que pretendían dar respuesta a la dimensión colectiva de los litigios en un contexto de tráfico jurídico masivo, caracterizado por la pluriofensividad[6]. El desarrollo ha venido, sobre todo, a partir de la promulgación de la LEC por la Ley 1/2000, en la que, como consecuencia de la iniciativa del Instituto Nacional de Consumo, se introdujeron en nuestro ordenamiento numerosas disposiciones dispersas, en los tres primeros libros de este código procesal civil, sin que formalmente se dispusiera un proceso civil especial para asuntos de dimensión colectiva. Estas normas se caracterizaron por su innecesaria limitación a los litigios de consumo y además por su errónea restricción a los grupos de

---

[4] AAVV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi,* Atti del Convegno di Studio (Pavia, 11-12 giugno 1974), CEDAM, Padova, 1976.

[5] Así ALMAGRO NOSETE, J., "La protección de los intereses difusos en España", *Justicia,* 1983, pp. 69-86; LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La protección procesal de los intereses difusos,* Madrid, 1983; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. "La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Justicia,* 1986, pp. 549-576.

[6] Es una expresión de TROCKER, N., *Processo Civile e Costituzione. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano,* Giuffrè, Milano, p. 202.

perjudicados por un hecho de consumo dañoso. Hubo, desde luego, ulteriores ampliaciones, como la primera reforma de la LEC[7], que supuso la transposición de la Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, o, ya fuera del campo del consumo, la introducción en nuestro ordenamiento de la llamada "acción popular ambiental" por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). También las sucesivas ampliaciones legitimatorias en la LEC en el ámbito de la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, con previsiones específicas para discriminaciones por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, y asimismo para la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta propia o autónomos del arte y la cultura. O también la promulgación de nuevos preceptos que prevén formas específicas de publicidad e intervención en los procesos en que se defiendan estos derechos con trascendencia colectiva.

A pesar de todo parece clara la insuficiencia de la legislación vigente, de ahí que sea muy oportuna la reforma proyectada como consecuencia de la promulgación de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. Este texto normativo europeo exigía la adopción y publicación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido a más tardar el 25 de diciembre de 2022. Límite que notoriamente se ha incumplido, y sigue incumpliéndose en el momento de redactar estas líneas, por mucho que se presentaran en el Parlamento varios proyectos de reforma dirigidos a ese fin[8].

---

[7] El art. 1.2 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, añadió un apartado cuarto al artículo 11 LEC.

[8] En concreto, por el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, de 22 de marzo de 2024 (BOCG – Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 16-1), cuya tramitación dio lugar a la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas de eficiencia del Servicio Público de Justicia, en la que no aparece ya el título relativo a "los procesos para el ejercicio de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios". Por otra parte, se pretendió retomar la transposición de la mencionada Directiva a través de otro proyecto de ley posterior: el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (BOCG – Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 48-1), cuya tramitación en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados sigue paralizada al ampliarse reiteradamente el plazo para enmiendas.

Estamos, por tanto, aún en período de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828, sin que haya visos de una pronta promulgación por las circunstancias de división política en el Parlamento. Esta lamentable coyuntura nos sitúa, sin embargo, en unas circunstancias propicias para volver a examinar lo que nos enseñó Michele TARUFFO, por la innegable actualidad de esta materia y, especialmente, por la necesidad de una regulación perfeccionada sobre los procesos colectivos en nuestro ordenamiento.

2. LOS LÍMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA Y LAS *CLASS ACTIONS*

2.1. Sobre la regla general y sus excepciones

La primera vez que TARUFFO afronta la problemática de estos procedimientos y de su regulación en las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas fue en: "I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'", artículo publicado en la *Rivista di Diritto Processuale* en el año 1969[9]. La fecha de publicación de este estudio ya nos ofrece un valioso indicio; se trata de un trabajo precursor en el ámbito italiano del examen del procedimiento estadounidense y, en general, uno de los primeros en que se muestra la necesidad de analizar la protección procesal de los intereses colectivos y difusos.

En efecto, incluso en los años previos al primer gran debate italiano en congresos de gran altura dedicados a la problemática de los procesos colectivos, TARUFFO se preocupa por el punto central: el de la extensión subjetiva de la eficacia de las sentencias, como superación del principio por el cual la eficacia de la cosa juzgada se extiende a las partes procesales y a sus herederos y causahabientes. Pero su análisis entronca con el Derecho positivo italiano, por tanto con las instituciones vigentes, y observa que en ese momento existían ya notorias excepciones a ese principio tradicional, por ejemplo respecto a la impugnación de acuerdos societarios, en relación con los cuales ya CHIOVENDA había dicho que quedaban vinculados todos los legitimados, hubieran participado o no en el proceso[10].

En el Derecho español, FAIRÉN GUILLÉN habló del litisconsorcio cuasinecesario, en el que no están obligados a comparecer todos los legitimados, pero

[9] TARUFFO, M., "I limiti soggetivi del giudicato e le 'class actions'", *Rivista di Diritto Processuale*., vol. XXII, 1969, pp. 609-636.
[10] CHIOVENDA, G., *Principi di Diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, pp. 281 y ss.

todos ellos van a verse afectados por el resultado del proceso, hayan comparecido o no[11]. En mi opinión se trata de un concepto valioso para entender la protección de derechos con trascendencia colectiva. De hecho, este mismo autor lo relaciona expresamente con la "defensa de intereses" y aludía, de la mano de CAPPELLETI, a la necesidad de modificar la noción tradicional de la *res iudicata,* "y aquí está lo más grave". Se refería a "casos en que no todos los 'interesados' del grupo amorfo, *masa* de intereses, puede tener ocasión de presentarse en juicio y sin embargo, la sentencia les va a afectar a todos ellos, por la identidad de la situación jusmaterial ante el litigio".

2.2. La nueva perspectiva del fenómeno y sus fundamentos

TARUFFO constataba en tales casos una nueva perspectiva sobre el fenómeno[12], por la que la clave estaría en la extensión subjetiva de la cosa juzgada, con una doble modificación respecto al criterio de la titularidad de la relación jurídica: por un lado respecto a los sujetos no titulares de la relación, pero legitimados extraordinarios para deducirlo en juicio, que han iniciado el proceso o han intervenido en él, y por otro, respecto a los sujetos no titulares, pero legitimados extraordinarios que no han sido parte en el proceso, y sobre los que la sentencia tendrá una eficacia refleja.

Desde luego, ello es consecuencia de la compleja estructura material de determinadas relaciones jurídicas y de que a la específica relación jurídica esté relacionada con una red de intereses y posiciones subordinadas que entran en juego. Por supuesto, como el lector bien sabe, existen pluralidad de ejemplos también en el Derecho español: en la llamada "acción pauliana", en la reclamación del arrendador frente al subarrendatario, …

En todo ello subyace la idea de economía procesal y de evitar la existencia de resoluciones judiciales contradictorias. Estas son razones que también sirven de fundamento para justificar la promoción de procesos colectivos, sin que con ello

---

[11] FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales,* Librería Bosch, Barcelona, 1990, pp. 306-310: "La doctrina (p. ej., REDENTI) admitió su aparición cuando varias personas se hallan, ante un determinado evento jurídico, en situación igual de calidad, de tal modo que, teniendo todas ellas legitimación para pretender o ser pretendidas, algunas lo hacen y otras no, pero sin embargo, la resolución que recaiga en un proceso, les va a afectar a todas, por ser única la relación que existe entre el evento y ella; y modificado éste, se modifica esta relación unitaria derivada de la citada identidad de calidad".

[12] TARUFFO, M., "I limiti…", *op, cit.,* p. 612: "L'importazione tradizionale, che porta a vedere eccezioni alla regola dei limiti soggettivi del giudicato solo nelle ipotesi degli artt. 2377 comma 3º e 2453 comma 4º cod. civ., è apparsa insufficiente e priva di autonomia concettuale, e si è mesa in rilievo l'esigenza di una nuova prospettiva di inquadramento del fenomeno".

agotemos las justificaciones posibles, pues también está implicado el principio de igualdad en varios sentidos: por un lado, el tratamiento igual a quienes se encuentran en una situación jurídico material similar, y por otro, el de equilibrar la posición de las partes procesales, que pueden tener garantizada su igualdad de armas, pero sobre una base material frecuentemente dispar[13].

2.3. La relevancia del derecho de defensa y su garantía

Además, en todo ello también se observa la necesidad de asegurar el principio del derecho de defensa, que en la formulación de TARUFFO "se traduce en la garantía de que cualquiera pueda desarrollar en concreto una suficiente actividad defensiva para la tutela de sus propios derechos". Cuando se aplica la extensión subjetiva de los efectos de cosa juzgada, la sentencia puede vincular a terceros, que no han tenido la posibilidad de defenderse en juicio, pero se verán abocados a una declaración firme que les es desfavorable.

En palabras de nuestro autor, el equilibrio entre estos principios dependerá, obviamente, por un lado, de entender la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia como aplicable a situaciones peculiares y ante relaciones jurídicas de determinada naturaleza, y por otro lado, de encuadrar el derecho de defensa en términos de oportunidad y de posibilidad concreta de proceder a la tutela de los propios derechos.

2.4. Las excepciones a la regla general en las *class actions*

Estas consideraciones, iniciadas en torno a la regulación procesal civil italiana, pronto adquieren otra dimensión cuando son confrontadas con los límites subjetivos de la cosa juzgada en el ámbito del *common law,* en los que operan figuras procesales como la *claim preclusión o el colateral estoppel,* cuyos efectos se atienen en principio a las partes a sus *privies* (o sea, sus causahabientes)[14].

---

[13] MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal,* t. 1, vol. I. Parte general. Proceso civil (1), Tirant lo Blanch, Valencia, 1986, p. 169, se refería a "la problemática de los intereses difusos o colectivos" como una de las posibles limitaciones al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

[14] TARUFFO, M., "I limiti…", *op. cit.,* p. 618: "Infatti: a) è precluso ogni nuovo giudizio sulla stessa causa tra le stesse parti e/o i loro *privies;* b) in base al c. d. collateral estoppel è precluso ogni nuovo giudizio su questioni sostanzialmente decise in un giudizio precedente tra le stesse parti e/o i loro *privies".*

Y también en el *common law* aparecieron excepciones cada vez más numerosas, con una cantidad a veces muy amplia de personas interesadas, que hicieran imposible *(impracticable)* la comparecencia de todos ante el proceso. Dada la flexibilidad del derecho anglosajón, el acogimiento procesal de esta realidad cada vez más masificada ocurrió en tiempos muy tempranos: desde los inicios del siglo XVIII en Inglaterra y del siglo XIX en los Estados Unidos. Las razones obedecían a la *equity* de los procesos civiles anglosajones. De ahí surge la necesidad de arbitrar mecanismos de representatividad respecto a todo el grupo de afectados y la extensión de los efectos de la sentencia a todos ellos. Las alternativas serían dos: o bien un proceso muy difícil de administrar, por haber demasiados comparecientes, o bien una pluralidad de procesos individuales. Lo cual, en España, nos debería sonar a los innumerables procesos por cláusulas abusivas en condiciones generales de contratación que se han tramitado por vía individual, pese a sus innegables características colectivas, incluso optando por la especialización de órganos jurisdiccionales ante la inmensa carga de procesos individuales y por la concentración de los asuntos de este tipo en el órgano especializado.

2.5. Excurso sobre el llamado "procedimiento testigo"

La opción individualista sigue vigente incluso tras la introducción del mal llamado "procedimiento testigo" por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre[15], pues aún constatada la trascendencia colectiva de estos litigios se siguen tramitando como procesos individuales, suspendiéndose los demás procedimientos con pretensiones que tengan "identidad sustancial", siempre que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante. Como contrapartida, una vez recaída sentencia firme en el proceso individualmente tramitado, el tribunal decidirá si es procedente o no la continuación de los procesos suspendidos, por haber sido resueltas o no todas las cuestiones planteadas en el tramitado, relacionando las no resueltas y, dando en consecuencia la posibilidad a los demandantes de los procedimientos suspendidos bien para desistir de sus pretensiones, bien para continuar el

[15] El artículo 103.75 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medias urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, introdujo el artículo 438 bis en la LEC, con el encabezamiento de "Procedimiento testigo".

procedimiento suspendido, bien para solicitar la extensión de los efectos de la sentencia dictada el "procedimiento testigo"[16].

2.6. El derecho de audiencia en las *class actions*

Volviendo a la exposición de TARUFFO, a partir de las exigencias prácticas de la *equity,* recuerda que da lugar a la primera regulación de las *class actions* en el Derecho federal norteamericano a través de la Rule 38 de las *Federal Equity Rules* de 1912, que fue desmenuzada mucho más en la Rule 23 de las FRCP de 1938 y a su vez completamente reelaboradas en 1966 por el *Advisory Commitee on Civil Rules*[17].

Por supuesto, todo ello implica el planteamiento de problemas respecto a la *due process clause* proclamada en la XIV enmienda constitucional, es decir, la necesidad, garantizada al máximo nivel jurídico, de que los derechos de quien va a verse vinculado por la sentencia hayan podido ser adecuadamente protegidos en el proceso. Está implícita aquí la exigencia de posibilitar a los justiciables que se verán vinculados por una sentencia *"his day in court",* su oportunidad de ser oídos en el proceso que les va a afectar. Y para ello, debe tenerse en cuenta el carácter constitucional de los actos de comunicación que dan a conocer a los interesados la existencia de un proceso en el que se ventilan sus derechos e intereses legítimos.

---

[16] *Vid.* al respecto ORTELLS RAMOS, M., "Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo: jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa", *Revista General de Derecho Procesal,* núm. 54, 2021; REIFARTH MUÑOZ, W., "Del hilo rojo de la Marina Inglesa (o del procedimiento testigo en el orden civil)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal,* 2023, núm. 2, pp. 415-448 y, más ampliamente, CALAZA LÓPEZ, S., y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., *El nuevo procedimiento testigo y extensión de efectos,* La Ley, Madrid, 2024.

[17] Desde luego, llama la atención para un jurista continental europeo que estas normas procedan no procedan del órgano legislativo, como reforma legal propiamente dicha, sino de comités especializados formados por juristas selectos. Ello no es exclusivo de la regulación de las *class actions,* sino que las propias Reglas Federales de Proceso Civil fueron adoptadas en primer lugar por el Tribunal Supremo el 20 de diciembre de 1937, transmitidas al Congreso el 3 de enero de 1938 y de aplicación efectiva a partir del 16 de septiembre de 1938. De manera similar, las Reglas Federales de Proceso Penal entre 1944 y 1946. Más compleja fue la aprobación de las Reglas Federales sobre Prueba, pues el Tribunal Supremo presentó al Congreso la propuesta de las Reglas Federales el 5 de febrero de 1973, pero este ejerció su facultad de suspender su aplicación; finalmente fueron promulgadas a través de una ley federal de 2 de enero de 1975, que incluyó enmiendas aprobadas por los legisladores sobre la propuesta inicial del Tribunal Supremo.
La facultad de creación normativa en el ámbito jurídico procesal se basa en la *Rules Enabling Act* de 1934 (28 USC 2071-2077), que es una ley de habilitación. Con el tiempo el Tribunal delegó la labor y la supervisión de creación normativa a los comités de la *Judicial Conference*, el principal órgano de donde proceden las normas que rigen el funcionamiento de los tribunales estadounidenses. Actualmente, el Comité de Normas de Práctica y Procedimiento de la *Judicial Conference* (el llamado "Comité Permanente") y sus cinco comités consultivos sobre normas realizan un estudio continuo del funcionamiento y los efectos de las normas federales, según lo dispuesto por la *Rules Enabling Act*.

Un punto fundamental en estos procesos colectivos, que tiene que ver directamente con los límites subjetivos de la cosa juzgada y con el respeto al derecho de defensa de los miembros del grupo ausentes, se refiere al para qué de la notificación realizada a los posibles interesados. Obviamente, una primera respuesta, que entendió perfectamente el legislador español, es la que atañe a la posibilidad de intervenir. Se comunica ampliamente a los interesados en el proceso que se está desarrollando porque sus intereses están en juego y, si se trata de derechos realmente individuales, tienen derecho a influir en la tramitación del proceso, en la estrategia procesal. Pero el legislador español se olvidó de concretar otra posibilidad básica: la notificación amplia también se dirige a que quien lo desee lleve a cabo la defensa de sus derechos de manera separada e independiente. Es verdad que todos los artículos que reflejan en nuestra LEC la legitimación colectiva reconocen la posibilidad de que los individuos ejerciten su legitimación individual, pero no se concreta la relación entre el proceso colectivo y el eventual proceso individual como si lo hacen en cambio los artículos 31, 32 y 33 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica[18].

En definitiva, es fundamental la *notice* en el Derecho norteamericano de las *class actions*, especialmente cuando se trata de la protección de derechos individuales homogéneos, es decir, derechos que realmente son individuales, pero que esta repetidos sustancialmente en un número amplio de consumidores o de víctimas.

La complejidad de la regulación de las *class actions* no siempre ha sido bien entendida desde el exterior, pues existen varias especies según los tipos de pretensiones ejercitables en el apartado b) de la *Rule 23 FRCP*. Las especiales prevenciones en cuanto a la notificación de la pendencia del proceso colectivo se refieren principalmente a las *class actions* del punto tercero de la *Rule 23,* las llamadas *damages class actions,* en las que suele haber un perjuicio -con frecuencia pequeño- que afecta a muchas personas[19]. La existencia de verdaderos derechos subjetivos en el fondo de estos litigios obliga a requerimientos específicos y reforzados[20].

---

[18] El Código Modelo de Procesos Colectivos, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal fue aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004.

[19] (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.

[20] *(2) Notice.*
(A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may

Debe garantizarse, por tanto, que se ha puesto en conocimiento de los eventuales afectados en el litigio que fundamenta la pretensión ejercitada, para que puedan comparecer u defender su posición jurídico-material si lo consideran conveniente. Tiene especial gravedad esta exigencia si se tiene en cuenta justamente la extensión subjetiva de las sentencias dictadas en estos procesos, pues, como veremos más adelante, salvo que el individuo expresamente opte por excluirse del grupo, se verá afectado por el resultado, favorable, pero también si es desfavorable, del proceso colectivo.

2.7. La imprescindible representatividad adecuada

En un contexto normativo que permita este funcionamiento excepcional respecto a las reglas clásicas, según recuerda TARUFFO[21], está implícito el presupuesto de la imposibilidad de hacer participar a todos los miembros del grupo. Pero este es realmente un concepto jurídico indeterminado de compleja concreción. Para ello la jurisprudencia ha abordado el análisis de las circunstancias particulares, en una aproximación exclusivamente casuística a esta cuestión tratando de fijar parámetros para entender cumplida la exigencia de una representatividad adecuada.

La cuestión fundamental, que fue olvidada en sus aspectos principales por el legislador de nuestra LEC del 2000, es la relativa a la determinación del representante adecuado del grupo entero cuyos derechos van a estar en juego en el proceso. De la existencia de esta representatividad adecuada depende el cumplimiento o no, el respeto o no, de la cláusula constitucional del *due process* y, en definitiva, la legítima extensión subjetiva de la sentencia a todos ellos[22].

---

direct appropriate notice to the class.
(B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3)—or upon ordering notice under Rule 23(e)(1) to a class proposed to be certified for purposes of settlement under Rule 23(b)(3)—the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice may be by one or more of the following: United States mail, electronic means, or other appropriate means. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

[21] TARUFFO, M., "I limiti…", *op. cit.*, p. 621.

[22] El Código Modelo de Procesos Colectivos, en el párrafo segundo del artículo 2, sin ánimo exhaustivo, ofrece criterios para que el órgano jurisdiccional pueda determinar si un determinado sujeto puede ser admitido como representante adecuado:
"Par. 2o . En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:
a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;
b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros

2.8. En torno a la representatividad adecuada en el ordenamiento español

Hablo de representatividad y no de representación por una razón muy concreta. Y por tanto, me opongo a la terminología usada por la Directiva 2020/1828, que habla de "acciones de representación". En sentido estricto, la representación es estar en lugar de otro, actuar en nombre de otro, en la manera clásica a través de un mandato representativo. Pero en los procesos colectivos quien actúa no tiene por qué tener un mandato expreso, a pesar de que así lo exija el legislador en algunas ocasiones, como en los artículos 11 bis y 11 ter LEC. No estamos hablando ni de representación voluntaria por la que un sujeto encarga a otro que lleve a cabo determinado acto jurídico, ni de representación legal que supla minorías de edad o discapacidades físicas o mentales, ni, por supuesto, de representaciones procesales, entendidas como parte ineludible de la postulación y justificadas por la carencia de conocimientos jurídicos especializados del justiciable común. Cuando hablamos de representatividad estamos en el terreno del reflejo procesal de la legitimación, es decir, del derecho o capacidad de conducción procesal[23].

La primera norma que en España alude, aunque sea muy indirectamente, a la representatividad adecuada en procesos colectivos fue el apartado primero del artículo vigésimo de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[24]. Para lo que nos interesa, se formulaba el reconocimiento genérico de las asociaciones de consumidores para la defensa a través del proceso de los intereses de los asociados, de la asociación misma y de los que denomina "intereses generales de los consumidores y usuarios". Esta regla pasó al primer apartado del artículo 11 LEC,

---

del grupo, categoría o clase;
c – su conducta en otros procesos colectivos;
d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;
e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase".

[23] *Vid.* GIMENO SENDRA, V., y CALAZA LÓPEZ, S., "¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?", *Diario La Ley*, núm. 6125, 11 de noviembre de 2004. También LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ T., y GONZÁLEZ NAVARRO, A., en *Proceso Civil Práctico* (Dir. V. Gimeno Sendra), t. I, vol. 1 (Arts. 1 a 98), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 212-214.

[24] "Artículo vigésimo.
1. Las Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutaran del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2., 2. Su organización y funcionamiento serán democráticos".

referido específicamente a la "Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados. Y en los apartados que siguen incluye soluciones jurídicas distintas según se trate de grupos de perjudicados por un hecho dañoso determinados o fácilmente determinables o no lo sean. En el primer caso la legitimación corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados, y en el segundo a las asociaciones de consumidores representativas a las que me referiré más adelante. Adicionalmente se reconoce legitimación a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios y al Ministerio Fiscal.

En lugar de una regulación genérica de los procesos colectivos, el legislador español ha aplicado el discutible criterio de la acumulación. Pues además de prever lo que se acaba de mencionar respecto a la defensa de los consumidores y usuarios, por lo que se refiere a la protección ambiental, la Ley 27/2006, de 18 de julio, limita la legitimación para ejercitar la acción popular ambiental a determinadas asociaciones que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 23[25]. No cabe olvidar la ley especial que otorgó "personalidad jurídica" a la laguna del Mar Menor y su cuenca[26], con una notable falta de precisión jurídica y una deficiente calidad técnica -por ejemplo, pudiendo utilizar el concepto de "subjetividad" no se ve la necesidad de alterar el sentido de un concepto

---

[25] "1. Están legitimadas para ejercer la acción popular regulada en el artículo 22 cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:
a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.
b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.
c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.
2. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro a las que se refiere el apartado anterior tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita".

[26] Se trata de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, cuyo artículo sexto dispone:
"Cualquier persona física o jurídica está legitimada para la defensa del ecosistema del Mar Menor, y puede hacer valer los derechos y las prohibiciones de esta ley y las disposiciones que la desarrollen a través de una acción presentada en el Tribunal correspondiente o Administración Pública.
Dicha acción judicial se presentará en nombre del ecosistema del Mar Menor como la verdadera parte interesada. La persona que ejercite dicha acción y que vea estimada su pretensión tendrá derecho a recuperar todo el coste del litigio emprendido, incluidos, entre otros, los honorarios de abogados, procuradores, peritos y testigos, y estará eximido de las costas procesales y de las fianzas en materia de medidas cautelares".

asentado como el de "personalidad": el mar menor puede ser un sujeto jurídico, pero me parece demasiado forzar atribuirle la calidad de "persona"-[27].

Por su parte, respecto a la protección procesal de la propiedad intelectual, el texto refundido aprobado por el Real Decreto-legislativo 1/1996, de 12 de abril, prevé en su artículo 150 —en la redacción introducida por la Ley 2/2019, de 1 de marzo—, la legitimación de las entidades de gestión, una vez autorizadas, para ejercer, conforme a los términos que resulten de sus propios estatutos, los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales[28].

No acaba aquí el catálogo de supuestos, ya que el legislador, casi como en los viejos tiempos, ha aprovechado las distintas reformas legislativas, para añadir nuevas previsiones relativas a otras situaciones de ventaja de relevancia colectiva. La disposición adicional 5.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres introdujo un artículo 11 *bis,* reformado a su vez por la disposición final 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio. A diferencia de los supuestos anteriores, se requiere la autorización de las personas afectadas[29]. De manera muy similar, también exigiendo la autorización expresa de las personas afectadas, el artículo 11 *ter* se ocupa de prever la defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por razones de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales[30]. Pero, además, ya rizó el rizo el artículo103.2 del Real Decreto-ley 6/2023, de

---

[27] *Vid.* SCHUMANN BARRAGÁN, G., "La litigación civil por daños al medio ambiente. ¿son los derechos de la naturaleza una alternativa razonable?", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas,* núm. 8, 2023, pp. 185-216.

[28] En el segundo párrafo del mencionado artículo se establece lo siguiente: "Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado solo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.".

[29] "1. Para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, además de las personas afectadas y siempre con su autorización, estarán también legitimados la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como, en relación con las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

2. Cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos corresponderá a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas".

[30] Por la disposición final 5.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las

19 de diciembre, cuando añadió en la LEC un artículo 11 *quater,* relativo a la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta propia o autónomos del arte y la cultura[31].

En la legislación española solo hay una referencia a la representatividad en sentido similar al de las *class actions* norteamericanas, en el apartado tercero del artículo 11 LEC: "Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas". Esta representatividad, sin embargo, en los primeros años de aplicación de la LEC 2000 fue interpretada de manera muy amplia, prácticamente con el criterio *pro actione.* Pero en la actualidad tenemos una referencia mucho más concreta, en el artículo 24.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que establece lo siguiente: "A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica"[32].

---

personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

[31] "1. Las asociaciones de profesionales del sector artístico y cultural legalmente constituidas que tengan por objeto su defensa y protección, estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los trabajadores por cuenta propia o autónomos del arte y la cultura, siempre que cuenten con su autorización. También gozarán de la misma legitimación las federaciones, confederaciones y uniones constituidas por estas asociaciones.
2. Cuando los trabajadores por cuenta propia o autónomos del arte y la cultura afectados sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las entidades profesionales indicadas en el apartado anterior.
3. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los trabajadores por cuenta propia o autónomos del arte y la cultura".

[32] Conforme al apartado primero del artículo 38 del aludido texto refundido:
"1. Como órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones, el Consejo de Consumidores y Usuarios integrará las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, sean más representativas.
Reglamentariamente se determinará la composición y funciones del Consejo de Consumidores y Usuarios".
Es necesario atender al apartado séptimo del artículo 3 del Real Decreto 894/2005, de 22 de julio, tras la STS, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 5 de febrero de 2008, y la consiguiente reforma operada por el Real Decreto 487/2009, de 3 de abril:
"Según el baremo que concrete la orden de convocatoria del proceso selectivo, para la valoración de la representatividad de las asociaciones solicitantes se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

La regulación federal norteamericana es mucho más permisiva con el ámbito de decisión del juez, y realmente los criterios que en la actualidad aparecen en la Rule 23 de las FRCP han sido desarrollados abundantemente por la jurisprudencia y de ahí han pasado, como ya veníamos señalando, al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. En definitiva, como ya observaba TARUFFO, la discrecionalidad judicial es grande, que debe determinarse caso por caso según las circunstancias particulares[33].

2. 9. La representatividad en la reforma proyectada en España

El Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios desarrolla de manera notable las previsiones, en gran parte ambiguas, de la Directiva (UE) 2020/1828. Como es usual en

---

a) La implantación territorial, para lo que se considerarán los informes sobre representatividad de las asociaciones de consumidores y usuarios integradas en las de ámbito supraautonómico, presentados a estos efectos por las autoridades de consumo de las comunidades autónomas y de las ciudades con Estatuto de Autonomía, conforme a su legislación específica y en sus respectivos ámbitos territoriales.
b) El número de socios individuales, que no puede ser inferior a 10.000.
c) La trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios, que podrá acreditarse en los términos que determine la convocatoria mediante criterios como la presencia en órganos de representación y consulta de los consumidores y usuarios, la participación en el Sistema Arbitral de Consumo, el ejercicio de acciones judiciales en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, el mantenimiento de servicios de consultas y reclamaciones de los consumidores y usuarios, la realización de actividades informativas y formativas en consonancia con los fines atribuidos a estas entidades en el artículo 23.1 del texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, o la disposición de un volumen mínimo de recursos propios no procedentes de financiación pública.
d) Los programas de actividades a desarrollar que tengan por finalidad la realización de actuaciones concretas de información, defensa y protección de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, no contemplados en el párrafo anterior, y que sean relevantes por su número, repercusión social o importancia efectiva para los consumidores."

[33] En la regulación vigente de la *Rule 23 FRCP* se contienen varios ejemplos de esa amplia discrecionalidad. Al margen de la necesidad de que el órgano jurisdiccional concrete criterios abiertos, como el de imposibilidad de unirse en litisconsorcio, el de predominio de cuestiones comunes o el de representatividad adecuada, hay un apartado (d) donde de manera específica se establecen unas reglas que permiten flexibilizar el procedimiento:
"(d) CONDUCTING THE ACTION.
(1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:
(A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;
(B) require—to protect class members and fairly conduct the action—giving appropriate notice to some or all class members of: (i) any step in the action; (ii) the proposed extent of the judgment; or (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;
(C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;
(D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly;
or (E) deal with similar procedural matters.
(2) Combining and Amending Orders. An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16".

el ámbito europeo, a diferencia del modelo norteamericano, se privilegia la posición de las asociaciones y se impide que un individuo pueda ser considerado representativo de todo el grupo de afectados, tampoco se permite su intervención procesal autónoma en el proceso colectivo que se pretende introducir como proceso especial en el título IV del libro IV de la LEC, por mucho que sea titular de los derechos e intereses que en él se ventilan (art. 13.1 LEC que se remite implícitamente a los arts. 830.4 *in fine y* 831.3).

Siguiendo las previsiones de la Directiva se establecen dos tipos de procesos colectivos, dependiendo de la naturaleza de la pretensión ejercitada: "acciones colectivas de cesación" y "acciones colectivas resarcitorias", ambas además pueden ser nacionales, si son ejercitadas ante un tribunal español por entidades habilitadas en España, o transfronterizas, si se ejercitan ante un tribunal español, pero por una entidad habilitada en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Entre las disposiciones comunes de la regulación que se propone nos interesa el artículo 835, relativo a legitimación activa. En estos procesos, salvo lo que se pueda establecer en leyes especiales, se consideran legitimados tanto el Ministerio Fiscal como las entidades habilitadas con arreglo a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios[34]. Igualmente, estarán legitimadas las entidades habilitadas designadas en otros Estados miembros de la Unión Europea para el ejercicio de acciones colectivas transfronterizas con antelación a la conducta infractora y que figuren en la lista que publica la Comisión Europea[35].

2.10. La delimitación subjetiva de los efectos de la sentencia

Hay otro rasgo que con frecuencia se desconoce en los trabajos poco avisados sobre procesos colectivos. Como he recordado regulación de las FRCP es heterogénea: las *class actions* se subdividen en tres categorías con un régimen jurídico distinto, en el que la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia se concreta de manera diversa[36].

---

[34] Conviene tener en cuenta que el propio Proyecto de Ley que se está comentando contempla modificaciones en este sentido en numerosas leyes, tanto en la Ley General mencionada (arts. 24, 54 y 55), como en diversas leyes especiales: el artículo 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; el artículo 16 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, o el artículo 117 del texto refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios aprobado por el Real Decreto-legislativo 1/2015, de 24 de julio.

[35] El párrafo segundo del apartado segundo del artículo 835 dispone que: "El tribunal aceptará dicha lista como prueba de la habilitación de la entidad para el ejercicio de acciones colectivas transfronterizas, sin perjuicio de examinar si la finalidad estatutaria de la entidad y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción en el caso concreto".

[36] La regulación brasileña tiene gran interés en este sentido (en particular los artículos 103 y 104 del

No es lo mismo un proceso civil en el que las posiciones individuales están claramente marcadas y, en realidad, lo que se ventila colectivamente son una pluralidad de derechos individuales, a veces pequeños si los consideramos de uno en uno, pero enormes en su conjunto, esto no es lo mismo que cuando se pretenden ejercitar pretensiones de cesación, por ejemplo de conductas amenazadoras a los miembros del grupo, pero no en su esfera individual, sino solamente en tanto que miembros del grupo. Esta diferenciación aparece clara en el Proyecto de Ley mencionado y a ella se refiere también Michele TARUFFO[37].

En la teoría de los procesos colectivos, como es sabido, hay dos formas de que los individuos se sitúen respecto a la colectividad cuyos derechos se están ventilando en el proceso. El legislador determina, según su planteamiento de política legislativa, si prefiere un sistema como el de las *class actions* en que se dirimen situaciones individuales, en el que la notificación genérica coloca al miembro del grupo de titulares que no ha comparecido en el proceso ante la posibilidad de autoexcluirse, si prefiere que la sentencia colectiva no le afecte *(opting out)*. O en cambio, un sistema en que para que tal resolución judicial afecte es preciso dar un paso al frente *(opting in)*.

En el primer caso, quien no diga nada está dentro, porque no se ha autoexcluido, en el segundo estará fuera, porque no ha pedido su inclusión. En mi opinión, es mucho más coherente con la estructura de los procesos colectivos el *opting out*[38], según el modelo de las *class actions* de la Rule 23 (b)(3) FRCP, y creo que pensaba lo mismo TARUFFO[39].

El Proyecto de Ley español acoge también esa preferencia, aunque de manera flexible. Por una parte, respecto a los procesos con pretensiones de cesación o meramente declarativas está claro el efecto *erga omnes,* por la propia naturaleza de lo que se pide. Por otra, respecto a las "acciones colectivas resarcitorias" el artículo 848 determina como

---

conocido como *Código de Defesa do Consumidor,* promulgado por la Ley núm. 8.078, de 11 de septiembre de 1990) y la doctrina del mismo país es puntera en la construcción dogmática de este tipo de procesos. Por todos, *vid.* DIDIER J., Fr.; ZANETI Jr., H., *Curso de Direito Processual Civil,* t. 4, Processo coletivo, pp. 499-528.

[37] TARUFFO, M., "I limiti…", *op. cit.,* p. 623: "La distinzione non è rilevante soltanto sotto il profilo sistematico, bensì anche sotto il profilo degli effetti che la sentenza spiega nei confronti dei membri della *class* che non hanno partecipato al giudizio: infatti, l'estensione del giudicato a tali soggetti, e le relative regole di precluione, operano diversamente a seconda del tipo di *class action* di cui si tratta".

[38] ARMENTA DÉU, T., *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución,* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 86, concluye: "Parece indiscutible, en resumen, el mayor alcance colectivo del sistema *opt out.* La cuestión es si dicho efecto justifica el riesgo de que sujetos que no intervinieron en el proceso se vean afectados por su resolución, impidiéndose posteriores reclamaciones individuales".

[39] TARUFFO, M., "I limiti…", *op. cit.,* p. 633: "nel sistema nordamericano l'istituto delle *class actions* ha offerto, come si è visto, un flessibile strumento di risoluzione, applicabile in linea generale ad una vasta serie di ipotesi, caratterizzate dalla presenza di una rete di rapporti e di interessi correlati alla *res in judicium deducta".*

regla general la necesidad de manifestar la voluntad expresa de desvincularse del proceso, y por tanto de sus resultados *(opting out)*, para quedar fuera del ámbito subjetivo de efectos de la sentencia. Pero de forma excepcional, el órgano jurisdiccional puede acordar que regirá el modelo contrario, de vincular solamente a aquellos que han manifestado expresamente su voluntad de quedar vinculados *(opting in)*[40], cuando así lo exija "una mejor administración de justicia, siempre que la cantidad reclamada o el valor de la prestación solicitada como resarcimiento para cada beneficiario supere los 3.000 euros"[41].

3. DE NUEVO SOBRE LOS PROCESOS COLECTIVOS

En el artículo que se ha comentado en el epígrafe anterior, TARUFFO concluía, respecto al modelo de las *class actions,* que constituye un medio de adecuación de la regla sobre los límites subjetivos de la cosa juzgada a la realidad concreta de las situaciones deducidas en juicio y que podía constituir *"un non trascurabile tema di meditazione".*

En efecto, no se detuvo aquí la meditación, sino que regresó al tema de los procesos colectivos en numerosas ocasiones más, volviendo a considerar la relevancia de las soluciones aportadas en el Derecho federal norteamericano.

En 2001, de manera muy sistemática ofreció nuevas consideraciones en el *Duke Journal of Comparative and International Law*[42], partiendo de la constatación de numerosos datos, problemas, discusiones y tendencias de desarrollo, y con la observación de que en ese momento los ordenamientos continentales europeos no habían seguido el modelo de las *class actions.* En esa exposición ordenada, empieza destacando los fines que persigue la litigación colectiva *(Group Litigation):* la compensación de daños individuales, propia el ámbito de la *mass tort litigation;* la consecución de nuevas regulaciones respecto a valores particulares o determinados estándares para la protección de los sujetos implicados, relativo a áreas heterogéneas como las prácticas comerciales o la protección de derechos humanos en relaciones tanto públicas como privadas. En todo ello observa una transformación a partir de las décadas de los años sesenta y setenta. La

[40] Esta modalidad se aplica cuando se trate de procesos colectivos respecto a consumidores que tengan su residencia habitual fuera del territorio español (art. 848.4).

[41] El mismo esquema se aplica para la homologación de acuerdos colectivos (art. 869.1): "En el auto por el que se apruebe la homologación establecerá el tribunal el plazo dentro del cual los consumidores afectados por el acuerdo resarcitorio habrán de manifestar su voluntad expresa de no quedar vinculados por este". Asimismo se aplican las mismas excepciones, en caso de necesidad para una mejor administración de justicia y en el supuesto en que los consumidores afectados residan fuera de España.

[42] Se trata del artículo "Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective", *Duke Journal of Comparative and Internationl Law,* vol 11, 2001, pp. 405-421.

litigación a través de las *class actions* tuvo una gran expansión y de ahí la diversificación a la que fue sometida. Mientras tanto el legislador continental priorizó reformas restringidas a áreas específicas y se resistió frente a la expansión de los procesos colectivo; las perspectivas distorsionadas, por ejemplo, relacionando innecesariamente las *class actions* con los daños punitivos o con los pactos de *quota litis* u honorarios contingentes; o la inercia de los conceptos tradicionales, entre ellos el de la extensión de los efectos de cosa juzgada. Para entender el trasfondo de todo ello TARUFFO constata la existencia de dos tipos de individualismo: uno altruista, dirigido al contexto social y legal[43], y otro egoista, que persigue únicamente el interés personal propio[44]. Sin embargo, el desarrollo en materia de la protección de los consumidores en la Unión Europea y la creación de numerosas asociaciones con finalidades supraindividuales supuso un importante desarrollo en el continente.

En 2005 continuó con la reflexión esta vez en español en la *Revista de Derecho Privado*[45]. La evolución de los últimos años mostraba "un panorama extremadamente complicado", por ello TARUFFO decide concentrarse, en primer lugar, en el examen de la *Verbandsklage* alemana, que confía la iniciativa a las asociaciones, excluyendo la legitimación individual[46], pero tampoco a cualquier tipo de asociación, sino solo a las que cumplan una serie de exigencias que les lleven a conseguir "una autorización burocrática conexa al poder central". Estas previsiones se dirigen principalmente a que a la asociación le sea delegada la tarea de tutelar derechos individuales sin cubrir la dimensión colectiva de los intereses, y su defensa de los verdaderos intereses colectivos en realidad es excepcional. El tipo de tutela que se realiza es el de tipo inhibitorio o de cesación, paradójicamente sin tener en cuenta los perjuicios sufridos por los sujetos que han soportado la conducta ilícita.

---

[43] TARUFFO, M., "Some Remarks…", *op.cit.,* p. 417: "one may speak of the single citizen as a *private attorney general*—an altruistic private subject who acts on behalf of groups or classes of other subjects".

[44] TARUFFO, M., "Some Remarks…", *op.cit.,* p. 418: "Correspondingly, things such as collective interests, diffuse rights, and general or public policies are ascribed to non-private and non-individual entities, and primarily to the State (viewed as an abstract concept) or to the government (viewed as an administrative organizations form the management of non-individual and then non-private interests)".

[45] TARUFFO, M., "Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos", *Revista de Derecho Privado,* núm. 9, julio – diciembre, 2005, pp. 23-33. Con traducción de J.C. Guayacán Ortiz.

[46] TARUFFO, M., "Modelos…", *op. cit.,* pp. 25-26: "Este es un problema importante, porque se trata de tomar en consideración el hecho que o bien el particular no importa desde el punto de vista de la tutela, o bien si en efectos goza de algún instrumento de tutela lo tiene según las categorías tradicionales y obra sólo para sí, siempre y cuando tenga un derecho individual para hacer valer y logre demostrar sus presupuestos".

En la segunda parte vuelve examinar el modelo de los procesos colectivos de la legislación federal norteamericana y subraya que en las *class actions* se configura una legitimación individual para hacer valer los derechos de un grupo de personas, sin preocuparse por conservar las categorías tradicionales[47]. Pero para asegurar las garantías de los ausentes, es decir, de los miembros del grupo de afectados que no comparecen, es importante tener en cuenta los amplios y penetrantes poderes del juez y procurar una amplia notificación general sobre la pendencia del proceso, a fin de permitir la exclusión de los que así lo manifiesten expresamente[48].

Una vez más, en 2007, muestra de una manera aún más ostensible su preferencia por el modelo norteamericano, por cierto en unos momentos de gran debate sobre este tema en Italia[49]. Estima que no puede haber dudas sobre la necesidad de desarrollar la tutela colectiva en nuestros ordenamientos, de manera general y no solo limitada al ámbito de los consumidores y usuarios. Tampoco sobre la necesidad de superar la limitación respecto a las pretensiones de cesación, reconociendo los procesos colectivos con finalidad resarcitoria[50]. A partir de ahí valora detenidamente los rasgos de las *class actions* que podrían importarse al Derecho continental, y aquellos que no: así, propugna el reconocimiento de legitimaciones individuales, sin restringir la de las asociaciones, la aplicación de honorarios contingentes o el control judicial del grupo por medio de la *certification,* mientras que excluye la intervención del jurado o los *punitive damages.* Como se observa, algunas de estas propuestas formuladas son acogidas en la Directiva 2020/1828 y en el Proyecto de Ley que está durmiendo el sueño de los justos en el Congreso de los Diputados. Podría decirse que estamos avanzando, lentamente, pero por el buen camino.

Por último, en el debate enriquecedor que tuvo lugar en Girona en torno al conjunto de la obra de TARUFFO en 2015, se suscitó también una discusión acerca de los procesos colectivos. BURBANK expuso sus opiniones críticas en torno a las

---

[47] TARUFFO, M., "Modelos…", *op. cit.,* p. 29: "Se trata de una prueba significativa de que la dogmática no es omnipotente, y también del hecho que cuando la dogmática impide resolver un problema de manera eficaz es la misma dogmática la que debe ser puesta aparte, y no la solución al problema".

[48] TARUFFO, M., "Modelos…", *op. cit.,* p. 32: "Entonces, el verdadero criterio, sobre el cual insisto porque nosotros tendemos a razonar de una manera completamente diferente, es la eficiencia en la solución del problema específico, configurada de vez en vez teniendo en cuenta el propósito fundamental de tutelar de verdad, de modo eficaz, los intereses en juego".

[49] TARUFFO, M., "La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* vol. 61, núm. 2, 2007, pp. 529-538

[50] TARUFFO, M., La tutela collettiva…", *op. cit.,* p. 531: "bisogna evitare che migliaia o milioni di soggetti si trovino nell'impossibilità di far valere i loro diritti solo perché il loro contenuto economico, riferito ad ognuno dei soggetti coinvolti, è modesto"

posiciones del profesor italiano en una ponencia con un título sugerente: "Proceso y pragmatismo"[51]. A las que respondió cumplidamente Michele, con breves, pero sagaces comentarios[52]. El profesor americano había puesto en discusión que las *class actions* respondieran al individualismo altruista de que había hablado TARUFFO y destacaba los factores económicos que mueven a los abogados a llevar estos casos, además de la necesidad de colmar los vacíos dejados por la administración pública. En la respuesta destaca lo que llama la atención a un jurista del *civil law,* es decir, "el hecho de que una acción que puede involucrar grandes grupos de sujetos, pueda ser formulada, al menos formalmente, por un único sujeto privado que, por tanto, actúa incluso en el interés de todos los miembros de la *class* para el *private enforcement* de los derechos de todos ellos". De nuevo TARUFFO manifiesta su preferencia respecto al modelo de las *class actions,* específicamente a las soluciones de *opting out* frente a la solución implantada en italiana en la llamada "azione di clase", que se caracteriza por el *opting in.*

Nos queda mucho todavía para sacar todas las consecuencias del pensamiento de TARUFFO sobre cuál podría ser la mejor forma de articular los procesos colectivos en ordenamientos como el nuestro. Pero, desde luego, también en un tema tan complejo como este, nuestro añorado maestro nos dejó valiosas indicaciones que no podemos dejar de lado por su evidente actualidad[53].

---

[51] BURBANK, S.B., "Proceso y pragmatismo", *Debatiendo con Taruffo.., op. cit.,* pp. 255-271.
[52] TARUFFO, M., "Comentarios", en *Debatiendo…, op. cit.,* pp. 420-422.
[53] TARUFFO, M., "Some Remarks…", *op. cit.,* p. 420: "in the area of group litigation we are faced not only with interesting developments that are still in progress, but also with a complex and multi-faceted Clash of different cultures, ethical and social attitudes, legal and political values, and even different psychological approaches to the themes of collective rights and their protection".

O EFEITO DISSUASÓRIO DAS AÇÕES COLETIVAS NO SISTEMA BRASILEIRO

Sérgio Cruz Arenhart[1]

SUMÁRIO: 1. A Google discrimina mulheres? **2.** O chamado efeito de *deterrence*. **3.** Efeito dissuasório e tutela coletiva no Brasil. **3.1.** A certeza na imposição da sanção. **3.2.** O valor da sanção aplicada. **4.** Uma possível conclusão.

1. A GOOGLE DISCRIMINA MULHERES?

Em 2022, a empresa Google celebrou um acordo em uma ação coletiva, pelo qual aceitou pagar o valor de cento e dezoito milhões de dólares para colocar fim a uma discussão de tratamento discriminatório de gênero. O caso (*Ellis v. Google LLC*) teve início em 2017, quando a empresa foi acusada de dar tratamento discriminatório a mulheres que, embora atuassem em funções de liderança, recebiam remuneração inferior à de homens em posições semelhantes. Com o acordo, aproximadamente 15.500 mulheres, que atuavam em 236 diferentes atividades desde setembro de 2013, foram beneficiadas. Além disso, a Google aceitou sujeitar-se a um monitoramento externo, por três anos, que avalie periodicamente suas práticas.

Embora a Google nunca tenha admitido seu comportamento discriminatório, sem dúvida a pendência de uma ação dessa natureza, sobretudo para uma empresa que sempre ofereceu ao público uma imagem de empresa igualitária e moderna era uma grande "pedra no sapato". Por outro lado, a publicidade alcançada pelo acordo celebrado – e a própria sujeição a uma certa fiscalização externa – podem indicar que a empresa pretende controlar melhor suas práticas para evitar novas acusações desse porte.

Por uma parte, é possível dizer que esse tipo de exposição e de acusação é capaz de gerar um certo efeito vexatório para o réu de uma ação coletiva – sem dúvida, muito maior do que aquele que seria gerado em uma ação individual – o que pode facilitar a alteração de comportamentos ilegais. Por outra, porém, é possível afirmar que uma exposição injusta a uma falsa acusação (ou, ao menos, a uma acusação infundada) como essa prejudica e danifica a imagem e a reputação de empresas, de maneira ilegítima, prejudicando o ambiente concorrencial próprio do meio empresarial ou mesmo, quando

---

[1] Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Mestre e doutor em Direito pela UFPR. Pós-doutorado pela Università degli Studi di Firenze. Procurador Regional da República.

ocorre na esfera estatal, prejudicando a imagem de pessoas públicas, com consequências impossíveis de serem compensadas ou apagadas.

Tais aspectos levam à formulação de algumas indagações. Ações como essa (e acordos como esse) são em si capazes de modificar comportamentos indevidos? A função de modificação comportamental ou cultural deve ser uma das finalidades e objetivos das ações coletivas?

Esse é o objetivo deste artigo: analisar se esse efeito dissuasório (chamado nos países de *Common law* de efeito de *deterrence*) é ou deve ser um dos efeitos alinhados à finalidade das ações coletivas. E, em caso positivo, apreciar se o sistema brasileiro tem oferecido ferramentas para que esse efeito possa de fato ocorrer.

2. O CHAMADO EFEITO DE *DETERRENCE*

Comumente, afirma-se que as ações coletivas perseguem algumas finalidades gerais. Dentre elas, as principais seriam o efeito gerencial produzido,[2] a possibilidade de combater ilícitos ou danos causados a uma massa de pessoas, a possibilidade de proteger interesses que não são pessoalizados e – e esse é o ponto que aqui interessa – a dissuasão em relação à novas práticas ilícitas ou prejudiciais.

Sem dúvida, a propositura de uma ação coletiva, até mesmo pela repercussão que gera, costuma ser um fator que impacta significativamente a imagem de empresas e mesmo a administração pública. O conhecimento de que uma demanda coletiva foi ajuizada costumeiramente gera a impressão de que o réu age de forma indevida e, com isso, prejudica toda a coletividade e/ou o próprio interesse público.

Costuma-se, nesse campo, aludir a dois tipos diversos de efeito dissuasório decorrentes da propositura de demandas (e, em particular, de demandas coletivas): o efeito dissuasório *específico* e o efeito dissuasório *geral*.[3] O primeiro se refere a como um concreto infrator reage a uma concreta demanda ajuizada em face da ilegalidade cometida por ele. Trata-se aqui de saber se o ajuizamento dessa específica demanda é capaz, em si, de conduzir a uma alteração de comportamento do réu da ação. Já o segundo trata dos efeitos em relação a potenciais infratores, diante de uma também potencial

---

[2] Sobre isso, v., amplamente, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, *passim*; ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2022, p. 33-50.

[3] FITZPATRICK, Brian T. "Do class actions deter wrongdoing?". *The class action effect*. Or. Catherine Piché. Montreal: Yvon Blais, 2018, p. 184.

demanda judicial. Aqui o problema é saber se a mera sujeição potencial a demandas judiciais é suficiente para impedir ou inibir o comportamento ilegal de possíveis infratores.

O primeiro desses efeitos é, sem dúvida, mais evidente. Salvo na hipótese de improcedência da ação (ou de sua extinção sem análise do mérito), o comum é que essas ações coletivas sejam concluídas por acordo ou por alguma ordem judicial que imponha a inibição do comportamento ilegal. Eventualmente, até mesmo o simples ajuizamento da ação pode ser suficiente para gerar alguma alteração no comportamento do réu. É possível – e isso se verifica na prática – que a pendência de uma ação coletiva possa ser incômoda para o réu que prefere alterar sua conduta para evitar a imagem de violador que pode ser-lhe imputada.[4]

Já o segundo efeito é mais difícil de ser percebido e depende, sem dúvida, em grande medida, da estrutura normativa de cada país e de elementos externos, tais como elementos econômicos e culturais.

Há, no entanto, um elemento que não pode ser negligenciado. Violações a direitos que envolvam elevada expressão econômica podem a conduzir ao efeito dissuasório mesmo por meio de ações individuais. Diante do elevado valor envolvido, há grande chance de que muitas pessoas se apresentarão para demandas individuais e as possíveis indenizações alcançadas serão capazes de operar o efeito de *deterrence* esperado.

Porém, quando a infração envolver danos em massa de pequeno valor (as chamadas *negative value class actions*[5]), as ações individuais tendem a não proliferar. O prejuízo geral será grande, mas o dano individual, porque pequeno, não justifica que a pessoa prejudicada busque, na via judicial, a reparação de seu prejuízo ou a adequação da conduta do infrator.

Nesses casos, portanto, assume maior relevo a função dissuasória da ação coletiva, sobretudo quando falham os mecanismos administrativos de controle. Apenas pela via dessa medida judicial é que se conseguirá alcançar a consequência de impedir o violador

---

[4] No direito norte-americano há quem diferencie a *monetary deterrence* e a *deterrence* em geral, sob a perspectiva de que a primeira é a consequência dissuasória decorrente da imposição de penalidades pecuniárias ao comportamento do réu. Já a segunda – que não decorre, portanto, da imposição de sanções pecuniárias – opera por mecanismos mais brandos, o que inclui o receio do dano que uma ação coletiva pode causar à reputação de alguém (v., FAISMAN, Andrew. "The goals of class action". *Columbia law review*. Vol. 121, p. 2174, nota 75).

[5] Por uma ampla discussão do efeito dissuasório nesses casos, v., SIMARD, Linda Sandstrom. "A view from within the Fortune 500: an empirical study of negative value class actions and deterrence". *Indiana law review*. Vol. 47, *passim*.

de obter vantagem com seu comportamento e também demonstrar a outros possíveis violadores que o comportamento adotado não compensa.[6]

Em qualquer dos casos, porém, seria possível questionar se essa função – particularmente o efeito dissuasório geral – deveria ser uma das funções das ações judiciais em geral e das ações coletivas em especial.

De um lado, há o problema do abuso no emprego de ações coletivas. É frequente a crítica de que ações coletivas podem gerar uma péssima consequência: ações frívolas, infundadas ou mesmo eivadas de má-fé são capazes de prejudicar enormemente a imagem dos réus, sejam pessoas jurídicas ou naturais, com efeitos deletérios para sua imagem, sua reputação e, quando é o caso, sua honra. Essas consequências, ademais, não são apagadas mesmo pela eventual improcedência da ação, até porque os meios de comunicação acabam por perder o interesse na notícia em tais situações. Além disso, as perdas econômicas das empresas rés – seja porque outros agentes econômicos não querem ser associados a elas, seja porque o próprio valor da empresa pode reduzir-se significativamente diante de acusações de comportamento ilícito – não serão recompostos, nem pelo autor da ação coletiva, nem pelas notícias futuras de que as imputações eram injustas.

Também quando se envolve o Poder Público nessas ações, efeitos similares podem ser verificados. Ações coletivas infundadas ou enviesadas podem prejudicar a execução de políticas públicas, atrasar a elaboração de obras importantes e manchar a imagem de bons agentes públicos. E novamente nada disso será futuramente compensado.

Por outro lado, também não se pode negar que, mesmo na hipótese de procedência legítima da ação coletiva, o valor das indenizações (a serem individualmente pagas) é difícil de ser calculado. E essa dificuldade pode traduzir-se na fixação arbitrária de indenizações exageradamente elevadas, o que também implicará sanção injusta ao comportamento existente, que pode conduzir a um prejuízo concorrencial (para a empresa condenada em relação a seus concorrentes), ao enriquecimento ilícito e até ao dano ao erário.

Enfim, mesmo que excluídas essas distorções, a tese do efeito dissuasório (particularmente o geral) pressupõe um elemento econômico fundamental. Toda essa teoria está fundada na ideia de que os sujeitos se comportam no intuito de maximizar seus ganhos e reduzir as suas perdas e, assim, não praticarão comportamentos ilícitos se não

---

[6] V., por todos, BONE, Robert G. *Civil procedure – the economics of civil procedure*. New York: Foundation Press, 2003, p. 267-268.

obtiverem vantagens com essa conduta. Por outro lado, potenciais violadores de direito apenas praticarão comportamentos ilícitos se as vantagens desse comportamento superarem os custos a que esses sujeitos estão expostos e à probabilidade de que estes custos venham, de fato, a ser-lhe impostos (internalização de custos). Isso significa dizer que a prática de atos ilícitos é sempre uma *escolha racional*.[7] No entanto, como se sabe, a racionalidade dos comportamentos em geral é hoje posta em dúvida por grandes estudiosos, sobretudo da economia comportamental.[8] Afirma-se que nem sempre as escolhas feitas são, de fato, racionais e que, muitas vezes, escolhas são tomadas com base em razões incontroláveis e tomam em considerações valores *subjetivos* que não podem ser medidos da forma simples como a teoria da escolha racional sugere.

Ademais, diz-se que muitas vezes é impossível saber se um comportamento induzirá ou não ao ajuizamento de uma ação, especialmente de uma ação coletiva. Esse grau de imprevisibilidade pode derivar, por exemplo, quando se depara com práticas novas ou ainda não discutidas judicialmente. Desse modo, questões fáticas ou jurídicas ainda não conhecida ou não sedimentadas pelos tribunais tendem a gerar imprevisibilidade que dificulta ao potencial réu antecipar as consequências de seu comportamento e, diante disso, receber o efeito dissuasório de uma futura demanda.

Por outro lado, essa mesma imprevisibilidade se eleva à medida em que são também indeterminados os fatores que de regra conduzem à propositura de ações judiciais. Assim, por exemplo, a viabilidade de uma ação depende, ao menos em parte, do amadurecimento da instrução realizada, o que se liga muitas vezes à complexidade da causa, e do grau de convencimento que o legitimado coletivo alcançou para a apresentação em juízo de alguma pretensão. Depende também – em especial no Brasil – da satisfação de certos requisitos formais, tais como a legitimidade[9] ou a escolha estratégica da via judicial para a apresentação da discussão.

---

[7] Como aponta Linda Simard, "This assumption flows from the following syllogism: (1) people are rational actors who choose their actions out of self- interest; (2) self-interest is economic and cost-benefit driven; and (3) the imposition of liability for harm caused by one's conduct motivates actors to avoid inefficient injuries. Specifically, by threatening an actor with liability for harm caused by wrongful conduct, an actor has an incentive to invest in precautions up to the equilibrium point where an extra dollar of precaution equals the additional risk avoided." ("A view from within the Fortune 500: an empirical study of negative value class actions and deterrence", ob. cit., p. 741).

[8] V., por exemplo, KAHNEMAN, Daniel. TVERSKY, Amos. "Prospect theory: an analysis of decision under risk". *Econometrica – Journal of the econometric society*. Vol. 47, n. 2, mar., 1979, *passim*.

[9] Como se sabe, no Brasil, nem todos os legitimados coletivos possuem legitimidade ampla para a propositura de ações civis públicas. Assim, por exemplo, não se admite que o Ministério Público tutela interesses (individuais homogêneos) de cunho patrimonial e disponível, como também se exige que a atuação da Defensoria Pública esteja atrelada à proteção de hipossuficientes, ainda que não exclusivamente deles.

Se isso é verdade, então possivelmente a lógica da *deterrence* geral também pode ser mais imaginária do que real.[10]

Estudos empíricos realizados nos Estados Unidos, no entanto, demonstram que, observadas certas condições, esse efeito de *deterrence*, sobretudo ligado a ações coletivas,[11] efetivamente existe e constitui alvo de preocupação dos empresários norte-americanos.[12]

Uma primeira condição que tem específica relação com a força de dissuasão das ações coletivas está na seriedade com que o potencial violador enxerga a chance de que uma ação coletiva venha a ser apresentada.[13]

De certo modo como consequência do primeiro elemento, também são condições para a força do efeito de *deterrence* o montante do prejuízo a que está exposto o violador de direitos e a certeza da imposição da desses prejuízos ou das sanções pelo comportamento. Como aponta Lisa Simard, como regra geral, a viabilidade econômica do ajuizamento de uma ação está na relação direta entre a possibilidade de sucesso e o montante envolvido na controvérsia.[14] No caso da tutela coletiva brasileira, essa razão entre a possibilidade de sucesso, os valores envolvidos e a probabilidade do ajuizamento da demanda não é tão evidente, por força do regime adotado no país para o custeio da ação e para a atuação dos legitimados coletivos. Ainda assim, para a consideração a respeito da força de *deterrence* operada pela ação, sem dúvida, esses elementos precisam ser ponderados.

Costuma-se afirmar, no direito norte-americano, que o valor ótimo de dissuasão (*optimal deterrence*) é alcançado pela sanção equivalente ao dano causado às vítimas

---

[10] Por uma análise ampla desses limites ao efeito de *deterrence* em ações coletivas e respostas a esses limites, v., FITZPATRICK, Brian T. "Do class actions deter wrongdoing?", ob. cit., p. 188 e ss.

[11] "Of course, one reason for this is that class actions include nonvaluable claims along with valuable claims, and in the aggregate these nonvaluable claims can increase monetary deterrence" (FAISMAN, Andrew. "The goals of class action", ob. cit., p. 2174).

[12] V., sobretudo, SIMARD, Linda Sandstrom. "A view from within the Fortune 500: an empirical study of negative value class actions and deterrence", ob. cit., esp. p. 750 e ss. As conclusões da autora são assim resumidas, à luz da análise do grupo de casos examinado: "(1) future liability is easier to anticipate when there is a well-developed record of the factual and legal issues from previous litigation than when there is no track record from previous litigation; (2) corporations who have been held liable for particular conduct will successfully change their conduct to avoid litigation regarding similar conduct in the future; (3) corporations who are informed about lawsuits filed against their competitors, and who rely upon this information in making their own business decisions, will successfully change their conduct to avoid subsequent similar litigation" (ob. cit., p. 771-772).

[13] SIMARD, Linda Sandstrom. "Fees, incentives, and deterrence". *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 160, p. 13. Por essa razão, conforme argumenta a autora, demandas de pequeno valor têm, individualmente, pequena força dissuasória, na medida em que dificilmente as vítimas se mobilizarão para demandar pelos prejuízos sofridos, o que acaba por estimular o potencial violador a realizar, concretamente, a violação ao direito de massa.

[14] SIMARD, Linda Sandstrom. "Fees, incentives, and deterrence", ob. cit., p. 14.

multiplicada pela proporção inversa de que essa sanção seja efetivamente aplicada.[15] Ou seja, quanto menor a probabilidade de que as vítimas venham a ser integralmente compensadas de seus prejuízos, maior deve ser o valor arbitrado, caso se pretenda efetivamente que a medida judicial opere o efeito geral de inibir novos comportamentos indevidos, seja pelo réu, seja por outros possíveis violadores. Logicamente, há aí a busca de um valor ideal, na medida em que o excesso de *deterrence* também pode conduzir a consequências ruins, seja quando envolvido o Poder Público (que se valerá de dinheiro público para fazer frente a esses valores), seja dentro de uma dinâmica de mercado, em que é necessário preservar o poder competitivo até mesmo da empresa violadora de direitos[16].

Postas essas linhas gerais sobre o instituto, é razoável concluir que o efeito de *deterrence* é socialmente desejável, sobretudo para a tutela coletiva, e seu emprego pode gerar consequências alinhadas ao objetivo de evitar o excesso de litigância de massa, não apenas nos Estados Unidos, mas também no Brasil. Diante disso, parece útil examinar se esse efeito dissuasório tem ambiente adequado para ser perseguido no ordenamento brasileiro.

3. EFEITO DISSUASÓRIO E TUTELA COLETIVA NO BRASIL

Seria desnecessário dizer que o Brasil sofre de um enorme problema com os conflitos de massa. Conquanto o país não possua dados precisos a esse respeito, capazes de medir a influência desse volume no contingente de demandas existentes, é fácil notar que a litigância repetitiva e de massa atormenta o Poder Judiciário e constitui importante elemento que prejudica a eficiência na administração da Justiça. Os dados do Conselho Nacional de Justiça apontam que os maiores réus do país são o Poder Público e bancos;[17]

---

[15] GOLD, Russell M. "Compensation's role in deterrence". *Notre Dame law review*. Vol. 91, n. 5, 2016, p. 2004.

[16] "Optimal deterrence is not maximal deterrence. Optimal deterrence does not seek to induce firms to take all possible precautions to reduce the risk of harm to others or cease activity that will or might cause some harm. Although it might seem that more deterrence of illegal conduct is always better, overdeterrence 'may result in wasteful precautions and the withdrawal of socially valuable products and services from the marketplace'. Taking these one at a time, deterrence theory does not seek to induce 'socially excessive precautions'—those 'that cost [ ] more than the reduction of harm produced by [them]'. In addition to socially excessive precautions, overdeterrence may cause a firm 'to withdraw its product from the marketplace even though consumers place a higher value on the product than its full cost of production, which includes the average harm caused by the product'. In fact, optimal enforcement includes some underdeterrence to offset enforcement costs" (GOLD, Russel M. Ob. cit., p. 2005).

[17] https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/

considerando que, em grande medida, as demandas em que eles se envolvem (particularmente como réus) são casos repetitivos, é possível afirmar que o enfrentamento a essa questão é fundamental para otimizar a prestação jurisdicional.

Por outro lado, também é evidente que um dos grandes mecanismos reconhecidos mundialmente como aptos a lidar com essa litigância de massa é a tutela coletiva, sobretudo no que respeita à proteção dos chamados direitos individuais homogêneos.[18] Para que esse instrumento possa cumprir com sua função de frear o crescimento da litigância repetitiva e inibir comportamentos que importem violações de massa, é útil avaliar se o sistema jurídico nacional fornece o ambiente adequado para que o efeito dissuasório possa ocorrer. Os casos patológicos – em que a ação coletiva é empregada de forma abusiva ou em que os valores de indenização são fixados de forma arbitrária e em montante francamente exagerado – por certo não representam a situação típica que pode ser examinada. Com exceção desses casos, no entanto, é importante saber se, diante das condições atuais, a tutela coletiva brasileira é capaz de operar o efeito de *deterrrence*, sobretudo a geral.

Esse efeito, como visto no item anterior, depende fundamentalmente de dois elementos: a certeza da imposição de sanções contra o comportamento ilícito e o montante da sanção então aplicada. É necessário então examinar se o sistema brasileiro é capaz de atender a esses dois pontos.

3.1. A certeza na imposição da sanção

No que se refere ao primeiro ponto, parece que o diagnóstico é claro e oferece cenário triste para o efeito dissuasório. Mesmo sem lançar mão de qualquer análise empírica – que sequer existe no modelo nacional – é fácil notar que a interpretação dos tribunais dada ao funcionamento da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos contribui para o baixo efeito de *deterrence* da tutela coletiva nacional e, em consequência, para o aumento das infrações de massa e da litigiosidade repetitiva (sobretudo contida) no Brasil.

De uma parte, isso ocorre pelo conhecido alto nível de insegurança que se espraia por toda atuação jurisdicional no país. Em que pese a adoção na jurisdição brasileira de

[18] V.,g por todos, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, *passim*; ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2022, p. 80 e ss.

vários instrumentos de solução de casos repetitivos – chamados comumente de "sistema de precedentes" – fato é que eles não são capazes de oferecer previsibilidade para as decisões judiciais e ainda há elevado grau de incerteza quanto às consequências que podem decorrer do ajuizamento de uma ação, seja ela coletiva, seja individual.[19]

A via da tutela coletiva, ademais, apresenta desafios ainda maiores, especialmente em razão das diversas interpretações que dificultam – quando não impedem – que pretensões individuais homogêneas sejam deduzidas perante o Poder Judiciário. A incerteza quanto aos limites da legitimação para a tutela coletiva, a complexidade do regime atribuído aos vários instrumentos de tutela coletiva,[20] a dificuldade de controlar a legitimidade e adequação de eventuais acordos celebrados[21] e problemas específicos da fase de implementação das soluções obtida na fase de conhecimento fazem com que o efeito de *deterrence* seja praticamente aniquilado.

Em especial no que se refere ao último ponto, alguns limites estabelecidos pela jurisprudência são decisivos para inibir o efeito de dissuasão. A forma pela qual se dá a decisão das ações coletivas de direitos individuais homogêneos somada aos mecanismos para a implementação dessas decisões (ou eventualmente do acordo celebrado) eliminam em boa medida os efeitos benéficos da tutela coletiva, aí incluído o efeito dissuasório.

Embora a lei autorize qualquer espécie de proteção nesse tipo de ação coletiva (art. 83, do CDC, aplicável a todas as ações coletivas, por força do microssistema de tutelas coletivas), é muito comum que o Judiciário trate esses interesses individuais homogêneos por meio da técnica sentença coletiva genérica X execução individual, de que tratam os arts. 95 e ss., do CDC). E esse modelo traz inúmeros transtornos e

---

[19] Por uma crítica ampla ao modelo nacional de "precedentes" e às suas falhas, v., ARENHART, Sérgio Cruz. PEREIRA, Paula Pessoa. "Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para a solução da litigância de massa?". *Revista de processo comparado*. Vol. 5, n. 10, jul./dez.-2019, *passim*.

[20] Apenas para exemplificar, os tribunais, interpretando a legislação brasileira, conceberam fundamentalmente dois "sistemas" de ações coletivas: as chamadas ações coletivas por representação e ações coletivas por substituição. Cada uma dessas modalidades possui requisitos, limites e potenciais próprios e, muitas vezes, é difícil saber em que caso cada situação se enquadra.

[21] Assim, por exemplo, alerta a doutrina norte-americana que "Given the deterrence purpose of the small claim class action, it makes sense to evaluate the settlement and fee award not by how much compensation class members receive, but instead by how much the defendant pays. Who gets the payment, whether the attorney or class members, is not particularly important. Nor does it matter that the settlement falls short of the expected values of the class claims insofar as public enforcement is available to fill the deterrence gap. This means that the cost of error due to sweetheart settlement depends on the residual deterrence loss when public enforcement is insufficient". (BONE, Robert G. Ob. cit., p. 279. De forma semelhante, v., FITZPATRICK, Brian T. "Do class action lawyers make too little?". *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 158, 2010, *passim*). No direito nacional, v., com um olhar inovador sobre o problema, ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024, esp. p. 93 e ss.

dificuldades, que reduzem sobremaneira *todos* os efeitos positivos da tutela coletiva – tais como a preservação da isonomia no tratamento das vítimas, a facilitação do acesso à Justiça e a gestão judiciária de casos repetitivos – e, em particular, o seu efeito dissuasório[22].

Com efeito, problemas como a fluência de um prazo prescricional para as execuções individuais (muitas vezes, sem a prévia inequívoca ciência da vítima a respeito da existência do título), a dificuldade na liquidação individual do título, a necessidade de arcar com todos os custos de uma demanda judicial (aí incluídos os advocatícios), a demora na solução da controvérsia (afinal, a execução nesses casos costuma vir muitos anos depois do fato ilícito ocorrido, o que pode implicar problemas de perda de provas, de desinteresse da vítima, de falecimento do beneficiado etc.) levam, sobretudo em casos de lesões de pequeno valor (*negative value class actions*), mas também em outros casos, a situações em que nem todos os prejudicados se apresentam para postular os valores que lhe são devidos.

E, dado que o efeito de *deterrence* é proporcional à certeza da imposição das sanções ao violador de direitos, a redução no número vítimas que se apresentam para reivindicar seus créditos acaba por estimular o infrator a apostar na prática do comportamento ilegal.

Alguém dirá que o raciocínio não é correto, porque a ausência de execuções individuais leva à execução residual, de que trata o art. 100, do CDC. No entanto, mais uma vez, a interpretação que se tem dado ao instituto praticamente inviabiliza seu emprego, sobretudo com o efeito dissuasório que deveria trazer. Mais uma vez, de um lado, há o problema da excessiva demora para que a execução residual venha a ser utilizada, o que já em si reduz o potencial inibitório da medida. Ademais, as dificuldades de identificar quantas vítimas propuseram suas execuções individuais e também de identificar o valor total do prejuízo causado tornam impossível medir o exato valor a ser buscado na execução residual. Finalmente, é raro que os legitimados coletivos tenham algum controle a respeito do fluxo das execuções individuais, de modo a saber se é ou não necessário lançar mão da técnica do art. 100, do CDC. Tudo isso faz com que, na

[22] Em cenário próximo ao brasileiro, essa também é a conclusão de Macarena Vargas e Alvaro Perez Ragone, a respeito do direito chileno (v., VARGAS PAVEZ, Macarena. "La ejecución de las resoluciones judiciales en procesos colectivos (o cómo los fantasmas de de la ejecución civil individual alcanzan a los procesos colectivos)". *Los procesos colectivos em debate*. Coord. Giovanni Priori Posada e Renzo Cavani. Lima: Palestra, 2024, p. 302 e 310 e ss.; PEREZ RAGONE, Alvaro. "La ejecución en procesos colectivos de consumidores: el desafio de la efectividad de la tutela ejecutiva". *Los procesos colectivos em debate*. Coord. Giovanni Priori Posada e Renzo Cavani. Lima: Palestra, 2024, p. 324 e ss.).

prática, sejam raros os casos de execução residual e, portanto, o efeito dissuasório seja baixo, mesmo com a ameaça potencial no emprego dessa medida[23].

Enfim, os diversos percalços procedimentais na aplicação da técnica sentença coletiva genérica X execuções individuais (ou residual) reduz significativamente o já baixo grau de certeza na sanção de comportamentos ilícitos seriais, pondo em dúvida a possibilidade de que a tutela coletiva nacional seja capaz de realizar o efeito dissuasório a que é predestinada.

3.2. O valor da sanção aplicada

Sob outro ângulo, as dificuldades na fixação dos valores que devem ser pagos pelo violador de massa arrematam esse triste cenário para o efeito de *deterrence* no país.

Não obstante os significativos apelos da doutrina, a jurisprudência nacional ainda é muito reticente em admitir, em *ações coletivas*, que a fixação dos danos (sejam os individuais homogêneos,[24] sejam os coletivos) leve em conta a sua função punitivo-pedagógica. Muito preocupada com a necessidade de evitar o enriquecimento sem causa, a jurisprudência costuma salientar que a imposição de indenização com função punitivo-pedagógica exige a existência de conduta "absolutamente injusta e intolerável".[25]

---

[23] Há tempos, alerta Elton Venturi que "A tese da natureza reparatória residual da *fluid recovery*, por exemplo, sugeriria a necessidade da efetiva comprovação da existência e da extensão dos danos individuais não indenizados diretamente às vítimas - tarefa muitas vezes impossível ou extremamente onerosa às entidades colegitimadas à instauração do procedimento regulado pelo art. 100 do CDC.4 Para além disso, ainda que fosse viável provar e quantificar com exatidão os valores indenizatórios individuais não reclamados, sua destinação aos fundos reparatórios não se prestaria a desestimular a continuidade ou reiteração das práticas ilícitas e lesivas, ignorando, também, os lucros ilícitos auferidos pelos demandados. A tese da natureza sancionatória da *fluid recovery*, por sua vez, (res)suscita toda a difícil e ainda recente discussão que o sistema de justiça brasileiro vem travando a respeito da aplicação, limites e alcance da *multifuncionalidade da responsabilidade civil*. Nesse sentido, a literalidade do art. 100 do CDC não satisfaz à evidente necessidade de se ativar, para muito além da clássica função reparatória, as funções precaucional, preventiva, punitivo-pedagógica e restitutória, absolutamente imprescindíveis no campo das relações de massa e da proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos." (VENTURI, Elton. "A fluid recovery brasileira na atual jurisprudência do STJ e na proposta de reforma da Lei da Ação Civil Pública (PL 1641/21)", disponível em https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/384177/a-fluid-recovery-brasileira-na-atual-jurisprudencia-do-stj, acessado em fevereiro de 2025).

[24] V.g., STJ, 3ª Turma. REsp 1. 968.281/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 21.03.22.

[25] STJ, 4ª Turma. Resp. 1.539.056/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 18.05.21. Assim também, v., por exemplo, STJ, 2ª Turma. AgInt no AREsp 1.746.437/RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 19.03.21; STJ, 3a Turma. Resp 1.664.186/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 17.11.20. Por conta disso, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça afastou a imposição de dano moral coletivo em caso que discutia a "inclusão de cobrança de prestação de serviços de seguro, não contratados de forma expressa pelos consumidores, nas faturas de telefonia fixa dos usuários" de certos municípios, por entender que "No caso concreto, não há violação de direitos difusos ou transindividuais, mas apenas ofensa a direitos individuais de consumidores identificados e/ou identificáveis, não sendo possível o reconhecimento da ocorrência de dano moral coletivo" (STJ, 4ª Turma. AgInt no REsp 1. 861.952/SC. Rel. Min. Maria Isabel

Costuma também afirmar que é necessário que a conduta apresente "razoável significância" para permitir a incidência do dano moral coletivo com função punitivo-pedagógica[26] [27].

A fluidez desses conceitos faz com que dificilmente se possa determinar, de antemão, se o caso autorizará ou não a incidência de qualquer sanção com função inibitória.

De outro lado, a mesma preocupação com o enriquecimento sem causa faz com que, mesmo quando imposta a "indenização por dano moral coletivo" os valores aplicados sejam, em regra, muito baixos e, assim, não tenham o potencial de cumprir com a função de *deterrence* necessária.

Apenas para exemplificar, ao examinar caso em que determinada instituição financeira descumpria as regras legais de acesso e atendimento prioritário a pessoas idosas, gestantes, com deficiência e com dificuldade de locomoção, o valor fixado de dano moral coletivo foi de R$ 50.000,00.[28] Será que esse valor é suficiente para convencer aquela instituição (ou qualquer outra concorrente) de que não vale a pena violar tais regras? Em outro caso também envolvendo instituição financeira, o Superior Tribunal de Justiça considerou adequado o valor de R$ 200.000,00, fixado a título de danos morais coletivos, como reprimenda para a violação, pelo banco, de lei estadual que fixa prazo máximo de atendimento dos consumidores em determinado município[29]. Será esse valor suficiente para estimular a banco a contratar mais empregados e a adotar providências para acelerar o tempo de atendimento aos clientes?

Casos assim demonstram que a jurisprudência brasileira centra o foco de sua análise em uma tentativa de preservar certa razoabilidade e proporcionalidade no valor da sanção arbitrada com a finalidade punitivo-pedagógica. Ao assim agir, no entanto, o elemento central considerado é evitar que a coletividade possa beneficiar-se

---

Gallotti. DJe 14.11.24).

[26] STJ, 3ª Turma. REsp 2.126.256/SC. Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 10.06.24. No mesmo sentido, v., STJ, 3ª Turma. AgInt no AREsp 1.343.283/RJ. Rel. Min. Moura Ribeiro. DJe 19.02.20; STJ, 2ª Turma. AgInt no AREsp 2.107.022/ES. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 13.03.23.

[27] Curiosamente, a mesma Corte em certos casos consigna que a figura do dano moral coletivo dispensa a prova do dano ou do elemento subjetivo, tendo como função "repressão e a prevenção à prática de condutas lesivas à sociedade, além de representarem uma forma de reverter a vantagem econômica obtida individualmente pelo causador do dano em benefício de toda a coletividade" (STJ, 3ª Turma. REsp 1.655.731/SC. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 16.05.19). Na mesma linha, v., REsp 1.737.412/SE. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 08.02.19; STJ, 3ª Turma. AgInt no AREsp 1.312.148/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 20.09.18.

[28] Valores fixados em 2012 (STJ, 3ª Turma. REsp 1.221.756/RJ. Rel. Min. Massami Uyeda. DJe 10.02.12).

[29] Valores fixados em setembro de 2024 (STJ, AgInt no AREsp 2.061.945/RJ. Rel. Min. Marco Buzzi. DJe 03.10.24).

indevidamente do infrator, recebendo algo que não lhe é devido em prejuízo do violador de direitos de massa. No entanto, essa lógica, como ponderam Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis, conduz à perda do efeito dissuasório das ações coletivas, porque não consegue enxergar nem o benefício que foi auferido pelo violador de direitos, nem consegue impor (a ele e a outros potenciais infratores) sanção capaz de tornar desinteressante a adoção de semelhantes condutas[30].

Enfim, um sistema jurídico que pretenda oferecer, de forma concreta, o efeito dissuasório das ações coletivas – de modo a, com isso, colaborar para a redução das violações sistemáticas e em massa de direitos – precisa compreender que a fixação de sanções adequadas aos comportamentos ilícitos é algo desejável não apenas para evitar que *um específico infrator deixe de cometer a ilegalidade*. É também útil (e necessário, sobretudo diante das condições específicas do cenário brasileiro de infrações de massa) para tornar desinteressante *para outros potenciais infratores* a adoção de condutas semelhantes.

4. UMA POSSÍVEL CONCLUSÃO

Diante das observações feitas, parece que o sistema judiciário nacional está longe de conseguir oferecer um mínimo efeito dissuasório atrelado às técnicas de tutela coletiva admitidas. Ainda que a questão exigisse maiores digressões – sobretudo com a análise de

---

[30] Especificamente tratando de danos concorrenciais, esclarecem os autores que "na verdade, a lógica fundamental do *private enforcement* é, justamente, a de afirmar a validade do direito da concorrência e de prevenir as práticas anticoncorrenciais através da reparação dos prejuízos que tais práticas vierem a causar a terceiros. O direito da responsabilidade civil só pode assumir o papel de uma 'segunda pista' de efectivação do direito da concorrência, ao lado do direito sancionatório público, no pressuposto de que todos os danos reais e de todos os lesados possam ser reclamados na acção de *private enforcement*. A reparação meramente parcial dos danos sofridos pelos consumidores nos mercados onde se tiver registrado a infracção traduz-se num incentivo (para os agentes em causa e para quaisquer outros na mesma posição) à adopção de comportamentos anticoncorrenciais no futuro" (SILVA, Paula Costa e. REIS, Nuno Trigo dos. Private enforcement *e tutela coletiva*. Coimbra: Almedina, 2022, p. 19). Reconhecendo também a importância do efeito dissuasório na indenização de danos concorrenciais, e valendo-se da legislação brasileira para sustentar essa possibilidade, observa Adriano Camargo Gomes que "há autores que defendem a utilização do enriquecimento dos infratores (*disgorgement*) como um substituto para a reparação dos danos provocados pelo sobrepreço (*damages*). Conquanto restituição e reparação costumem implicar formas distintas de quantificação, o enriquecimento ilícito dos infratores pode ser utilizado para calcular o dano sofrido por seus consumidores em função do aumento de preços (...). De qualquer forma, a utilização desse remédio, que exerce uma importante função dissuasória quanto à ilicitude, poderia ser analisada em outros termos a partir do próprio do direito antitruste: com fundamento no art. 38, VII, LDC, permite-se ao Cade impor 'qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica'. Com efeito, à luz do direito positivo, parece difícil sustentar que retirar do infrator o benefício auferido em decorrência de infração à ordem econômica não é necessária para eliminar os efeitos nocivos dessa infração." (GOMES, Adriano Camargo. *Ação de reparação por danos concorrenciais*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 356-357).

outras técnicas de coletivização, a exemplo do IRDR ou dos recursos repetitivos – fato é que há um conjunto de fatores que tornam a tutela coletiva em geral incapaz de operar o efeito de inibir futuros comportamentos ilícitos semelhantes.

E isso redunda no cenário vivenciado, em que as violações em massa são cotidianas e cada vez mais frequentes.

De nada adiante o grande esforço do Poder Judiciário em dar conta das demandas existentes se ele não é capaz de enxergar para além dos casos trazidos à sua análise. O efeito profilático da tutela jurisdicional[31] só será alcançado a partir do momento em que se compreender que violações em massa exigem abordagem sistêmica, que torne não atrativa a reiteração desse tipo de comportamento, seja pelo infrator, seja por possíveis outros infratores.

[31] Sobre isso, v., ARENHART, Sérgio Cruz. *Relendo o princípio da demanda – a congruência sob o crivo da proporcionalidade processual*. São Paulo: RT, 2025, *passim*.

TUTELA EXECUTIVA ESTRUTURAL HETERODOXA: DO CONCRETO AO SIMBÓLICO

Marco Félix Jobim[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução. **2.** Objeto da tutela executiva. **3.** Tutela estrutural e mudanças no mundo físico: do concreto ao simbólico. **4.** O anteprojeto de processo estrutural brasileiro e a abertura para a tutela executiva heterodoxa. **5.** Conclusão. **6.** Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As linhas escritas a seguir foram fruto das reflexões realizadas para palestras em dois grandes eventos ocorridos na data de 29/11/2024: o I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva, ocorrido em Vitória (ES), e o X Seminário Diálogos sobre o CPC, que teve sua sede no RJ. As ideias lançadas são para entender como podemos, a partir de uma nova gramática dos processos estruturais[2], alocar em sua efetividade não só os efeitos concretos da decisão, mas os simbólicos de igual forma.

A tutela executiva, compreendida a partir do processo de execução e da fase do cumprimento de sentença é um verdadeiro problema que evidencia a falta, mesmo que relativa, da efetividade e da eficiência da justiça civil brasileira em concretizar direitos.

Os esforços realizados em prol de uma jurisdição mais voltada a conseguir implementar os direitos de quem já detém a razão, quer por acordo de vontades formando títulos executivos extrajudiciais, quer pela atividade adjudicatória do Estado-Juiz, não parece ter alcançado, ainda, os melhores frutos possíveis.

Se isso é verdade, e pelos números da justiça em números parece ser, e sabendo que ainda se trata de quase tabu defender direitos do credor face ao devedor com medidas mais pesadas, o que já não pode mais ser admissível entrando na terceira década do século XXI, imagine-se pensar uma tutela executiva em processo estrutural. Os obstáculos que serão colocados por parte da doutrina serão muitos, até que se compreenda, de vez, que a

---

[1] Doutor em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo pela PUC/RS, local em que exerce o cargo de Professor Adjunto na graduação e pós-graduação (*lato* e *stricto sensu*). Estágio pós-doutoral na Universidade Federal do Paraná (2015-2017). Mestre em Direitos fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil. Especialista pela UFRGS, PUC/RS e UNIRITTER. Advogado. Coordenador da Escola de Direito da PUCRS.

[2] Expressão utilizada em: DUARTE, Zulmar. Endocentridade processual: a nova gramática dos processos estruturais. Londrina, PR: Thoth, 2024.

tutela estrutural lida com situações de privação radical de direitos que o próprio legislador constituinte já protegeu, assim como o legislador ordinário em suas mais diversas esferas.

Por isso que, mesmo sabendo, como escreve Heitor Sica[3], que a execução forçada é conhecida depreciativamente por 'Cinderela' ou 'calcanhar de Aquiles' do processo, enfrentar-se-á o tema na esperança que se veja que, sendo ou não execução forçada, ela, na tutela estrutural de direitos há que pensar para além do âmbito comum das técnicas executivas.

Por isso, aventar-se-á, no presente estudo, de se alocar no conceito da tutela executiva estrutural suas conquistas simbólicas, que são muitas, alargando o sentido da tutela executiva para os efeitos que a declaração de direitos, negociada ou adjudicada, poder servir para a efetividade dos direitos.

2. OBJETO DA TUTELA EXECUTIVA

O objeto da tutela executiva, sob o ponto de vista prático, é fazer atuar efetivamente determinado interesse, quando para compor a lide não foi suficiente apenas a declaração de certeza do direito da parte[4].

Conforme ressalta Araken de Assis[5], a tutela executiva tem espaço para a realização de transformações no mundo físico, ou seja, a partir dessa matriz de pensamento, os efeitos de um título que concedem alguma mutabilidade ao espaço nosso do dia a dia estão na conta da tutela executiva. Teori Albino Zavascki[6] anuncia que atos executivos devem repercutir em consequências práticas importantes.

Porém, ainda estamos muito apegados ao conceito de tutela executiva para as obrigações de pagar quantia certa quando, já algumas décadas, uma revolução ocorreu (ou deveria ter ocorrido) com as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisas. Talvez o medo de uma leitura, mas progressista da tutela executiva em prol do credor tenha se

---

[3] SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do juiz na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 19. Escreve: "À execução forçada já se destinaram duas alcunhas depreciativas: a de 'Cinderela' e a de 'calcanhar de Aquiles' do processo civil. A primeira se deu em virtude de os processualistas historicamente terem devotado ao tema muito menos atenção em comparação àquela reservada aos institutos que gravitam em torna da atividade jurisdicional cognitiva. A segunda decorre do fato de que há muito se identifica na execução um ponto crítico de falta de efetividade".

[4] MICHELI, Gian Antonio. Derecho procesal civil. B. Aires: Europa-América, 1970, v. 3, p.4.

[5] ASSIS, Araken de. Manual da execução. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 135. "Seja lá como for, a necessidade de transformação do mundo físico é a matriz da função jurisdicional executiva".

[6] ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Escreve na p. 68: "O cunho oficial dos atos executivos traz conseqüências práticas importantes".

perdido, em muito, com a chance de a doutrina contribuir de forma mais positiva com decisões judiciais em execuções e nos cumprimentos de sentença.

Não há culpados, antes pelo contrário, há ambientes culturais que se preservam até que reações venham a abalá-los. Por isso, artigos e livros foram, a longo do tempo, demonstrando que, para além da obrigação de pagar quantia certa, outros mundos abrochavam com a tutela das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. Autores mais ligados a pensar a tutela coletiva começaram a direcionar a tutela executiva para outros *standards* de aplicação.

Porém, o mundo é maior que o processo e as exigências dos limites de uma tutela executiva mudam ao passo que mudam os direitos e as formas como a negligência sobre eles formam um precipício desestruturado de situações que são albergadas pela legislação em vigor.

E é nesse espaço de pensamento que se propõe alocar no conceito da tutela executiva estrutural tudo aquilo que garante algum tipo de satisfação no mundo físico de direitos de quem não os alcança por reiteradas faltas dos entes públicos ou privados.

Por isso, a tutela estrutural não pode trabalhar com a perspectiva de um estado ideal de coisas, mas, ao contrário, trabalhar com a ideia de qualquer melhoria frente ao desestruturado estado no qual aquela situação, de fato, se encontrava passa a ser uma vitória. Por isso, analisam-se alguns casos e como repercutiram no mundo dos fatos para demonstrar que, para além das formas tradicionais, a tutela estrutural abordará em seu bojo formas diferenciadas de tutelar direitos.

Como já referido, se o gargalo da tutela executiva, por si só, tende a ser dificultosa em sua concretização, quiçá aquela oriunda de um processo estrutural na qual se objetiva implementar uma readequação no agir de instituições públicas e privadas.

Como aduz Edilson Vitorelli[7], a fase de implementação tende a ser a mais dificultosa do processo estrutural, haja vista que vários caminhos podem ser trilhados

---

[7] VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*: teoria e prática. 4ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. Escreve na p. 89: "A fase de implementação é, frequentemente, a mais complexa de um processo estrutural, eis que diversos caminhos podem ser utilizados para a satisfação do direito material reconhecido na fase de conhecimento, sem que nenhum deles esteja predeterminado em lei (característica aqui denominada de elevada complexidade). O processo judicial não foi talhado para a finalidade de projetar o modo de agir de uma organização, em que a alteração de algumas partes gera a reorganização do todo, com resultados recorrentemente imprevisíveis. Assim, é natural que se busque a execução de forma negociada, com a participação e colaboração do réu. Também é comum que a execução envolva a participação de variados atores, alguns dos quais sequer integraram a fase de conhecimento. Isso porque a efetividade das mudanças pode estar ligada ao comportamento de pessoas que, conquanto não sejam destinatárias da ordem, são colateralmente atingidas por ela ou ocupa posições capazes de bloquear, total ou parcialmente, os resultados esperados", e conclui: "Por esta razão, também é recorrente e importante

para a satisfação do já reconhecido direito material violado, seguindo, portanto, outra lógica de diálogo, comportamento, representatividade e fases graduais para implemento da decisão.

Na mesma linha, Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim[8], dividindo a atividade processual estrutural em dois momentos decisórios – o da declaração e a implementação que é, ainda desdobrável em outros -, referem que há extrema dificuldade em se fazer concretizar direitos nessa segunda, ainda mais envolvendo litígios estruturais.

Se a tutela executiva tradicional, como já analisado, pende para uma linha na qual a inefetividade tem seu espaço em razão das dificuldades existentes não só pela impossibilidade de garantir bens ao devedor, mas em razão de sua proteção ao longo dos séculos ter sido um dogma por uma leitura ortodoxa do devido processo legal, o que se dirá se o processo estrutural perseguir um estado ideal de coisas em sua tutela executiva?

Felipe Bastos Nogueira[9] refere que a fase de implementação das decisões estruturantes tende a ser o caminho mais tortuoso das lides estruturais. Como resolver uma despoluição sem que os dejetos retirados de um rio somem outra lide estrutural? Como retirar de uma localidade um lixão sem que outros lixões iniciem a partir de um péssimo plano estrutural?

Por essas razões não se pode alocar no sucesso de um eventual processo estrutural somente aquilo que a tutela executiva tradicional pode conceder, mas para muito além dela. Não se está buscando no processo estrutural a indenização A, B ou C, tampouco as técnicas pelas quais o processo executivo e fase de cumprimento de sentença operam como penhora, avaliação e leilão, mas sim um passo a passo para algum tipo de melhoria da situação desestruturada pela falta radical de direitos existentes.

---

que a execução estrutural seja dividida em fases, de modo a viabilizar o gradual cumprimento das determinações judiciais e a avaliação de seus efeitos, não apenas da perspectiva do juiz e das partes, mas dos sujeitos impactados. A reavaliação dos resultados das etapas cumpridas permite o planejamento mais adequado das subsequentes, evitando custos desnecessários e efeitos colaterais indesejáveis".

[8] ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de processo estrutural. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Escrevem na p. 260: Surge aí o segundo momento, no qual se pretende encontrar alguma solução para esse estado de desconformidade encontrado. É aí que o problema, do ponto de vista prático, surge. "A dificuldade está na determinação da forma como, pela via do processo, será possível estruturar as instituições para que elas possam se reestruturar, dando concretude aos comandos constitucionais que asseguram tais direitos à comunidade em geral".

[9] NOGUEIRA, Filipe Bastos. Decisões estruturantes: implementação por intermédio do Código de Processo Civil. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2024. Escreve na p. 75: "A fase de implementação do julgado costuma ser o caminho mais tormentoso da lide estrutural, na medida em que o processo judicial tradicional não foi projetado para restabelecer o modo de agir de um ente que demanda reestruturação".

Assim, tudo aquilo que, de alguma forma, concreta ou simbólica, o processo estrutural oferece, deve estar na matemática de chegada do seu sucesso, mesmo que seja de uma forma significativamente heterodoxa como se verá a seguir em algumas decisões estruturantes proferidas em Tribunais.

3. TUTELA ESTRUTURAL E MUDANÇAS NO MUNDO FÍSICO: DO CONCRETO AO SIMBÓLICO

> *About tac*
>
> *The Treatment Action Campaign (TAC) was founded in December 1998 to campaign for access to AIDS treatment. It is widely acknowledged as one of the most important civil society organisations active on AIDS in the developing world.*
>
> *One of its most significant victories was the 2002 Constitutional Court ruling in which the South African government was ordered to provide antiretroviral medicines to prevent transmission of HIV from mothers to their babies during birth. In the years following the judgment the TAC's campaigns were instrumental in securing a universal government-provided AIDS treatment programme, which has since become the world's largest. In 2006 the New York Times called the TAC "the world's most effective AIDS group," while the founding director of UNAIDS, Dr Peter Piot, has written that "TAC was in my opinion the smartest activist group of all, worldwide."*
>
> *Today, TAC continues to represent users of the public healthcare system in South Africa, and to campaign and litigate on critical issues related to the quality of and access to healthcare. The organisation currently has over 8,000 members and a network of 250 branches in eight of South Africa's nine provinces.*

Nada mais precisava ser referido sobre a efetividade heterodoxa e simbólica[10] de decisões estruturais após a leitura do contexto histórico em que iniciado o TAC – *Treatment Act Campaign*. Está descrito que talvez a mais importante organização

[10] CASIMIRO, Matheus. O judiciário como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processo estruturais? 5ª ed. In Processo estruturais. Sérgio Cruz Arenhart; Marco Félix Jobim; Gustavo Osna. São Paulo: JusPodivm, 2024. pp. 1087-1110. Escreve na p. 1107: "Como vimos neste artigo, ao atuar como fórum de protestos, as decisões do Tribunal podem, em um primeiro momento, produzir mais efeitos simbólicos do que concretos. No entanto, isso não deve ser considerado como uma razão para abandonar o processo estrutural. Como ensina Grootboom, o simbolismo pode gerar importantes consequências concretas. A dimensão simbólica de uma decisão estrutural não deve ser motivo para defender sua total ineficácia ou inutilidade dos processos estruturais. Pelo contrário, ela pode produzir efeitos relevantes em médio e longo prazo, trazendo alívio concreto para grupos vulneráveis que viram no Judiciário a última esperança de proteção de seus direitos fundamentais".

existente no mundo de combate a AIDS surgiu do julgamento dos casos envolvendo a doença pela Corte Constitucional Sul Africana em casos nos quais às mães grávidas infectadas pelo vírus HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) e que não tinham acesso à medicação nevirapina para não transmitirem ao filho durante o parto tinham seu tratamento negado. Por isso, o caso *Minister of Health v. Treatment Action Campaign,* de 2002, torna-se emblemático no alcance das consequências práticas de sua decisão, uma vez que não só salvou um significativo número de vidas, como se mantém, até hoje, como uma das maiores companhias existentes no combate à disseminação do vírus e auxílio às vítimas, construindo uma organização cuja história faz menção à atuação da Corte para sua existência,[11] sendo num primeiro momento forte durante a fase decisória e, na fase de implementação, mais branda, como escreve Alberto Luiz Hanemann Bastos.[12] Porém, em contraposição, Eduardo Sousa Dantas[13] refere que a implementação do julgado se deu a partir de rígidas ordens de garantia ao acesso da política pública de fornecimento da medicação. Como reforça Luiz Paulo da Silva Araújo Filho,[14] houve atuação estrutural da Corte ao determinar a revisão política sobre a matéria e que fosse ela submetida ao Tribunal.

---

[11] Site do: TREATMENT ACT CAMPAIGN. Disponível em: https://www.tac.org.za/our-history/.

[12] BASTOS. Alberto Luiz Hanemann. *Processos estruturais em matéria previdenciária*: por uma releitura das interações travadas entre o Judiciário e o Instituto Nacional do Seguro Social. Dissertação de mestrado. UFPR. Orientação: Marco Aurélio Serau Junior. 320 p. Escreve na pág. 67: "Note-se que, nesse caso, o pronunciamento da Corte adotou uma postura forte durante *a fase de declaração do direito* de acesso à saúde, porém manifestou posicionamento mais *brando* quando os seus olhos se voltaram para *a fase de implementação da decisão*, relegando ao Poder Público maior liberdade para elaborar as medidas de cumprimento da ordem judicial". A dissertação foi recentemente publicada: BASTOS, Alberto Luiz Hannemann. *Processos estruturais em matéria previdenciária*: por uma releitura das interações travadas entre judiciário e o Instituto Nacional do Seguro Social. Londrina PR: Thoth, 2023.

[13] DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional*: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo Poder Público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 52-53. O trecho integral sobre o caso merece ser transcrito: "Outro precedente muito conhecido e citado sobre o assunto ocorreu no julgamento do caso sobre o *Treatment Act Campaign* (TAC), em 2002. Dessa vez, o que estava em jogo era o direito à saúde de mulheres grávidas infectadas pelo vírus HIV, em específico o direito de acesso à droga denominada nevirapina, que previne a transmissão do vírus da mãe para a criança durante o parto"; "Um fato importante sobre o julgamento dessa ação é que o fabricante da droga estava disposto a fornecer medicamento de forma gratuita aos hospitais públicos. Ainda assim, o Estado se negava a fornecer o acesso universal ao medicamento em seus estabelecimentos hospitalares"; "Ao decidir o caso, a corte concluiu que a recusa ao fornecimento da nevirapina em bases universais, considerando a eficácia da droga e a ausência de custo para a sua aquisição, seria desarrazoada e velaria o direito à saúde das mães com HIV e de seus filhos"; "A implementação do julgado se de através de rígidas ordens executivas, que determinaram a concretização efetiva do direito de acesso ao medicamento por parte desse grupo vulnerável de indivíduos"; "Milhares de vidas foram salvas através da decisão da corte, que serviu como um importante marco para a alteração da política pública de fornecimento, em bases universais, de drogas antirretrovirais no sistema de saúde sul-africano".

[14] ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas*. Rio de Janeiro: Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Escola da Magistratura Federal, 2019. Escreve na pág. 98: "Curioso, que a decisão do tribunal local incluía um interdito estrutural que exigia que o governo revisse sua política e submetesse a política revista ao tribunal [...]".

Outra importante técnica não muito usual que pode ser alocada na tutela executiva estrutural é a da formação de comissões que cuidarão da implementação do plano estrutural realizado, debatido e devidamente homologado. Tal medida foi utilizada no caso *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan, etc*. -, que trabalha com o tema envolvendo litigação climática. Com a intenção de combate ao *climate change* e o monitoramento do andamento do estado de fato, a Corte determinou a constituição de uma comissão (*Climate Change Commission* – CCC), sendo formada por representantes de ministérios e departamentos, peritos e demais organizações, devendo seus nomes serem submetidos a uma audiência.[15] Após reiterados relatórios e recomendações, a CCC foi dissolvida pela Corte, não sem antes ser elogiada pelo excepcional serviço prestado em nome da política climática. As bases estruturadas em forma de recomendações serão utilizadas para combate das mudanças climáticas por anos. Em razão disso, logo após a sua dissolução, a Corte determina a criação de uma nova comissão que terá como desafio a abertura e manutenção do diálogo entre a Corte e o Executivo, prestando assistência aos demais órgãos governamentais e agências para implementação das estruturas pensadas.[16]

Outra técnica, agora mais concreta, não tão simbólica, é a da execução negociada. Para tanto, um dos casos estruturais mais importantes do Canadá serve de exemplo. O julgamento de *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia* (*Minister of Education*)[17] é interessante para a tutela não só declaratória, mas executiva estrutural. O litígio teve início a partir da insatisfação de pais de crianças em idade escolar na província da Nova Escócia, no Canadá, ao se depararem com a impossibilidade de seus filhos terem acesso à educação em suas escolas na língua minoritária, qual seja, a francesa, no território em questão, uma vez que a A Carta de Direitos canadense, desde 1982, seção 23,[18] previa a possibilidade

---

[15] In order to assist this Court to monitor the progress of the Framework according to the deadline directed by the Court (i.e., 31st December, 2105) it is imperative to constitute a CLIMATE CHANGE COMMISSION (CCC). CCC shall comprise (a) representatives of the key ministries/departments (b) NGOs (c) Technical Experts etc. Let the proposed names and terms of reference be placed on the record on the next date of hearing.

[16] In order to facilitate the working of the Federal Government, Ministry of Climate Change, Provincial Government, Planning & Development Department, as well as, CCI, the Court hereby constitutes a Standing Committee on Climate Change, which will act as a link between the Court and the Executive and will render assistance to the above mentioned Governments and Agencies in order to ensure that the Policy and the Framework continue to be implemented. The Federal and Provincial Governments and the CCI shall engage, entertain and consider the suggestions and proposals made by the Standing Committee.

[17] CANADA. Supreme Court Judgments. *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) 2003 SCC 62*. Ottawa, 06 nov. 2003. Disponível em: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do. Acesso em: 02 set. 2022.

[18] CANADA. *A Consolidation of the Constitution acts 1867 to 1982* (Codification administrative des lois Constitutionnelles de 1867 a 1982). Disponível em: https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_RPT.pdf. Acesso em 02 set. 2022.

da francofonia e, muitos anos mais tarde, ainda não haviam sido implementadas as condições de sua concretização. Como refere Eduardo Sousa Dantas,[19] por uma maioria apertada (5 x 4), a Corte canadense rejeitou a concepção formalista da separação de poderes estabelecida pelo Tribunal, admitindo medidas a serem seguidas pelos juízes quando das definições das medidas justas e adequadas para implementação dos centros de estudo em língua francesa. Na fase da tutela efetiva dos direitos, prevaleceu a consensualidade e a execução negociada do caso como refere Rodrigo Gismondi[20]. Em *Doucet-Boudreau*, ao invés de um orçamento desconhecido e quem sabe vultuoso para dar conta da decisão, houve, como lembram Rodrigo Brandão e Eduardo Sousa Dantas,[21] efetividade da decisão pela via de um prédio cedido pelo Governo e com menos custos do que os previstos para que os direitos dos lesados restassem garantidos.

Talvez dos três casos citados por Mariela Puga, o mais conhecido e complexo, como lembra Francisco Verbic,[22] seja aquele da despoluição da bacia do Matanza-Riachuelo, conhecido como causa *Mendonza*[23] ou *'Beatriz Mendonza',* como refere

[19] DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional*: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 46.

[20] GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público*: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018. p. 294. Escreve: "A partir das características da execução de fazer complexa e das decisões estruturantes que as fundamentam, notou-se ser essencial para a efetividade da execução a previa oportunidade e incentivo à solução negociada, especialmente na elaboração de acordos de procedimento e, até mesmo, de calendarização da prestação".

[21] BRANDÃO, Rodrigo; DANTAS, Eduardo Sousa. Meios consensuais de implementação das decisões estruturais no Brasil: uma breve análise sobre os limites e as possibilidades. In: *Processos estruturais no sul global*. Matheus Casimiro e Eduarda Cunha (orgs.). Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 323-357. Escrevem na pág. 331: "A título de exemplo, no caso Doucet-Boudreau, no Canadá, que tratou da concretização do direito à educação em língua francesa da minoria de crianças dessa origem naquele país, que se encontravam em situação de assimilação cultual em virtude de grave omissão do poder público, o juiz do caso havia determinado aos conselhos escolares a elaboração de projetos para a construção de novas escolas ou a adaptação das escolas tradicionais para o ensino compartilhado em inglês e francês". E finalizam: "No entanto, ao final do processo, o governo fez um acordo com os pais dos alunos para estabelecer uma escola em língua francesa em um prédio já existente e sem utilização, com menores custos para a implementação, sendo que essa opção não tinha sido previamente considerada durante o julgamento do caso".

[22] VERBIC, Francisco. El remeio estructural de la causa "Mendoza". In: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coords.). Salvador: JusPodivm, 2022. p. 287-316. Escreve na pág. 290: "Además de ser el litigio estructural más complejo de la República Argentina, es importante tener en cuenta que 'Mendonza' representa la judicialización de una problemática ambiental y social muy profunda que tiene sus más remotos antecedentes a comienzos del siglo XIX". Ainda, sobre o mesmo caso, Verbic tem diversos textos, dentre eles: VERBIC, Francisco. Questões processuais e problemas do remédio estrutural no caso 'Mendonza'. In: *Além do papel*: leituras críticas sobre processo coletivo. Francisco Verbic. Londrina, PR: Thoth, 2023. p. 83-92.

[23] Mendonza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y Otros s/ daños y prejuicios.

Roberto Omar Berizonce,[24] no qual, como lembra Eduarda Peixoto da Cunha França,[25] a Corte Suprema da Nação da Argentina, entre os anos de 2006 e 2008, reteve jurisdição sobre ele para combate dos significativos índices de poluição no local, determinando ao Governo que elaborasse um plano de reestruturação com relatórios acerca do cumprimento da decisão. O objeto inicial da pretensão era a obtenção de reparação dos danos ambientais; a criação de fundos de reparação das vítimas; a sanação dos problemas que causavam danos contínuos ambientais; a criação de política pública sanitária e; cautelares para garantia das condenações futuras como referem Rubens Beçak e Jair José Mariano Filho.[26] Lembra Marcus Aurélio de Freitas Barros[27] que o caso importou na criação de uma entidade de direito público para atuação na bacia: a *ACUMAR – Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo*. Francisco Verbic,[28] estudioso do caso, reflete sobre

---

[24] Faz um apanhado da causa o jurista argentino. Ver: BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflitos de interes público. In: *O processo para solução de conflitos de interesse público.* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coords.). Salvador: JusPodivm, 2022. p. 261-286. Escreve na pág. 281: "El muy complejo caso 'Beatriz Mendonza' en trámite el Alto Tribunal muestra al desnudo las dificultades extraordinarias que plantea la ejecución de lo decidido. El cumplimiento de las diversas obligaciones impuestas al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma y a la Autoridad de la Cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (ACUMAR), por la sentencia de la Corte del 8 de Julio de 2008, viene sufriendo reiteradas postergaciones hasta la actualidad (abril de 2011), las que motivaran diversas resoluciones del propio Tribunal y del juez federal delegado tendientes a impulsar el trámite de la satisfacción concreta. Al cabo de diversas vicisitudes, incluyendo la aplicación de sanciones pecuniarias a título de astreintes, a los funcionarios renuentes, la Corte convoca audiencia pública del 16 de marzo de 2011, a la que concurrieron los representantes de los Estados involucrados, de la Autoridad de la Cuenca y de los organismos constitucionales de control y fiscalización, con la finalidad de que se ilustre oralmente sobre las circunstancias concernientes al genuino estado de cumplimiento de las mentadas obligaciones".

[25] FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decisões estruturais na jurisdição Argentina: notas sobre a importância do experimentalismo democrático a partir do caso Mendonza. In: *Processos estruturais no sul global*. Matheus Casimiro e Eduarda Cunha (orgs.). Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 195-221. Escreve na pág. 196: "O modo que a Corte argentina lidou com a situação merece destaque. Por um período de dois anos, entre 2006 e 2008, a CSJN reteve jurisdição sobre o caso e determinou diversas medidas de caráter estrutural para combater os níveis alarmantes de poluição local, realizando inúmeras audiências públicas com a presença de todos os envolvidos (desde as autoridades governamentais até as empresas responsáveis pela poluição e a população afetada). Demandou, ademais, que o governo elaborasse um plano de reestruturação e reorganização e cobrou relatórios mensais acerca do cumprimento da decisão".

[26] BEÇAK, Rubens; MARIANO FILHO, Jair José. O judiciário como canalizador da razão pública: uma análise do litígio estrutural Mendonza na Argentina. In: *Processos estruturais no sul global*. Matheus Casimiro e Eduarda Cunha (orgs.). Londrina, PR: Thoth, 2022. p. 239-260. Escrevem na pág. 246: "O objeto inicial fora cinco: a) reparação danos ambientais emergentes; b) criação de um fundo para reparar danos individuais; c) determinação de providências ao executivo nacional para sanar os danos ambientais contínuos; d) implementação de uma política sanitária para população ribeirinha; e) medidas cautelares para evitar que empresas alienem bens ou tornem-se insolventes para evitar o cumprimento de ordem condenatória futura".

[27] BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais*: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 37. Escreve: "Na verdade, foi necessária, durante o processo, a criação de uma entidade de direito público: a Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) para atuar na referida bacia, tendo assumido várias responsabilidades relativas à citada bacia hídrica".

[28] VERBIC, Francisco. Procesos estructurales en Argentina: una lectura crítica de los principales precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la nación. In: *Coletivização e unidade do direito*. Vol. I.

alguns pontos iniciais da representação da pretensão ajuizada e o alcance da decisão estrutural prolatada no caso *Mendonza*, que determinou o planejamento integral do saneamento ambiental da área afetada.

No Brasil há casos sendo objeto de algumas das técnicas processuais já bem iniciadas e relidas para o nosso contexto. Por exemplo, no caso Ação Civil Pública estrutural da Lagoa da Conceição a criação da Câmara Judicial de Proteção à Lagoa lembra a técnica utilizada no caso *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan, etc*. e a constituição da *Climate Change Commission* – CCC, enquanto que a *ACUMAR – Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo* na causa *Mendonza*[29] ou *'Beatriz Mendonza'* tem grande similitude com a criação da FUNDAÇÃO RENOVA[30], entidade responsável pela reparação dos danos do rompimento da barragem do fundão, em Mariana.

Então, o Brasil tem despertado para novas formas de lidar com casos estruturais ou de desastres, servindo o presente texto para despertar, cada vez mais, o olhar para que novidades possam ser incorporadas ao nosso ordenamento jurídico.

Luís Alberto Reichelt; Marco Félix Jobim (orgs.). Londrina: Thoth, 2019. p. 37-39. Escreve na pág. 32: "El proceso no fue promovido por una organización sino por un grupo de 17 habitantes de esa zona, quienes invocaron la representación de 5.000.000 de personas para avanzar una acción colectiva contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires y 44 empresas (de las 17.000) que están radicadas allí. Por supuesto que esas 44 son varias de las empresas más importantes del país", e complementa: "Lo que planteó este grupo de vecinos fueron principalmente dos pretensiones. Por un lado, buscaban la recomposición del daño colectivo. Una clara pretensión tipo estructural, de las que hablaba Chayes hace 40 años en términos de órdenes prospectivas. Por otro lado, al mismo tiempo, lo que buscaban era también la reparación de los daños y perjuicios sufridos individualmente en sus bienes y en sus personas. Esto es, algo similar a lo que se puede pedir en nuestro proceso tradicional, trabajando con una foto del pasado e intentando reparar una situación que ya no se puede modificar", e conclui: "Que resolvió la Corte en 'Mendonza'? El tribunal dictó una sentencia estructural mediante la cual, lisa y llanamente, impulso a los tres Estados demandados un Plan Integral de Saneamiento Ambiental. Esto es, una línea de política pública que determinó la inversión de Miles de millones de pesos, desde el año 2008 hasta la actualidad, para intentar cumplir esta orden de la Corte Federal. El contenido integral de ese plan de saneamiento, que incluyó acciones tales de sacar buques del fondo del Riacuelo y limpiar el borde de los ríos, establecer un sistema sanitario de emergencia y hasta relocalizar a muchas de las familias que viven en el lugar , fue diagramado integralmente por el tribunal".

[29] Mendonza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y Otros s/ daños y prejuicios.

[30] A Fundação Renova é a entidade responsável pela mobilização para a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG). Trata-se de uma organização sem fins lucrativos, resultado de um compromisso jurídico chamado Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC). Ele define o escopo da atuação da Fundação Renova, que são os 42 programas que se desdobram nos muitos projetos que estão sendo implementados nos 670 quilômetros de área impactada ao longo do rio Doce e afluentes. As ações em curso são de longo prazo. Ao estabelecer uma organização dedicada exclusivamente ao processo de reparação, também foi criado um modelo de governança robusto, com presença de mais de 70 entidades. As respostas para cada desafio são obtidas em conjunto, sendo que nenhuma parte envolvida tem controle sobre a decisão. A Fundação Renova reúne técnicos e especialistas de diversas áreas de conhecimento, dezenas de entidades de atuação socioambiental e de conhecimento científico do Brasil e do mundo e soma hoje cerca de 6 mil pessoas (entre colaboradores próprios e parceiros) trabalhando no processo de reparação, de Mariana à foz do rio Doce. Disponível em: https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/.

4. O ANTEPROJETO DE PROCESSO ESTRUTURAL BRASILEIRO E A ABERTURA PARA A TUTELA EXECUTIVA HETERODOXA

Como é de amplo conhecimento, o Senado Federal, por intermédio de seu Presidente Senador Rodrigo Pacheco, nomeou pelo Ato n º3, de 2024, Comissão de Juristas para elaboração de anteprojeto de lei para disciplinar o Processo Estrutural no Brasil

A Comissão foi assim composta: Na presidência o Subprocurador-Geral da República Augusto Aras; na Vice-Presidência o Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas; na relatoria o Desembargador Federal Edilson Vitorelli e como membros o Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria, o Ministro Alberto Bastos Balazeiro, o Desembargador Federal Aluísio Mendes, o Desembargador Federal Newton Pereira Ramos Neto, a Desembargadora Lilian Maciel, o Procurador Regional da República Sérgio Cruz Arenhart, a Promotora de Justiça Susana Henriques da Costa, a Advogada da União Andrea de Quadros Dantas, o Defensor Público Federal Sérgio Armanelli Gibson, Antônio Nabor Areias Bulhões, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Antonio Gidi, José Bernardo de Assis Júnior, Juliana Cordeiro de Faria, Márcio Carvalho Faria, Roberto P. Campos Gouveia Filho, Ademar Borges de Sousa Filho e Matheus Casimiro Gomes Serafim.

O relatório final já foi apresentado e há algumas importantes disposições normativas que, caso virem lei serão importantes para a implementação das decisões e acordos realizados ao longo do processo. Uma das disposições que chama a atenção é aquela prevista no art. 11 ao dispor que "*o monitoramento da implementação do plano de ação será encerrado, com a extinção do processo, quando demonstrada a adoção das medidas necessárias à proteção progressiva e concreta dos direitos violados, na forma de que trata o art. 9º, § 3°, inciso VIII*".

Aqui se analisa um possível alcance do trecho "[...] *a adoção das medidas necessárias à proteção progressiva e concreta dos direitos violados* [...]". Primeiro, nota-se que o artigo está com abrangência a ser definida, posteriormente, no caso concreto, de quais serão as medidas necessárias a proteger concretamente os direitos violados; Segundo, percebe-se que há um início de situações já expostas no anteprojeto pelo art. 9, §3º, mas de caráter meramente exemplificativo para o plano; Terceiro, há que se jogar com as demais previsões do anteprojeto para analisar o planejamento elaborado, o que será de grande utilidade para a tutela executiva ortodoxa ou heterodoxa; Quarto, técnicas

processuais de outras leis (CPC, ACP e tantas quantos forem possíveis) podem ser transpostas para a processo estrutural em julgamento e; Quinto, as medidas deverão ser necessárias a encerrar a privação de direitos de forma progressiva, ou seja, o "necessárias" abre uma janela de oportunidades para o enfrentamento do litígio estrutural em questão.

Por isso, ao lado das previsões de outras leis que determinam medidas mais abertas e flexíveis para a concretização das decisões judiciais, agrega-se o que já muito se conhece pelas técnicas das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, agora fortalecidas pelo anteprojeto de processo estrutural, com a previsão que o que é necessário ao problema, faça-se!

Fazendo uma reflexão paralela com os quatro casos já referidos, em qualquer um deles haveria o alcance para que sua técnica fosse possível a partir da interpretação do que é necessário para o combate daquela situação de privação radical de direitos.

É possível que a criação de organização sem fins lucrativos que auxilie, paralelamente, na solução de problemas estruturais como houve da África do Sul? É possível a execução negociada com o ente público, diminuindo o impacto financeiro por uma execução negociada como no caso canadense? É possível a criação de comissão para implementação do plano, que possa dialogar com os entes públicos e privados, pela melhor implementação do plano estrutural? É possível a criação de infraestrutura técnica para, com olhar científico, opinar em casos complexos envolvendo danos ambientais como ocorreu na Argentina? Parece que todas essas respostas são positivas e, sendo assim, um novo, que inclusive já ocorre em alguns casos brasileiros, se descortina à sociedade jurídica para debate, com proibição de retrocesso em casos envolvendo privação de diretos fundamentais.

5. CONCLUSÃO

O Brasil está, inegavelmente, tomando a ponta doutrinária em relação às questões atinentes aos processos estruturais, direitos dos desastres, processos estratégicos e complexos e outros que possam lembrar um tipo de violação maciça a direitos.

Para tanto, a experiência internacional, principalmente das decisões estruturantes e a forma como foram implementadas suas determinações ou acordos planejados, foi de extrema valia. Temos, agora, que utilizar essas técnicas para, não só melhorá-las, mas serem exemplos para o mundo.

A tutela executiva estrutural merece ser a mais abrangente possível, retirando as amarras que a tutela executiva clássica nos legou, para admitir as mais heterodoxas medidas possíveis, dentro da moldura constitucional, para darem conta dos estados desarrazoados de privação de direitos.

Inegável, portanto, que qualquer conquista que gere efetividade, direta ou indireta neste estado de coisas, mesmo que de forma simbólica, deve estar computada na equação final de tutela, total ou parcial, desses direitos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais e as políticas públicas*. Rio de Janeiro: Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Escola da Magistratura Federal, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de processo estrutural. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais*: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BASTOS, Alberto Luiz Hannemann. *Processos estruturais em matéria previdenciária*: por uma releitura das interações travadas entre judiciário e o Instituto Nacional do Seguro Social. Londrina PR: Thoth, 2023.

BASTOS. Alberto Luiz Hanemann. *Processos estruturais em matéria previdenciária*: por uma releitura das interações travadas entre o Judiciário e o Instituto Nacional do Seguro Social. Dissertação de mestrado. UFPR. Orientação: Marco Aurélio Serau Junior. 320 p

BEÇAK, Rubens; MARIANO FILHO, Jair José. O judiciário como canalizador da razão pública: uma análise do litígio estrutural Mendonza na Argentina. In: *Processos estruturais no sul global*. Matheus Casimiro e Eduarda Cunha (orgs.). Londrina, PR: Thoth, 2022.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflitos de interes público. In: *O processo para solução de conflitos de interesse público.* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coords.). Salvador: JusPodivm, 2022. p. 261-286. "

BRANDÃO, Rodrigo; DANTAS, Eduardo Sousa. Meios consensuais de implementação das decisões estruturais no Brasil: uma breve análise sobre os limites e as possibilidades. In: *Processos estruturais no sul global*. Matheus Casimiro e Eduarda Cunha (orgs.). Londrina, PR: Thoth, 2022.

CANADA. *A Consolidation of the Constitution acts 1867 to 1982* (Codification administrative des lois Constitutionnelles de 1867 a 1982). Disponível em: https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_RPT.pdf. Acesso em 02 set. 2022.

CANADA. Supreme Court Judgments. *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) 2003 SCC 62*. Ottawa, 06 nov. 2003. Disponível em: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do. Acesso em: 02 set. 2022.

CASIMIRO, Matheus. O judiciário como fórum de protestos: por que o simbolismo importa em processo estruturais? 5ª ed. In Processo estruturais. Sérgio Cruz Arenhart; Marco Félix Jobim; Gustavo Osna. São Paulo: JusPodivm, 2024.

DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional*: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo Poder Público. Curitiba: Juruá, 2019.

DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional*: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019.

DUARTE, Zulmar. Endocentridade processual: a nova gramática dos processos estruturais. Londrina, PR: Thoth, 2024.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decisões estruturais na jurisdição Argentina: notas sobre a importância do experimentalismo democrático a partir do caso Mendonza. In: *Processos estruturais no sul global*. Matheus Casimiro e Eduarda Cunha (orgs.). Londrina, PR: Thoth, 2022.

GISMONDI, Rodrigo. *Processo civil de interesse público*: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018.

MICHELI, Gian Antonio. Derecho procesal civil. B. Aires: Europa-America, 1970, v. 3.

NOGUEIRA, Filipe Bastos. Decisões estruturantes: implementação por intermédio do Código de Processo Civil. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2024.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Cognição do juiz na execução civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TREATMENT ACT CAMPAIGN. Disponível em: https://www.tac.org.za/our-history/.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". In: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coords.). Salvador: JusPodivm, 2022.

VERBIC, Francisco. Procesos estructurales en Argentina: una lectura crítica de los principales precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la nación. In: *Coletivização e unidade do direito*. Vol. I. Luís Alberto Reichelt; Marco Félix Jobim (orgs.). Londrina: Thoth, 2019.

VERBIC, Francisco. Questões processuais e problemas do remédio estrutural no caso 'Mendonza'. In: *Além do papel*: leituras críticas sobre processo coletivo. Francisco Verbic. Londrina, PR: Thoth, 2023.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AÇÃO COLETIVA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: A LEGITIMIDADE DAS ENTIDADES QUALIFICADAS, A FIGURA DO LESADO E O TERCEIRO FINANCIADOR À LUZ DO MODELO EUROPEU EMERGENTE DA DIRETIVA 2020/1828[1]

Maria José Capelo[2]

SUMÁRIO: 1. A harmonização europeia na tutela dos interesses coletivos dos consumidores. **2.** A designação administrativa prévia das entidades com legitimidade representativa. **3.** O financiador passivo. **4.** O papel do consumidor: entre a representação e a autoexclusão. **5.** Conclusão. **6.** Referências bibliográficas.

RESUMO: Este estudo versa sobre o modelo europeu de ação coletiva para a tutela do consumidor, abordando aspetos fundamentais como a restrição da legitimidade ativa a determinadas entidades qualificadas. Analisa-se o mecanismo de designação prévia administrativa das entidades autorizadas a agir em juízo e a representar os consumidores. Além disso, considera-se o papel do terceiro financiador nas ações coletivas, assinalando eventuais implicações na aferição da legitimação coletiva. Refere-se, por fim, a opção europeia pela inadmissibilidade da intervenção processual do consumidor na ação coletiva, sem prejuízo do exercício do direito de autoexclusão.

Palavras-Chave: Harmonização europeia; Tutela do consumidor; Legitimidade ativa; Entidades qualificadas; Designação prévia administrativa; Designação ad hoc; Terceiro financiador; Autoexclusão do consumidor.

ABSTRACT: *This study addresses the European model of collective action for consumer protection, focusing on fundamental aspects such as the restriction of standing to qualified entities. It analyzes the mechanism of pre-authorized administrative designation of entities authorized to act in court and represent consumers. Furthermore, the role of the third-party funder in collective actions is considered, highlighting potential implications for the assessment of the party's standing on the claimant side. Finally, it refers to the European preference for the inadmissibility of consumer procedural intervention in collective actions, without prejudice to the exercise of the right of opt-out.*

Keywords: *European harmonization; Consumer protection; Legal standing; Qualified entities; Prior administrative designation; Judicial review; Third-party funders; Consumer self-exclusion.*

---

[1] O presente texto serviu de base à palestra proferida no *I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva*, que decorreu aos dias 27, 28 e 29 de novembro de 2024 em Vitória [organizado pela **Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES), Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP)** e o **Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)**].

[2] Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal) ORCID: 0000-0003-2412-3411. E-mail: mjcapelo@fd.uc.pt

1. A HARMONIZAÇÃO EUROPEIA NA TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS DOS CONSUMIDORES

No âmbito europeu, a harmonização da proteção do consumidor não se tem circunscrito ao campo do direito substantivo, espraiando-se na vertente processual. Invoquem-se, a este propósito, a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo e, mais recentemente, a Diretiva (EU) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2020 que teve como objeto a conformação de um modelo (europeu) de tutela coletiva destinada à proteção dos interesses coletivos dos consumidores.

A primeira Diretiva, acima referenciada, foi transposta na Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro e a segunda ficou plasmada no Decreto-Lei n.º 114-A/2023, de 5 de dezembro[3].

A aposta nas soluções extrajudiciais de resolução de litígios de consumo – assente sobre os pilares da Lei da mediação (lei n.º 29/2013, de 19 de abril) e da Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro – continua a constituir uma via complementar e alternativa[4], mas depende da iniciativa do consumidor (individual) que revela, em regra, traços de vulnerabilidade (económica e técnica) e inércia perante práticas lesivas imputadas a grandes empresas.

Podemos elencar três fatores que determinaram a conceção de um mecanismo de tutela coletiva dos interesses dos consumidores: a "massificação" dos danos emergentes de lesão de interesses dos consumidores, o compromisso europeu de bom funcionamento do mercado interno e a exigência de um elevado nível de proteção dos consumidores.

Rodeou-se este modelo de tutela coletiva de específicas garantias de forma a que não fosse encarado como um "cavalo de Tróia" para uma "americanização" da justiça na Europa[5]. Vejam-se, por exemplo, a opção por uma designação *prévia* (antes da

---

[3] Analisamos criticamente a transposição no nosso estudo "Ações coletivas para defesa dos interesses dos consumidores: Primeiras impressões sobre a transposição portuguesa da Diretiva (EU) 2020/1828", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 153 n. 4045 (mar.-abr. 2024), p. 250-264. Neste texto reproduzimos as posições então assumidas.

[4] O sistema de resolução extrajudicial de litígios de consumo assenta numa rede de arbitragem de consumo, com atividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem promovidas e desenvolvidas em entidades com caráter institucionalizado. Para um panorama geral do enquadramento jurídico dos mecanismos extrajudiciais de litígios de consumo, entre outros, *vide*, SANDRA PASSINHAS, "Alterações recentes no âmbito da resolução alternativa de litígios de consumo", disponível em https://www.fd.uc.pt/~sandrap/pdfs/RALConsumoSP-1.pdf, p. 357 a 388.

[5] **Cf., sublinhando esta ideia, GASCÓN INCHAUSTI, F. "Acciones colectivas y derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español", in *Estándares Europeos y***

propositura da ação) das entidades legitimadas para conduzir o processo, bem como as preocupações relativas à regulamentação da figura do financiamento dos litígios por terceiros.

A coletivização da tutela, arquitectada numa legitimidade extraordinária[6] de cariz "representativo", permite contornar a falta de diligência de um grupo de lesados (a "maioria silenciosa" a que alude Damián Moreno[7]) e tem ainda o meritório efeito de dissuadir o profissional na continuação de práticas ilícitas. Os poderes de gestão do juiz[8] constituirão uma "premissa elementar"[9] dos processos coletivos, ao assegurar, por um lado, uma eficiente proteção dos interesses do grupo lesado[10] e ao prevenir, , por outro

---

***Proceso Civil: hacia un Proceso Civil convergente con Europa* / Fernando Gascón Inchausti (dir.), Pilar Peiteado Mariscal (dir.), 2022, p. 699-748, p. 706.**

[6] FREDIE DIDIER JR. e HERMES ZANETI JR. caracterizam a legitimação ao processo coletivo como "extraordinária" no sentido de se autorizar um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou coletividade, considerando dispensável a conceção de uma terceira espécie de legitimação *ad causam* para além da dicotomia legitimação ordinária- legitimação extraordinária *(Curso de Direito Processual Civil- Processo Coletivo,* 16.ª ed., Editora JusPODIVM, p. 243 a 247). Na configuração europeia, as entidades habilitadas (partes em sentido formal) litigam *em nome próprio*, em nome de interesses "alheios" (os interesses coletivos em causa), representando todos os consumidores que não se autoexcluírem. Configurará, por conseguinte, uma hipótese de legitimidade (extraordinária) representativa. PAULA COSTA E SILVA e NUNO TRIGO DOS REIS pronunciaram-se de forma detalhada sobre a legitimidade popular (a propósito da remissão constante do artigo 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, para a Lei de Ação Popular), considerando-a uma situação processual atípica que reúne elementos da legitimidade direta e da substituição processual, explicitando que o autor age em nome próprio, com o propósito da satisfação dos interesses dos consumidores e, de modo reflexo, os seus fins estatutários (cf. *Private enforcement e tutela coletiva*, Coimbra: Almedina, 2022, sobretudo p. 30 a 41).

[7] Cf JUAN DAMIÁN MORENO, «Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Anuário de Derecho Civil*, tomo LXXVI, fasc. III, 2023, p. 1151-1178, expressamente p.1163.

[8] Ao analisar a Diretiva, GASCÓN INCHAUSTI afirma que as ações coletivas envolvem um "nivel de *case management superior* al ordinario (…)" que teria justificado por parte do legislador europeu uma maior especificação e concretização dos poderes e deveres a cargo do juiz que reforçaria a confiança recíproca entre os Estados-Membros (cf., do Autor, "¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?", *cit*, p. 1318).

[9] SUSANNA OROMÍ VALL-LLVORERA (*Los poderes del juez en la resolución de conflictos colectivos: las acciones de representación, los acuerdos de resarcimiento, el procedimiento testigo y la extensión de efectos*, Marcial Pons, 2023, sobretudo p. 83 a 158) sublinha a importância dos poderes de direção e controle por parte do juiz no contexto das ações coletivas, designadamente através de modelos de gestão (para efeitos, por exemplo, de se tentar alcançar um acordo, organizar calendários de trabalho), de organização de sistemas de notificação e publicidade, de fiscalização do financiamento ou de obtenção de meios de prova.

[10] A Regra 218 constante das "Regras-Modelo Europeias de Processo Civil" (https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules) especifica poderes de gestão do juiz no âmbito de um processo coletivo, tais como a rejeição da condução do processo por uma determinada entidade qualificada, a modificação da descrição do grupo de lesados, a subdivisão do grupo em subgrupos de lesados. JORG SLADIČ afirma que a gestão processual é a essência do processo coletivo (para fins reparatórios) e anota que o elenco dos poderes não é exaustivo - i*n* STADLER ASTRID , SMITH VINCENT , GASCÓN INCHAUSTI FERNANDO (EDITORES) , *European Rules of Civil Procedure - A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Edward Elgar Publishing, 2023, p. 588 a 590 (disponível *Elgar online*). Atendendo às medidas reparatórias distintas (indemnização, reparação, substituição, redução do preço, resolução do contrato ou reembolso do valor pago) que o DL n.º 114-A/2023 acolhe (em conformidade com a Diretiva) será razoável equacionar se o tribunal poderá dividir o grupo de representados em "subgrupos" atendendo à "alternatividade" na forma de satisfação, pressupondo, evidentemente, que esta tenha sido acautelada na formulação dos pedidos (na petição) e o

lado, o exercício abusivo da ação coletiva (risco potenciado pela existência de financiamento por terceiro)[11].

Os objetivos da harmonização europeia circunscreveram-se, porém, a um "patamar mínimo" de garantias de um processo coletivo, tentando preservar ou não beliscar, as culturas ou tradições jurídicas de cada Estado-Membro. Daí que seja compreensível tanto a ausência de um esboço de uma estrutura procedimental como de «peças processuais» homogéneas[12]. No Considerando (12) determina-se que "em consonância com o princípio da autonomia processual, a presente diretiva não deverá conter disposições sobre todos os aspetos processuais relativos a ações coletivas. Assim, cabe aos Estados-Membros estabelecer regras relativas, por exemplo, à admissibilidade, à prova ou às vias de recurso, aplicáveis às ações coletivas. Por exemplo, cabe aos Estados-Membros decidir sobre o grau de similitude exigido entre pedidos individuais ou sobre o número mínimo de consumidores abrangidos por uma ação coletiva para medidas de reparação para que um processo seja admitido como ação coletiva".

.O ordenamento português goza atualmente de duas ferramentas da tutela coletiva[13]: a ação popular (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto)[14] e a ação coletiva com fins reparatórios[15] e/ou inibitórios para tutela dos interesses dos consumidores.

---

direito substantivo a admite. Só a prática confirmará a razoabilidade e viabilidade deste *case manegement*.

[11] Sobre as configurações possíveis de litigância abusiva na ação coletiva, ARTURO MUÑOZ ARANGUREN, *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, 2018, p. 95 a 100.

[12] Cf., num tom crítico e dececionado com o nível de exigência de harmonização que decorre da Diretiva, Gascón Inchausti, F. (2020). ¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2), 1290-1323. https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672, sobretudo p.1296, 1297 e 1321 a 1323. a

[13] MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA considera esta uma opção muito discutível, dado que passam a vigorar na ordem jurídica portuguesa dois regimes para matérias que não se percebe por que razão não devem possuir uma regulação comum, lamentando não se ter aproveitado a oportunidade para reformular globalmente a Lei da Ação Popular (cf. «A transposição da Diret. 2020/1828 pelo DL 114-A/2023, de 5/12: dúvidas e perplexidades», p. 4, *https://blogippc.blogspot.com/2023/12/a-transposicao-da-diret-20201828-pelo.html)*

[14] O regime da ação popular, que consta da LAP, determina que são titulares do direito de ação popular «quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos», bem como associações ou fundações destinadas à defesa da saúde pública, ambiente, qualidade de vida, proteção consumo de bens e serviços, património cultural e domínio público, interesses especialmente protegidos pela lei (arts. 2.º, n.º 1 e 2, e 1.º, n.º 2). Também as autarquias locais gozam do direito de ação popular em relação «aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respetiva circunscrição» (art. 2.º, n.º 2). Não sendo a petição inicial liminarmente indeferida (art. 13.º), vigora um regime especial de «representação processual», sendo abrangidos pela sentença todos aqueles que não se tenham auto-excluído (arts. 14.º, 15.º e 19.º).

[15] As medidas de reparação traduzir-se-ão numa "indemnização, reparação, substituição, redução de preço, rescisão de contrato ou reembolso do valor pago, conforme o caso e segundo o que esteja previsto no direito da UE ou no direito nacional" [artigo 3.º, alíneas c)].

Embora a Lei da Ação Popular regule, de modo particular, alguns institutos (artigos 13.º a 21.º), não consagra, na realidade, um "processo especial", estando longe de contemplar todas as especificidades das ações coletivas neste mundo "globalizado".

Entendemos que a relação entre os dois regimes se arquiteta tanto numa base de "especialidade" como numa lógica de complementaridade. Ou seja, o regime do Decreto-Lei n.º 114-A/2023 deve ser encarado como "especial" quando estejam em causa interesses coletivos dos consumidores, sem prejuízo da aplicabilidade subsidiária da Lei da Ação Popular[16].

Num diálogo entre os objetivos da Diretiva 2020/1828 e o Decreto-Lei n.º 114-A/2023, dedicaremos especialmente atenção à questão da legitimidade ativa, à figura do consumidor-representado e ao impacto da presença do terceiro financiador na ação coletiva.

2. A DESIGNAÇÃO ADMINISTRATIVA PRÉVIA DAS ENTIDADES COM LEGITIMIDADE REPRESENTATIVA

De acordo com as linhas traçadas pela Diretiva, a definição da parte legítima deve estar assente numa seleção *prévia* (à propositura da ação coletiva) das entidades habilitadas para intentar ações nacionais e transfronteiriças[17].

Segundo o desenho europeu, a legitimidade para intentar ações coletivas recairá sobre certas entidades (*excluídas as pessoas singulares*) e não qualquer entidade, somente aquelas que tenham superado um controle administrativo prévio. Ou seja, trata-se de uma legitimidade extraordinária cuja aferição não se esgota, por conseguinte, num controle *ope iudicis* fundado num critério de representatividade adequada. Configurou-se um regime distinto daquele adotado no *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-*

---

[16] O Decreto-Lei n.º 114-A/2023 prevê a aplicação subsidiária da Lei de Ação Popular em matérias como o exercício do *opt-out* (artigos 14.º e 15.º) e a fixação da indemnização (artigo 22.º) do. Nos termos do artigo 21.º é direito subsidiário não apenas o Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, como a Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor).

[17] Nesta configuração da legitimidade representativa, assente em prévia qualificação administrativa, distanciamo-nos do modelo norte americano no qual a ação é exercitada por um sujeito que é "representante" da classe (uma espécie de "porta voz" dos interesses do grupo) cuja representatividade adequada será aferida pelo juiz. A este propósito, ANTONIO GIDI anotou que "a cultura jurídica americana se prende firme à crença de que somente um membro do grupo, que possua interesse pessoal na controvérsia contra o réu, poderá defender adequadamente os interesses do grupo em uma ação coletiva" (Cf. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100).

América, arquitetado numa legitimidade ampla (*qualquer interessado*)[18] e num controle judicial da representatividade adequada[19].

No sistema brasileiro, a doutrina não é unânime quanto à necessidade de controle jurisdicional na averiguação da legitimação coletiva. Como referem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, há quem defenda que o legislador estabeleceu um rol taxativo de legitimados, atribuindo-lhe a natureza de presunção absoluta de que seriam representantes adequados, enquanto outros sufragam o controle judicial da representatividade adequada em cada caso concreto. Num entendimento, em que conseguem fazer convergir estas duas posições, estes ilustres Juristas sustentam que a avaliação da legitimidade ativa terá de pressupor duas fases: uma primeira na qual se averigua se existe autorização legal para determinado ente conduzir o processo; um segundo momento no qual o órgão julgador faz o controle *in concreto* da adequação da legitimidade "para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em discussão"[20].

No modelo europeu - à luz da Diretiva 2020/1828 - pretende-se imputar a determinadas autoridades extrajudiciais o controle prévio dos requisitos da legitimação coletiva. Esta não decorre automaticamente da lei, nem a sua apreciação é atribuída exclusivamente ao juiz do processo.

A Diretiva privilegiou a designação *antecipada* à propositura da ação, não incentivando, por conseguinte, a sua qualificação (para agir em juízo) numa base *ad hoc*. Para efeitos de definir os critérios de designação das entidades qualificadas para agir em juízo, em representação dos consumidores-lesados, adotou uma distinção entre "ação coletiva transfronteiriça" e "ação coletiva nacional". Quando uma entidade qualificada intentar uma ação coletiva noutro Estado-Membro que não aquele em que a entidade é *designada*, essa ação coletiva é considerada transfronteiriça; se intentar no Estado-Membro em que é *designad*a será sempre considerada "nacional", independentemente de ser demandado um profissional de outro Estado-Membro ou de se representarem consumidores de vários Estados-Membros.

Quanto às entidades qualificadas para intentar ações transfronteiriças, explicita-se na Diretiva que estas deverão estar sujeitas aos mesmos critérios aplicáveis em toda a

---

[18] Na *Exposição de Motivos* do Código-Modelo refere-se que "a legitimação é a mais aberta possível, para atender a todos os modelos já existentes de processos coletivos em Ibero-América".
[19] Arts. 2º e 3º do Código-Modelo.
[20] *Ob.cit.*, sobretudo p. 256 e 257.

União e objeto de designação prévia (administrativa)[21]. No entanto, deu "liberdade" aos Estados-Membros para estabelecerem os critérios de designação de entidades qualificadas para efeitos de propositura de ações coletivas nacionais[22].

A transposição portuguesa assentou em duas diretrizes. Somente sujeitou ao *procedimento administrativo de designação* (pela Direção-Geral do Consumidor[23]) aquela entidade nacional que quer gozar de *legitimação transfronteiriça* (legitimidade para intentar ações fora de Portugal).

Nas ações transfronteiriças, o n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 114-A/2023 determina que a entidade nacional que pretenda ser designada como entidade qualificada para efeitos de propositura de ações coletivas transfronteiriças noutros Estados-Membros deve cumprir, cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) ser uma pessoa coletiva constituída nos termos do direito português e demonstrar que exerceu doze meses de atividade pública efetiva na proteção dos interesses dos consumidores previamente ao seu pedido de designação;
b) o seu objeto social demonstrar a existência de um interesse legítimo na proteção dos interesses dos consumidores;
c) Não ter fins lucrativos;
d) não estar sujeita a um processo de insolvência, nem ter sido declarada insolvente;
e) ser independente e não ser influenciada por pessoas que não sejam consumidores, em especial por profissionais, que tenham um interesse económico em intentar uma ação coletiva, nomeadamente no caso de financiamento por terceiros, e adotar procedimentos para impedir a sua influência, bem como para impedir conflitos de interesses entre si própria, os seus financiadores e os interesses dos consumidores;
f) Disponibilizar publicamente, em linguagem clara e inteligível, na sua página de Internet ou noutro meio de acesso amplo e fácil por parte de todos os interessados, informações que demonstrem que cumpre os critérios enumerados nas alíneas anteriores, bem como informações sobre as suas fontes de financiamento, a sua estrutura organizativa, de gestão e de participação, o seu objeto social e as suas atividades.

---

[21] Considerando (25) da *Diretiva 2020/1828*.
[22] Considerando (26) da *Diretiva 2020/1828*.
[23] Que publicita uma lista das entidades qualificadas.

O pedido de designação como entidade qualificada (para efeitos de legitimação transfronteiriça) é apresentado à autoridade (administrativa) competente[24]. Este pedido deve ser acompanhado dos estatutos e comprovativo do registo de pessoa coletiva da entidade em causa; dos relatórios de atividades relativos aos dois anos anteriores ao pedido; da declaração sob compromisso de honra de ausência de processo de insolvência ou de declaração como insolvente; das cópias autenticadas de todos os acordos celebrados entre a entidade em causa e quaisquer pessoas singulares ou coletivas relativamente ao financiamento de ações coletivas ou de parte ou da totalidade da atividade da entidade em causa; e da identificação do sítio de Internet, ou de outro meio de acesso amplo e fácil, onde estejam disponíveis as informações que demonstrem que cumpre os critérios, bem como informações sobre as suas fontes de financiamento, a sua estrutura organizativa, de gestão e de participação, o seu objeto social e as suas atividades.

Já, ao invés, aquelas entidades que pretendam (apenas) intentar ações *nacionais,* não estão submetidas aos parâmetros (requisitos) aplicáveis às entidades destinadas a atuar judicialmente a nível transfronteiriço, nem à necessidade de uma prévia designação. O facto de se ter dispensado, no ordenamento português, as entidades habilitadas (para as ações nacionais) de um prévio procedimento administrativo de "qualificação" não é despiciendo, não apenas pelo facto de tal opção não respeitar as orientações da Diretiva[25], mas porque obste à aplicação prática da específica distinção entre ações nacionais e transfronteiriças constante da Diretiva (a qual depende do Estado Membro onde é "qualificada" *previamente* – à judicialização do litígio coletivo - a entidade com poder para intentar a ação).

Quanto aos requisitos da legitimação das entidades para "ações nacionais", o artigo 6.º do DL n.º 114-A/2023 impõe que as associações e as fundações[26], titulares do direito de ação popular, possuam atributos como a personalidade jurídica (condição necessária para assumir o estatuto de parte), incluam nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa[27] e não exerçam qualquer atividade concorrente com

---

[24] Em Portugal, tal controle prévio compete à Direção Geral do Consumidor.

[25] De forma pertinente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA chama a atenção para o facto de se desrespeitarem as diretrizes constantes da Diretiva ao dispensar as entidades, que intentam ações nacionais, da designação como "entidade qualificada" (cf. *A transposição da Diret. 2020/1828 pelo DL 114-A/2023, de 5/12, cit.*, expressamente p. 8 a 13). Compete à Comissão Europeia verificar se as medidas nacionais de transposição estão completas e cumprem os objetivos fixados pela Diretiva e atuar, se for o caso, em conformidade.

[26] A alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 114-A/2023 também confere às autarquias locais o direito de ação coletiva.

[27] Como clarifica DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES a legitimação pressupõe uma "vinculação entre as finalidades institucionais da associação, consagradas em seu estatuto social, e a espécie de bem jurídico

empresas ou profissionais liberais. A aditar a estes pressupostos, surge a referência à condição de o autor não ser influenciado pelo financiador[28] , assim como à inexistência de conflitos de interesses entre o financiador, a entidade e os interesses dos consumidores na condução do processo [artigo 6.º, n.º 1, al d)].

Assinale-se que a transposição portuguesa suscita algumas críticas, não apenas por ter concebido dois regimes de legitimação coletiva (diferenciando a qualificação das entidades consoante se tratem de ações transfronteiriças ou nacionais) como pela circunstância de ter utilizado uma técnica legislativa que frustrou, em parte, um modelo europeu de controle prévio da qualificação de uma determinada entidade para agir e conduzir uma ação.

Tal deve-se ao facto de, na fixação dos requisitos da designação das entidades qualificadas nacionais para efeitos de propositura de ações coletivas transfronteiriças, se "misturarem" exigências que são suscetíveis de ser aferidas ao tempo do procedimento de designação (como entidade qualificada), com outras que dificilmente se conseguirão que sejam confirmadas nessa fase.

Com este modo de regulamentar, a legitimidade das entidades qualificadas (por designação administrativa) apenas gera uma presunção. Pois esta habilitação para agir – sindicada antecipadamente por uma autoridade (não judicial) – pode ser posta em causa na pendência da causa[29]. Isto é, na configuração portuguesa da habilitação para conduzir o processo coletivo, a lei não se bastou com certas qualidades "pessoais" das entidades. De alguma forma *desvirtuou* a figura da legitimidade, trazendo para o seu seio *elementos externos* (a influência do terceiro financiador) cuja ponderação pode não ser viável no

tutelado em sede de ação coletiva" (Cf., sobre este ponto, *Manual de processo coletivo*, 7.ª ed, Editora JusPODIVM, 2024 p. 224).

[28] No Considerando (52) da Diretiva relega-se a questão da admissibilidade do financiamento dos custos do processo por terceiros para o direito nacional de cada Estado, subsumindo na figura tanto o "financiamento direto" como o "indireto" (no sentido de este ser prestado por organizações que são financiadas através de contribuições idênticas dos seus membros ou através de donativos, incluindo os donativos de profissionais no âmbito de iniciativas de responsabilidade social das empresas ou de financiamento colaborativo). Nos últimos anos vários instrumentos europeus (alguns deles na veste de *soft law*) têm reconhecido a figura, sem deixar de colocar limites à e atuação do financiador, na fixação do valor da contrapartida financeira e modo e tempo em que se efetiva – *vide* sobre este fenómeno gradual de reconhecimento europeu, MARIA JOSÉ CAPELO e CAROLINA CUNHA, *Práticas Anticoncorrenciais – Entre o Public Enforcement e a ação popular indemnizatória*, Gestlegal, 2023, p. 39 a 43.

[29] Sem prejuízo de termos do n.º 4 do artigo 7.º do Decreto Lei n.º 114-A/2023, a Direção Geral do Consumidor avaliar o cumprimento dos requisitos constantes do n.º 1 do mesmo preceito no mínimo de cinco em cinco anos. Este autoridade também publicita a lista de entidades qualificadas para intentar ações transfronteiriças.

procedimento de designação (como entidade qualificada) ou inclusive numa fase liminar do processo coletivo[30].

Referimo-nos, em concreto, ao requisito da alínea e) do n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 114-A/2023, atinente à independência da entidade[31] e à exigência de não ser influenciada indevidamente pelo terceiro financiador[32].

O acesso, por parte da autoridade competente para a designação como entidade qualificada, às «cópias autenticadas de todos os acordos celebrados entre a entidade em causa e quaisquer pessoas singulares ou coletivas relativa ao financiamento de ações coletivas ou de parte ou da totalidade da atividade da entidade em causa»[33] não garantirá, por exemplo, que estes terceiros financiadores não venham a interferir indevidamente na dinâmica da ação coletiva transfronteiriça. Isto é, a ausência de conflitos de interesses e a (in)dependência do autor podem não se detetar após a leitura das cláusulas do acordo de financiamento, revelando-se apenas numa fase mais tardia do processo.

Consequentemente, da designação antecipada de uma entidade como "entidade qualificada", decorrerá apenas uma presunção de legitimidade, a qual poderá ser ilidida em qualquer momento processual mediante um controle por parte do juiz.

3. O FINANCIADOR PASSIVO

Como "novidade" do regime português assinalamos o "acolhimento" da figura do terceiro financiador, que suporta as despesas e os custos da ação, com a contrapartida de uma remuneração, a qual é tratada como "despesa"[34].

---

[30] Técnica legislativa que não foi adotada na lei alemã, pois autonomizou-se a definição dos requisitos das entidades qualificadas [§ 2 *Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz (VDuG)* de 12 de outubro de 2023] da questão da influência do financiador (em detrimento dos interesses do consumidor). Quando for conhecida uma interferência indevida, determina-se no § 4 (2) que ação coletiva é inadmissível. ANDERS/GEHLE/SCHMIDT (*Zivilprozessordnung- Kommentar*, 82.ª ed., 2024, *Beck-online*, § 4 VDuG, Nm 9) assinalam que a decisão de inadmissibilidade deve funcionar como última *ratio*, devendo-se, em conformidade com o n.º 4 do artigo 10.º, da Diretiva, dar a possibilidade ao autor de rejeitar ou alterar os termos do financiamento.

[31] Segundo o disposto no n.º 2 do artigo 7.º Decreto-Lei n.º 114-A/2023.- "Para efeitos do disposto na alínea e) do número anterior, entende-se que uma entidade qualificada é independente se for exclusivamente responsável por tomar as decisões de intentar, desistir ou transacionar no âmbito de uma ação coletiva, tendo por princípio orientador a defesa dos interesses dos consumidores".

[32] Cf., a este propósito, artigos 6.º, n.º 2, 10.º, n.ºs 3 a 5, e 7, do Decreto-Lei n.º 114-A/2023.

[33] O dever de facultar o acesso aos acordos de financiamento pode suscitar dúvidas sobre o leque de sujeitos processuais a quem deve ser revelado. Quer-nos parecer que deverá distinguir-se a amplitude de divulgação consoante o sujeito em causa. À parte contrária deve ter conhecimento tanto da síntese financeira das fontes de financiamento como da identidade do financiador. O tribunal deverá, porém, ter acesso ao contrato na sua globalidade para aferir nomeadamente a validade das cláusulas à luz dos critérios consagrados n.ºs 5 e 6 do artigo 10.º do DL n.º 114-A/2023.

[34] Se as indemnizações não foram todas elas reclamadas no prazo razoável, o tribunal deverá aferir a

A regulamentação da figura – cuja análise extravasa o objeto deste estudo – é rodeada, porém, de cautelas para prevenir conflitos de interesses e uma influência nefasta aos interesses dos consumidores. Prevê-se, de igual modo, o controle judicial da "contrapartida" financeira de acordo com critérios de justeza e proporcionalidade (embora na prática tal controle possa ser complexo) avaliados à luz das características e fatores de risco da ação coletiva em causa e do preço de mercado de tal financiamento.

O DL n.º 114-A/2023 parece assentar na admissibilidade da figura de um financiador *puramente* passivo, enquanto terceiro que não interfere no andamento do processo ou influencia de qualquer modo a condução estratégica do processo (cf. artigo 10.º, n.ºs 3 a 5).

No entanto, será irrealista acreditar que o financiador permanece totalmente alheado do processo[35]. Deste modo, o cerne da questão residirá essencialmente nos termos em que a influência do financiador se manifesta no processo[36].

Impõe-se, em conformidade, a necessidade de as entidades serem transparentes, perante o tribunal, quanto à fonte de financiamento, referindo-se que estas informações deverão permitir avaliar em que medida um terceiro poderá influenciar *indevidamente* as decisões tomadas pela entidade qualificada de uma *forma que prejudique* o interesse coletivo.

Em suma, o critério privilegiado e decisivo na avaliação judicial do grau/tipo de interferência dos terceiros financiadores deve assentar no princípio orientador que perpassa os preceitos do DL n.º 114-A/2023: a defesa dos interesses dos consumidores. Se o tribunal tiver conhecimento, provavelmente através de indícios, de uma interferência impertinente ou excessiva[37] por parte do terceiro financiador, deverá tomar as providências adequadas.

Se existirem cláusulas, no acordo de financiamento, cujo conteúdo evidencie um risco sério e provável de controle nefasto (aos interesses dos consumidores) da gestão do processo por parte do financiador, o tribunal deverá convidar a entidade habilitada a proceder a alterações (de preferência tal controle deverá ser feito na fase inicial do

---

"justiça e proporcionalidade" da remuneração do financiador para efeito de a imputar nas "despesas em que incorreu o demandante por força da ação".

[35] Cf, sobre o acompanhamento do processo por parte do financiador e grau de interferência tolerado, MARIA JOSÉ CAPELO e CAROLINA CUNHA, *Práticas Anticoncorrenciais – Entre o Public Enforcement e a ação popular indemnizatória, p. 55 a 58*

[36] Referindo a importância de medidas que previnam a influência indevida por parte do financiador, PAULA COSTA E SILVA/NUNO TRIGO DOS REIS, *Private enforcement e tutela coletiva, cit.*, p. 131 e 132.

[37] Esta independência e ausência de conflito de interesses revestirão particular importância quando estão em causa as decisões de desistir ou transigir no âmbito de uma ação coletiva.

processo). O mesmo convite deve ser dirigido ao demandante naquelas situações em que seja manifesta uma interferência impertinente do financiador no decurso do processo.

Se o demandante nada fizer para garantir o respeito da independência (do financiador), a sua legitimidade é "rejeitada" (na expressão legal[38]), podendo o Ministério Público substituir-se ao demandante (n.º 9 do artigo 10.º).

4. O PAPEL DO CONSUMIDOR: ENTRE A REPRESENTAÇÃO E A AUTOEXCLUSÃO

À luz da Diretiva, os "consumidores individuais" *não* podem assumir o estatuto de *parte demandante* no processo[39], especificando-se no Considerando (36) que «em caso algum poderão os consumidores individuais interferir com as decisões processuais tomadas pelas entidades qualificadas, requerer individualmente elementos de prova no âmbito do processo ou interpor um recurso individual das decisões processuais do tribunal ou da autoridade administrativa que conhece da ação coletiva (…)».

Confiou-se o poder de conduzir o processo às entidades, que o exercem de forma altruística, em prol dos interesses dos consumidores representados[40].

Numa interpretação conforme à Diretiva, os consumidores apenas podem exercer unicamente o direito de autoexclusão (sendo despiciendo/inútil qualquer manifestação expressa de aceitação da representação), não gozando, por conseguinte, de legitimidade para intervir como *parte principal* nas ações reparatórias.

Em nome da eficiência do processo, a qualidade de parte principal está, por conseguinte, reservada às entidades que se consideram qualificadas. E serão também essas razões que levam a lei alemã a rejeitar também uma qualquer forma de intervenção do representado-lesado, inclusive como parte acessória[41].

---

[38] Constante também da Diretiva – artigo 10.º, n.º 4.

[39] Poderão fazê-lo ao abrigo da Lei da Ação Popular, atendendo à legitimidade popular de cada cidadão constitucionalmente tutelada.

[40] No leque dos "representados", subsumem-se também aqueles consumidores que não tem a residência habitual em Portugal à data da citação dos titulares dos interesses em causa na ação coletiva, tendo estes de manifestar, de forma expressa (embora não se exija formalidade especial), a vontade de ser representado na ação (cf. n.º 1 do artigo 12.º).

[41] Da leitura do § 13 (2) VDuG decorre que não é admissível a intervenção acessória (espontânea ou provocada) do consumidor. A doutrina alemã aponta como razão principal deste regime o interesse da efetividade e da eficiência (cf. *Anders/Gehle/Schmidt*, VDuG § 13 Rn 5; e RÖTHEMEYER, *VDuG – Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz,Nomos*, 2024, p. 169).

Embora ao consumidor seja vedada a participação no processo[42], tal não significa que lhe seja cerceado o direito de propor uma ação para tutelar exclusivamente o seu interesse individual. Mas só poderá fazê-lo se se autoexcluir. Se o consumidor não se autoexcluir, fica *impedido* de intentar individualmente uma ação, com os *mesmos pedido e causa de pedir*, contra o mesmo demandado.

Optou-se pela previsão de um *impedimento processual* à propositura da ação individual[43] enquanto não for exercitado o direito de autoexclusão. Neste circunstancialismo, se o consumidor intentar uma ação individual e não se tiver autoexcluído, o tribunal deverá absolver o réu da instância com base nesta especial exceção dilatória[44].

Saliente-se o facto de tal prerrogativa de autoexclusão poder ocorrer em diversos momentos temporais[45], inclusive quando um consumidor individual se queira desvincular de uma transação coletiva celebrada na pendência da ação (coletiva).

No DL n.º 114-A/2023 não foi ponderada a hipótese de ser proposta uma ação coletiva na pendência de uma causa individual cujo autor seja um consumidor "abrangido" no leque dos "representados" daquela ação. Somos de opinião que, neste caso, este consumidor terá (ou deverá ter) ao seu alcance a possibilidade se se autoexcluir para poder prosseguir a ação individual (ciente de que não pode beneficiar de uma dupla reparação[46]) ou, em alternativa, desistir da instância[47], na ação individual, para ficar abrangido pelo caso julgado que vier a ser formado na ação coletiva[48].

---

[42] Diversamente no Código-Modelo Ibero-Americano dá-se "conhecimento do ajuizamento da ação aos possíveis interessados, para que possam intervir no processo, querendo, como assistentes ou coadjuvantes, sendo-lhes vedado, porém, discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento" (Cf. *Exposição de Motivos)*.

[43] Nos termos do n.º 4 do artigo 15.º da Lei da Ação Popular, *ex vi* n.º 3 do artigo 12.º, a representação pelo autor é suscetível de recusa pelo consumidor até ao termo da produção da prova ou fase equivalente.

[44] Em caso de concurso de ações coletivas, já tivemos ocasião de sustentar o entendimento de que, não obstante a diversidade do titular da ação coletiva, se o objeto for idêntico, ocorrerá um fenómeno de litispendência – Cf. MARIA JOSÉ CAPELO e CAROLINA CUNHA, *Práticas Anticoncorrenciais – Entre o Public Enforcement e a ação popular indemnizatória, cit.*, sobretudo 30 a 37.

[45] Devendo entender-se que cessará quando o processo terminar por uma decisão que não aprecie o mérito.

[46] Reza o artigo 9.º, n.º 4, *in fine*, da Diretiva, que "os Estados-Membros estabelecem igualmente regras que assegurem que os consumidores não recebam uma indemnização mais do que uma vez pela mesma causa de pedir contra o mesmo profissional".

[47] Embora a desistência da instância esteja dependente da aceitação do réu se for feita depois da contestação (artigo 286.º, n.º 1, do CPC).

[48] A propositura de uma ação coletiva para reparação (n.º 2 do artigo 14.º); interrompe os prazos de prescrição relativos a direitos de indemnização dos consumidores nela representados.

5. CONCLUSÃO

No modelo europeu de tutela dos interesses coletivos dos consumidores, a determinação dos organismos com legitimidade para conduzir uma ação segue um sistema de designação prévia. Isso significa que, antes de propor uma ação coletiva, as organizações privadas devem ser previamente reconhecidas como aptas, atendendo a critérios específicos (legais) de qualificação. A Diretiva adotou esse critério para garantir que apenas entidades credenciadas possam atuar em defesa dos direitos coletivos dos consumidores.

Quanto estejam em causa ações coletivas reparatórias, o modelo europeu rejeitou a participação do consumidor-lesado no processo nas vestes de parte principal ou acessória. Tal deve-se, por um lado, a razões de eficiência e, por outro, à credibilidade que caracteriza (ou deva caraterizar) as organizações que superaram o filtro da qualificação (antecipada).

No Código-Modelo Ibero-Americano de Processos Coletivos, a linha adotada para a legitimidade ativa difere significativamente do modelo europeu. Em vez de exigir uma designação prévia das entidades aptas a atuar, esse modelo segue um critério mais flexível e amplo. A adequação de um sujeito/ente como representante legítimo está sujeita a um controle casuístico e judicial.

Em Portugal, a transposição da Diretiva revelou-se imperfeita, pois circunscreveu o procedimento administrativo de qualificação às entidades que pretendam gozar de legitimação (coletiva) transfronteiriça (ou seja intentar ações noutros Estados-Membros). Para além de se ter incorporado o requisito da independência da entidade (e da exigência de esta não ser influenciada indevidamente pelo terceiro financiador de litígios) na ponderação do estatuto de "entidade qualificada". Deste modo, a legitimação coletiva passou a depender não apenas da qualificação prévia como de uma avaliação judicial, *ad hoc*, do grau de interferência do financiador no desenrolar do processo.

No entanto, abstraindo-se do impacto da figura do *third funder* nas ações coletivas, o confronto entre o modelo europeu e aquele emergente do Código Ibero-Americano de Processos Coletivos permite-nos identificar dois possíveis caminhos para a definição dos sujeitos ou entidades dotados de legitimação coletiva: a concentração da legitimidade em determinadas entidades previamente qualificadas ou, alternativamente, a concessão ampla desse poder, condicionado à verificação judicial, *in concreto*, de um critério de representatividade adequada. Agora, com a transposição da Diretiva ainda recente,

hesitamos entre a previsibilidade e a segurança do esquema europeu ou a "porta" mais ampla de acesso à justiça gizada no Código-Modelo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anders/Gehle/Schmidt, Zivilprozessordnung- Kommentar, 82.ª ed., 2024, Beck-online.

Capelo, Maria José, "Ações coletivas para defesa dos interesses dos consumidores: Primeiras impressões sobre a transposição portuguesa da Diretiva (EU) 2020/1828", Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, Ano 153 n. 4045 (mar.-abr. 2024), p. 250-264.

Capelo, Maria José/ Cunha, Carolina. Práticas Anticoncorrenciais – Entre o Public Enforcement e a ação popular indemnizatória, Coimbra:Gestlegal, 2023.

Damián Moreno, Juan, «Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», Anuário de Derecho Civil, tomo LXXVI, fasc. III, 2023, p. 1151-1178.

Didier Jr., Fredie/ Zaneti Jr.; Hermes, Curso de Direito Processual Civil- Processo Coletivo, 16.ª ed., Editora JusPODIVM.

Gascón Inchausti, F. (2020). ¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva? Cuadernos de Derecho Transnacional, 12(2), 1290-1323. https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672,

Gascón Inchausti, F. "Acciones colectivas y derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español", in Estándares Europeos y Proceso Civil: hacia un Proceso Civil convergente con Europa / Fernando Gascón Inchausti (dir.), Pilar Peiteado Mariscal (dir.), 2022, p. 699-748.

Gidi, Antonio, A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Muñoz Aranguren, Arturo, La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios, Marcial Pons, 2018.

Neves, Daniel Asumpção, Manual de processo coletivo, 7.ª ed, Editora JusPODIVM, 2024.

Oromí Vall-Llvorera, Susanna, Los poderes del juez en la resolución de conflictos colectivos: las acciones de representación, los acuerdos de resarcimiento, el procedimiento testigo y la extensión de efectos, Marcial Pons, 2023

Passinhas, Sandra "Alterações recentes no âmbito da resolução alternativa de litígios de consumo", disponível em https://www.fd.uc.pt/~sandrap/pdfs/RALConsumoSP-1.pdf, p. 357 a 388.

Röthemeyer, VDuG – Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz,Nomos, 2024.

Silva, Paula Costa e/ Reis, Nuno Trigo dos Private enforcement e tutela coletiva, Coimbra: Almedina, 2022.

Sousa, Miguel Teixeira de, «A transposição da Diret. 2020/1828 pelo DL 114-A/2023, de 5/12: dúvidas e perplexidades», https://blogippc.blogspot.com/2023/12/a-transposicao-da-diret-20201828-pelo.html. Acesso setembro 2024.

Stadler,Astrid/Smith, Vincent/Gascón Inchausti, Fernando (editores) , European Rules of Civil Procedure - A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules, Edward Elgar Publishing, 2023 (disponível Elgar online) Acesso outubro 2024.

EFECTOS COLECTIVOS O DIFUSOS DE LAS DECISIONES JUDICIALES INDIVIDUALES DICTADAS EN EL PROCESO DE PROTECCIÓN EN CHILE: DE LA ESCASA LEGISLACIÓN HACIA LA CREACIÓN JUDICIAL

MASIVE EFFECTS OF INDIVIDUAL JUDICIAL DECISIONS ISSUED IN THE HABEAS CORPUS IN CHILE: FROM THE SCARCE LEGISLATION TO THE JUDICIAL CREATION

Sophía Romero Rodríguez[1]

SUMÁRIO: 1. Introducción. **2.** Regulación y comprensión dogmática de la acción de protección en Chile. **3.** Algunos casos que ejemplifican esta tendencia. **3.1.** Corte Suprema, Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca y otra", rol N° 131.140-2020, de 23 de marzo de 2021. Derecho a la vida. Derecho humano al agua. **3.2.** Corte Suprema, Francisco Chahuán con Empresa Nacional de Petróleos y acumuladas, rol N.º 5888-2019 y acumuladas, de 28 de mayo de 2019. Derecho a la vida, derecho a la salud y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. **3.3.** Caso ISAPRE. Corte Suprema. Anabalón con ISAPRE Colmena Golden Cross S.A., Rol Nº 16.630-2022, de 30 de noviembre de 2022. Derecho de propiedad, derecho a la igualdad ante la ley, no ser objeto de discriminaciones arbitrarias. **4.** Reflexiones finales. **5.** Referencias bibliográficas.

RESUMO: El trabajo describe la regulación y comprensión dogmática de la acción de protección como mecanismo de tutela de derechos fundamentales en Chile, con el objeto de analizar su evolución hacia un mecanismo de amparo de derechos colectivos e intereses supraindividuales a falta de una normativa específica que permita accionar a través de una vía ordinaria. Por último, se presentan algunas reflexiones en torno a las consecuencias de esta evolución.

Palabras-chave: Derechos individuales; Intereses colectivos y difusos; Tutela de derechos.

ABSTRACT: *The paper describes the regulation and theorist understanding of the habeas corpus as a mechanism for the protection of fundamental rights in Chile, with the purpose of analyzing its evolution towards a class action in the absence of a specific regulation that allows action through an ordinary channel. Finally, some reflections on the consequences of this evolution are presented.*

Keywords: *Rights; Collective and diffuse interests; Protection of rights.*

---

[1] Doctora en Derecho por la U. de los Andes (Chile). Profesora de Derecho procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Correo electrónico sophia.romero@pucv.cl. La autora de este trabajo agradece a los profesores Hermes Zanetti Jr., Santiago Pereira Campos y Macarena Vargas Pavez, por la oportunidad para investigar sobre esta cuestión; como también el apoyo de la Facultad y Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

1. INTRODUCCIÓN

En los diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, encontramos instrumentos de tutela de derechos fundamentales, los que genéricamente se han llamado amparo[2].

Acción de protección es el nombre que toma en Chile el amparo de derechos fundamentales. Constituye un proceso que es competencia de los tribunales ordinarios de justicia, en particular, de las cortes superiores (de Apelaciones y Suprema).

Aunque esta acción constituye un mecanismo procesal de tutela de derechos fundamentales, se ha utilizado como uno de tutela de derechos colectivos e intereses supraindividuales a falta de mecanismos formales en la ley chilena destinados a tal objeto.

En Chile, carecemos de una normativa procesal general para la tutela de intereses colectivos, como lo que ocurre en Brasil y en otros países latinoamericanos (Venegas, 2013). Sólo existe una normativa especial en materia de protección de intereses de los consumidores dentro del texto vigente de la Ley N.°19.496, cuya aplicación es restringida.

Aunque las normas procesales de la protección están diseñadas para la tutela de intereses individuales, se ha generado un efecto expansivo en su aplicación, extendiendo el impacto de sus decisiones hacia la protección de intereses colectivos o difusos. Este fenómeno refleja tanto la carencia de una legislación específica para este tipo de intereses como también el protagonismo de la Corte Suprema en su desarrollo judicial.

Para graficar estas dos cuestiones, este trabajo tiene dos partes. La primera describe la regulación de la acción de protección como también las características que su procedimiento tienen para explicar su utilización como un método para la tutela de derechos e intereses supraindividuales. La segunda, revisa algunos casos emblemáticos en donde se ha utilizado la acción de protección para la tutela de derechos colectivos por parte de los justiciables, y un último que desnaturaliza completamente la figura, pero por iniciativa de nuestro máximo tribunal de justicia, cuestión que ha repercutido de forma importante en la configuración de la separación de poderes vigente. Al final, unas reflexiones en torno a su uso y evolución en Chile.

---

[2] Efectuando un levantamiento del reconocimiento constitucional de esta clase de acciones, véase Nogueira, 2010.

2. REGULACIÓN Y COMPRENSIÓN DOGMÁTICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN CHILE

El procedimiento de la acción de protección se caracteriza por su celeridad y simplicidad. Probablemente esta ha sido una de las razones por las que se ha generado su uso masivo para la protección de intereses y derechos subjetivos individuales. Del mismo modo, el hecho de que la Constitución chilena reconozca el derecho de propiedad como derecho fundamental, ha permitido la utilización de esta herramienta procesal para tutelar casi cualquier derecho invocando una especie de propiedad sobre los derechos subjetivos que se tengan respecto de cualquier situación[3].

Sobre la acción de protección, se ha dicho que se trata de un proceso especial de tutela de urgencia de derechos fundamentales la que ha sido desaprovechada por la práctica jurisprudencial, debido a la falta de un análisis procesal de la figura (Bordalí, 2004, 270-271; 275), quien critica el uso del concepto acción, por estimarlo un concepto aplicable de modo exclusivo al derecho fundamental a la posibilidad de acceder a la jurisdicción como derecho fundamental. Sin embargo, dicho cuestionamiento se opone a la tradición romano continental en la que los ordenamientos latinoamericanos, entre ellos el chileno, se han forjado.

Sin perjuicio de que compartimos la caracterización previa del proceso de protección como un mecanismo de tutela de urgencia, la mayor parte de la doctrina procesal y la jurisprudencia lo califican como un instrumento cautelar (Tavolari, 1994, 138); cuestión que si bien ha sido objeto de críticas por la doctrina, la misma se ha matizado ampliando el significado de la instrumentalidad de las medidas cautelares hacia la garantía de eficacia de la tutela jurisdiccional, ya no solo en términos estrictos respecto de una sentencia judicial, aceptando en este sentido el carácter cautelar de la misma (Bordalí, 2004, 283).

La regulación de esta acción se encuentra de forma básica en el art. 20 de la Constitución Política. A falta de una regulación legal, la Corte Suprema, desde muy temprano ha dictado diversos autos acordados que entregan una regulación detallada sobre los diversos trámites que se requieren para obtener una decisión[4].

---

[3] Teoría que se ha venido en llamar propietarización de los derechos, véanse más detalles en Vergara, 1991-1992.

[4] Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo de la acción de protección, contenido en el Acta 94-2015, de Diario Oficial 28 de agosto de 2015, cuya última modificación es del año 2018. Documento electrónico disponible en

Las principales etapas del proceso son:

1. Interposición de la acción: la acción debe ser presentada ante la Corte de Apelaciones respectiva[5] mediante la Oficina Judicial Virtual[6], dentro del plazo de 30 días corridos desde que se produjo el hecho que justifica la acción o desde que se toma conocimiento de él. Este plazo está previsto en el auto acordado, por lo que resulta discutible dentro de la constitucionalidad de las normas procesales, que una norma infra legal pueda limitar el ejercicio de derechos constitucionales e instrumentos que permiten su protección y que están previstos en la propia Carta Fundamental.
2. Admisibilidad y traslado al recurrido: recepcionada la presentación, el tribunal deberá verificar si la acción se ejerció dentro de plazo; si los hechos que se plantean pueden constituir una vulneración a las garantías constitucionales protegidas por la acción[7]. Si es inadmitida, es posible solicitar la reposición de la resolución dentro tercero día, y en subsidio, un recurso de apelación para ante la Corte Suprema.

Una vez admitida a trámite, se solicita al recurrido que entregue un informe, dentro de un plazo breve, planteando lo que estime pertinente en torno a la acción junto con la orden de acompañar todos los antecedentes que obren en poder del recurrido.

3. Informe del recurrido: Junto con el informe, que se puede evacuar o no por la recurrida, el tribunal puede solicitar mayores antecedentes de parte de terceros. Transcurrido el término para evacuar el informe, el tribunal deberá incluir la causa en las tablas que se confeccionan para que sean conocidas por las distintas salas del tribunal.
4. Vista y fallo: el día fijado para la vista conforme la tabla, el tribunal resolverá el asunto escuchando la relación efectuada por el relator y los alegatos de las partes (si se anunciaron para ello). La decisión, por escrito, deberá ser dictada -por regla general- dentro del plazo de 5 días contados desde la celebración

https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080916&idParte=

[5] La que corresponda a aquella en que se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, o donde éstos hubieren producido sus efectos, a elección del recurrente.

[6] Se trata de una plataforma tecnológica administrada por el Poder Judicial mediante la cual se tramitan los expedientes judiciales. Desde el 2015, no existen expedientes en papel en los tribunales que forman parte del Poder Judicial en Chile, de modo tal que todas las presentaciones, junto con efectuarse en dicha plataforma, se alojan en ese sitio. Para más información, véase Oberg, 2016.

[7] Cabe advertir, que debido al período histórico en el cual se dictó y aprobó la Constitución chilena, esta acción no permite la accionabilidad de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sino que solo aquellos que la propia norma recoge.

de la vista. Las decisiones dictadas pueden ser apeladas para ante la Corte Suprema dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación del fallo.

La decisión del tribunal, conforme la Constitución, podrá disponer todas las medidas que se estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho.

Además, cabe advertir que la decisión en este proceso, no limita la posibilidad de quien se sienta afectado con ella, ejercer las acciones en procesos ordinarios que sean procedentes.

Cabe mencionar, que la acción de protección se concibió para la tutela de derechos fundamentales, pero sin atender a la diferenciación entre derechos individuales y colectivos. Sin perjuicio de lo anterior, se ha constatado en la doctrina que la acción de protección no es una acción popular (Larroucau, 2019, 266) de forma tal que resulta necesario invocar la titularidad de un derecho fundamental específico, por el actor, quien lo invoca por sí mismo o en favor de un tercero.

También, se sostiene en la literatura procesal que el proceso de protección no es uno que tenga dos partes, sino que la participación se agota con el requerimiento de amparo por parte del justiciable (Errázuriz y Otero, 1989, 40-41), sin embargo, se ha planteado que, en el proceso de protección, no se debe confundir la supresión total del contradictorio con una supresión cualitativa o cuantitativa de él o su postergación para un proceso posterior eventual (Bordalí, 2004, 278).

Sin perjuicio de esta apreciación, resulta complejo desde la perspectiva de la comprensión de las tutelas colectivas que la acción de protección no contemple, en su fisonomía normativa un sujeto pasivo claro, ya que la regulación solo permite que el recurrido de protección pueda a hacerse parte, cuestión que queda entregada al arbitrio de este y no a la configuración que de la pretensión haga el actor. Lo anterior, por el hecho que, en el contexto de la acción colectiva, siempre es claro quien el demandado, sin perjuicio que la figura del demandante se complejiza con ocasión del concepto de representatividad adecuada.

En este sentido, aunque se ha dicho que la acción de protección estaría configurada regularmente como un mecanismo de tutela individual cuya configuración colectiva estaría dada exclusivamente en el caso de la protección del medio ambiente (Larroucau, 2019, 266-268), lo cierto es que la Constitución no distingue, por lo que es precisamente esta amplitud la que permite -y que ha permitido en la práctica- su uso por los justiciables

para la protección de derechos colectivos, o a lo menos, de derechos individuales homogéneos.

Este es el modelo que se implementó a partir de la década de los 70 del siglo pasado en EE. UU. a partir del movimiento de los derechos civiles, lo que significó que los abogados utilizaran esta herramienta para litigios masivos, no solo de los clásicos de medio ambiente y consumidor, sino también para la eliminación de conductas estatales discriminatorias en materia de educación, seguridad social, servicios penitenciarios, entre otros (Hensler, 2009, 8).

Así, si bien las categorías que se han utilizado para construir esta acción de tutela, siguen siendo las relativas a la protección de intereses individuales, ello no resta la efectividad que en la práctica han tenido para la protección de derechos colectivos e intereses supraindividuales. Sin perjuicio de ello, se deben seguir explorando instrumentos especialmente destinados a garantizar la ejecución de las medidas decretadas, ya que como veremos, ello ha sido la principal dificultad.

Particularmente resulta útil dentro de las categorías de proceso individual para el efecto colectivo o difuso que se podría atribuir a las decisiones dictadas, el concepto de unilateralidad de la acción, versus la comprensión del contradictorio que engloba cualquier proceso en donde se ejerce jurisdicción. En este sentido, uno de los mayores problemas que presentan los mecanismos de tutela colectiva a nivel global es el concepto de representatividad adecuada (Hensler, 2010, 9), cuestión que en el ámbito de la protección no ha sido discutido en el ámbito de los derechos colectivos, pero sí en el ámbito de los derechos individuales homogéneos, como ocurre a propósito del caso ISAPRES[8].

3. ALGUNOS CASOS QUE EJEMPLIFICAN ESTA TENDENCIA

La jurisprudencia chilena ha demostrado que la acción de protección puede ser utilizada para la tutela de intereses colectivos y difusos. Si bien la estructura procesal utilizada ha sido la de derechos individuales, ello no obsta que los efectos de las decisiones se han extendido a sujetos que no fueron parte del proceso formalmente como sujetos activos. Trataremos tres casos, que destacan en tal sentido.

[8] Instituciones de Salud Previsional, conforme el DFL N.º 1, del Ministerio de Salud, de Diario Oficial de 24 de abril de 2006 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N.° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469.

3.1. Corte Suprema, *Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca y otra*", rol N° 131.140-2020, de 23 de marzo de 2021. Derecho a la vida. Derecho humano al agua.

En este caso, la acción de protección se ejerció por una entidad gubernamental en representación de 11 personas, residentes de las comunas de Petorca, La Ligua y Cabildo (en la zona centro de Chile) en contra de dos órganos administrativos.

Las vulneraciones se hicieron consistir en omisiones ilegales por parte de las autoridades recurridas, en cuanto a no adoptar las medidas necesarias para proveer de agua potable, en cantidad suficiente y adecuada, para abastecer a las comunidades de las cuales son miembros los demandantes.

El tribunal de primera instancia rechazó la acción señalando que uno de los organismos administrativos, al mantener la vigencia de medidas administrativas que proveían de 50 litros diarios por persona, no había sido cuestionada en su oportunidad por los recurrentes, razón por la cual deciden rechazar la acción de protección (Moraga e Illanes, 2021).

La Corte Suprema, conociendo de un recurso de apelación en contra de la sentencia, la revoca parcialmente señalando que las omisiones de las recurridas vulneran el derecho a la vida de las comunidades el que se hace efectivo mediante el reconocimiento del derecho humano al agua, el que se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile, que le imponen obligaciones positivas para hacerlos efectivos (considerandos 11º y 12º de la sentencia de 2º instancia). En relación con las declaraciones y órdenes contenidas en el fallo, se señala:

Se ordena a los recurridos Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso, y la Gobernación Provincial de Petorca, adoptar todas las medidas necesarias, a fin de asegurar a los recurrentes y a la comunidad de Petorca, con especial énfasis en las categorías protegidas por el Derecho Internacional, un abastecimiento de agua para uso y consumo humano no inferior a 100 litros diarios por persona, para lo cual deberán coordinarse con las autoridades del nivel central, Regional y comunal competentes, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por esta Corte.

Específicamente, deberán recabar de la Subsecretaría del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública la modificación a la brevedad del Oficio Ordinario N°18.087 de 18 de agosto de 2016, y la transferencia de recursos con cargo al presupuesto

de dicha repartición pública, para atender a situaciones de emergencia y al pago de gastos extraordinarios relativos a la compra de camiones aljibe, destinados al abastecimiento de agua potable de sectores de la Provincia de Petorca, afectados por la situación de extrema escasez hídrica que afecta a varias Regiones del país, entre ellas, la Quinta Región de Valparaíso.

Como se puede apreciar, en este caso, las recurrentes invocaron dentro de los hechos que justificaban la acción un conjunto de actos administrativos con efectos generales cuyo objetivo era alterar su contenido originario. Ello explica que la decisión judicial pueda surtir efectos generales, sin que ello entrañe ningún cuestionamiento. Sin perjuicio de ello, si se revisa el contenido de las medidas, es posible advertir algún grado de intromisión en la actividad administrativa, especialmente en relación con la cuestión presupuestaria de los órganos involucrados, lo cual resulta a lo menos discutible en el contexto del ejercicio separado de funciones estatales.

Lo anterior no extraña, ya que la acción de protección, junto con ser una vía procesal sumaria destinada a la resolución rápida de problemas de índole fundamental y civil, se ha usado como sustituto del contencioso-administrativo, a falta de una jurisdicción general en la materia (Ferrada y otros, 2003).

Dicho de otro modo, ¿resulta razonable a la luz de la necesaria deferencia entre órganos del Estado que un tribunal pretenda fijar el modo en que se ejecuta una partida presupuestaria?

3.2. Corte Suprema, *Francisco Chahuán con Empresa Nacional de Petróleos y acumuladas*, rol N.º 5888-2019 y acumuladas, de 28 de mayo de 2019. Derecho a la vida, derecho a la salud y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Las Municipalidades de Quintero y Puchuncaví, varios órganos de la Administración del Estado, un conjunto de habitantes de la zona y organizaciones de la sociedad civil (ONG), interpusieron diversos recursos de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso invocando la vulneración de los derechos antes indicados, en razón de verse afectados por náuseas, vómitos, mareos e incluso desvanecimientos después de inhalar gases que producían un olor nauseabundo en la zona de Quintero y Puchuncaví.

Dichos gases habrían sido emitidos por las empresas que operan en la zona desde hace décadas por medio de diversas industrias contaminantes, como una central termoeléctrica, una fundición de cobre, un terminal gasífero, una refinería, una planta productora de cemento, etcétera, las que constituyen, entre todas, un complejo industrial intenso en fuentes emisoras de gases (Carrasco y Toresano, 2019, 5).

La acción fue dirigida en contra de las empresas por la generación de los gases y compuestos químicos que habrían producido la alerta indicada (ENAMI[9] y ENAP[10]); además de los Ministerios del Medio Ambiente, de Salud y del Interior, la Superintendencia del Medio Ambiente y la Intendencia de Valparaíso, por los incumplimientos en que estos distintos organismos habrían incurrido al no adoptar medidas de prevención, deberes de control y de sistematización de la información, así como de fiscalización y represión de conductas ilícitas, reprochándoles, junto a ello, el no haber actuado de manera coordinada.

Luego de haber sido rechazadas las acciones en primera instancia por el tribunal a quo, la Corte Suprema conforme la norma del art. 66 del Código Orgánico de Tribunales acumuló diversos recursos de apelación deducidos en contra de las decisiones dictadas por el tribunal de primera instancia.

En definitiva, la Corte Suprema acogió las acciones interpuestas, revocando los fallos de primera instancia, disponiéndose que las autoridades administrativas de los distintos niveles de gobierno, esto es, comunal, provincial, regional y nacional, debidamente coordinadas entre sí y con las demás magistraturas, órganos y funcionarios públicos que fueren pertinentes, adoptando las medidas dispuestas en la sentencia, consistentes en que:

a) La autoridad sectorial deberá efectuar, a la brevedad, los estudios pertinentes para establecer, de manera cierta y debidamente fundada, cual es el método más idóneo y adecuado para identificar, como para determinar la naturaleza y características precisas de los gases, elementos o compuestos producidos por todas y cada una de las fuentes presentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví.
b) Una vez evacuado el estudio aludido, la autoridad administrativa deberá disponer en breve plazo lo pertinente para implementar las acciones que se desprendan de dicho informe, en el que se habrá debido evaluar la

[9] Empresa Nacional de Minería.
[10] Empresa Nacional de Petróleos.

procedencia de instalar filtros o dispositivos que permitan identificar y medir esos compuestos o elementos directamente en la fuente, como puede ser en las chimeneas utilizadas en los procesos industriales.

c) El Ejecutivo dispondrá lo adecuado para que las medidas que surjan del informe aludido estén cabalmente implementadas y, además, en disposición de comenzar a operar, en el término máximo de un año, contado desde el día en que esta sentencia se encuentre firme.

d) Una vez ejecutadas las acciones sugeridas en ese estudio, esto es, recopilada la información idónea y pertinente, las autoridades sectoriales deberán realizar las actuaciones apropiadas para determinar, a la brevedad y con precisión, la identidad de todos y cada uno de los elementos o compuestos dañinos para la salud y para el medio ambiente generados por las distintas fuentes existentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, y para establecer con detalles cuáles son sus características, fuentes y efectos en la salud de la población y en los distintos elementos que componen el medio ambiente, sea que se trate del aire, del agua o del suelo.

e) Establecido lo anterior, las instalaciones y fuentes que generen tales elementos deberán reducir las emisiones de estos a las cifras que para cada uno de ellos establecerán las autoridades administrativas competentes, quienes a la brevedad fijarán los parámetros pertinentes, mismos que deberán comenzar a regir, a su turno, en un plazo acotado y preciso que se establecerá por la autoridad administrativa.

f) Se dará inicio a la brevedad a los procedimientos pertinentes para ponderar la pertinencia y utilidad de reformar, incrementando, incluso, si fuere necesario, los niveles de exigencia aplicables a los distintos elementos, gases o compuestos producidos en las diferentes fuentes presentes en la Bahía de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, las normas de emisión, de calidad ambiental y demás que resulten aplicables a la situación de contaminación de la mentada Bahía.

g) Una vez identificados y cuantificados los elementos nocivos para la salud y para el medio ambiente, la Autoridad de Salud deberá adoptar las medidas pertinentes, útiles y necesarias para resguardar la salud de la población afectada por la contaminación existente en las comunas de Quintero y Puchuncaví, incluyendo entre ellas la elaboración de un diagnóstico de base

de las enfermedades detectadas a la población de esas comunas que permita determinar qué patologías han sido producidas por la contaminación del aire, del suelo y del agua; asimismo, deberá implementar un sistema de seguimiento de los casos detectados para verificar la prevalencia y supervivencia de esas patologías; también habrá de adoptar medidas de vigilancia epidemiológica en la zona de emergencia; asimismo, una vez completado el diagnóstico apuntado, deberá elaborar y poner en ejecución programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población de las comunas referidas, en relación a las patologías derivadas de la situación de contaminación detectada.

Asimismo, habrá de diseñar e implementar una política destinada a enfrentar situaciones de contingencia como las que generaron la presente causa, a fin de dar satisfacción al importante aumento en la demanda de atenciones de salud.

Del mismo modo, la autoridad deberá disponer lo que fuere preciso para acometer la derivación de aquellos pacientes que, en episodios como los de la especie, requieran de tal medida de cuidado y atención de su salud.

h) Que la Oficina Nacional de Emergencia proceda, a la brevedad, a elaborar un Plan de Emergencia que permita enfrentar situaciones de contaminación como las ocurridas los días 21 y 23 agosto y 4 de septiembre de 2018 en las comunas de Quintero y Puchuncaví, instrumento en el que deberá incorporar, además, todas las medidas de coordinación, de disposición de recursos y las demás que se estimen atinentes y útiles para "solucionar los problemas derivados" de esos eventos.

i) Que cada vez que se constate la existencia de niveles de contaminación que afecten particularmente a niños, niñas y adolescentes, conforme a lo precisado por la autoridad administrativa o por los efectos que produzcan en tal población y que se expresen en una sintomatología de su estado de salud, condición que igualmente precisará la autoridad administrativa de salud y educación, las magistraturas competentes dispondrán lo pertinente para trasladar desde la zona afectada por esa situación a todas las personas que integran el señalado conjunto hacia lugares seguros, medida que se deberá mantener hasta que cese el indicado evento de crisis.

j) El resto de la población vulnerable de Quintero, Ventanas y Puchuncaví, cada vez que se produzca un evento crítico de contaminación, será trasladada desde

la zona afectada hacia lugares seguros y mientras perdure el señalado episodio.

k) Que se reevalúe la calificación de zona de latencia y de zona saturada de las comunas de que se trata, análisis a partir del cual la autoridad competente deberá adoptar las medidas que corresponda.

l) Que se cree y mantenga un sitio web en el que se incorporarán todos los datos, antecedentes, pesquisas, resultados, informes, etc., que den cuenta de las distintas actuaciones llevadas a cabo con el objeto de dar cumplimiento a las medidas dispuestas en la presente sentencia, utilizando, en la medida de lo posible, un lenguaje claro que simplifique la comprensión de los asuntos abordados.

m) Que, si con ocasión de la ejecución de las tareas previstas en el presente fallo, las autoridades recurridas detectan la concurrencia de situaciones que justifiquen la aplicación de sus atribuciones, como podría ser alguno de los supuestos previstos en el artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, den inicio a los cursos de acción pertinentes para hacer efectivas tales potestades, evaluación en la que habrán de tener en especial consideración los efectos sinérgicos que las distintas fuentes contaminantes puedan provocar en el medio ambiente de Quintero, Ventanas y Puchuncaví.

n) La Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Quinta Región deberá abordar la modificación del Plan Regulador de Valparaíso, en relación a la zona afectada por los hechos de autos, a la brevedad, considerando dicha labor como una prioridad en sus políticas sectoriales.

o) Cualquier otra diligencia o actuación que resultare necesaria para el acabado cumplimiento de lo ordenado en este fallo.

Cabe advertir, que rechazó los recursos de apelación interpuestos por algunas de las recurrentes, sosteniendo que la alegación de los demandantes, compareciendo en representación de los “demás habitantes de la comuna” resultaba improcedente conforme la naturaleza de la acción ejercitada. Esta cuestión ha sido objeto de cuestionamiento por la doctrina, precisamente porque la legitimación activa en esta clase de derechos es esencialmente colectiva (Rojas, 2019, 69).

En relación con el contenido de la decisión, ocurre que mucho de lo resuelto supone adoptar medidas administrativas que nuevamente, como en el caso examinado precedentemente, tienen efectos generales. De modo tal que resulta coherente que incluso

tales actividades produzcan efectos en toda la población de las localidades afectadas, con independencia de si recurrieron o no.

3.3. Caso ISAPRE. Corte Suprema. *Anabalón con ISAPRE Colmena Golden Cross S.A.*, Rol Nº 16.630-2022, de 30 de noviembre de 2022. Derecho de propiedad, derecho a la igualdad ante la ley, no ser objeto de discriminaciones arbitrarias.

Por último, abordo un caso que se resolvió durante el año 2023 pero que aún trae consecuencias políticas y legislativas importantes en nuestro sistema jurídico y político. Sin perjuicio que se aborda esta sentencia, se dictaron tres más en la misma línea que comentamos 25.570-2022; 14.513-2022 y 13.979-2022.

Pero para poder comprenderlo, resulta necesario explicar muy brevemente las características del sistema de salud chileno. El sistema de salud chileno es mixto: parte de la base de las cotizaciones obligatorias de la población trabajadora, sea para el sistema público (FONASA) o el privado (ISAPRES), junto con aportes estatales para aquellos sectores más vulnerables de la población.

Respecto del sistema privado, este se estructura mediante un contrato de seguro privado que suscribe el beneficiario con una de las instituciones de salud previsional, contrato que está sujeto a una regulación administrativa importante -sujeto a fiscalización de la Superintendencia de Salud- cuya prima base es el porcentaje de descuento legal a las remuneraciones a la que se le puede adicionar una suma para mejorar las prestaciones de salud que recibe el beneficiario y sus cargas.

Así, desde el montaje del sistema en la dictadura del General Augusto Pinochet, los beneficiarios afectados con el aumento unilateral de las primas de sus contratos de seguro de salud, utilizaban la acción de protección para evitar tales aumentos, argumentando una infracción a su derecho de propiedad, protegido por esta acción conforme el art. 20, por la falta de "un cambio efectivo y verificable del valor de las prestaciones médicas [...] de manera cabal, pormenorizada y racional" (Larroucau, 2019, 268) que justificara el alza de valor de la prima.

A pesar de que este tema comenzó a zanjarse en el año 2008 a través de una sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional parcialmente el art. 38 ter de la ley larga de ISAPRES que regulaba las tablas de factores que estas instituciones podían aplicar para poder aumentar los costos de los planes de salud, lo cierto es que hasta ahora, las instituciones de salud previsional continúan aumentando los costos

unilateralmente y la única forma efectiva de dejar sin efecto tales actuaciones es la protección[11].

Si se miran las estadísticas de la Corte Suprema, conociendo de apelaciones, el número de esta clase de recursos ha aumentado exponencialmente en los últimos años. Acá podemos apreciar el número de apelaciones que conoce nuestro máximo tribunal, los últimos 9 años, constituyendo, a lo menos, aproximadamente el 75% de las causas que conoce:

Año	**Apelaciones de acción de protección**	**Total de causas conocidas en el año**
2015	29.430	38.073
2016	91.934	101.769
2017	34.499	45.865
2018	21.684	33.486
2019	29.127	41.327
2020	143.111	154.883
2021	81.271	97.186
2022	155.767	171.875
2023	235.844	252.722

Tabla. Elaboración propia a partir de los datos disponibles en www.numeros.pjud.cl

De esta manera, la Corte Suprema ha tomado distintas medidas para contrarrestar la avalancha de protecciones en esta materia, ya que el legislador no se ha hecho cargo de este problema. Una medida de gestión es la designación de estas causas bajo la etiqueta "masiva", dentro del sistema de tramitación electrónica, lo que permite detectarlas en el sistema y resolverlas mediante resoluciones judiciales tipo que se aplican a varias precisando las diferencias particulares del caso (García y Núñez, 2024, 8-9). Por otro lado, el conocimiento de estas apelaciones es en cuenta, lo que quiere decir que no existen alegatos de abogados.

Respecto del caso que comentamos, la Corte Suprema se pronuncia en sede de apelación sobre una acción constitucional de protección interpuesta por una afiliada a una ISAPRE que alega una vulneración arbitraria de sus derechos. La afiliada había pedido una modificación de su contrato para incorporar, en un "Plan Complementario" de su cargo, a su hijo nonato. Tal plan fue acompañado de una tabla de factores, que

[11] Tribunal Constitucional, rol Nº 976-07, de 26 de junio de 2008. Posteriormente, en el año 2010, se dictó una sentencia con efectos generales que derogó tal norma. Tribunal Constitucional, rol Nº 1.710-10, de 06 de agosto de 2010.

contemplaba guarismos que diferenciaban por sexo y edad. La consecuencia de la aplicación de estos factores fue una elevación considerable del precio del plan.

Así, se establece que la actuación ilegal de la ISAPRE es la aplicación de la tabla de factores, pero se abstrae del caso particular para sostener que tal conducta no solo se produce en este contrato entre la afiliada y la institución de salud, sino que es la regla general de todas las instituciones respecto de todos los afiliados (Izquierdo, 2023, 150-151). En este sentido, la decisión señala en su considerando 23º:

"Que, en este punto, es necesario manifestar que el contrato de salud no puede reducirse a un seguro individual, pues opera a fin de materializar el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y a la seguridad social, tratándose de una convención en que la entidad en cuestión tiene asegurada una cotización y su monto, razón por la cual las normas que regulan este vínculo son de orden público y el servicio que prestan puede ser calificado como uno de dicho carácter, en atención a su objeto. En otras palabras, nos encontramos frente a un contrato dirigido por el legislador, en que se encuentra mitigado el principio de autonomía de la voluntad y cuyas normas son de orden público, en el sentido material y tradicional del término.

En esta línea de pensamiento, se ha resuelto que sus reglas contractuales "no se ciñen a las pautas de la autonomía de la voluntad de los contratantes, puesto que la intervención del legislador tiene por objeto proteger al contratante débil o usuario del sistema privado de salud. Y, en segundo lugar, porque las reglas de intervención del legislador no sol sólo a efectos de corregir anomalías o precaver algún interés público. Se trata de definir contratos orientados por la naturaleza del derecho, esto es, un derecho de protección de la salud integrante de la seguridad social" (STC Rol N°3227-16).

En el mismo sentido ha decidido esta Corte en reiteradas oportunidades, explicando: "La institución de salud previsional concurre, en este caso, a cooperar en la función pública de protección de la salud de las personas, constituyendo su actividad una actividad de servicio público, desde el punto de vista material, labor a la cual adhirió libremente. Es por ello que debe tener en consideración en su labor el bien común y, por lo mismo, que al haber contraído el compromiso de velar por el bienestar social y la utilidad colectiva, su actuar necesariamente ha de estar orientado hacia la promoción del bien común -principio esencial recogido en las Bases de la Institucionalidad, ubicado en el Capítulo I de la Carta Fundamental, obligatorio tanto para gobernantes como para gobernados -, cuya maximización persigue la satisfacción de una necesidad pública de

primer orden" (SCS Rol N° 131.731-2020. En el mismo sentido, Roles N°21.189-2019 y N° 24.740-2018).

Es precisamente en este contexto que puede afirmarse que las tablas de factores elaboradas por cada ISAPRE, según se ha razonado, adolecen de nulidad absoluta por objeto ilícito, al contravenir el derecho público chileno, por hallarse en contradicción con la Carta Fundamental".

Luego, sigue la sentencia en el considerando 26º señalando que la arbitrariedad que se le imputa a la recurrida "(…) no es producto del acto individual de la modificación del contrato de salud de la recurrente, sino de la aplicación para ello de la tabla de factores (…), la que se mantiene vigente para todos sus planes de salud suscritos con anterioridad al 11 de diciembre de 2019, a pesar de su carácter discriminatorio por sexo y edad".

Por último, la sentencia incluye en la parte dispositiva una declaración en el siguiente sentido:

1. Se deja sin efecto la "TABLA DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN Y MODIFICACIÓN AL NÚMERO DE BENEFICIADOS" o tabla de factores que la recurrida, Isapre Colmena Golden Cross S.A., tiene asociada al plan de salud contratado por la recurrente;
2. Consecuencialmente, se deja sin efecto la aplicación de dicha tabla de factores para calcular el precio final de todos los contratos de salud individual administrados por la Isapre Colmena Golden Cross S.A.;
3. En su lugar, Isapre Colmena Golden Cross S.A. deberá calcular el precio final de todos los contratos de salud que administre, multiplicando valor del plan base correspondiente por la suma de los factores del grupo familiar, aplicando para ello la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N° 343 de la Superintendencia de Salud.
4. La aplicación del procedimiento anterior no podrá importar un alza del precio final de los contratos de los afiliados a la recurrida, respecto del fijado al momento de ejecutoriarse esta sentencia.
5. Una vez calculado el precio final de los contratos individuales, aplicando la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N° 343 de la Superintendencia de Salud, sólo podrá autorizarse una alza del precio final de dichos contratos cuando se funde en la incorporación de nuevas cargas o beneficiarios y la suma de los factores de riesgo del grupo familiar allí previstos así lo determine, alza cuyo cobro se suspenderá hasta que la nueva

carga cumpla dos años de edad en caso de ser no nata o menor de esa edad.

6. La Superintendencia de Salud, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y dentro del plazo de seis meses, determinará el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud administrados por la recurrente a los términos de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N°343.
7. La Superintendencia de Salud dispondrá, además, las medidas administrativas para que, en el evento de que la aplicación de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N° 343 de la Superintendencia de Salud determine un precio final del contrato inferior al cobrado y percibido por la recurrida, las cantidades recibidas en exceso y cuyo cobro no esté prescrito sean restituidas como excedentes de cotizaciones.
8. Que el Secretario de esta Corte oficiará a todas las Cortes de Apelaciones que estén conociendo recursos de protección contra Isapre Colmena Golden Cross S.A. por la aplicación de "TABLA DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN Y MODIFICACIÓN AL NÚMERO DE BENEFICIADOS", para que se agregue copia autorizada de esta sentencia.
9. Que, sin perjuicio de todo lo resuelto, se deja sin efecto el alza en el valor del precio base del plan de salud de la parte recurrente.
10. Que no se condena en costas a la recurrida, por no haber sido totalmente vencida".

Lo primero que llama la atención en este fallo, es que la Corte, sin mediar la alegación de ningún derecho colectivo o mediando la intervención de varios sujetos en calidad de demandantes, extendió los efectos de la sentencia a todas las causas judiciales actualmente pendientes ante las Cortes de Apelaciones del país (17) en donde la misma ISAPRE fuera recurrida. Lo anterior se hizo efectivo oficiando a las demás cortes, quienes dejaron constancia en la causa de la recepción de copia de la decisión.

Una segunda cosa interesante es que en este caso, no hubo un ejercicio conjunto de acciones ni tampoco se aplicó una técnica de acumulación como lo autoriza el art. 66 del Código Orgánico de Tribunales cuando causas conexas se tramitan ante un mismo tribunal, sino que los efectos extensivos fueron referidos a causas que no habían sido resueltas aún por los tribunales inferiores. Así, pienso que esta forma de resolver se puede explicar no sólo como una forma de otorgar tutela jurisdiccional, sino más bien como una

estrategia para el manejo de la carga de trabajo que tiene el máximo tribunal (García y Núñez, 2024).

Por último, la decisión de la Corte no sólo se conformó con modificar los contratos de esta ISAPRE, sino que ordenó a la Superintendencia de Salud que fiscalizara la aplicación de las tablas de factores en los contratos de seguro de salud, ordenando en su caso, la restitución de lo pagado ilegalmente. Esta cuestión significó que la Asociación de ISAPRES sostuviera tras el fallo, que las devoluciones masivas de tales primas pagadas en exceso pondrían en riesgo la estabilidad del sistema de salud privado, de forma tal que se produjo la necesidad de dictar una ley que permitiera el cumplimiento de los diversos fallos de la Corte Suprema, bajo el número 21.674, de Diario Oficial 24 de mayo de 2024, sin poner en riesgo el sistema.

Así, en este sentido, los fallos judiciales dictados en estas causas, permitieron generar modificaciones en la política pública en materia de salud, lo que incluso se asemeja más a un proceso estructural que a un proceso colectivo (Didier Jr. y otros, 2017), ya que por la vía de ordenar a la Superintendencia de Salud fiscalizar la aplicación de la tabla de factores de todos los contratos vigentes, extendió los efectos de los fallos incluso a relaciones jurídicas que no se encontraban judicializadas.

Cabe mencionar que estos fallos fueron altamente cuestionados por los operadores del sistema jurídico como también por la academia. Las críticas fundamentales dicen relación con la extensión de una decisión individual a relaciones jurídicas no sometidas a proceso, avalado en el concepto del efecto relativo de las sentencias previsto en el art. 3 del Código Civil chileno. Un segundo grupo de críticas decían relación con la intromisión de la Corte Suprema en potestades de otros poderes del Estado (Ejecutivo y Legislativo).

4. REFLEXIONES FINALES

La acción de protección en Chile ha evolucionado desde ser un instrumento orientado exclusivamente a la defensa de derechos individuales, hacia un mecanismo que también permite, de manera directa o indirecta, la tutela de intereses colectivos y difusos. Esta transición pone de relieve la insuficiencia de una legislación específica para abordar adecuadamente estos intereses, así como la creciente dificultad que enfrentan los tribunales al asumir un rol que el legislador no ha definido de manera oportuna.

El fenómeno abordado en este análisis ha sido explicado desde diversos enfoques, tales como el activismo judicial, la protección de derechos fundamentales y el uso

excesivo o "vulgarización" de la acción de protección en materia contencioso-administrativa. No obstante, este trabajo se propuso analizar dicho fenómeno desde una perspectiva procesal, enfocándose particularmente en los instrumentos de tutela colectiva como marco de comprensión.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bordalí Salamanca, Andrés (2004) El recurso de protección como proceso de urgencia. *Revista Chilena de Derecho 31* (2), pp. 269-288, disponible electrónicamente https://revistadisena.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/73465.

Carrasco Quiroga, Edesio y Toresano Kuzmanic, Consuelo (2019). El caso Quintero-Puchuncaví y la eficacia de la acción de protección como mecanismo institucional de solución de conflictos socioambientales. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 4. doi: 10.7764/rda.0.4.3742.

Didier Jr., Freddy, Zaneti Jr., Hermes y Alexandria de Oliveira, Rafael (2017). Notas sobre as decisões estruturantes, *Civil Procedure Review* 8 (1) (enero-abril) pp. 46-64.

Errázuriz, Juan Manuel y Otero, Jorge (1989). *Aspectos procesales del recurso de protección*, Editorial jurídica de Chile.

Ferrada, Juan Carlos, Bordalí, Andrés y Cazor, Kamel (2003). El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiado a un problema jurídico complejo. *Revista de Derecho Valdivia* 14 (julio), pp. 67-81, disponible electrónicamente en http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v14/art04.pdf

García, Ramón y Núñez, Raúl (2024). La gestión de casos en los Tribunales Superiores chilenos. Una aproximación teórica desde la perspectiva de la gestión de casos al problema de la (sobre) carga de trabajo y su impacto en la adjudicación, Revista Justicia y Derecho 7 (1), pp. 1-21. doi: 10.32457/rjyd.v7i1.2394.

Hensler, Deborah (2009). The Globalization of Class Actions: An Overview, *The annals of the American Academy* 622 (March) pp. 7-29.

Izquierdo Serrano, Tomás (2023). La sentencia del caso ISAPRES: un análisis jurídico sobre su alcance. *Revista Chilena de Derecho* 50 (3), pp. 149-161 DOI: 10.7764/R.503.7.

Larroucau Torres, Jorge (2019). La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales en Chile, *Revista de Derecho Privado* 37, pp. 249-282, disponible electrónicamente en https://doi.org/10.18601/01234366.n37.10.

Moraga, Pilar e Illanes, José (2021). Sentencia de la Corte Suprema dictada en causa "Instituto Nacional de Derechos Humanos/ Gobernación Provincial de Petorca", Rol N°131.140-2020, de 23 de marzo de 2021: Reconocimiento del derecho humano al agua. *Actualidad Jurídica Ambiental*, disponible electrónicamente

https://www.actualidadjuridicaambiental.com/en/jurisprudencia-al-dia-chile-derech o-h umano-al-agua-2/.

Nogueira Alcalá, Humberto (2010). La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México, *Ius et Praxis* 16 (1), pp. 219-286, disponible electrónicamente http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100009.

Oberg Yáñez, Héctor (2016). Un nuevo procedimiento: ¡electrónico! Ley n° 20.886, 18-12-2015, *Revista Actualidad Jurídica* 34 (julio), pp. 149-159, documento electrónico disponible en https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/un-nuevo-procedimiento-electronico-ley-n-20-886-18-12-2015/

Rojas Calderón, Christian (2019). Alcances jurídico-públicos a partir de la sentencia de la E. Corte Suprema rol Nº 5.888-2019, en acción de protección por contaminación de las comunas de Quintero y Puchuncaví, *Sentencias Destacadas*, Libertad y Desarrollo, pp. 67-84.

Tavolari Oliveros, Raúl (1994). Protección constitucional y cautela judicial: ¿orden de no innovar en el recurso de protección?, en *Tribunales, jurisdicción y proceso*. Editorial Jurídica de Chile, pp. 137-168.

Venegas Álvarez, Sonia (2013). La class action como solución a la demanda de justicia, en Jorge Fernández y Filiberto Otero (cood.), Justicia contencioso-administrativa. Congreso Internacional, UNAM, pp. 879-909, documento electrónico disponible en http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/33615

Vergara Blanco, Alejandro (1991-1992). La propietarización de los derechos. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 14, pp. 281-291, disponible electrónicamente https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/255/235

RÉGIMEN PROCESAL COLOMBIANO PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FRENTE VÍCTIMAS DE DESASTRES

Juan Carlos Guayacan Ortiz

SUMÁRIO: 1. Introducción. **2.** La legislación de prevención del riesgo y la gestión de desastres dirigida fundamentalmente a la Administración pública de Colombia. **3.** El conjunto de normas procesales que sirven para atender situaciones de desastre. **4.** La legislación contencioso administrativa y el debate judicial sobre desastres. **5.** El régimen de procesos colectivos en Colombia y su utilización en situaciones de riesgo o de desastre. **5.1.** La acción popular y la prevención de desastres. **5.2.** Las sentencias estructurales en los casos de desastres. **5.3.** La acción de grupo y la reparación individual frente a desastres. **5.3.1.** Caso "Avalancha en Mocoa": tensiones entre acciones individuales y acción de grupo. **5.3.2.** Caso Hidroituango: concurrencia de múltiples acciones de grupo. **6.** Conclusiones. **6.1.** ¿De qué manera la aparición de la ley de catástrofes ha llamado la atención sobre la necesidad de abordar normas procesales que brinden una protección adecuada en caso de riesgos graves y precauciones en materia climática, ambiental y urbana, como inundaciones, sequías y pandemias? ¿Qué caracterizaría a esta rama del derecho procesal de desastres y cómo se plantea esta discusión en el contexto iberoamericano? **6.2.** ¿En qué medida las acciones legislativas adoptadas por los países iberoamericanos han contribuido a hacer frente a los desastres y qué ajustes serían necesarios para respetar las particularidades regionales, como el microsistema del derecho de desastres en la legislación brasileña? **6.3.** ¿Qué casos en su región pueden requerir protección legal procesal en caso de desastre y cómo ha abordado el poder judicial estos problemas? **7.** Referencias bibliográficas.

RESUMO: Este documento examina el régimen procesal colombiano frente a desastres, destacando la ausencia de normas jurisdiccionales específicas en la Ley 1523 de 2012, pero señalando cómo otras leyes y figuras procesales —como la acción popular y la acción de grupo— permiten a los jueces prevenir riesgos, ordenar medidas cautelares o reparar daños colectivos. A través de casos como el fracking, la avalancha en Mocoa y el proyecto Hidroituango, se ilustran tensiones entre acciones individuales y colectivas, y se plantea la necesidad de ajustes normativos, inspirados en modelos como el brasileño, para responder adecuadamente a daños masivos derivados de desastres.

1. INTRODUCCIÓN

Este documento tiene origen en el Primer Congreso Iberoamericano de Tutela Colectiva, celebrado en Vitoria Brasil con el propósito de repensar la tutela colectiva, los procesos multipartes y los procesos estructurales. En este evento participé en la mesa

dedicada al denominado "*Derecho procesal de los desastres que ocasionan acciones repetitivas, procesos colectivos y procesos estructurales*".

En este contexto, el escrito tiene como propósito reseñar el esquema general de las normas procesales diseñadas por el ordenamiento jurídico colombiano en materia de prevención del riesgo y la protección de desastres. En el primer acápite, se ilustra sobre la normatividad actual que rige la prevención del riesgo y los desastres en el país, con la advertencia de que allí no se encuentra el grueso de las normas procesales; sin que ello signifique que en el país no existan este tipo de normas que, como veremos, se encuentran difuminadas en diversos procesos como las acciones públicas de nulidad de actos administrativos y en la ley de acciones populares y grupo (procesos colectivos).

Luego se explicará esquemáticamente algunos casos que permiten, además de ilustrar la situación colombiana, entrever algunos aspectos que podrían ser objeto de ajustes, para lo cual podría verse como inspiración el código modelo y la reciente ley brasilera sobre gestión y prevención de desastres.

Como la dirección del evento envió un cuestionario que indagaba con aspectos puntuales de la regulación, en la última parte, y con base en lo expuesto en los dos acapites anteriores, se presentarán las conclusiones, respondiendo a cada uno de los interrogantes que allí se formularon.

2. LA LEGISLACIÓN DE PREVENCIÓN DEL RIESGO Y LA GESTIÓN DE DESASTRES DIRIGIDA FUNDAMENTALMENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE COLOMBIA.

La aparición cada vez más frecuente de eventos calificados como desastres, producidos, entre otros motivos, por el denominado cambio climático, o por puntuales actividades antrópicas que, aunque legales, comportan riesgos; ha hecho que los estados legislen sobre la materia. Teniendo en cuenta que este documento se prepara para ser expuesto en Brasil, lo primero que estimé prudente fue hacer una visión panorámica y por tanto superficial de las legislaciones colombiana y brasilera. De esta precaria visión, advierto una sincronía cronológica entre la actividad legislativa de los Estados Brasilero y Colombiano. Las leyes más recientes sobre gestión y prevención de desastres en los dos países datan del año 2012, aunque algunos artículos de la *Lei* brasilera 12.608 de 2012, fueron recientemente modificados por la *Lei* 14750 de 2023; por su parte, la Ley colombiana que rige esta temática es la 1523 de 2012.

En el caso colombiano, dentro de esta 1523 de 2012, que se ocupa de la gestión del riesgo de desastres, no hay normas procesales especiales que le permitan a los jueces en el desarrollo de los procesos judiciales, frente a la inminencia de riesgos, prevenirlos; o frente a la ocurrencia de desastres, reparar los daños ocasionados. Es decir, no hay en esta normatividad un derecho procesal jurisdiccional exclusivo para prevenir un desastre, evitar que sus consecuencias se agraven, restablecer las cosas al estado anterior, o simplemente buscar la indemnización de las colectividades o de los individuos que han resultado lesionados por esos desastres.

Sin embargo, sí hay en esa legislación dirigida a la administración pública para la gestión y prevención del riesgo, y algunos conceptos que en esa legislación se encuentra que han sido aplicados por los jueces, tales como el denominado derecho de precaución, definido en el artículo 3.8 de esa legislación, muy en la línea de la declaración de Río de Janeiro de 1992, como:

> "Principio de precaución: Cuando exista la posibilidad de daños graves o irreversibles a las vidas, a los bienes y derechos de las personas, a las instituciones y a los ecosistemas como resultado de la materialización del riesgo en desastre, las autoridades y los particulares aplicarán el principio de precaución en virtud del cual la falta de certeza científica absoluta no será óbice para adoptar medidas encaminadas a prevenir, mitigar la situación de riesgo"

3. EL CONJUNTO DE NORMAS PROCESALES QUE SIRVEN PARA ATENDER SITUACIONES DE DESASTRE

Lo anterior no significa que el ordenamiento colombiano solo establezca obligaciones a las autoridades administrativas para la prevención o atención de desastres, y que el país carezca de normas procesales que le permitan a los jueces de Colombia prevenir la ocurrencia de sucesos calificados como tales; o que, ocurridos estos, les permitan tomar medidas para mitigar los perjuicios, o hacer cesar la vulneración de derechos, o de ser necesario, obtener la reparación de los daños sufridos por las personas como consecuencia de esos desastres, solo que las normas que autorizan a los jueces para estos efectos se encuentran en otras legislaciones, como el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en la ley de acciones populares y de grupo.

De otra parte, el principio de precaución, establecido en la legislación de desastres y en principio allí dirigido a las autoridades administrativas, ha sido reiteradamente utilizado por los jueces para definir casos frente a amenazas de desastres, entendidos estos como eventos naturales o acciones antropogénicas no dolosas, que impiden de manera

generalizada el funcionamiento de la sociedad[1]. Pues bien, en eventos de esta naturaleza, los jueces pueden intervenir mediante el decreto de medidas cautelares anticipadas; en otras para dictar sentencias que imponen obligaciones de hacer para evitar esos eventos adversos que, de acaecer afectarían a un número indeterminado de personas; o en caso de que ya hayan ocurrido, para evitar agravación de los perjuicios.

4. LA LEGISLACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y EL DEBATE JUDICIAL SOBRE DESASTRES

En efecto, la ausencia de normas procesales en la ley que se ocupa de regular cómo las autoridades administrativas deben prevenir y gestionar los riesgos de desastres y los desastres efectivamente ocurridos, obedece a que con anterioridad a esa legislación de 2012, la normatividad del proceso contencioso administrativo tenía prevista una acción pública de nulidad de actos administrativos de carácter general[2], y cuando son ellos los que comportan el riesgo de una calamidad, su legalidad puede ser demandada, con la solicitud simultánea de que se decrete la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto, mientras transcurre el proceso que de manera definitiva resolverá sobre su legalidad.

Como ejemplo ilustrativo de la utilización de esta acción de nulidad, puede citarse el caso de la demanda contra un decreto y una resolución[3] que establecían criterios y procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, y otorgaba al Ministerio de Minas y Energía un plazo de 30 días para que expidiera las normas técnicas y procedimientos, para la inyección de agua. Esta tarea fue cumplida mediante una resolución posterior de tal ministerio, acto administrativo en el que se establecieron los requisitos para la estimulación hidráulica, conocida como fracking, tendiente a la explotación de dichos yacimientos no convencionales.

---

[1] Oportuno es destacar que la Ley 1523 de 2012, define Desastre y para el efecto en su artículo 55 prescribe que: "*se entiende por desastre el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad, que exige al Estado y al sistema nacional ejecutar acciones de respuesta, rehabilitación y reconstrucción*"

[2] Posibilidad que existía desde el Código Contencioso Adminsitrativo, Decreto 01 de 1984, y que se mantiene en el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo vigente, Ley 1437 de 2011.

[3] Decreto 3004 de 26 de diciembre de 2013 y la Resolución No. 90341 de 27 de marzo de 2014.

Un ciudadano, en uso de la acción pública comentada, solicitó a los jueces que se declarara la nulidad de tales actos administrativos y que se suspendieran provisionalmente los efectos de los mismos mientras se dictaba sentencia, porque la fracturación de rocas para la obtención de hidrocarburos ponía en un riesgo inminente la salud de la población colombiana, y la estabilidad del medio ambiente.

El juez, en aplicación del ya citado principio de precaución ordenó en 2018[4], como medida cautelar, la suspensión de los actos administrativos. Sin embargo, en 2022[5] resolvió mediante sentencia que los actos eran legales por cuanto reglamentan técnicamente una actividad que no está prohibida, y en cuanto tal, ajena al control de legalidad vía acción de nulidad. Y, de otra parte, porque no se había demostrado que esas normas violaran el principio de precaución, toda vez que en ellas se establecían requerimientos previos a la utilización de la fracturación hidráulica para conjurar los eventuales riesgos que la misma comportaba para el medio ambiente y para el la salud humana.

Lo anterior muestra que esta acción de nulidad de actos administrativos generales resulta un mecanismo idóneo para prevenir situaciones que la población considera potenciales causantes de desastres, comoquiera que en el caso concreto, durante el transcurso del proceso, en aplicación del principio de precaución, ante la incertidumbre científica de los efectos nocivos de la fragmentación hidráulica de rocas para la obtención de hidrocarburos, decidió suspenderse tal actividad, hasta que el juez, 8 años después del estudio juicioso de la situación, concluyó que tal riesgo no existía y negó las pretensiones.

5. EL RÉGIMEN DE PROCESOS COLECTIVOS EN COLOMBIA Y SU UTILIZACIÓN EN SITUACIONES DE RIESGO O DE DESASTRE

Cómo los desastres no provienen siempre de actos administrativos, sino que pueden venir de hechos naturales o antropogénicos, no solo el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es el que prevé de tiempo atrás mecanismos procesales que permitan la prevención de desastres; también se obtiene este objetivo en la legislación colombiana mediante los procesos colectivos, de manera preventiva o

[4] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, e Auto de 8 de noviembre de 2018, expediente 11001032600020160014000.
[5] Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 7 de junio de 2022, expediente 11001032600020160014000

restitutoria, a través de la acción popular; o incluso existe la posibilidad de obtener colectivamente condenas al pago de perjuicios, si los daños son irreparables in natura.

Además, la misma legislación que regula las acciones populares y de grupo, la ley 472 de 1998, al enunciar los derechos e interese colectivos, en su artículo 4. Literal incluyó entre estos "*la seguridad y la prevención de desastres previsibles técnicamente*". Pues bien, este tipo intereses que en el ordenamiento jurídico colombiano se protegen mediante acción popular, en las cuales el juez tiene un amplio espectro tutela, como quiera que en el fallo que profiere al interior de este tipo de procesos puede: i) imponer obligaciones de hacer, ii) obligaciones de no hacer y, iii) también condenar al pago de sumas de dinero. Con base en esta norma, son diversos los casos en que la población ha podido a través de la acción popular, pedir al juez que emita órdenes a las autoridades administrativas encargadas de la prevención o la gestión de desastres para que protejan, sus vidas, sus bienes y sus derechos.

De otra parte, cuando lo que se pretende es que se declare la responsabilidad por los daños individuales ocasionados por la ocurrencia de eventos calificados de desastres y se condene a la correspondiente indemnización de perjuicios, el mecanismo idóneo son las acciones de grupo, cuando el daño es sufrido en condiciones uniformes por un número plural superior a 20 personas, pues a través de estas acciones pueden ser reclamados colectivamente tales perjuicios individuales.

5.1. La acción popular y la prevención de desastres

Aunque son varios los casos que podrían reseñarse, se comenta aquí una acción popular que también está relacionada con la explotación de yacimientos no convencionales, mediante la técnica del fracking, esta vez en contra de una explotación de un pozo en concreto; y no como en el evento anterior, que era contra la legislación que de manera genérica permitía la utilización de la fractura hidráulica de rocas para obtener hidrocarburos.

En efecto, se demandó a una compañía de explotación petrolera y a la entidad que le había otorgado la licencia de exploración con fracturación hidráulica, esta vez, bajo los mismos argumentos que en la demanda comentada en precedencia, esto es, que, aunque no había evidencia científica concluyente de que tal técnica generaba contaminación y afectaciones a la salud humana, en aplicación del principio de precaución se debía impedir su desarrollo. Frente a esta pretensión el juez sostuvo que lo ocurrido en el caso concreto

era una fracturamiento autorizado para pozos convencionales, que no superaba la utilización de 5.000 barriles de agua, mientras que la técnica riesgosa era aquella en pozos no convencionales donde para el fracturamiento se utilizaran 50.000 Y 300.000 barriles de agua[6].

Lo anterior evidencia que aquí, aunque no hubo medidas cautelares, se pudo utilizar la acción popular como proceso para indagar sobre el riesgo de un desastre natural que no pudo ser probado, y que el juez con argumentos empíricos, derivados de hechos probados, y no retóricos ni ideológicos, determinó que en el caso concreto no procedía el amparo de los intereses colectivos, que en el caso particular era el medio ambiente.

En otro caso en que las pretensiones sí prosperaron, tenía que ver con la ocurrencia de un movimiento de una masa tierra, de aproximadamente cien mil metros cúbicos, que obligó a que preventivamente se evacuaran a los habitantes de 30 casas, ante el riesgo que un movimiento posterior, como quiera que existía filtración de aguas escorrentías de la ladera y de otras aguas producto del drenaje de una autopista.

Las personas desalojadas regresaron a sus viviendas, antes de que se realizaran las obras que se habían ordenado para tomar el control de las aguas escorrentías, por la falta de garantías respecto de la integridad física de sus bienes, e iniciaron una acción popular invocando como interés colectivo la seguridad y la prevención de desastres. Con anterioridad ya se había iniciado un amparo constitucional, (acción de tutela en Colombia), pero no se habían cumplido las ordenes emitidas en el fallo de amparo.

En la acción popular, las víctimas solicitaron al juez que ordenará lo que correspondiera para conjurar el riesgo que se cernía sobre sus bienes. Y solicitaron como medida cautelar que se le ordenará a una compañía privada hacer unas obras indicadas en un estudio pagado por la Corporación Autónoma Regional, consistente en reparar el sistema de aguas escorrentías, toda vez que se habían encontrado fallas en la construcción de un muro de contención realizada por la compañía. La medida cautelar se decretó, pero fue impugnada por la aludida compañía privada que, a la sazón, era la que había celebrado el contrato de concesión para la construcción de la autopista, aduciendo que la competencia para cumplir con esa medida cautelar la tenía el municipio correspondiente, pues si ella asumía esas obras se afectaba el equilibrio financiero del contrato.

La decisión fue confirmada por el juez que conoció de la impugnación, para lo cual el *ad quem* estableció que en el contrato de concesión se había establecido una

[6] Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 26 de octubre de 2023 radicación: 68001-23-33-000-2017-00330-01 (AP).

obligación contractual a cargo de la empresa concesionaria, consistente en la remoción de derrumbes y posterior mantenimiento donde estos se presentaran. En consecuencia, sostuvo el juzgado, que la inversión de dineros en esas obras no implicaba destinación indebida de esos dineros, toda vez que se había demostrado que parte de lo movimiento de tierra se había generado por una falla en las obras hechas por tal compañía[7].

Este punto, a mi juicio, pone de presente qué tan útil podría resultar una norma como la recientemente establecida en Brasil, en la cual, ante la inminencia u ocurrencia de un desastre relacionado con la actividad empresarial de un particular, dispone que los emprendedores tienen, entre otros, los deberes de iniciar las acciones tendientes a la reubicación de personas que se han quedado sin vivienda, acciones que si bien están dirigidas por las autoridades públicas, el empresario privado que haya generado o contribuido al hecho, de manera simultánea, tiene la obligación de dar y costear una asesoría multidisciplinaria independiente[8].

Una norma de este talante habría resultado muy útil en el caso que se acaba de comentar donde el emprendedor intentó sustraerse de su deber de colaborar, y el juez tuvo que encontrar una obligación específica en el contrato. Con una norma como la brasilera se entiende que, ante la emergencia que genera una situación de desastre, en una lógica de estado social de derecho, basta con acreditar la relación de actividad empresarial del particular con el desastre, para que a esos emprendedores se les imponga tal deber.

5.2. Las sentencias estructurales en los casos de desastres

Una característica destacable de los procesos colectivos promovidos mediante acción popular es que, en determinados casos, las sentencias emitidas desbordan la función clásica del juez, tradicionalmente limitada a imponer obligaciones de hacer, de no hacer o a condenar al pago de indemnizaciones por perjuicios. En efecto, en algunos

---

[7] Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de 26 de abril de 2013, expediente 05001-23-33-000-2012-00614-01(AP)A.

[8] Lei 14750 art. 12c dispone: Na iminência ou ocorrência de acidente ou desastre relacionado a seu empreendimento ou atividade, é dever do empreendedor:….. VI - pagar valor indenizatório ou prestar assistência prioritária e continuada à saúde física e mental dos atingidos por desastres, independentemente daquela prestada pelo poder público; e
VII - custear assessoria técnica independente, de caráter multidisciplinar, escolhida pelas comunidades atingidas e sem interferência do empreendedor, com o objetivo de orientá-las e de promover a sua participação informada em todo o processo de reparação integral dos danos sofridos. Parágrafo único. O reassentamento de desabrigados será executado pelo poder público e será acompanhado por assessoria independente, de caráter multidisciplinar, custeada pelo empreendedor, mediante negociação com a comunidade afetada.

eventos, los jueces han dictado órdenes de hacer de tal complejidad que estas suponen, en la práctica, el diseño e implementación de políticas públicas.

Este fenómeno ha generado cierta resistencia en algunos sectores, en tanto podría considerarse que tal actuación judicial vulnera el principio de separación de poderes, al atribuir a la rama judicial funciones que constitucionalmente corresponden al poder ejecutivo. A ello se suma el cuestionamiento sobre la legitimidad democrática del juez para incidir directamente en decisiones de carácter político y administrativo[9].

No obstante, la jurisprudencia y la doctrina contemporáneas han reconocido que este tipo de sentencias, lejos de constituir una extralimitación, representan una herramienta adecuada frente a bloqueos institucionales persistentes[10]. Estos bloqueos surgen cuando la administración, pese a sus competencias formales, no logra solucionar de manera oportuna y efectiva problemas estructurales que afectan derechos colectivos fundamentales, como la prevención y atención de desastres.

En tales circunstancias, el juez actúa mediante una técnica que ha sido denominada justicia dialógica o gerencial, caracterizada por la construcción de soluciones a través de una interacción continua entre el órgano judicial y las partes del proceso, que incluyen autoridades públicas, empresas privadas y comunidades afectadas. Este enfoque no supone que el juez asuma el rol del administrador, sino que funge como garante del cumplimiento progresivo y efectivo de los derechos en contextos complejos.

Esta es la caracteriza que mayormente hace pensar en la eventual creación de un microsistema al interior de los procesos colectivos, como quiera que la complejidad de las ordenes que se dan en estas sentencias, bien valdría la pena que legislativamente se

---

[9] Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. The Yale Law Journal, 115(6), 1346–1406 "*Cuando los jueces intervienen en cuestiones complejas de política pública bajo el pretexto de hacer cumplir los derechos, corren el riesgo de reemplazar un proceso democrático deliberativo con las opiniones de una pequeña élite no representativa*."[Traducción Libre]. Aunque Waldron no usa directamente el término "sentencias estructurales" (structural rulings), su crítica es aplicable a este tipo de decisiones judiciales que implican el diseño institucional o la ejecución judicial de políticas públicas prolongadas en el tiempo.

[10] Gutiérrez A,(2016), El amparo estructural de los derechos, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, disponible en https//repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/676669/gutierrez_beltran_andres_mauricio.pdf?sequence=I&isAllowed=y. Pág. 10 y ss; Rincón J, (2022) "Las sentencias estructurales derivadas de las acciones populares y la desnaturalización del Juez: la difícil línea entre impartir justicia y formular políticas públicas", en Horizontes del Contencioso Administrativo, Tomo II El Contencioso Administrativo Jurisdiccional, Volumen II, El Contencioso Administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Zaneti Jr., H., & Alexandria de Oliveira, R. (2017). Notas sobre as decisões estruturantes. Civil Procedure Review, 8(1), 46–64. Verbic F. (2019) Procesos estructurales en Argentina: una lectura crítica de los principales precedentes de la corte suprema de justicia de la nación en https://www.academia.edu/39569738/Procesos_estructurales_en_Argentina_una_lectura_crítica_de_los_principales_precedentes_de_la_Corte_Suprema_de_Justicia_de_la_Nación?utm_source=chatgpt.com.

determinara hasta donde alcanza la función del juez en estas, sobre todo en las denominadas sentencias prescriptivas dialógicas y unidireccionales.

5.3. La acción de grupo y la reparación individual frente a desastres

De otra parte, la legislación colombiana prevé que, cuando se ocasione un perjuicio a una pluralidad de personas integrada por veinte (20) o más sujetos, puede promoverse una acción de grupo orientada a obtener, de manera colectiva, la indemnización individual de los daños sufridos por dichas personas. Este tipo de acción se encuentra regulada en la Ley 472 de 1998 y constituye el mecanismo procesal idóneo para reclamar judicialmente perjuicios causados en condiciones sustancialmente uniformes.

La acción de grupo ha sido utilizada tanto frente a entidades públicas como frente a empresas privadas, que por acción u omisión han sido señaladas como responsables de hechos calificados como desastres. En tales contextos, el proceso colectivo no busca la protección inmediata de un derecho difuso o colectivo, sino la reparación pecuniaria individual de cada una de las personas afectadas, dentro de un mismo trámite judicial, con fundamento en la homogeneidad fáctica y jurídica de los casos.

A continuación, se comentan brevemente dos casos emblemáticos que permiten ilustrar la aplicación práctica de esta figura y, al mismo tiempo, poner en evidencia ciertos desafíos legislativos y jurisprudenciales que invitan a reflexionar sobre la necesidad de ajustes normativos específicos.

5.3.1. Caso “Avalancha en Mocoa”: tensiones entre acciones individuales y acción de grupo

El primer caso emblemático corresponde a la avalancha ocurrida en jurisdicción del municipio de Mocoa, departamento del Putumayo, en la que fallecieron numerosas personas. Este evento permite analizar una dificultad procesal relevante: la relación entre los procesos individuales de responsabilidad derivados de desastres y los procesos colectivos, específicamente las acciones de grupo, que persiguen igualmente la indemnización de perjuicios individuales causados a una pluralidad de víctimas.

En este caso, tras la ocurrencia del desastre, se inició una acción de grupo para reclamar la reparación de los daños individuales. Sin embargo, de forma paralela, varias

víctimas optaron por presentar procesos individuales con el mismo objeto. La legislación colombiana, bajo el modelo opt-out, establece que aquellas personas que no se excluyan expresamente de la acción de grupo antes de un determinado momento procesal, quedarán vinculadas al resultado de dicha acción colectiva.

Así las cosas, muchas de las víctimas que promovieron demandas individuales lo hicieron después del vencimiento del término legal para solicitar su exclusión del grupo. Ante esta situación, las entidades demandadas como presuntas responsables del desastre —por omisión en el cumplimiento de sus deberes legales— alegaron la excepción de pleito pendiente (litispendencia), bajo el argumento de que, al no haberse excluido oportunamente del grupo, las víctimas formaban parte del colectivo representado en la demanda de grupo.

Las decisiones judiciales sobre este punto fueron dispares. Algunos jueces aceptaron la excepción de pleito pendiente, al considerar que los demandantes ya estaban vinculados a la acción de grupo. Otros, en cambio, la rechazaron, invocando el artículo 88 de la Constitución Política, según el cual la acción de grupo debe adelantarse "sin perjuicio" de los procesos individuales. Este desacuerdo jurisprudencial revela la necesidad de armonizar las reglas procesales aplicables en contextos de daños masivos, para garantizar tanto la eficiencia del proceso colectivo como el derecho de los individuos a litigar directamente.

En mi opinión, la convocatoria pública que se realiza en medios masivos cumple razonablemente la función de informar a las potenciales víctimas sobre la existencia de la acción de grupo. Además, la ley prevé un momento posterior para solicitar la exclusión del grupo, siempre que se acredite una representación inadecuada o un defecto en el emplazamiento.

Con todo, este tipo de casos presenta particularidades que podrían justificar la adopción de reglas procesales específicas. No es lo mismo probar un perjuicio causado por un producto defectuoso, que acreditar los daños sufridos en el marco de una catástrofe ambiental o infraestructural, como la contaminación de un río o un deslizamiento de tierra. Este tipo de eventos suelen involucrar causas múltiples, efectos diferenciados y comunidades heterogéneas, lo cual dificulta la estructuración de una representación unitaria. En consecuencia, puede resultar necesario diseñar mecanismos de participación diferenciada, que permitan la creación de subgrupos o subcategorías, figura ya prevista de manera general en la Ley 472 de 1998.

En este punto conviene destacar que el sistema colombiano no adopta la tripartición clásica del derecho brasileño entre intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, consagrada en el Código de Defensa del Consumidor. Esta clasificación ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, en especial por Vitorelli, quien advierte que el criterio de indivisibilidad no genera necesariamente reglas procesales distintas, y puede introducir confusión conceptual al superponerse las categorías en la práctica[11].

En cambio, una bipartición entre intereses indivisibles (llámense colectivos o difusos) e intereses individuales homogéneos podría resultar más funcional, particularmente en sistemas como el colombiano, donde las vías procesales difieren según el tipo de interés en juego. En efecto, los intereses colectivos e indivisibles gozan de protección preventiva, restitutoria e indemnizatoria, mientras que los intereses individuales homogéneos solo pueden ser objeto de reparación pecuniaria colectiva mediante acción de grupo. Por tanto, en contextos donde no se establecen tutelas diferenciadas, la tripartición no parece aportar ventajas normativas significativas.

5.3.2. Caso Hidroituango: concurrencia de múltiples acciones de grupo

Las dificultades no solo se han presentado entre acciones individuales y acciones colectivas, sino que cuando los desastres ocurren existe la latente posibilidad de que, ante la gran cantidad de personas que son víctimas del mismo, puedan presentarse diversas acciones colectivas tendientes a buscar la indemnización de los perjuicios individuales sufridos por ellas.

Fue esto lo que ocurrió en el denominado caso Hidrohituango, que es el nombre de con el que se conoce a un proyecto hidroeléctrico, al que por causa de un derrumbe que ocasionó el taponamiento del túnel auxiliar de desviación del río que se represaba, generó un taponamiento del túnel auxiliar, con el correspondiente riesgo del colapso de la obra que se encontraba en construcción, lo cual amenazaba con inundaciones a diversos municipios. Los ciudadanos de estos municipios iniciaron diversas acciones por los perjuicios derivados del desalojo del que fueron objeto por parte de las autoridades, para evitar la contingencia de una inundación o una avalancha.

[11] VITORELLI, Edilson. Ações Coletivas: Tutela Jurisdicional dos Direitos Metaindividuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 128–132.

Cuando se adelantaba el proceso de apelación del fallo de primera instancia se puso de presente que existían varias acciones, y el Consejo de Estado determinó[12] que, contrario a lo que ocurre con los procesos individuales, en los que procede la acumulación de tales procesos; aquí estableció, dando aplicación a la ley 472 de 1998[13], que el grupo había sido integrado, desde el momento en que la primera de las acciones de grupo, se había vencido el término que dicha ley establece para excluirse del grupo, por lo cual las demandas de acción de grupo que se presentaron con posterioridad a ese término, no se acumulaban, sino que se declaró la integración de quienes habían presentado esas demandas, a la demanda inicial.

Lo anterior pone de presente que, en estos eventos de daños masivos, siempre existe la posibilidad de que se inicien procesos individuales o varios procesos colectivos. En el primer caso, se presenta una hipótesis de pleito pendiente si las demandas individuales se presentan después de que se vence el término que tenían para excluirse de la acción de grupo; y si son demandas colectivas las que se presentan después de esta oportunidad, las personas que presentaron esa o esas demandas que dieron origen al segundo o tercer proceso colectivo, se integran al primero.

6. CONCLUSIONES

6.1. De qué manera la aparición de la ley de catástrofes ha llamado la atención sobre la necesidad de abordar normas procesales que brinden una protección adecuada en caso de riesgos graves y precauciones en materia climática, ambiental y urbana, como inundaciones, sequías y pandemias? Qué caracterizaría a esta rama del derecho procesal de desastres y cómo se plantea esta discusión en el contexto iberoamericano?

En el caso colombiano, la Ley 1523 de 2012 - por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres - no contiene disposiciones de carácter procesal jurisdiccional. No obstante, el ordenamiento ya contemplaba, desde antes de su expedición, la tutela judicial de riesgos y daños colectivos mediante mecanismos como

[12] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Auto de 19 de mayo de 2023, exp. 05001-23-33-000-2018-01548-02 (64504).

[13] El artículo 56 de la ley 472 de 1998, establece que quien quiera excluirse del grupo puede hacerlo desde que se presenta la demanda hasta 5 después de que se ha vencido el término para que el demandado en acción de grupo haya contestado la demanda.

la acción popular, consagrada en la Ley 472 de 1998. Dicha acción permite prevenir, restablecer o reparar los efectos de desastres previsibles técnicamente, según lo reconocido en el artículo 4 de esa ley.

En consecuencia, puede decirse que el derecho procesal de desastres en Colombia no se ha construido a partir de una legislación ad hoc, sino a través del uso judicial y creativo de mecanismos ya existentes, especialmente dentro del régimen de protección de derechos colectivos. Esta aproximación empírica ha dado lugar al desarrollo de prácticas como las sentencias estructurales y las medidas cautelares anticipadas, aunque sin que se haya conformado aún un microsistema normativo especializado.

En el plano iberoamericano, esta discusión se está consolidando como una rama emergente del derecho procesal, caracterizada por: i) la necesidad de actuar en contextos de incertidumbre científica, ii) la adopción de enfoques estructurales para solucionar vulneraciones complejas, y iii) la incorporación de técnicas de tutela preventiva frente a riesgos climáticos, sanitarios o infraestructurales.

6.2. En qué medida las acciones legislativas adoptadas por los países iberoamericanos han contribuido a hacer frente a los desastres y qué ajustes serían necesarios para respetar las particularidades regionales, como el microsistema del derecho de desastres en la legislación brasileña?

En el caso colombiano, las acciones legislativas han resultado parcialmente eficaces. La existencia de un sistema de medidas cautelares amplias, tanto en el marco del Código de lo Contencioso Administrativo como en las acciones populares, ha permitido a los jueces intervenir oportunamente para prevenir desastres o mitigar sus consecuencias.

No obstante, no se cuenta aún con un cuerpo normativo específico que regule de manera sistemática el derecho procesal aplicable a desastres, lo cual genera incertidumbre en la aplicación de reglas sobre representación colectiva, acumulación de pretensiones, integración de grupos y ejecución estructural.

En este sentido, experiencias como la de Brasil —con la creación del microsistema de derecho de desastres y la reciente Lei 14.750 de 2023, que impone deberes inmediatos a los emprendedores en caso de catástrofes— ofrecen un modelo útil para introducir ajustes normativos graduales, respetando las particularidades institucionales y sociales de cada país.

6.3. Qué casos en su región pueden requerir protección legal procesal en caso de desastre y cómo ha abordado el poder judicial estos problemas?

En Colombia, la protección judicial frente a desastres ha operado tanto de manera preventiva como reparadora. En el primer caso, destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado que suspendió actos administrativos relacionados con la exploración de hidrocarburos mediante fracking, en aplicación del principio de precaución[1]. En el segundo, se han presentado acciones populares y de grupo por deslizamientos, avalanchas, colapsos de obras civiles y contaminación ambiental.

El poder judicial ha respondido a estos desafíos mediante:

- El decreto de medidas cautelares anticipadas, en procesos de nulidad o de acción popular.
- La emisión de sentencias estructurales, que imponen obligaciones de hacer complejas y en ocasiones implican la construcción de políticas públicas, dentro de un marco de justicia dialógica.
- La integración judicial de grupos, cuando se presentan múltiples acciones colectivas, como ocurrió en el caso Hidroituango.

Estos casos evidencian que, aunque el marco legal colombiano no fue diseñado específicamente para situaciones de desastre, ha demostrado capacidad de adaptación, aunque no sin dificultades interpretativas. Lo anterior justifica la necesidad de fortalecer normativamente los procedimientos para litigar daños masivos, establecer reglas claras sobre representación procesal, información pública, subgrupos, y mejorar la coordinación entre acciones individuales y colectivas.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Congreso de Colombia. (2012). Ley 1523 de 2012. Por la cual se adopta la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. Diario Oficial No. 48.426.

Congreso de Colombia. (1998). Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política, se regula el ejercicio de las acciones populares y de grupo, y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia. (2011). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Congreso de Colombia. (1984). Decreto 01 de 1984. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.

Ministerio de Minas y Energía. (2013). Decreto 3004 de 26 de diciembre de 2013.

Ministerio de Minas y Energía. (2014). Resolución No. 90341 de 27 de marzo de 2014.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (2018). Auto de 8 de noviembre, Exp. 11001032600020160014000.

Consejo de Estado, Sala Plena. (2022). Sentencia de 7 de junio, Exp. 11001032600020160014000.

Consejo de Estado, Sección Primera. (2023). Sentencia de 26 de octubre, Rad. 68001-23-33-000-2017-00330-01 (AP).

Consejo de Estado, Sección Primera. (2013). Auto de 26 de abril, Exp. 05001-23-33-000-2012-00614-01 (AP).

Presidência da República do Brasil. (2023). Lei No. 14.750, de 13 de dezembro de 2023.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (2023). Auto de 19 de mayo, Exp. 05001-23-33-000-2018-01548-02 (64504).

Gutiérrez, A. M. (2016). El amparo estructural de los derechos (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid. https://repositorio.uam.es/handle/10486/676669

Rincón, J. (2022). Las sentencias estructurales derivadas de las acciones populares y la desnaturalización del juez: la difícil línea entre impartir justicia y formular políticas públicas. En *Horizontes del Contencioso Administrativo* (Tomo II, Vol. II). Universidad Externado de Colombia.

Verbic F. (2019) Procesos estructurales en Argentina: una lectura crítica de los principales precedentes de la corte suprema de justicia de la nación

Vitorelli, E. (2020). *Ações coletivas: tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Waldron, J. (2006). The core of the case against judicial review. The Yale Law Journal, 115(6), 1346–1406. https://doi.org/10.2307/20455656

Zaneti Jr., H., & Alexandria de Oliveira, R. (2017). Notas sobre as decisões estruturantes. Civil Procedure Review, 8(1), 46–64.

DIREITO FUNDAMENTAL AO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO E SUAS PROJEÇÕES: JUSTIÇA CLIMÁTICA, CLIMA, DESCARBONIZAÇÃO, E RESPONSABILIDADE COMUM, MAS DIFERENCIADA

Marcelo Abelha Rodrigues[1]

SUMÁRIO: 1. Objeto. **2.** O "direito à neutralidade do clima". **3.** A justiça climática. **4.** Justiça climática e direito ao clima. **5.** Direito à descarbonização. **6.** Ubiquidade ambiental e responsabilidade comum, mas diferenciada na justiça climática. **7.** Conclusão. **8.** Referências bibliográficas.

RESUMO: Este trabalho examina criticamente o uso contemporâneo de expressões como "direito ao clima", "direito à descarbonização", "justiça climática" e "responsabilidade comum, mas diferenciada", buscando situá-las no marco teórico do direito ambiental brasileiro. A análise parte da premissa de que o direito fundamental consagrado no art. 225 da Constituição da República é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, compreendido como macrobem unitário e indivisível, do qual o clima constitui atributo e expressão, e não objeto jurídico autônomo. Sustenta-se que a fragmentação do bem ambiental em categorias autônomas pode produzir distorções conceituais e comprometer a coerência normativa da tutela ambiental. Nesse contexto, demonstra-se que a descarbonização, as políticas climáticas e os mecanismos de justiça climática devem ser compreendidos como instrumentos e projeções funcionais do dever de proteção do equilíbrio ecológico, e não como novos direitos independentes. O texto analisa ainda o princípio do poluidor-pagador como vetor estruturante da responsabilidade ambiental, destacando sua função preventiva e distributiva, bem como sua articulação com o princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, no plano internacional. Defende-se que a adequada distribuição dos ônus ambientais deve considerar a contribuição histórica para a degradação ambiental e a capacidade econômica e tecnológica de enfrentamento do problema, especialmente em um contexto de impactos climáticos de dimensão planetária. Conclui-se que a proteção do clima, a descarbonização e a busca por justiça climática somente alcançam coerência dogmática e eficácia normativa quando reconduzidas à matriz constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, evitando a fragmentação do bem jurídico ambiental e reafirmando a necessidade de uma tutela sistêmica, proporcional e socialmente justa.

ABSTRACT: *This paper critically examines the contemporary use of expressions such as "right to climate," "right to decarbonization," "climate justice," and "common but differentiated responsibilities," seeking to situate them within the theoretical framework of Brazilian environmental law. The analysis is grounded on the premise that the fundamental right enshrined in Article 225 of the Brazilian Constitution is the right to an ecologically balanced environment, understood as a unitary and indivisible macro-good,*

[1] Pós Doutor Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor PUC-SP. Professor Titular do Mestrado e Doutorado da UFES. Advogado e Consultor Jurídico.

of which climate is an attribute and expression, rather than an autonomous legal object. It is argued that the fragmentation of the environmental good into autonomous categories may lead to conceptual distortions and undermine the normative coherence of environmental protection. In this context, decarbonization, climate policies, and climate justice mechanisms are understood as instruments and functional projections of the duty to protect ecological balance, rather than as independent rights. The paper also analyzes the polluter-pays principle as a structural vector of environmental responsibility, emphasizing its preventive and distributive functions, as well as its articulation with the principle of common but differentiated responsibilities at the international level. It is argued that the proper allocation of environmental burdens must take into account historical contributions to environmental degradation and the economic and technological capacity to address the problem, particularly in light of the planetary scale of climate impacts. The study concludes that the protection of the climate, the promotion of decarbonization, and the pursuit of climate justice can only achieve doctrinal coherence and normative effectiveness when grounded in the constitutional framework of the right to an ecologically balanced environment, thereby avoiding fragmentation and reinforcing the need for a systemic, proportionate, and socially just approach to environmental protection.

1. OBJETO

Este pequeno ensaio tem por finalidade oferecer algumas notas iniciais de reflexão sobre expressões que, embora amplamente difundidas nos meios de comunicação e incorporadas ao linguajar corrente, demandam adequada compreensão jurídica para que não sejam simplificadas ou distorcidas. Termos como “direito ao clima”, “direito à descarbonização”, “responsabilidade comum, porém diferenciada” e “justiça climática” vêm sendo cada vez mais utilizados no discurso jurídico, político e social, nem sempre com o necessário rigor conceitual e sem as devidas conexões que precisam ser feitas.

O propósito destas notas de reflexão é, justamente, deduzir alguns parâmetros de compreensão que permitam distinguir essas categorias e situá-las corretamente no âmbito do direito ambiental, evitando confusões que possam comprometer a unidade do bem jurídico protegido.

O direito fundamental ao equilíbrio ecológico: a Constituição da República consagrou, em seu art. 225, uma das mais densas e abrangentes garantias jurídicas do Estado contemporâneo: o direito de todos (povo, presentes e futuras gerações) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expressamente qualificado como *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*.

Não se trata de uma norma retórica ou de conteúdo meramente programático, mas de um direito fundamental dotado de plena juridicidade, que impõe deveres concretos de proteção, preservação e restauração, e cuja fruição *in natura* deve ser *assegurada a todos em condições de igualdade*.

Trata-se, ademais, de um *direito que ocupa posição fundante na ordem jurídica*, na medida em que *constitui pressuposto ontológico da própria existência humana e de todas as demais formas de vida*, condicionando, em última análise, o exercício e a efetividade dos demais direitos fundamentais. Importante que fique claro que o equilíbrio ecológico, sob essa perspectiva, não se apresenta como mais um bem jurídico entre tantos outros. Ele é *pressuposto ontológico da própria existência e exercício dos demais direitos fundamentais*.

E isso é tão evidente que nem sequer se impõe qualquer necessidade de demonstrá-lo por argumentação exaustiva com palavras complexas ou texto em juridiquês, pois sua evidência decorre da própria experiência cotidiana: ao ler este texto, você respira um ar que torna possível a própria leitura; a água que eventualmente está no copo ao seu alcance irá saciar a sua sede; e o clima — na temperatura que permite sua permanência e conforto, na estabilidade que torna o ambiente habitável — viabiliza a própria continuidade dessa experiência.

Ar, água e clima — entre tantos outros aspectos que integram o equilíbrio ecológico — são expressões diretas da existência de um *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, sem o qual tais condições simplesmente não se sustentariam. É esse equilíbrio que precede, condiciona, predetermina e sustenta a fruição de todos os demais direitos. Sem ele, não há vida no planeta; e, quando a vida subsiste em condições de degradação, perde sua base material indispensável à dignidade, comprometendo a própria capacidade da ordem jurídica de realizar sua função estruturante.

Nessa linha, o equilíbrio ecológico – macrobem ambiental - configura-se como *bem jurídico de natureza transversal e estruturante*, que não apenas coexiste com os demais, mas os integra e viabiliza. Abrange, permite, abriga e rege todas as formas de vida — humanas e não humanas — inseridas em uma complexa teia de interdependências ecológicas combinadas no espaço e tempo, tal como expressamente reconhecido pelo conceito normativo constante do art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81.

Feito esse esclarecimento prévio — que orienta e condiciona a compreensão das expressões indicadas no título —, impõe-se, antes de analisá-las, compreender o papel desempenhado pelo princípio do poluidor-pagador como eixo estruturante do direito

ambiental. Trata-se de uma verdadeira *pedra angular* do direito ambiental, na conhecida formulação de Maria Alexandra de Sousa Aragão, que não se reduz a uma lógica simplista de "internalização de custos" entendida como mera possibilidade de aquisição do direito de poluir.

O princípio do poluidor-pagador expressa, em verdade, uma diretriz normativa de caráter simultaneamente ético, jurídico, econômico e político. Ela é voltada à prévia identificação das externalidades negativas ambientais para que a elas se dê o adequado tratamento jurídico.

Sua função — ao contrário do que o jargão da expressão poderia sugerir ao leitor mais apressado e incauto — não é autorizar a degradação mediante compensação financeira, mas impor uma lógica de responsabilização que se projeta em diferentes planos, *tanto ex ante quanto ex post*.

À luz do dever constitucional, imposto a todos, de "*preservar e defender*" o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o princípio exige, em primeiro lugar, a adoção de medidas de *precaução e prevenção* voltadas a evitar a degradação do equilíbrio ecológico; e, apenas quando tais mecanismos se revelam insuficientes, é que se legitima a incidência de regimes ex post de responsabilização ambiental, admitindo inclusive a cumulatividade das sanções penais, administrativas e civis (art. 225, §3º da CF/88).

Feitos esses dois esclarecimentos prévios — de um lado, a afirmação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; de outro, a compreensão do princípio do poluidor-pagador como vetor *ex ante e ex post* de proteção e preservação desse direito —, cumpre ainda destacar que o art. 225, *caput*, da Constituição estabelece uma estrutura normativa singular: ao mesmo tempo em que assegura a todos o *direito isonômico* de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe igualmente a todos o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Trata-se, portanto, de um direito que é, simultaneamente, direito de todos e dever de todos, combinando fruição e responsabilidade em uma mesma posição jurídica.

É a partir dessa dupla dimensão — direito fundamental de fruição e dever fundamental de proteção — que se deve compreender a atuação do princípio do poluidor-pagador e, sobretudo, enfrentar, com maior precisão, as expressões que intitulam este texto.

2. O "DIREITO À NEUTRALIDADE DO CLIMA"

É exatamente nesse contexto que se insere o debate contemporâneo sobre a existência de um "direito fundamental à neutralidade do clima". Há uma tendência, cada vez mais presente no discurso público e até mesmo em construções normativas e judiciais, de autonomizar o chamado "direito ao clima", como se se tratasse de um objeto jurídico independente. Essa construção, embora compreensível sob o ponto de vista político e comunicacional, revela-se conceitual e dogmaticamente imprecisa e, em certa medida, juridicamente muito "arriscada" na perspectiva da redução do macrobem ambiental (equilíbrio ecológico).

Não há, em rigor, um direito à neutralidade do clima concebido como categoria autônoma. O que há — e sempre houve, à luz da ordem constitucional — é o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. O clima, nessa moldura, não se qualifica como bem jurídico independente, mas sim como uma das múltiplas manifestações do estado de equilíbrio do sistema ambiental.

É apenas nessa perspectiva que se pode falar, com rigor técnico, em um "*direito ao equilíbrio do clima*": não como direito originário e autônomo e destacado, mas como consectário lógico, integrado e derivado de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O mesmo raciocínio se projeta sobre outras expressões frequentemente utilizadas, como o chamado direito ao regular ciclo hidrológico, ao ciclo do carbono ao ciclo do hidrogênio etc. que nada mais são do que desdobramentos funcionais e manifestações específicas do bem jurídico ambiental unitário, a saber, do direito ao equilíbrio ecológico.

Nesse contexto, é fundamental afastar uma compreensão equivocada segundo a qual existiria um "direito a uma determinada temperatura" ou a um padrão térmico ideal abstratamente considerado. A tutela jurídica do clima não se orienta por métricas isoladas — como a temperatura média global — tomadas como fins em si mesmas, mas pela preservação das condições ecológicas que estruturam o funcionamento climático em cada espaço geográfico.

O que se busca, portanto, não é a imposição de um estado climático artificialmente estável ou uniforme, mas a proteção da integridade dos processos naturais que conformam o clima segundo as características próprias de cada ecossistema. Fatores como a incidência solar, os movimentos de rotação e translação da Terra, a dinâmica das águas, a

composição da fauna e da flora, bem como os ciclos biogeoquímicos, são elementos constitutivos desse estado climático e variam legitimamente no tempo e no espaço.

Nessa perspectiva, a instabilidade climática, em determinadas regiões, pode constituir expressão normal e necessária do equilíbrio ecológico local, assim como a estabilidade pode caracterizar outros contextos ecossistêmicos. Não há, portanto, um padrão único de "clima perfeito e politicamente correto" como se estivéssemos num cenário do Show de Truman, mas múltiplas configurações legítimas, desde que não alteradas por interferências antrópicas deletérias.

Por isso, quando se fala em neutralidade climática ou em equilíbrio do clima, não se está a referir a uma *neutralização artificial de variáveis naturais*, mas à preservação das condições ecológicas que permitem ao sistema climático desenvolver-se conforme sua própria lógica funcional. A neutralidade, nesse sentido, significa a ausência de interferência humana capaz de desorganizar ou degradar os processos naturais que sustentam o equilíbrio ecológico e, por consequência, o próprio estado climático.

Assim, que fique absolutamente claro que a tutela jurídica do clima não se dirige à "temperatura média global" como um objeto isolado, mas ao conjunto integrado dos elementos ambientais e de suas interações, responsáveis pela formação e regulação do estado climático. Por isso, o adequado estado climático nada mais é do que reflexo da proteção do equilíbrio ecológico.

Isso não significa, por evidente, ignorar a existência de instrumentos normativos — inclusive e especialmente no plano internacional — voltados especificamente à proteção do clima considerando ser esta uma questão interplanetária. Tais iniciativas, contudo, não alteram a natureza do fenômeno climático como expressão de um sistema mais amplo, nem o convertem em bem jurídico autônomo, dissociado do equilíbrio ecológico. Ao contrário, confirmam que a tutela do clima se realiza, em última análise, por meio da proteção dos elementos que integram o sistema ambiental em sua integralidade.

Embora seja possível — e, em muitos casos, necessário como se disse acima — adotar medidas específicas voltadas à proteção dos microbens ambientais, bióticos e abióticos, tais intervenções não autorizam a sua dissociação do papel conjunto e unitário que desempenham na conformação do equilíbrio ecológico. Não se fragmenta o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda que se admitam — e até se exijam — instrumentos de tutela direcionados à correção das fontes concretas de degradação. Quando o clima se desestabiliza, isso revela, invariavelmente, a deterioração simultânea

de múltiplos elementos do sistema ambiental, de forma que qualquer tentativa de fragmentar a proteção do ambiente fora da sua percepção holística, portanto, como se fossem "direitos" fatiados autônomos, compromete não apenas a compreensão, bem como a efetividade e alcance de um direito maior e indivisível que é o *equilíbrio ecológico*.

Nessa perspectiva, *mutatis mutandis*, o comprometimento da função ecológica dos recursos ambientais, tais como a destruição das florestas, a degradação dos solos, a contaminação atmosférica, a perda de biodiversidade, a supressão das áreas úmidas, a desertificação dos solos etc. não apenas configuram violações ao meio ambiente em si, mas também atuam como causas diretas e concomitantes do desequilíbrio climático, evidenciando a indissociabilidade entre a proteção ambiental e a normalidade do sistema climático.

Sob essa perspectiva, o equilíbrio e a regulação do clima devem ser compreendidos como atributo — e não como objeto — do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ele é mais um dos indicadores da saúde do sistema ecológico, e não um bem jurídico dissociado dele. A elevação das temperaturas, a intensificação de eventos extremos e a alteração dos regimes hídricos e os desastres que daí surgem não são fenômenos destacáveis da teia ecossistêmica: são, antes, verdadeiros sintomas de uma ruptura mais profunda, que é o comprometimento da integridade dos processos ecológicos que dão sustentação ao planeta.

Esse quadro de defasagem perceptiva também cria um ambiente propício à difusão de discursos negacionistas, que se valem justamente da complexidade, da gradualidade e da dispersão dos fenômenos climáticos para questionar, minimizar ou desacreditar a existência e a gravidade da degradação ambiental. Trata-se de uma construção discursiva que, longe de se fundar em incertezas científicas legítimas, frequentemente atende a interesses econômicos vinculados à manutenção de padrões intensivos de exploração dos recursos naturais.

O negacionismo climático, nesse sentido, não se limita a uma divergência teórica ou epistemológica, mas assume contornos estratégicos: opera como instrumento de resistência à mudança, buscando preservar o status quo de atividades potencialmente degradadoras e postergar a adoção de medidas regulatórias mais rigorosas. Ao lançar dúvidas sobre evidências consolidadas ou ao fragmentar a compreensão dos fenômenos ambientais, tais discursos contribuem para a inércia decisória e para o enfraquecimento das políticas públicas de proteção ambiental.

Por isso, a superação desse cenário exige não apenas o fortalecimento da produção científica e dos mecanismos institucionais de resposta, mas também a afirmação de uma racionalidade jurídica comprometida com a leitura sistêmica, preventiva e prospectiva dos riscos ambientais. A tutela do clima, enquanto expressão do equilíbrio ecológico, não pode se submeter a narrativas que, sob o pretexto de incerteza, ocultam ou relativizam danos cuja manifestação, embora progressiva, é estruturalmente vinculada à ação humana.

Mas, retomando o raciocínio acerca do risco do discurso que dissocia a tutela climática da tutela do equilíbrio ecológico, parece-nos claro que a fragmentação – que nos parece proposital - do bem jurídico ambiental em categorias isoladas — tratando-os como direitos autônomos tal como direito ao "clima", à "biodiversidade" ou aos "recursos hídricos" — pode produzir distorções relevantes. Ao segmentar aquilo que é, por natureza, unitário e sistêmico, corre-se o risco de construir respostas jurídicas igualmente fragmentadas, incapazes de enfrentar a complexidade da crise ambiental contemporânea.

A chamada "crise climática" revela-se, em verdade, como manifestação de uma crise mais ampla: a do equilíbrio ecológico em sua integralidade.

Ainda que as intervenções, ações, medidas, políticas públicas possam — e muitas vezes devam — assumir caráter local e específico, voltadas à correção da poluição na sua fonte imediata, no enfrentamento de causas diretas, é imprescindível que se mantenha uma perspectiva global, capaz de apreender e compreender a totalidade dos fatores que condicionam a normalidade sistema climático.

Não se enfrenta o problema climático apenas por meio da redução das emissões de gases de efeito estufa ou do sequestro de carbono na atmosfera. A sua abordagem exige, igualmente, a contenção dos processos de desertificação; a preservação e recuperação dos corpos hídricos, incluídos os lençóis freáticos, especialmente diante de fenômenos como a chuva ácida; a proteção da biodiversidade; a redução dos resíduos industriais; a manutenção da cobertura florestal; a preservação das áreas alagadas; e o combate à poluição dos oceanos, dentre outros elementos estruturantes. Trata-se, em última análise, da salvaguarda dos processos ecológicos essenciais a que alude o art. 225, §1º, I e II, da CF/88, como condição para a manutenção do equilíbrio ecológico e, por conseguinte, do próprio estado climático.

É precisamente por isso que o direito ambiental se estrutura a partir de uma lógica holística. O seu objetivo não é proteger, de forma fragmentada, os recursos ambientais bióticos e abióticos, como se fossem elementos autônomos e dissociados, mas assegurar

a integridade funcional do sistema ecológico em sua totalidade. O clima, nesse contexto, não se apresenta como um objeto isolado de tutela, mas como expressão — e também como indicador — do estado desse sistema. Quando o sistema ecológico se mantém íntegro, o clima tende a refletir padrões compatíveis com as características do respectivo ecossistema; quando há degradação, os processos climáticos revelam sinais de desorganização. É justamente a partir dessa compreensão — do clima como manifestação do estado do sistema ecológico — que se torna possível enquadrar juridicamente os processos de sua desestabilização, reconduzindo-os à lógica da proteção do equilíbrio ecológico.

Esse papel de "indicador de uma desestabilização do ecossistema", contudo, não se revela sempre de forma imediata. Em razão da notável capacidade de resiliência dos sistemas ambientais, o desequilíbrio pode permanecer, por certo tempo, amortecido, manifestando-se apenas de modo diferido. Os mecanismos naturais de adaptação, contenção e regeneração permitem ao meio ambiente absorver, até determinado limite, as agressões sofridas, retardando a percepção de sua degradação.

Nesse contexto, os desastres ambientais frequentemente se apresentam como expressão tardia e aguda desse processo de desorganização sistêmica. Longe de constituírem eventos súbitos e isolados, tais ocorrências, em regra, representam a culminação de processos contínuos de degradação que, por um período relevante, permaneceram pouco perceptíveis à experiência social ou foram indevidamente minimizados. Essa invisibilidade não é apenas de ordem cognitiva, mas também estrutural: os efeitos iniciais do desequilíbrio recaem, com maior intensidade, sobre populações vulneráveis, que, desprovidas de poder político, econômico e institucional, não conseguem projetar tais danos na esfera pública com a devida relevância.

Nessa perspectiva, o desastre ambiental revela, de forma concentrada, aquilo que vinha sendo progressivamente produzido e socialmente negligenciado. Trata-se de um momento de ruptura em que o sistema ecológico, já fragilizado, perde sua capacidade de absorver os impactos acumulados, expondo, de maneira abrupta, a insuficiência dos mecanismos de contenção e a falha das respostas preventivas contra o risco e o dano ao equilíbrio ecológico.

Justamente por isso, o clima pode funcionar, como se disse alhures, como um indicador tardio desse processo: quando sua desorganização se torna visível — muitas vezes associada à intensificação ou à maior frequência de eventos extremos —, já se terão, não raro, ultrapassado limiares críticos, nos quais a capacidade de recomposição natural

se encontra comprometida. O desastre, nessa perspectiva, não inaugura o desequilíbrio, mas o revela em sua forma mais evidente, evidenciando a insuficiência de respostas reativas e reforçando a centralidade de uma abordagem preventiva e sistêmica na tutela ambiental.

A anormalidade do clima, enquanto expressão do comprometimento do equilíbrio ecológico, projeta efeitos deletérios que ultrapassam a dimensão puramente ambiental, alcançando diretamente a saúde, a segurança e o bem-estar das populações, bem como a própria organização das atividades sociais e econômicas. Eventos extremos mais frequentes, alterações nos regimes de chuva, elevação do nível do mar, perda de produtividade agrícola, escassez hídrica e intensificação de desastres naturais não são fenômenos isolados, mas manifestações integradas de um sistema ambiental em desequilíbrio.

Sob o prisma jurídico, tais efeitos podem — e devem — ser compreendidos à luz do próprio conceito normativo de poluição, tal como delineado no art. 3º, III, da Lei nº 6.938/81. A poluição, *ex lege*, consiste na degradação da qualidade ambiental, apta a produzir repercussões em múltiplas dimensões do meio ambiente, natural e artificial (neste último incluído o meio ambiente do trabalho).

Nesse contexto, a desorganização do sistema climático — enquanto expressão de processos de degradação ambiental — insere-se, de forma inequívoca, no conceito legal de poluição, na medida em que decorre de atividades que, direta ou indiretamente, comprometem o equilíbrio ecológico e irradiam efeitos previstos nas diversas alíneas do referido dispositivo.

Entre as consequências juridicamente relevantes da poluição incluem-se os prejuízos à saúde e ao bem-estar da população, a criação de condições adversas ao desenvolvimento das atividades sociais e econômicas, a afetação da biota e o comprometimento das condições sanitárias e ambientais em sentido amplo. A alteração antrópica do clima, nesse contexto, não se apresenta como fenômeno neutro ou meramente físico, mas como resultado juridicamente imputável de processos de degradação ambiental.

Ainda que os processos de degradação ambiental se desenvolvam por meio de cadeias causais complexas, fragmentadas e, muitas vezes, indiretas — envolvendo múltiplas causas e contribuições sucessivas —, isso não impede a sua qualificação jurídica nem afasta a possibilidade de responsabilização pelas atividades humanas que lhes dão origem.

Pelo contrário, essa própria complexidade exige que o direito ambiental adote uma abordagem mais ampla e adequada à realidade dos fenômenos que disciplina. Isso significa reconhecer que os danos ambientais nem sempre decorrem de uma causa única e direta, mas de uma combinação de fatores interligados, que atuam de forma cumulativa ao longo do tempo e do espaço.

Por essa razão, a identificação do nexo causal, no âmbito ambiental, *calcanhar de Aquiles* da responsabilização ambiental, não pode se limitar a modelos lineares e simplificados, sob pena de que se assim grassará a irresponsabilidade ambiental. É necessário utilizar categorias jurídicas compatíveis com a natureza sistêmica desses danos, de modo a permitir a adequada imputação de responsabilidade, mesmo quando os efeitos resultam da atuação conjunta — direta ou indireta — de diferentes agentes e atividades.

Por essa razão, a identificação do nexo causal no âmbito ambiental — verdadeiro calcanhar de Aquiles da responsabilização — não pode se limitar a modelos lineares e simplificados, sob pena de se fomentar a própria irresponsabilidade ambiental. Ao contrário, exige o emprego de categorias jurídicas compatíveis com a natureza sistêmica dos danos, aptas a reconhecer a atuação conjunta, direta ou indireta, de múltiplos agentes e atividades, de modo a viabilizar a adequada imputação de responsabilidade mesmo diante de cadeias causais complexas.

3. A JUSTIÇA CLIMÁTICA

É nesse contexto — em que o desequilíbrio ecológico se projeta na desestabilização do clima (manifestação da poluição) — que emerge, com especial relevo, a *injusta dimensão distributiva do problema*. Os efeitos da desorganização climática — assim como da poluição *tout court* — embora globalmente produzidos, não são igualmente suportados.

Há uma *histórica assimetria estrutural* entre aqueles que, direta ou indiretamente, contribuem para a degradação dos elementos responsáveis pela normalidade climática — em regra vinculados a atividades economicamente lucrativas — e aqueles que suportam, de forma mais intensa, as suas consequências.

Essa assimetria não é recente, mas remonta aos próprios processos de formação da economia moderna. Já no período de colonização, a exploração intensiva dos territórios coloniais se deu mediante a extração predatória de recursos naturais, associada

à violação sistemática dos direitos dos povos originários, cujos modos de vida eram intrinsecamente vinculados ao equilíbrio ecológico local. A lógica de apropriação de riquezas naturais em benefício de centros de poder externos inaugurou um padrão de degradação ambiental orientado à concentração de ganhos e à externalização de custos, tal como expressamente revelado no princípio 01 da Conferência de Estocolmo, cujos efeitos ainda são perceptíveis em realidades como a brasileira e em grande parte do continente africano, onde a longa experiência colonial se reflete em maiores dificuldades de recuperação diante dos impactos acumulados desse processo de predação.

Esse modelo se intensifica com a Primeira Revolução Industrial, quando a ampliação da capacidade produtiva, baseada na queima de combustíveis fósseis e na transformação acelerada dos recursos naturais, consolida uma dinâmica de crescimento econômico dissociada dos limites ecológicos e sustentada, em larga medida, pela exploração dos menos favorecidos — seja por meio da escravidão, seja pela precarização das relações de trabalho nas fases subsequentes. A partir daí, a degradação ambiental — inclusive com reflexos climáticos — passa a ser estruturalmente incorporada aos processos produtivos, ao mesmo tempo em que seus efeitos negativos são distribuídos de forma desigual, recaindo, sobretudo, sobre populações vulneráveis e regiões periféricas.

Forma-se, assim, um padrão histórico de apropriação privada dos benefícios econômicos da exploração ambiental, acompanhado da socialização difusa — e profundamente desigual — dos seus custos. É essa lógica que ainda hoje se reproduz nas dinâmicas contemporâneas de degradação climática, evidenciando que o problema não é apenas ambiental, mas também distributivo, exigindo do Direito respostas que enfrentem não apenas os efeitos, mas também as estruturas que os produzem.

Obviamente que essa lógica não se restringe à poluição climática, mas se reproduz em múltiplas formas de degradação ambiental: na contaminação dos rios, na degradação das águas doces, na ocorrência de chuvas ácidas, na dispersão de substâncias tóxicas — inclusive nano partículas oriundas de insumos agrícolas — e em tantas outras manifestações de comprometimento da qualidade ambiental. Em todos esses cenários, observa-se um mesmo padrão estrutural de *injusta distribuição dos ônus e benefícios*.

Em rigor, aqueles que produzem as externalidades ambientais negativas são, em grande medida, os mesmos agentes que dispõem de maior capacidade econômica, técnica e organizacional; são precisamente os que concentram os benefícios da exploração dos recursos naturais e que, de forma simultânea, detêm os meios para mitigar, evitar ou deslocar os efeitos mais gravosos da degradação que provocam. Em sentido inverso, as

populações mais vulneráveis — historicamente situadas à margem da estrutura social —, desprovidas desses instrumentos, permanecem mais expostas e suportam, de modo direto e intensificado, os impactos ambientais, ainda que tenham contribuído apenas de forma marginal, muitas vezes por imperativos de subsistência, para a sua causação.

Nesse grupo encontram-se, de maneira estrutural, aqueles que são excluídos ou vulnerabilizados em razão de marcadores sociais como gênero, raça e condição econômica, o que evidencia que a distribuição dos efeitos da degradação ambiental reproduz — e aprofunda — desigualdades já existentes no tecido social.

Configura-se, assim, uma dinâmica de profunda injustiça socioambiental, marcada pela *privatização dos ganhos e pela socialização dos prejuízos* sobre um bem que é de todos e, frise-se, de *uso comum* que pressupõe *igualdade* e sua *não exclusão* de quem quer que seja.

As *externalidades negativas* são difusamente distribuídas, recaindo de forma desproporcional sobre aqueles que menos participaram de sua produção e nem por ela foram beneficiados, o que reforça a necessidade de reconhecimento internacional de regras e princípios jurídicos — como o princípio do poluidor-pagador — aptos a promover a *internalização jurídica* (não a internalização econômica) dos custos ambientais e a recomposição do equilíbrio não apenas ecológico, mas também distributivo de uma *justiça ambiental*.

É nesse cenário mais amplo de *injustiça ambiental* que se insere aquilo que se convencionou denominar *justiça climática*, aqui compreendida como o conjunto de meios de reação às injustiças climáticas produzidas pela distribuição desigual dos impactos do desequilíbrio ecológico na perspectiva das consequências negativas sobre o clima e os efeitos deletérios que recaem sobre os mais vulneráveis.

É importante, nesse contexto, perceber que a noção de justiça climática não nasce como categoria jurídica formal, mas como construção legítima da sociedade civil, especialmente a partir de movimentos sociais que passaram a denunciar a profunda desigualdade na distribuição dos impactos ambientais. Trata-se, portanto, de uma categoria político-ética que traduz a exigência de que os custos do desequilíbrio ecológico — manifestados, entre outros aspectos, na instabilidade climática — não recaiam de forma desproporcional sobre populações vulneráveis.

Não se pode ser ingênuo, e, portanto não se pode afastar, ademais, a constatação de que a progressiva incorporação dessa pauta também decorre de uma percepção pragmática: a degradação ambiental, ao comprometer as bases materiais do próprio

sistema produtivo e a capacidade de consumo, tende a atingir, em horizonte não distante, inclusive aqueles que historicamente se beneficiaram desse modelo, evidenciando que a crise climática não é apenas um problema distributivo, mas também um limite estrutural ao próprio desenvolvimento econômico.

Retomando, a *justiça climática*, nesse sentido, não se confunde com a "atuação jurisdicional" nem se esgota na canhestra ideia de "prestação jurisdicional". Ela expressa uma diretriz mais ampla, que envolve políticas públicas, decisões econômicas, arranjos institucionais e compromissos internacionais orientados à redução das desigualdades ambientais. O que está em jogo é – em relação aos impactos negativos sobre o clima, a necessidade de distribuição equitativa dos ônus decorrentes da degradação ambiental, bem como o reconhecimento de que determinados grupos — em especial aqueles historicamente marginalizados — suportam, de maneira mais intensa, os efeitos do desequilíbrio ecológico.

Não por acaso, a expressão "justiça climática" emerge fora dos marcos institucionais tradicionais. Sua consolidação decorre de movimentos sociais e organizações da sociedade civil que, desde o final do século XX, passaram a denunciar que o aquecimento global *não constitui apenas um fenômeno físico*, *mas também uma questão de desigualdade econômica, social, racial e de gênero histórica, vinculada a violação direitos humanos*.

Apenas posteriormente esse vocabulário foi parcialmente incorporado ao discurso institucional internacional, como revela, de forma clara e direta, sua menção no preâmbulo do Acordo de Paris, muito embora já pudesse ser extraída em vários princípios da Conferência de Estocolmo de 1972.

A referência à palavra "justiça" na expressão "justiça ambiental" não é meramente dogmática e nem se reduz como já dissemos a uma referência ao poder judiciário, pois vai muito além disso. Ela remete a um sentido social, normativo e até filosófico: trata-se da ideia de atribuir a cada um o que lhe é devido, reequilibrando relações marcadas por assimetrias.

A justiça climática aproxima-se, assim, da noção aristotélica de justiça distributiva e corretiva, na medida em que projeta uma dupla exigência: de um lado, orienta-se para o futuro, demandando a adequada distribuição dos ônus ambientais conforme a contribuição para a degradação e a capacidade de enfrentamento; de outro, volta-se ao passado, impondo a correção das distorções historicamente produzidas, especialmente quando seus efeitos recaem — e continuam a recair — de forma desproporcional sobre

os mais vulneráveis. Trata-se, portanto, de um esforço de reequilíbrio que busca recompor, nos planos ambiental e social, os prejuízos decorrentes das desigualdades geradas pelo rompimento do equilíbrio ecológico.

É precisamente nesse ponto que a referida expressão revela uma umbilical conexão com o *princípio do poluidor-pagador*, que, ao impor a internalização jurídica das externalidades ambientais negativas, opera como instrumento jurídico de concretização dessa "justiça" seja no plano prospectivo, seja no retrospectivo.

Ao exigir que os agentes responsáveis pela degradação suportem os custos dela decorrentes — não apenas no plano reparatório/repressivo, mas também e principalmente no preventivo —, o princípio contribui para reequilibrar a distribuição dos ônus ambientais, aproximando o sistema jurídico de uma lógica distributiva e corretiva compatível com a ideia de *justiça ambiental* no qual se insere a *justiça climática*.

As populações mais vulneráveis, desprovidas de meios econômicos, técnicos e institucionais adequados, revelam menor capacidade de adaptação e resposta aos impactos negativos ambientais, sendo, por isso, as mais atingidas pelos efeitos adversos do desequilíbrio climático, ainda que tenham contribuído de maneira marginal para a sua causação. Quando participam desses processos, o fazem, em regra, por imperativos de subsistência, sem efetiva liberdade de escolha, sem qualquer opção por um caminho diverso.

Trata-se, portanto, de um fenômeno opressivo que evidencia não apenas uma crise ambiental, mas também uma crise de justiça distributiva, na qual os ônus da degradação recaem de forma desproporcional sobre aqueles que menos participaram de sua origem. É nesse contexto que se revela o verdadeiro sentido de se restabelecer uma *justiça ambiental climática*, orientada à recomposição prospectiva e retrospectiva dessas assimetrias.

O reverso disso — a chamada "injustiça climática" — revela, neste exato sentido como foi dito acima, que os impactos negativos sobre o clima decorrentes do desequilíbrio ecológico não se distribuem de forma equânime. As populações mais vulneráveis — sob os aspectos social, econômico e geográfico — são, em regra, as mais afetadas por eventos extremos, escassez hídrica, insegurança alimentar, riscos de desastres e deslocamentos forçados; e, de forma muito injusta são também aquelas que menos contribuíram para a degradação ambiental que está na origem desses fenômenos.

Não raramente, esses grupos são compostos por pessoas que, de forma estrutural, foram colocadas à margem da sociedade, explorados e oprimidos em razão de fatores

como gênero, raça e condição econômica, o que evidencia que *a injustiça climática não apenas decorre do desequilíbrio ecológico, mas também reproduz e aprofunda desigualdades históricas, ou seja, nem todos sofreram, sofrem e sofrerão da mesma forma o desequilíbrio ecológico, e, neste particular o climático*.

4. JUSTIÇA CLIMÁTICA E DIREITO AO CLIMA

A *justiça climática* não funda um novo objeto jurídico autônomo, mas evidencia, sob uma perspectiva distributiva, as consequências da violação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na perspectiva dos efeitos deletérios que isso causa no estado climático. O que se busca, por meio dela, da *justiça* climática, não é a afirmação de um "direito à normalidade do clima", mas a correção das assimetrias produzidas pelo desequilíbrio ambiental que se projetam, também, sobre o clima.

Por isso, embora a expressão seja mais do que legítima e necessária, ela não altera a estrutura do bem jurídico tutelado. O clima permanece sendo uma manifestação do equilíbrio ecológico, e não um objeto jurídico independente. A *injustiça climática*, portanto, não é senão uma das formas pelas quais se revela a *injustiça ambiental* mais ampla, decorrente da fragmentação e da degradação do macrobem ambiental (equilíbrio ecológico).

A poluição, nesse cenário, assume um papel central na compreensão do problema.

As diversas formas de poluição que degrada a função ecológica dos recursos ambientais é que causa/intensifica os processos de alteração climática, ampliando desigualdades já existentes. A emissão de poluentes, a contaminação de solos e águas, a destruição de ecossistemas etc. funcionam como vetores de um ciclo perverso: degradam o ambiente, desestabilizam o clima e aprofundam a injustiça social.

Por isso, enfrentar a chamada crise climática exige, antes de tudo, recuperar o sentido do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não se trata de diminuir a importância do clima, antes o contrário, mas de compreendê-lo como parte de um todo maior, cuja integridade é condição para a própria normalidade climática.

A resposta jurídica adequada não está na multiplicação de "direitos fragmentados", mas no fortalecimento de uma leitura sistêmica do bem ambiental. Proteger florestas, restaurar ecossistemas, proteger a qualidade do ar, conservar os oceanos, preservar a biodiversidade e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais

são medidas que, ao mesmo tempo, cuidam do meio ambiente e contribuem para a normalidade do clima.

Em última análise, aquilo que se denomina injustiça climática é apenas uma das manifestações de uma injustiça ambiental mais ampla. E esta decorre da ruptura de um equilíbrio ecológico que a Constituição brasileira, com precisão, reconheceu como direito fundamental.

5. DIREITO À DESCARBONIZAÇÃO

A exemplo do que se observa em relação ao denominado "direito à normalidade do clima", tem-se falado com certa frequência nos meios políticos e sociais o *direito à descarbonização*. É preciso entender em que contexto se insere a referida expressão.

A descarbonização não constitui um bem jurídico em si mesmo, mas expressão que designa um conjunto de medidas, técnicas e políticas voltadas à redução das emissões de gases de efeito estufa e à melhoria da qualidade atmosférica, inseridas no âmbito mais amplo da proteção do equilíbrio ecológico. Trata-se, sem dúvida, do eixo central das políticas internacionais de proteção do clima, orientadas ao cumprimento de metas que visam à estabilização do sistema climático em horizontes como o de 2050.

Importa, contudo, distingui-la do chamado sequestro de carbono, conceito que ganhou relevo no contexto das conferências internacionais sobre o clima, especialmente a partir do Protocolo de Kyoto. Enquanto a descarbonização se dirige à redução ou eliminação das emissões na origem — mediante a transição energética, a substituição de fontes fósseis por energias renováveis e o aumento da eficiência produtiva —, o sequestro de carbono refere-se à captura e ao armazenamento do dióxido de carbono já emitido ou cuja emissão é inevitável, seja por meios naturais, como florestas e solos, seja por tecnologias de captura e estocagem geológica.

Ambas as estratégias — frequentemente confundidas sob uma perspectiva meramente finalística dos fluxos de carbono — são complementares, mas não se confundem: a descarbonização atua de forma preventiva, ao evitar o ingresso de carbono na atmosfera, enquanto o sequestro opera de modo corretivo, incidindo sobre emissões já realizadas ou não evitadas. A distinção é essencial para afastar a equivocada ideia de substitutividade entre esses instrumentos, que poderia legitimar a continuidade de práticas emissoras sob o amparo de mecanismos compensatórios incapazes de enfrentar, na origem, as causas estruturais da degradação climática. Em termos simples: ao substituir

um caminhão a diesel por um veículo elétrico, promove-se a descarbonização, pois se evita a emissão; ao plantar árvores para absorver o dióxido de carbono já liberado por esse caminhão, realiza-se o sequestro de carbono, pois se atua sobre a emissão já ocorrida.

O que se pode reconhecer, com maior precisão, é que não existe um direito autônomo à descarbonização (nem tampouco ao do sequestro do carbono), mas sim o direito de exigir, por meio de uma *transição justa*, a implementação dessas e tantas outras ferramentas necessárias à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado especialmente na perspectiva da proteção climática. Trata-se, portanto, de um desdobramento funcional do dever de proteger e preservar o direito fundamental já consagrado no art. 225 da Constituição, e não da criação de uma nova categoria jurídica independente.

Nessa perspectiva, é fundamental não confundir os meios com o fim. As políticas de descarbonização — assim como outras medidas de preservação e recuperação ambiental — constituem instrumentos normativos, políticos e técnicos voltados à recomposição do equilíbrio ecológico, especialmente no contexto da regulação do clima e da proteção da qualidade do ar.

Descarbonizar, nesse sentido, não designa um bem jurídico autônomo, mas um conceito funcional que abrange tanto o objetivo de reduzir as emissões líquidas de gases de efeito estufa quanto o conjunto de estratégias mobilizadas para atingi-lo. Trata-se, assim, de uma categoria instrumental, cuja relevância jurídica decorre de sua aptidão para promover o equilíbrio ecológico, e não de sua existência isolada, ou seja, existe para uma finalidade, não para um fim em si mesmo.

No âmbito da *justiça climática*, a descarbonização compreende o conjunto de processos, métodos e técnicas destinados à redução das emissões de gases de efeito estufa, com vistas à neutralidade climática. Trata-se, como já referido, do eixo central dos tratados internacionais contemporâneos sobre o clima, na medida em que traduz, em termos operacionais, o dever de não poluir, especialmente por meio da transição de matrizes energéticas intensivas em carbono para fontes limpas ou menos emissoras. Nesse contexto, o objetivo predominante da política internacional climática consiste em conter o aquecimento global, preferencialmente limitando-o a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais.

Convém recordar que o Protocolo de Kyoto representou o primeiro grande acordo internacional a estabelecer metas obrigatórias de redução de emissões de gases de efeito estufa, voltadas principalmente aos países desenvolvidos. Apesar desse avanço inicial,

muitas dessas metas não foram efetivamente cumpridas, o que acabou por evidenciar as limitações práticas daquele modelo.

Anos depois, o Acordo de Paris passou a adotar uma abordagem mais ampla, envolvendo praticamente todos os países no compromisso de reduzir emissões. O tratado indicou, em seu art. 4.1, a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre o que se emite e o que se retira da atmosfera — o chamado "zero líquido" — ao longo da segunda metade deste século.

Ainda que o texto do acordo não tenha fixado expressamente o ano de 2050, esse marco temporal foi sendo consolidado a partir de estudos científicos, especialmente os desenvolvidos pelo IPCC, que apontaram esse horizonte como necessário para limitar o aquecimento global a 1,5°C, em consonância com os objetivos definidos no art. 2º do tratado.

Nesse contexto, o Acordo de Paris passou a operar por meio das chamadas NDCs (Contribuições Nacionalmente Determinadas), pelas quais cada país apresenta seus compromissos e os revisa periodicamente. Além disso, o art. 4.19 passou a incentivar a formulação de estratégias nacionais de longo prazo voltadas à redução de emissões, geralmente projetadas até meados do século, evidenciando o caráter contínuo e progressivo das ações voltadas à proteção do clima.

Nada obstante o enfrentamento do tema nas Conferências Partes que se sucederam ao Acordo de Paris o que se observa é que a política de descarbonização não tem sido implementada a contento. Os relatórios do PNUMA alertam que as políticas atuais são insuficientes, podendo levar a um aumento de temperatura de até 3,1°C até o final do século. Já às vésperas da COP30 ocorrida no ano passado aqui no Brasil (Belém, 2025) se tinha a revelação de que a maioria dos países ainda não tinha nem sequer atualizado as suas NDCs, o que revela um dado crítico para cumprir o Acordo de Paris.

Dentre as técnicas estratégicas para a descarbonização incluem-se a transição para energias renováveis, a melhoria da eficiência energética, a eletrificação do transporte e a adoção de práticas industriais sustentáveis. Todas essas medidas dependem de vontade política concreta e de atuação coordenada dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ocorre que, não raramente, são justamente os países que mais poluem — e que auferem os maiores benefícios da degradação ambiental — os que menos se comprometem com a implementação dessas transformações, transferindo, na prática, os custos da inação para os mais vulneráveis.

Os mercados de carbono, idealizados desde o Protocolo de Kyoto, são ferramentas essenciais para a descarbonização. No Brasil, esse esforço ganhou força com a Lei nº 14.943/2024, que criou o Sistema Brasileiro de Comércio de Emissões (SBCE). Essa lei marca uma mudança histórica: o país deixa de depender apenas de iniciativas voluntárias e passa a adotar um mercado regulado, com metas obrigatórias de redução para os maiores emissores de poluentes.

O novo sistema será implementado de forma gradual, com previsão de funcionamento pleno até 2030. A ideia é usar estímulos econômicos para incentivar as empresas a poluírem menos. Essa estratégia responde à urgência da comunidade científica, que alerta que precisamos de cortes profundos e rápidos nas emissões para manter o aquecimento global em níveis seguros.

Portanto, a descarbonização, deve ser compreendida como uma entre várias estratégias indispensáveis à proteção do equilíbrio ecológico, cuja exigibilidade jurídica decorre diretamente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos deveres correlatos de preservação e proteção.

6. UBIQUIDADE AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE COMUM, MAS DIFERENCIADA NA JUSTIÇA CLIMÁTICA

Diante da ubiquidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado — e considerando que determinados aspectos do desequilíbrio ecológico assumem dimensão planetária, como a alteração do clima, a contaminação dos oceanos (microplásticos, lixo e hidrocarbonetos), a poluição hídrica (chuva ácida, contaminação dos lençóis freáticos, poluição química, resíduos industriais etc.), a deterioração da qualidade do ar (gases de efeito estufa, materiais particulados etc.) e a poluição radioativa —, impõe-se pensar a *justiça climática* em uma perspectiva igualmente globalizada envolvendo especialmente os países que são diretamente responsáveis pelas causas de desequilíbrio do clima no planeta.

Essa percepção de que o problema ambiental não pode ser tratado de forma singularizada por cada país e desconectada de uma política global consolidou-se na segunda metade do século XX. O marco inicial dessa conscientização foi a Conferência de Estocolmo (1972), que estabeleceu o *direito ao meio ambiente sadio* como um princípio de índole internacional envolvendo a participação conjunta e concertada de todos os países na implementação das políticas públicas ambientais.

Em 1979, um avanço crucial ocorreu com a Convenção sobre Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância. Esse tratado foi motivado pela crise da chuva ácida na Europa e na América do Norte, fenômeno que provou juridicamente que os poluentes emitidos em um país podem causar danos ambientais severos em nações vizinhas. Ao formalizar que a atmosfera não respeita fronteiras, a Convenção estabeleceu a necessidade de cooperação regional para o controle de emissões.

Esse movimento de governança da organização das nações unidas atingiu sua maturidade em 1992. Embora o texto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) tenha sido tecnicamente adotado em Nova York, em maio daquele ano, foi a sua abertura para assinaturas durante a Conferência do Rio de Janeiro (Rio-92) que lhe conferiu força política global. A partir desse momento, a proteção do sistema climático deixou de ser uma questão de vizinhança para se tornar um dever compartilhado por todas as nações, criando a estrutura que sustenta, até hoje através das conferências partes, com esforços internacionais voltados à descarbonização.

Nesse contexto, é preciso reconhecer que a poluição gerada localmente em cada país não se limita aos seus próprios territórios, mas se projeta para além de suas fronteiras, difundindo-se no sistema ambiental global e assumindo dimensão planetária.

A partir dessa constatação é que se estrutura a ideia de *responsabilidade comum, porém diferenciada*: todos os Estados compartilham o dever de proteger o meio ambiente e o clima, mas não na mesma medida. A diferenciação decorre, sobretudo, da contribuição histórica desigual para a degradação ambiental e das distintas capacidades econômicas e tecnológicas de enfrentamento do problema. Países mais industrializados, que historicamente mais poluíram, passam, assim, a assumir maior responsabilidade na mitigação dos impactos climáticos.

Essa característica impõe a necessidade de articulação entre o princípio do poluidor-pagador e a ideia de responsabilidade comum, porém diferenciada. Se, por um lado, todos são responsáveis pela proteção do equilíbrio ecológico — na medida em que todos dele dependem e sobre ele exercem algum grau de influência —, por outro, não se pode ignorar que os impactos negativos sobre o clima decorrem, em grande medida, de processos históricos de industrialização e de exploração intensiva dos recursos ambientais, concentrados em determinados países e estruturas econômicas.

Tais mecanismos evidenciam que a responsabilidade climática não se esgota na redução interna de emissões, mas envolve também deveres de cooperação financeira, transferência de tecnologia e apoio institucional, especialmente por parte dos países

historicamente mais poluentes. Trata-se, assim, de uma concretização progressiva do princípio do poluidor-pagador em escala internacional, orientada não apenas à mitigação dos danos, mas também à correção das assimetrias estruturais que marcam a distribuição global dos custos da degradação ambiental.

É precisamente nesse ponto que se insere o conceito de *transição justa*, expressamente reconhecido no preâmbulo do Acordo de Paris, no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Trata-se de uma diretriz estruturante que impõe que a transição para uma economia de baixo carbono — indispensável à contenção do aquecimento global — seja conduzida de forma *socialmente inclusiva*, *economicamente equilibrada* e *politicamente participativa*, evitando que os custos da descarbonização recaiam de modo desproporcional sobre trabalhadores, comunidades vulneráveis e países em desenvolvimento.

A *transição justa*, portanto, não se limita a um vetor programático de política pública, mas assume natureza normativa no plano internacional, funcionando como critério de legitimidade das próprias estratégias de mitigação e adaptação climática. Seus elementos fundamentais compreendem, de um lado, a promoção do trabalho decente em setores sustentáveis, com a criação de empregos de qualidade na economia verde; de outro, a implementação de políticas de capacitação e requalificação profissional destinadas aos trabalhadores oriundos de cadeias produtivas intensivas em carbono. Soma-se a isso a exigência de diálogo social efetivo, com a participação de sindicatos, comunidades locais e entes estatais nos processos decisórios, bem como a adoção de mecanismos de proteção social aptos a amparar os grupos diretamente impactados pelas transformações econômicas impostas pela agenda climática.

No plano internacional, a *transição justa* também se articula com a lógica das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, ao reforçar a necessidade de apoio financeiro, tecnológico e institucional aos países em desenvolvimento, de modo a viabilizar trajetórias de crescimento compatíveis com a sustentabilidade ambiental. Nesse sentido, a transição justa atua como elemento de densificação material do princípio do poluidor-pagador, agregando a ele uma dimensão social que impede que a correção dos danos ambientais se converta, paradoxalmente, em novo fator de desigualdade.

Com efeito, a incorporação da transição justa ao regime climático internacional revela que a proteção do clima não pode ser concebida apenas sob a ótica da eficiência ambiental ou da redução de emissões, mas deve ser compreendida como um processo de reestruturação econômica global que demanda equidade, inclusão e justiça distributiva. A

ausência dessa preocupação compromete não apenas a legitimidade das políticas climáticas, mas a própria viabilidade de sua implementação, diante do potencial de resistência social que pode emergir quando os custos da transformação são percebidos como injustamente distribuídos. A justiça climática, assim compreendida, exige reconhecer que, embora o direito ao equilíbrio ecológico seja uno e indivisível, os deveres de proteção que dele decorrem não se distribuem de forma uniforme quando se trata de danos de dimensão planetária. Ao contrário, devem refletir as desigualdades históricas e estruturais que marcaram — e ainda marcam — o uso incomum e a apropriação predatória dos recursos ambientais, sob pena de perpetuar, no plano global, a mesma lógica de concentração de benefícios e socialização de prejuízos que caracteriza a injustiça ambiental em nível interno.

7. CONCLUSAO

Todas as expressões analisadas — "direito ao clima", "direito à descarbonização", "justiça climática" e "responsabilidade comum, mas diferenciada" — somente podem ser adequadamente compreendidas quando reconduzidas ao seu ponto de origem: o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Fora dessa matriz unitária, tais categorias tendem a se fragmentar, perdendo densidade jurídica e comprometendo a coerência do sistema.

O princípio do poluidor-pagador, nesse contexto, revela-se como o principal instrumento de concretização desse direito fundamental. Não como autorização para degradar mediante compensação, mas como exigência de responsabilidade integral — preventiva e repressiva — capaz de assegurar que os custos da degradação ambiental não sejam transferidos à coletividade e, sobretudo, aos mais vulneráveis. É ele que permite transformar a proteção do equilíbrio ecológico em prática efetiva, conectando causalidade, responsabilidade e justiça.

Assim, a tutela do clima, as políticas de descarbonização e as demandas por justiça climática não constituem novos direitos autônomos, mas formas específicas de realização de um único e indivisível direito fundamental. Compreendê-las dessa maneira não empobrece o debate — ao contrário, o fortalece, ao impedir a fragmentação do bem ambiental e ao reafirmar a necessidade de respostas jurídicas sistêmicas, proporcionais e justas.

Em última análise, proteger o clima, promover a descarbonização e buscar a *justiça climática* nada mais é do que cumprir — em diferentes planos e escalas — o mesmo dever fundamental: preservar e restaurar o equilíbrio ecológico, condição primeira da vida e da própria existência do Direito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor-pagador. Pedra angular da Política Comunitária do Ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, Stvdia Ivridica, n. 23.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Madri: Siglo Veintiuno, 2002. Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

FARIAS, Talden. Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. Salvador: Podivm, 2026.

GERMANWATCH. Global Climate Risk Index 2021. Bonn: Germanwatch, 2021. Disponível em: https://www.germanwatch.org/de/19777. Acesso em: 16 mar. 2026.

GIDDENS, Anthony. A política da mudança climática. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

GUIMARÃES, Emanuelle de Castro Carvalho; DURÃES, Marilene Gomes. Os deslocados pelas mudanças climáticas: a importância da litigância climática para os refugiados ambientais. Revista Direito Ambiental e Sociedade, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 1–13, 2024. Disponível em: https://sou.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/13353. Acesso em: 16.03.2026.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IEA). COP26 climate pledges could help limit global warming to 1.8 °C, but implementing them will be the key. Paris: IEA, 2021. Disponível em: https://www.iea.org/commentaries/cop26-climate-pledges-could-help-limit-global-warming-to-18-c-but-implementing-them-will-be-the-key. Acesso em: 18 mar. 2026.

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; CASTILHO, André Ferreira de; GARCIA, Júlia Malheiros. Uma análise da justiça climática na perspectiva do socioambientalismo brasileiro. *Revista de Direitos Difusos*, v. 67, p. 95–115, jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341988320_Uma_analise_da_justica_climatica_na_perspectiva_do_socioambientalismo_brasileiro. Acesso em: 31 mar. 2026.

RAMMÊ, R. S. A política da justiça climática: conjugando riscos, vulnerabilidades e injustiças decorrentes das mudanças climáticas. Revista de Direito Ambiental, v. 65, p. 367, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito ambiental esquematizado. 12ª edição. São Paulo: Saraiva. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. 6. ed. São Paulo: Forense editora, 2026.

Deveres fundamentais ambientais –A natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental. Revista de Direito Ambiental.vol. 67, P. 11-69, Jul –Set, 2012.

SULTANA, Farhana. Critical climate justice. *The Geographical Journal*, v. 188, n. 1, p. 118–124, 2022. DOI: https://doi.org/10.1111/geoj.12417. Disponível em: https://www.farhanasultana.com/wp-content/uploads/Sultana-Critical-climate-justice.pdf. Acesso em: 17 mar. 2026.

UNITED STATES. Department of Energy. Decoding decarbonization: a utility handbook. Washington, DC: U.S. Department of Energy, 2024. Disponível em: https://www.energy.gov/sites/default/files/2024-04/23-02-2024-oe-voe-decoding-decarbonization-508-3.pdf. Acesso em: 18 mar. 2026.

WIMBADI, Ramanditya Wimbardana; DABSCHMIDT, Andreas; KERAMIDAS, Konstantinos. *From decarbonization to low carbon development and transition: a systematic literature review of the conceptualization of moving toward net-zero carbon dioxide emission (1995–2019)*. Journal of Cleaner Production, v. 262, 2020. DOI: https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2020.120307. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/339039625_From_decarbonization_to_low_carbon_development_and_transition_A_systematic_literature_review_of_the_conceptualization_of_moving_toward_net-zero_carbon_dioxide_emission_1995-2019. Acesso em: 19 mar. 2026.

LITIGIOS CLIMÁTICOS SISTÉMICOS: UN COMPLEJO TIPO DE PROCESO ESTRUCTURAL

Carlos Glave Mavila

SUMÁRIO: 1. Introducción. **2.** El aumento de litigios climáticos en el mundo. **3.** La prueba utilizada y la complejidad de los litigios climáticos. **4.** Ejemplos prácticos de litigios climáticos estructurales. **5.** Algunas cuestiones a tomar en consideración para un proceso climático estructural. **6.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho procesal siempre debe de adaptarse para brindar una adecuada tutela a las situaciones jurídico materiales que nos presenta la realidad. En esa línea, en el año 2001 Michelle Taruffo[1], llamando la atención sobre la necesidad de brindar una tutela colectiva, se refería a que las *"clases de personas expuestas a daños e injusticias que deberían ser prevenidos y compensados también tienden a expandirse más allá del tamaño habitual de los grupos relativamente pequeños que existen dentro de las fronteras nacionales de los distintos países"*.

Así, señalaba que *"nuestra cultura tradicional no nos proporciona soluciones prediseñadas para estos problemas. Sin embargo, también es evidente que no pueden simplemente ser ignorados o negados, ya que su dimensión transnacional es ineludible"*.

El Código Modelo de Proceso Colectivos para Iberoamérica ("Código Modelo"), aprobado en Caracas en el año 2004, es evidentemente también un ejemplo de la necesidad que existía en dicho momento de promover una adecuada tutela a situaciones jurídicas supraindividuales, a las que se refería Taruffo, y que no pueden atenderse desde un modelo tradicional de proceso.

La premisa sobre la que se elaboró el mismo era que en los países iberoamericanos existía una ausencia de regulación o, al menos, una regulación muy fragmentada para proteger derechos supraindividuales.

Sin perjuicio de los avances que han existido en el campo de la tutela de los derechos supraindividuales desde dichos años hasta la actualidad, en la mayoría de los países iberoamericanos la premisa sobre la cual se elaboró el Código Modelo sigue muy vigente. Por ello, corresponde seguir buscando que se plasme en la realidad de cada país

[1] Michele Taruffo, Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective, 11 Duke Journal of Comparative & International Law 405-422 (2001): https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/12.

una regulación sistemática sobre procesos colectivos. Sin embargo, también es cierto que han pasado más de 20 años.

En este tiempo, hemos tenido avances en el estudio y entendimiento de los denominados litigios estructurales. Lo que revela la necesidad de atenderlos con características propias y distintas de las de los procesos colectivos.

En esta línea, lo que principalmente busca advertir este trabajo es que la realidad también nos ha traído problemas que, además de estructurales, son bastante recientes y particularmente complejos. Que, además, es imposible que pudieran haber sido considerados cuando, al elaborar el Código Modelo, se pensaba en clases de personas pertenecientes a grupos que existen incluso más allá de fronteras nacionales.

Nos referimos a los litigios climáticos que, como lo explicaremos, tienen una ineludible connotación global y vienen aumentando en cantidad en los últimos años. Por lo que corresponde pensar cómo atender este tipo de litigios estructurales.

2. EL AUMENTO DE LITIGIOS CLIMÁTICOS EN EL MUNDO

El cambio climático es un fenómeno global que consiste en que las actividades humanas vienen causando cambios de largo plazo en las temperaturas y patrones climáticos globales, como la temperatura de la superficie de la tierra, la temperatura del mar, el derretimiento de glaciares y el aumento del nivel del mar.[2] A la fecha, es innegable que dichos cambios se vienen produciendo y que ocurren debido a las emisiones de gases de efecto invernadero producidas, principalmente, desde la revolución industrial del siglo XVIII.

La comunidad internacional comenzó a prestar atención a este fenómeno a finales de los años 1980´s. En el año 1988 la Organización Meteorológica Mundial y el Programa Ambiental de las Naciones Unidas crearon el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático ("IPCC" por sus siglas en inglés) que, hasta el momento, es el órgano científico perteneciente a las Naciones Unidas encargado de estudiar este fenómeno.

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático ("UNFCCC" por sus siglas en inglés) fue adoptada en la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992 y entró en vigor en 1994. Sin embargo, a lo largo de los años y luego de diversos acuerdos

[2] Definición obtenida de las Naciones Unidas (https://www.un.org/es/climatechange/what-is-climate-change;

que se han suscrito, es claro que el marco jurídico sigue resultando insuficiente para mitigar los efectos del cambio climático.

Ello porque el principal tratado internacional es el Acuerdo de París que se suscribió en el año 2015 en la sesión 21 de la Conferencia de las Partes del UNFCCC. Este es el primer tratado internacional que establece un objetivo concreto: limitar el calentamiento global en menos de 2C° y, preferiblemente, en menos de 1.5C° en comparación con los niveles preindustriales. Esto resulta importante porque existe consenso científico en cuanto a que esos niveles son los que se deben alcanzar.

Para lograr ello, cada Estado Parte del Acuerdo de París debe establecer un plan de reducción de emisiones denominado National Determined Contributions ("NDC"). Cada Estado Parte elabora su propio NDC y lo comunica para que sean revisados cada cinco años. El Acuerdo de Paris no establece responsabilidades si los NDC se incumplen o si resultan insuficientes para alcanzar el objetivo.

Según un reporte sobre la brecha de emisiones del Programa para el Medio Ambiente de las Naciones Unidas[3] del año 2022 si se ejecutara en conjunto todos los NDC, se calculaba para el año 2030 un incremento de 14% de emisiones en comparación a los niveles del año 2010. Cuando lo que se necesita para tener posibilidades reales de alcanzar el objetivo del Acuerdo de Paris es reducir en 45% las emisiones en comparación a los niveles del año 2010 y llegar a un net zero para el año 2050.

Al ritmo señalado, se sostiene que se llegaría a un incremento de 1.5 C° para el año 2040 y 3 C° o 4 C° hacia finales de siglo.

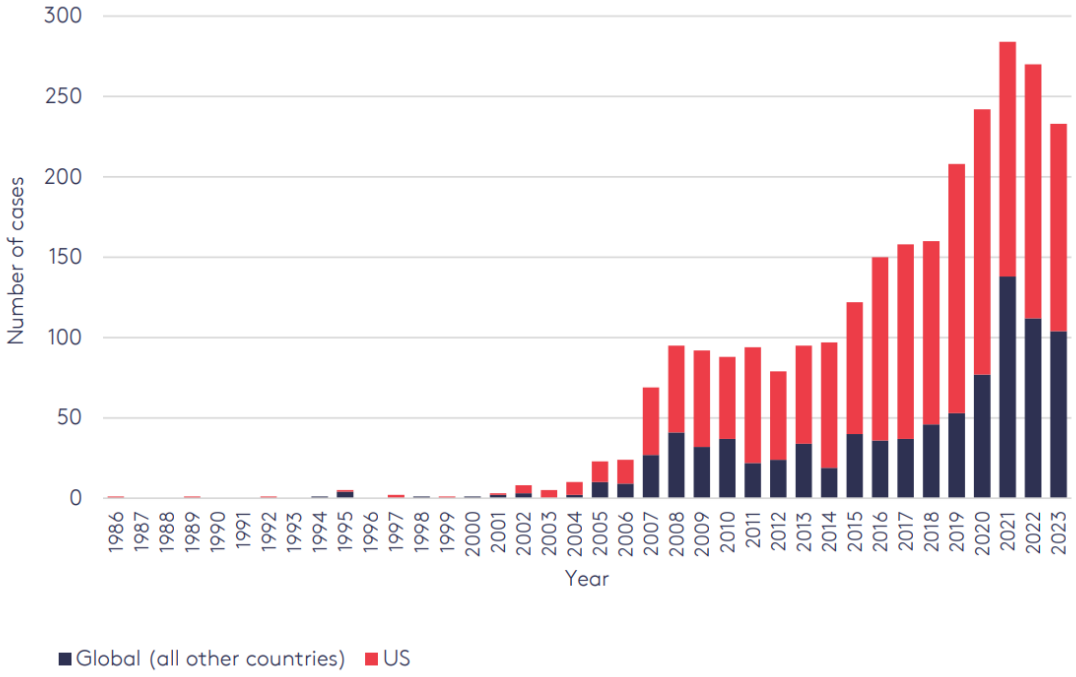
Debido a la necesidad de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero para atender la emergencia climática y a los evidentes efectos que ya se vienen produciendo, es natural que la sociedad civil en muchos países del mundo acuda a las cortes. Por ello, la importancia desde el campo del derecho procesal, pues es un fenómeno de connotación global relativamente reciente que viene siendo objeto de controversias sometidas a procesos judiciales.

Para demostrar la evidente tendencia en el incremento de litigios climáticos alrededor del mundo, podemos citar el más reciente reporte del Grantham Research

[3] Organización Meteorológica Mundial, El IPCC publica el informe especial sobre el calentamiento global de 1.5°C (https://public.wmo.int/es/resources/bulletin/el-ipcc-publica-el-informe-especial-sobre-el-calentamiento-global-de-15-

Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy del London School of Economics[4]:

Figure 1.1. Number of climate litigation cases within and outside the US, 1986–2023



En esta imagen se puede apreciar cómo a inicios del siglo prácticamente no existían casos cuyo objeto central de la controversia se encuentre relacionado con el cambio climático. Sin embargo, desde el año 2015 (en el que se aprobó el Acuerdo de París) y, en adelante, existe una clara tendencia en el aumento de litigios climáticos alrededor del mundo. Específicamente, a mayo de 2024 se han identificado 2666 casos en total y más del 70% se han iniciado desde el año 2015.

Ahora bien, entre los distintos tipos de litigios climáticos destacan aquellos que tienen por objeto exigir a los Estados que se implementen políticas públicas más agresivas para que se reduzcan las emisiones. A dicho litigios denominaremos litigios climáticos sistémicos.

[4] Setzar J and Higham C, Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot. London, 2024: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science.

3. LA PRUEBA UTILIZADA Y LA COMPLEJIDAD DE LOS LITIGIOS CLIMÁTICOS

Para fundamentar las demandas que tienen por objeto exigir a los Estados que reduzcan sus emisiones se utilizan estudios científicos provenientes de lo que se denomina la "ciencia de la atribución".

Esta disciplina científica tiene dos vertientes. La original, denominada "Source Attibution" por sus siglas en inglés, estudia en qué medida las emisiones de gases de efecto invernadero causan cambios en sistemas climáticos globales como la temperatura global o el incremento del nivel del mar. En principio, se dice que esta aproximación no resulta muy compleja puesto que únicamente consiste en trazar las emisiones de un determinado actor y establecer qué consecuencia en los patrones climáticos globales ha generado.

Con este tipo de estudios se llegan a conclusiones fácticas. Por ejemplo, en la siguiente imagen[5] se puede apreciar un estudio que establece que la cantidad de emisiones de doce compañías entre 1980 y 2010 han generado la inundación de un estimado de 3678 km2 de tierra en las costas del mundo.

Table 3. Top Twelve carbon majors: CO_2, ppm CO_2, temperature, sea level rise, & land loss, 1980-2010

Entity	Emissions $GtCO_2$	CO_2 concentration ppm	Temperature °C	Sea level mm	Land loss km^2
Saudi Aramco	36.6	3.23	0.0174	1.43	602
Gazprom	27.2	2.16	0.0171	1.14	482
ExxonMobil	18.7	2.78	0.0097	0.92	386
National Iranian	16.8	1.92	0.0083	0.62	261
BP	16.2	2.19	0.0081	0.80	335
Chevron	16.0	2.97	0.0081	0.88	370
Pemex	15.7	1.37	0.0078	0.65	274
Royal Dutch Shell	13.4	1.87	0.0071	0.61	256
Coal India	13.2	1.11	0.0065	0.47	200
Petroleos de Venezuela	13.1	1.12	0.0065	0.54	226
Peabody Energy	9.0	0.86	0.0045	0.30	128
ConocoPhillips	8.3	1.03	0.0043	0.38	158
Subtotal	204.2	22.61	0.1054	8.73	3,678
Carbon Majors, 1980-2010	754.9	43.84	0.400	23.80	10,041
Global, 1880-2010[3]	1,317.8	103.00	0.850	176.60	74,379

De este modo, se puede llegar a concluir que las emisiones de determinada compañía, sector o país han causado un cambio específico en patrones climáticos globales

[5] Imagen del "Carbon Majors Database", creado por el Climate Accountability Institute en el año 2013 y dirigido por el doctor Richard Heede. Este estudio, que ha sido posteriormente actualizado, identifica la cantidad histórica de emisiones de las principales compañías desde finales del siglo dieciocho. Con ello, a partir la aplicación de modelos climáticos, se ha podido determinar en qué medida estas emisiones son la causa de serios cambios en el sistema climático global.

como el aumento de la temperatura global o el incremento del nivel del mar. En esta línea, también se analiza cuantas emisiones deben reducirse globalmente para tener mas o menos probabilidades de alcanzar un determinado objetivo. Mientras se reduzca mayor cantidad de emisiones de manera más acelerada, más probabilidades existirán de lograr el objetivo del Acuerdo de Paris (mantener el aumento de la temperatura global en no más de 2C° y, preferiblemente, en no más de 1.5C° en comparación con los niveles preindustriales). Por el contrario, mientras menos emisiones se reduzcan y se haga de forma más prolongada, menos probabilidades habrá de alcanzar este objetivo.

Sin embargo, estos estudios no establecen cuantas emisiones debe de reducir un determinado actor. La mayor o menor probabilidad de lograr los objetivos señalados dependen de la cantidad y rapidez con que se reduzcan las emisiones a nivel global. Por lo que puede lógicamente deducirse que es especialmente complejo, en términos jurídicos, determinar obligaciones y atribuir responsabilidades en cuanto a la suficiencia o insuficiencia de las políticas que implementa cada actor para mitigar los efectos del cambio climático. Es decir, establecer jurídicamente la cantidad y forma específica en la que reducirán sus emisiones.

La otra vertiente de la ciencia de la atribución es conocida como "Extreme Event Attribution" (la atribución de eventos extremos) y es la más reciente. Lo que analizan estos estudios es en qué medida el cambio climático incrementa la ocurrencia y la magnitud de un evento específico (por ejemplo, olas de calor, huracanes, tornados, sequías, ciclones, aluviones, etc)[6].

Por ejemplo, un estudio del World Weather Attribution[7] determinó que el cambio climático ha generado que las lluvias ocurridas a fines de abril e inicios de mayo de 2024 en el Estado Rio Grande du Soul fueran el doble de probables y que el evento sea alrededor de un 6-9% más intenso.

A partir de estos estudios se busca atribuir responsabilidades por daños sufridos a consecuencia del cambio climático u obligaciones con relación a la implementación de medidas para adaptarse a los efectos que ya se vienen produciendo.

---

[6] Existen diferentes instituciones que realizan estudios de eventos específicos y su relación con el cambio climático. Por ejemplo, el Sabin Center for Climate Change de Columbia Law School administra una base de datos denominada "Climate Attribution Database" que está organizada en cuatro diferentes tópicos. Uno de ellos se denomina "Extreme Event Attribution" en donde se pueden encontrar 159 estudios referidos a la relación del cambio climático con eventos ocurridos en todo el mundo.

[7] World Weather Attribution: https://www.worldweatherattribution.org/climate-change-made-the-floods-in-southern-brazil-twice-as-likely/

Nuevamente, en atención a que es un fenómeno global, puede deducirse la alta complejidad jurídica que ello implica. Es claro que es cuestionable sostener en términos tradicionales que existe una relación de causalidad respecto de la conducta de un actor específico por los daños que pudieran sufrirse a consecuencia de un fenómeno global.

4. EJEMPLOS PRÁCTICOS DE LITIGIOS CLIMÁTICOS ESTRUCTURALES

Luego de habernos referido brevemente al tipo de prueba que se utilizan en este tipo de demandas y a la natural complejidad jurídica que conllevan estos casos. A continuación, brindaremos algunos ejemplos de casos reales que demuestran lo señalado.

Urgenda vs países bajos

La sentencia dictada en los países bajos en el caso iniciado por Urgenda es probablemente la más conocida y citada a nivel mundial cuando se hace referencia a los litigios climáticos sistémicos.

El caso se inició en el año 2012, cuando Urgenda (actuando en representación de 886 ciudadanos) presentó una demanda ante una Corte Distrital de la Haya. En la demanda se pretendía que se ordene al gobierno de los Países Bajos que, para el año 2020, reduzca en 40% sus emisiones en comparación con los niveles de 1990.

En junio de 2015 se dictó sentencia de primera instancia mediante la que se ordenó al gobierno de los países bajos reducir sus emisiones para el 2020 en al menos 25% en comparación a los niveles de 1990. La orden suponía que el gobierno cumpla una meta más ambiciosa a la que ya había trazado (una reducción de entre 17% y 20%). Esta decisión fue luego confirmada por la Corte de Apelación en 2018 y, posteriormente, por la Corte Suprema el 20 de diciembre de 2019.

Se destaca de esta sentencia que se ordenaba al gobierno a ser más agresivo en sus esfuerzos por mitigar los efectos del cambio climático debido a su obligación de garantizar los derechos a la vida, privacidad y hogar (reconocidos en los artículos 2 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos) y un standard de debido cuidado establecido en el Código Civil que regula la responsabilidad por actos ilícitos.

A pesar de se la sentencia más citada en favor del activismo judicial con relación al cambio climático también es criticada por algunas razones. Por ejemplo, se señala que no atiende a un criterio de suficiencia. Esto porque ordena al gobierno a reducir en 25%

sus emisiones en comparación a los niveles de 1990. Pero, se explica que si todos los países desarrollados redujeran sus emisiones en 25% el objetivo global del Acuerdo de París no sería alcanzado por un amplio margen.

Además, también se resalta que no contiene un monitoreo para su cumplimiento. En otras palabras, no ha sido posible ajustar el remedio en base a nueva evidencia científica. La demanda fue presentada en 2012 y se basaba en evidencia científica del IPCC del 2007, mientras que la sentencia final es del 2019.

Además, la misma Corte Suprema rechazó un pedido de información solicitado por Urgenda que hubiera supuesto un monitoreo en el cumplimiento de la sentencia pues hubiera exigido al gobierno a reportar el progreso en alcanzar los objetivos de reducción de emisiones.

Al rechazar este pedido se señaló lo siguiente:

> *"The manner in which the State chooses to inform society about the risks of climate change and the climate policy to be pursued – within the bounds of the law – is entirely at the sole discretion of the State. There is no cause for assuming beforehand that the State will not find an appropriate way of informing society within these margins. This means that the court has no role to play here".*

Por lo señalado, a pesar de usualmente tratarse de la decisión judicial más citada en favor del activismo judicial por el cambio climático, ha sido calificada también como un "remedio modesto". Lo que consideramos que en realidad refleja el reto que significa este particular tipo de litigio estructural para el proceso.

Neubauer et al vs Alemania

En febrero del año 2020, un grupo de jóvenes presentaron una demanda ante la Corte Constitucional Federal Alemana alegando que el objetivo de la Ley Federal de Protección Climática ("KSG") era insuficiente. Se sostenía que vulneraba los derechos fundamentales a la vida e integridad física.

La KSG establecía que al año 2030 se debía reducir en 55% las emisiones en comparación a los niveles de 1990; y declaraba que el poder legislativo debía emitir una nueva reducción de cuotas desde el 2030 en adelante para mantener las emisiones lo más bajas posibles.

La Corte Constitucional Federal Alemana declaró parcialmente fundada la demanda. Se consideró una vulneración a los derechos de las futuras generaciones que no

se hubiera establecido objetivos claros desde el 2030 en adelante. Es debido a esta fundamentación que esta sentencia también es reconocida en favor del activismo judicial por el cambio climático pues se trata de una corte nacional que reconoce el derecho de las futuras generaciones y, debido a ello, dispone que el gobierno debe modificar sus objetivos de reducción de emisiones para mitigar los efectos del cambio climático.

Esta decisión ha rendido efectos y el legislador modificó la KSG estableciendo que se deben reducir las emisiones en: (i) 65% para el 2030, en comparación con los niveles de 1990; (ii) 88% para el 2040, en comparación con los niveles de 1990; y (iii) alcanzar la neutralidad para el año 2045.

Sin embargo, al igual que el caso de Urgenda, esta decisión también ha recibido críticas[8]. Por ejemplo, se resalta que la implementación de esta decisión es insuficiente debido a que el objetivo de reducción establecido por el legislador luego de la sentencia para el año 2030 establece un presupuesto de emisiones para cada sector económico. Mientras que los objetivos señalados para 2030 en adelante son generales, sin especificar metas en cada sector. Como se aprecia, nuevamente, quedan dudas sobre su implementación y monitoreo de cumplimiento.

Milieudefensie vs Shell

Un proceso, aún en trámite, que viene citándose continuamente es Milieudefensie vs Shell. La principal razón es que en este caso se busca que se le ordene a un privado, no a un Estado, que modifique su política global y reduzca sus emisiones.

La demanda se presentó en abril de 2019 y en mayo de 2021 una Corte Distrital de la Haya declara fundada la misma ordenando a Shell que, para al año 2030, reduzca sus emisiones en 45% en comparación a los niveles de 2019[9].

---

[8] Saar, Dorothee and Zerger, Constantin. "Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des BundesKlimaschutzgesetzes (KSG)". Deutsche Umwelthilfe. Mayo 2021. Citado en Burianski y Parise, 2021: (https://www.bundestag.de/resource/blob/848020/d26adb93c334b369d79000c1ee4cd9be/Barbara-Metz-DUH-data.pdf)

[9] Para un mayor detalle, en el caso se analizan los tres niveles o alcances en los cuales se deben reducir las emisiones de las actividades globales de Shell. El "scope" 1 se refiere a las emisiones directas ocasionadas por las actividades globales de Shell, el "scope 2" a las emisiones derivadas del consumo de electricidad por las actividades de schell y el "scope 3" a las emisiones indirectas ocasionadas por las actividades propias de la cadena de suministro de Shell. Revisar: Podcast, audio 26 de noviembre 2024. "Environmental Law Explored: a Podcast Series. (https://open.spotify.com/episode/50REGX244xCudroz7PkAQs?si=YxzF8FHdTxqBZa-2tHbV2Q&t=289).

La sentencia sostuvo que Shell estaba sujeto a un deber de cuidado con relación a los efectos adversos del cambio climático. Lo que implicaba que debía reducir sus emisiones para alinearse a los objetivos del Acuerdo de Paris. Sin embargo, recientemente, el 12 noviembre 2024, la Corte de Apelaciones ha aceptado el punto central de la apelación de Shell señalando: *"Shell does not have the absolute reduction obligation of 45% (or any other percentage) under EU law and will not have such an obligation for the foreseeable future"*.

La Corte de Apelaciones ratifica que Shell sí tiene un deber de cuidado que supone la exigencia de alinear sus políticas con los objetivos del Acuerdo de Paris. Pero establece que las corporaciones son libres de escoger la forma en la que cumplen con ese deber de cuidado.

Los tres casos descritos son usualmente citados como ejemplos de resultados positivos en favor del activismo judicial para hacer frente al cambio climático. Sin embargo, se puede apreciar que incluso estos casos más paradigmáticos, son ejemplos reales que revelan las dificultades que existen para las cortes en atender este tipo de demandas.

Con relación al Perú, a continuación, citamos dos casos:

Alvares y otros vs Estado Peruano

Se trata de una demanda de amparo tramitada con el Expediente N° 0859-2020 que ha sido interpuesta por un grupo de jóvenes en contra de diversas entidades públicas del Estado Peruano. En la demanda, entre varios pedidos, se pretende que se ordene al Estado Peruano a que incluya metas específicas en políticas públicas para eliminar la deforestación de la Amazonía para el año 2025 para atender la emergencia climática.

El 13 de mayo de 2024, el 10° Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente la demanda. Es decir, no entró a evaluar el mérito de la demanda. Entre las razones explicadas para tomar esta decisión, el Juzgado señaló que los demandantes buscaban que el Poder Judicial dictara políticas sin considerar los principios de corrección funcional y separación de poderes que limitan la competencia de las Cortes en dicha materia.

Actualmente, la sentencia ha sido apelada y el expediente se elevará a una Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. Si se ratificara la decisión, el caso podría posteriormente llegar al Tribunal Constitucional.

Lliuya vs RWE

Este es un proceso judicial tramitado en Alemania pero que involucra al Perú. La demanda se presentó en el año 2015 por parte de un ciudadano peruano en contra de RWE. En la demanda se alega que un centro poblado en los andes del Perú está expuesto a una inundación por el derretimiento del lago glaciar Palcacocha, lo que es más probable de ocurrir debido al cambio climático. Por tanto, se solicita que RWE contribuya a financiar las medidas de protección que se deben adoptar. Específicamente, la construcción de un dique de protección en el lago, situado sobre la ciudad, para proteger al demandante y a más de 50.000 personas de una catástrofe como consecuencia de una inundación.

Lo curioso de la demanda es que RWE es una empresa alemana que nunca ha tenido actividades en Perú. Lo que sucede es que en la demanda se alega que RWE ha contribuido con sus actividades al cambio climático y este fenómeno global genera un mayor riesgo de que ocurra la inundación en los andes del Perú. Por lo que RWE debe asumir los costos de la construcción de un muro de protección del centro poblado en la proporción que le corresponde a su contribución con el fenómeno global del cambio climático.

Esto significa que materialmente la demanda no es muy significante porque, de estimarse la misma, RWE debería asumir únicamente el 0.5% de los costos de la construcción del muro de protección. Que es el equivalente a su contribución con el fenómeno global del cambio climático.

Sin embargo, el caso resulta interesante porque, además de intentar atribuir responsabilidades específicas a actores privados, se evidencia lo difícil o cuestionable que resulta establecer una relación de causalidad en casos que involucran al cambio climático que, como se ha señalado, es un fenómeno global.

A la fecha, este proceso judicial en Alemania aún está en trámite. Es interesante resaltar que se ha pasado a una etapa de actuación de pruebas. Lo que ha supuesto que a finales de mayo de 2022 los jueces del Tribunal Regional Superior de Hamm, asesores jurídicos y expertos designados por el tribunal viajaron a Perú para inspeccionar la propiedad del demandante y el lago glaciar Palcacocha.

Consideramos que todos los casos citados revelan que los litigios climáticos sistémicos son un tipo muy complejo de litigio estructural que suponen un gran reto para el derecho procesal que va más allá del ámbito de la tutela colectiva. Para ello, a continuación, utilizaremos las dificultades que revelan los casos citados para enmarcarlas

en algunas de las medidas que ya se vienen proponiendo para el diseño de un proceso estructural adecuado.

5. ALGUNAS CUESTIONES A TOMAR EN CONSIDERACIÓN PARA UN PROCESO CLIMÁTICO ESTRUCTURAL

En abril de 2024, Francisco Verbic[10] destacaba que en la actualidad la resolución de conflictos estructurales no puede realizarse por medio del proceso colectivo ordinario. Una de las razones principales es que los conflictos estructurales son "policéntricos", es decir *"entendidos como una tela de araña con distintos y múltiples puntos de interés interconectados, no necesariamente visibles, que pueden ser afectados o encontrarse en riesgo por violaciones masivas o colectivas".*

Debido a ello, proponía diez cuestiones procesales a tomar en cuenta para pensar en un proceso estructural adecuado. A continuación, repasaremos algunas de estas propuestas, analizándolas con relación al tratamiento de los litigios climáticos sistémicos. Como ya hemos adelantado la idea central de este trabajo es explicar que muchas de las necesarias cuestiones a tomar en cuenta para un adecuado proceso estructural adecuado son aún más complejas en el caso de los litigios climáticos sistémicos debido al alcance global e, incluso, transgeneracional de este fenómeno.

Expondremos algunas de las diez cuestiones procesales que Francisco Verbic propone tomar en cuenta para un proceso estructural adecuado, pero con relación a los litigios climáticos sistémicos y a los casos citados:

<u>Audiencias públicas</u>

Se señala la necesidad de audiencias públicas debido a la trascendencia e interés social involucrado, lo que exige una discusión abierta, participativa y de cara a la sociedad. Se resalta que en Argentina esto lo ha regulado la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada 30/2007 de noviembre de 2007 señalando que la participación ciudadana y la difusión pública en este tipo de casos permite *"poner a*

[10] Francisco Verbic. "Diez cuestiones para pensar un proceso estructural adecuado". Publicado en PRIORI POSADA, Giovanni F. – CAVANI, Renzo (coordinadores) "Los procesos colectivos en debate", Ed. Palestra – PUCP, Lima, 2024, pp. 217-233

prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal".

Debido al alcance global del fenómeno del cambio climático, es lógico sostener que en los litigios climáticos sistémicos las audiencias públicas debieran servir para garantizar una discusión abierta y participativa que trascienda las fronteras. Sin perjuicio que cada caso debiera resolverse conforme a las normas aplicables en cada jurisdicción, el alcance global del fenómeno del cambio climático genera que genera que la existencia de este tipo de casos se lleve a cabo ante los ojos del mundo. Por lo que ameritaría considerar una difusión y/o un nivel de participación aún más abierto para el desarrollo de audiencias públicas.

Amigo(a)s del Tribunal e intervención de experto(a)s como colaboradores

La intervención de amigo(a)s del tribunal supone que personas o instituciones expertas de carácter interdisciplinario aportan opiniones que contribuyen al debate.

El carácter global, pero principalmente complejo en términos científicos y transversal a las actividades humanas, del fenómeno del cambio climático exige que se promueva la participación de expertos en los litigios climáticos sistémicos. Consideramos que ello debiera de ocurrir de una forma completamente abierta, a iniciativa de los tribunales y a iniciativa de los propios actores públicos o privados, vinculados o completamente independientes a las partes del proceso. Todos debieran de tener la oportunidad de participar del debate. Además, de realizarlo en cualquier etapa de este. Incluso, como veremos a continuación, aun cuando ya se hubiera tomado alguna decisión.

En el Perú, lamentablemente no solo no existe una regulación adecuada de procesos colectivos (mucho menos de procesos estructurales), sino que la mayoría de los conflictos colectivos y estructurales se tramitan a través del proceso constitucional de amparo. El caso citado en el que se pretende que se ordene al Estado peruano a que incluya metas específicas en políticas públicas para eliminar la deforestación de la Amazonía para el año 2025 para atender la emergencia climática, es una demanda de amparo.

Entre las diversas limitaciones que tiene un proceso de amparo regular en el Perú, el Código Procesal Constitucional establece que el juez puede invitar a personas naturales o jurídicas en calidad de "amicus curiae". Es decir, no esta intervención de amigo(a)s del tribunal, en principio, únicamente ocurriría a iniciativa del juez.

Si bien en la práctica se presentan opiniones en calidad de "amicus curiae" a iniciativa particular, algunas veces los mismo no son aceptados debido a la regulación descrita. Lo que, a efectos de las características de los conflictos estructurales resulta inadecuado.

Poderes, responsabilidades y articulación entre jueces

Los jueces responsables de llevar a cabo un proceso donde se discute un conflicto estructural deben de estar dotados de poderes fuertes, claros y precisos de gestión e instrucción del caso. Se puede reflexionar mucho sobre el perfil de juez encargado de tramitar un proceso donde se discute un conflicto estructural, pues su función implica también garantizar un equilibrio con los otros poderes del Estado.

Esto, nuevamente, adquiere mayor relevancia si es que los conflictos estructurales son litigios climáticos sistémicos.

Como ejemplo de que queda mucho por atender sobre estas materias, podemos resaltar que en el Perú la sentencia de primera instancia dictada en el proceso de amparo que se ha citado fue emitida por un Juez provisional que, a los dos meses de emitida la sentencia, fue reasignado a un Juzgado competente para resolver controversias comerciales.

Esto quiere decir que el proceso en donde se discutía las obligaciones del Estado peruano con relación a la inclusión de metas específicas en políticas públicas para atender la deforestación de la Amazonía y atender la emergencia climática, fue tramitado y resuelto por un juez que no tiene la condición de titular y, en consecuencia, no es estable en su cargo.

Instrumentos de implementación de la sentencia, supervisión y monitoreo

Debido a la duración en el tiempo, en el caso de procesos estructurales se habla de implementación de la decisión, más que de ejecución. Por ello, es necesario prestarle especial atención. Esto, además, revela la necesidad de dotar de competencias específicas a los jueces para generar condiciones que permitan un diálogo entre las diferentes funciones del Estado. No generar ello, como señala Francisco Verbic, supondría *"condenar al fracaso a este tipo de procesos"*.

Además, se habla también de la posibilidad de delegar ciertas funciones o actividades en el proceso de implementación. Como también de la necesidad de implementar instrumentos de seguimiento, supervisión y monitoreo del trámite como, por ejemplo, indicadores de cumplimiento.

Es evidente que esto no viene ocurriendo en los litigios climáticos sistémicos. Como se ha expuesto, incluso en los casos que normalmente se citan como ejemplos de sentencias paradigmáticas en favor del activismo judicial para hacer frente al cambio climático (Urgenda vs Países bajos; Neubauer vs Alemania), las decisiones y, principalmente, la implementación de estas ha resultado insuficiente.

Sobre este punto queda mucho por hacer en el campo de los procesos estructurales y, en el caso particular de los litigios climáticos sistémicos, el reto es aún mayor. Pues, no solo se trata de un fenómeno global transversal a las actividades humanas, sino que el conocimiento científico sobre el mismo y las posibles formas para hacerle frente pueden ir continuamente actualizándose. Por ello, amerita que la implementación de una decisión y el monitoreo del cumplimiento en este tipo de procesos estructurales debe ser pensada con especial atención.

Flexibilización de las formas y del sistema de preclusión

Se dice que, en el caso de los procesos estructurales, respetando las garantías de las partes intervinientes, es necesaria la flexibilización de las formas procesales y de los sistemas de preclusión. Esto es aún más necesario en el caso de los litigios climáticos sistémicos en los que se evalúan responsabilidades y medidas que deben adoptarse para hacer frente a este fenómeno. Ello debido al alcance global del mismo y transgeneracional del mismo.

Publicidad y registro

Se indica que la esencia de los procesos estructurales exige que se utilicen mecanismos de difusión y publicidad que permitan un mayor conocimiento social de lo discutido y, además, otorguen la posibilidad de intervenir a quienes pudieran tener interés en el caso. Nuevamente, debido al alcance global del fenómeno del cambio climático, resultaría pertinente considerar estos mecanismos para llegar más allá de las fronteras del país en el que se tramite un litigio climático sistémico.

6. CONCLUSIONES

Lo expuesto revela que varios de los elementos que son necesarios tomar en cuenta para regular un proceso estructural adecuado resultan aún más importantes y complejos en el caso de los litigios climáticos sistémicos.

Lo litigios climáticos sistémicos más conocidos revelan esa necesidad. Esto cada vez va a resultar más necesario porque es inevitable que se inicien más litigios climáticos sistémicos en las cortes naciones. Un ejemplo es en el Perú en donde, como ocurre en el caso citado, este tipo de litigios se tramitan en procesos constitucionales de amparo. Es decir, procesos diseñados para brindar una tutela sumaria y urgente. Procesos que sirven para reponer las cosas al estado anterior de violaciones o amenazas de vulneraciones manifiestas de derechos fundamentales en los que no existe estación probatoria. En otras palabras, procesos que tienen un diseño casi contrario a lo que se requiere para un proceso estructural adecuado.

Por ello, más allá del complejo análisis de mérito que implica la resolución de litigios climáticos sistémicos[11]. Es indispensable definir mecanismos procesales

[11] Como sucede en muchos procesos estructurales, el delicado análisis de mérito en este tipo de litigios consiste en encontrar un equilibrio entre el control que puede y deben ejercer las cortes sobre las funciones burocráticas de los demás poderes públicos. En esta línea, no se puede dejar de mencionar la función que tienen los tribunales internacionales, principalmente aquellos que forman parte de sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Sobre ello, en el campo de los litigios climáticos corresponde resaltar lo que viene ocurriendo en tres importantes tribunales internacionales.
En primer lugar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha desarrollado las audiencias correspondientes al trámite de una solicitud de opinión consultiva presentada por Chile y Colombia. Por lo que próximamente responderá preguntas como: (i) ¿Cuál es el deber de prevención de los Estados frente a fenómenos climáticos generados por el calentamiento global, de conformidad con las obligaciones convencionales interamericanas, a la luz del Acuerdo de Paris y el consenso científico que alienta a no aumentar la temperatura global más a allá de 1.5C°?; (ii) ¿Qué consideraciones deberá tomar un Estado para implementar su obligación de mitigar las actividades dentro de su jurisdicción que agraven o puedan agravar la emergencia climática?; o (iii) ¿Cuál es el alcance la naturaleza y el alcance de la obligación de un Estado de adoptar medidas oportunas y efectivas frente a la emergencia climática para garantizar la protección de los derechos de los niños y niñas.
En segundo lugar, la Corte Internacional de Justicia emitirá una opinión consultiva solicitada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Las audiencias se vienen desarrollando en diciembre de 2024. Una de las preguntas que se le han planteado a la Corte Internacional de Justicia es ¿Cuáles son las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional para garantizar la protección del sistema climático y otras partes del medio ambiente contra las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero (GEI) para los Estados y para las generaciones presentes y futuras?
En tercer lugar, la Corte Europea de Derechos Humanos es el único tribunal internacional que ya ha resuelto casos concretos. Los casos generalmente no vienen procediendo a una etapa de mérito, principalmente, porque no se logra acreditar la legitimidad de quienes promueven la acción. Ello, porque para llegar a una decisión de mérito el demandante debe de haber sufrido o ver amenazado un derecho humano particular. Situación que muchas veces resulta difícil de acreditar con relación a los efectos que produce un fenómeno global. Sin embargo, recientemente la CEDH ha emitido la primera sentencia de mérito en un caso relacionado al cambio climático. Ello ha ocurrido en el caso *Verein KlimaSeniorennen*

adecuados para atender este tipo de litigios porque, si los mecanismos tradicionales de tutela colectiva ya resultan insuficientes para atender conflictos estructurales, aún con mayor razón resultan inadecuados para el caso de los litigios climáticos sistémicos.

El alcance global y transgeneracional de este fenómeno genera una mayor dificultad y requiere de la implementación de mecanismos procesales estructurales adecuados a este tipo de litigios. Lo que se ha expuesto son únicamente ideas preliminares que es necesario discutir a profundidad.

Schweiz and Others vs Switzerland. Si bien se consideró que las cuatro señoras no tienen legitimidad para plantear una demanda porque no demuestran una afectación directa a sus derechos humanos, sí se aceptó la legitimidad para obrar por parte de una asociación civil también demandante. El fundamento fue que el cambio climático es una común preocupación de la humanidad en general y consecuente carga en futuras generaciones que puede generar. Sobre el mérito, se estableció que Suiza tiene, bajo la Convención Europea de Derechos Humanos una obligación positiva de garantizar el derecho a la vida y salud. Que ello se materializa con aplicar en la práctica regulaciones y medidas capaces de mitigar los actuales y posibles irreversibles efectos del cambio climático. Lo que supone que los Estados parte deben tomar medidas para reducir las emisiones de forma sustancial y progresiva con miras a alcanzar neutralidad, en principio, en las próximas tres décadas. La CEDH desarrolla un test que sirve para medir si un Estado se mantiene dentro de esos márgenes. Sin embargo, son lineamientos y, en la línea de respetar la soberanía y las funciones de los poderes públicos correspondientes, la CEDH no establece medidas o regulaciones específicas.

LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA LIQUIDAR E EXECUTAR CONDENAÇÃO DECORRENTE DE AÇÃO COLETIVA: NOVOS DESDOBRAMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA

Camilo Zufelato[1]

SUMÁRIO: 1. O tema. **2.** Breve síntese da questão jurídica debatida no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral: delimitação do núcleo central da controvérsia constitucional sob julgamento neste E. STF. **2.1.** Síntese da controvérsia tal como definida no acórdão de admissibilidade do RE com RG. **3.** O Ministério Público brasileiro e a tutela coletiva sob a lente da Constituição Federal. **3.1.** A legitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva de direitos individuais disponíveis de relevância social. **4.** Liquidação e execução de pretensões individuais homogêneas decorrentes de condenação coletiva: os legitimados para o cumprimento de sentença. **5.** Decorrências do reconhecimento da legitimidade ativa dos entes coletivos para a liquidação e execução de condenação em sede de direitos individuais homogêneos. **6.** Conclusão.

1. O TEMA

O tema em questão é *a legitimidade do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos*. Um tema polêmico desde sempre, cujas primeiras divergências, doutrinárias e jurisprudenciais, restringiam-se à legitimidade do *Parquet* para a *propositura de ações coletivas*. É sabido por todos que a jurisprudência dos Tribunais Superiores assentou o entendimento no sentido de que se o direito individual homogêneo for dotado de *relevância social*, está reconhecida a legitimidade ativa do Ministério Público para a *propositura* das demandas coletivas. A polêmica atual, contudo, é outra, ainda que ligada à legitimidade do *Parquet* e os direitos individuais homogêneos. Teria também o órgão ministerial legitimidade para realizar o *cumprimento de sentença* decorrente da condenação obtida em demanda de natureza coletiva? Ou somente os próprios individuais, mediante suas respectivas ações de liquidação e execução individuais poderiam fazê-lo?

A presente análise funda-se em estudo prévio no qual no qual analisei o Tema 1270, em tramitação atualmente junto ao Supremo Tribunal Federal, que fixará a tese acerca desta legitimidade do Ministério Público para a *execução* de direitos individuais homogêneos.

---

[1] Professor titular da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP; Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP; Mestre pela *Università degli Studi di Roma II – Tor Vergata*; Advogado.

O Tema 1.270 do STF, oriundo do Recurso Extraordinário n.º 1.449.302/MS, de Relatoria do Eminente Ministro Dias Toffoli, que tem como questão a ser decidida a seguinte: *Legitimidade do Ministério Público para promover a liquidação coletiva de sentença proferida em ação civil pública sobre direitos individuais homogêneos disponíveis, visando a reparação de danos individualmente sofridos pelas vítimas ou seus sucessores.* O aspecto central que se visa verificar é exatamente no sentido de responder *se o Ministério Público detém a referida legitimidade.* No caso concreto, o STF reconheceu que as normas constitucionais invocadas foram o artigo 5º, incisos XXXV, XXXVI, LIV e LXXVIII; o artigo 127, *caput*; e artigo 129, III e IX, todos da Constituição Federal.

2. BREVE SÍNTESE DA QUESTÃO JURÍDICA DEBATIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL: DELIMITAÇÃO DO NÚCLEO CENTRAL DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL SOB JULGAMENTO NESTE E. STF

Trata-se de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, fundado no art. 102, inciso III, a, da Constituição Federal, interposto pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do acórdão proferido pela Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.758.708/MS que *reconheceu a ilegitimidade do órgão Ministerial para o ajuizamento de liquidação de sentença condenatória proferida em ação civil pública que visava promover a reparação de danos individuais decorrentes de relação de consumo.*

O caso concreto que deu origem à presente discussão constitucional, contudo, era distinto. Uma consumidora, Ariane Ilse de Oliveira, ajuizou liquidação individual decorrente de sentença condenatória coletiva, proveniente da ação civil pública proposta pelo Ministério Público e julgada procedente, condenando o réu – Centro de Ensino Superior de Campo Grande Ltda (CESUP) – a indenizar seus alunos tendo em vista a decretação, na demanda coletiva, da nulidade de cláusulas contratuais nos contratos de ensino.

Em sede de agravo de instrumento o réu alegou a prescrição da pretensão executiva da consumidora, tendo em vista que sua ação individual de liquidação e execução fora ajuizada após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos do trânsito em julgado da demanda coletiva que reconheceu o direito ao ressarcimento dos consumidores

lesados. O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, no entanto, rechaçou a alegação de prescrição aventada pelo réu, que manejou recurso especial para o E. STJ.

Isto porque a demanda coletiva que condenara o réu transitou em julgado em 2009, e o *Parquet* ajuizou liquidação e execução coletivas decorrentes dessa condenação em 2010; o Tribunal de Justiça Estadual, considerando que a iniciativa executória do Ministério Público teria sido eficaz para interromper a prescrição para as ações individuais de liquidação e execução dos consumidores beneficiários, concluiu que a demanda de Ariane Ilse de Oliveira não estava prescrita.

O objeto do recurso especial interposto pelo réu impugnava expressamente essa matéria decidida pelo Tribunal local, qual seja, a interrupção da prescrição da pretensão executiva individual pelo ajuizamento de liquidação e execução coletivas pelo Ministério Público, como se extrai expressamente do pedido do referido recurso especial: "78. Pelo exposto, o agravante pede o provimento do presente recurso, a fim de que seja reformada a decisão recorrida, reconhecendo-se a prescrição" (trecho retirado da peça processual do recorrente).

Entretanto, após admitido e afetado o recurso especial pela Terceira Turma para julgamento na Corte Especial, a E. Relatora Ministra Nancy Andrighi suscitou relevante Questão de Ordem, que acolhida, alterou o objeto do pleito recursal, nos seguintes termos:

> "No entanto, a questão merece uma análise mais aprofundada, sob o enfoque da legitimidade do Ministério Público para promover a liquidação coletiva de sentença coletiva sobre direitos individuais homogêneos, especialmente à luz do CDC e das funções institucionais do *Parquet*, tendo em vista a sua relevância e a extensão dos efeitos da respectiva decisão, bem como os reflexos na solução da presente controvérsia.
>
> Assim, considerando que se trata de tema de interesse de todas as Turmas do STJ, e diante da relevância da questão jurídica suscitada, proponho seja o presente recurso julgado perante a Corte Especial, na forma do art. 16, IV, e parágrafo único, do RISTJ."

É preciso destacar que embora a alteração do objeto do recurso, em sede de Tribunal Superior, e com vistas à uniformização jurisprudencial, seja um expediente em tese possível, esse não dispensa o contraditório prévio das partes acerca da nova – e nunca antes discutida – questão processual suscitada de ofício pelo órgão julgado. Concretamente o STJ alterou o objeto recursal para decidir – sem pedido, frisa-se – tema de legitimidade *ad causam*, uma típica matéria de ordem pública. Contudo, por força do

art. 10 do CPC,[2] era indispensável que as partes e eventuais *amici curiae* exercessem o contraditório sobre essa nova matéria.

O acórdão que se verá a seguir consubstancia-se em decisão-surpresa, uma vez que a matéria da legitimidade ativa do Ministério Público para promover a liquidação e execução coletivas de direitos individuais homogêneos – embora seja, de fato, matéria de ordem pública –, nunca foi debatida previamente com as partes ou eventuais interessados.

Ressalto com veemência essa questão com o fito de reforçar a importância do mais amplo debate dessa matéria no âmbito do presente recurso extraordinário, visando reforçar a dimensão colaborativa que o contraditório proporciona ao órgão julgador, especialmente em um tema de inegável relevância social e jurídica como a discutida nestes autos, para a qual nunca houve contribuição alguma no debate judicial.

A Corte Especial julgou o recurso e a partir da Questão de Ordem proposta pela E. Relatora Ministra Nancy Andrighi fixou o seguinte acórdão:

> "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA COLETIVA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO INDIVIDUAL DOS CREDORES. AUSÊNCIA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. JULGAMENTO: CPC/15.
>
> 1. Ação civil pública ajuizada em 1996, atualmente na fase de liquidação individual da sentença coletiva, promovida em 2016, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 13/03/2017 e atribuído ao gabinete em 30/06/2017.
>
> 2. O propósito recursal é decidir: (i) se a liquidação da sentença coletiva, promovida pelo Ministério Público, tem o condão de interromper o prazo prescricional para o exercício da pretensão individual de liquidação e execução pelas vítimas e seus sucessores; e (ii) o termo inicial dos juros de mora.
>
> 3. O objeto da liquidação de sentença coletiva, exarada em ação civil pública que versa sobre direitos individuais homogêneos, é mais amplo, porque nela se inclui a pretensão do requerente de obter o reconhecimento de sua condição de vítima/sucessor e da existência do dano individual alegado, além da pretensão de apurar o quanto lhe é devido (*quantum debeatur*).
>
> *4. Ressalvada a hipótese da reparação fluida do art. 100 do CDC, o Ministério Público não tem legitimidade para promover a liquidação correspondente aos danos individualmente sofridos pelas vítimas ou sucessores, tampouco para promover a execução coletiva da sentença, sem a prévia liquidação individual, incumbindo a estes – vítimas e/ou sucessores – exercer a respectiva pretensão, a contar da sentença coletiva condenatória.*
>
> 5. A ilegitimidade do Ministério Público se revela porque: (i) a liquidação da sentença coletiva visa a transformar a condenação pelos prejuízos globalmente causados em indenizações pelos danos particularmente sofridos, tendo, pois, por objeto os direitos individuais disponíveis dos eventuais beneficiados; (ii) a legitimidade das vítimas e seus sucessores prefere à dos elencados no rol do

[2] Art. 10 do CPC. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

> art. 82 do CDC, conforme prevê o art. 99 do CDC; (iii) a legitimação para promover a liquidação coletiva é subsidiária, na forma do art. 100 do CDC, e os valores correspondentes reverterão em favor do Fundo Federal de Direitos Difusos, ou de seus equivalentes em nível estadual e/ou municipal.
>
> 6. Ainda que se admita a possibilidade de o Ministério Público promover a execução coletiva, esta execução coletiva a que se refere o art. 98 diz respeito aos danos individuais já liquidados.
>
> 7. Uma vez concluída a fase de conhecimento, o interesse coletivo, que autoriza o Ministério Público a propor a ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos, enquanto legitimado extraordinário, cede lugar, num primeiro momento, ao interesse estritamente individual e disponível, cuja liquidação não pode ser perseguida pela instituição, senão pelos próprios titulares. Num segundo momento, depois de passado um ano sem a habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano, a legislação autoriza a liquidação coletiva – e, em consequência, a respectiva execução – pelo *Parquet*, voltada à quantificação da reparação fluida, porque desse cenário exsurge, novamente, o interesse público na perseguição do efetivo ressarcimento dos prejuízos globalmente causados pelo réu, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores.
>
> *8. Consequência direta da conclusão de que não cabe ao Ministério Público promover a liquidação da sentença coletiva para satisfazer, um a um, os interesses individuais disponíveis das vítimas ou seus sucessores, por se tratar de pretensão não amparada no CDC e que foge às atribuições institucionais do Parquet, é reconhecer que esse requerimento – acaso seja feito – não é apto a interromper a prescrição para o exercício da respectiva pretensão pelos verdadeiros titulares do direito tutelado.*
>
> 9. Em homenagem à segurança jurídica e ao interesse social que envolve a questão, e diante da existência de julgados anteriores desta Corte, nos quais se reconheceu a interrupção da prescrição em hipóteses análogas à destes autos, gerando nos jurisdicionados uma expectativa legítima nesse sentido, faz-se a modulação dos efeitos desta decisão, com base no § 3º do art. 927 do CPC/15, para decretar a eficácia prospectiva do novo entendimento, atingindo apenas as situações futuras, ou seja, as ações civil públicas cuja sentença seja posterior à publicação deste acórdão.
>
> *10. Convém alertar que a liquidação das futuras sentenças coletivas, exaradas nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público e relativas a direitos individuais homogêneos, deverão ser promovidas pelas respectivas vítimas e seus sucessores, independentemente da eventual atuação do Parquet, sob pena de se sujeitarem os beneficiados à decretação da prescrição.*
>
> 11. Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, sem que haja configuração da mora em momento anterior.
>
> 12. Recurso especial conhecido e desprovido." (destaquei)

Houve interposição de embargos de declaração e pedido de ingresso do Ministério Público de Minas Gerais como *amicus curiae*, ambos rejeitados.

Em face dessa decisão o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpuseram o presente recurso extraordinário, o qual fora admitido com base na presença de repercussão geral da matéria de fundo nele debatida. Na decisão de admissibilidade, a E. Ministra Rosa Weber consignou, relativamente ao mérito recursal, o seguinte:

"Em resumo, cumpre verificar se o interesse público do qual se reveste o Ministério Público, enquanto legitimado extraordinário para propor a ação civil pública, alcança a perseguição do efetivo ressarcimento dos prejuízos globalmente causados pela pessoa que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores.

Inegável, portanto, a presença de questão constitucional, pois em discussão o alcance dos arts. 127 e 129, III, da Constituição da República, que atribuem ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Acresce a conformação constitucional a ser conferida à liquidação coletiva, à luz dos princípios do acesso à justiça, proteção da confiança, garantia de tratamento isonômico, da tutela adequada e da efetividade da prestação jurisdicional, para os quais vem sendo legitimada a instituição do Ministério Público.

[...]

Quanto à existência de repercussão geral da matéria constitucional suscitada, desde logo, observo estar presente acentuado interesse público, dos pontos de vista jurídico, social e econômico na questão constitucional objeto do apelo extremo, porquanto em debate controvérsia cujos reflexos se irradiam na sociedade e, especialmente, no gerenciamento da massa de processos judiciais tramitando no Poder Judiciário, muitos dos quais podem ser prevenidos com a definição, *initio litis*, do legitimado para executar ações coletivas deste jaez e, assim, evitar incidentes processuais que aumentam ainda mais a sobrecarga do Judiciário brasileiro.

Tratamento uniforme da controvérsia garante, portanto, celeridade e economicidade processual, além de trazer efetividade à sentença coletiva, seja pelo reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a liquidação da sentença genérica, a quem competirá o processamento centralizado da liquidação, seja pela legitimidade exclusiva dos lesados para iniciarem, imediatamente, o procedimento de liquidação e/ou execução do título judicial genérico.

Observo, ademais, que a controvérsia acerca da legitimidade do Ministério Público para promover a liquidação de sentença em ação civil pública se alinha com o seguinte objetivo de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 das Nações Unidas: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (ODS 16).

A racionalização da prestação jurisdicional por meio do instituto da repercussão geral provou-se meio hábil de realização do direito fundamental do cidadão a uma tutela jurisdicional mais célere e mais eficiente. O sistema de gestão qualificada de precedentes garante, ainda, maior segurança jurídica ao jurisdicionado, ao permitir que o entendimento desta Suprema Corte, nos temas de sua competência, seja uniformemente aplicado por todas as instâncias judiciais e em todas as unidades da federação.

Desse modo, com o fito de evitar um desnecessário empenho da máquina judiciária na prolação de inúmeras decisões idênticas sobre o mesmo tema, além de salvaguardar os já referidos princípios constitucionais informadores da atividade jurisdicional, submeto a questão em análise à sistemática da repercussão geral, para que se lhe imprimam os efeitos próprios do instituto.
Ante o exposto, reconheço o caráter constitucional e a repercussão geral da controvérsia trazida neste recurso extraordinário, submetendo o tema aos eminentes pares."

Após a admissibilidade do recurso extraordinário o feito passou a contar com a participação de diversos e plurais *amici curiae* já admitidos nos autos, além do ora Consulente, tais como o Ministério Público do Estado de São Paulo, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Advocacia Geral da União, e Febraban, o que revela a transcendência e relevância da matéria constitucional discutida neste feito.

2.1. Síntese da controvérsia tal como definida no acórdão de admissibilidade do RE com RG

A partir da Questão de Ordem levantada e decidida, sem contraditório prévio, pela Corte Especial do STJ, o núcleo da controvérsia constitucional do Tema 1.270 cinge-se a definir se o Ministério Público tem legitimidade para promover a liquidação coletiva de sentença proferida em ação civil pública sobre direitos individuais homogêneos disponíveis, visando à reparação de danos individualmente sofridos pelas vítimas ou seus sucessores.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E A TUTELA COLETIVA SOB A LENTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A tutela coletiva é expressão máxima de acesso à justiça.

Nas ondas renovatórias para a superação de óbices de acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryan Garht[3] apontam para a necessidade de implantação de um sistema de proteção processual dos direitos de terceira geração – que no âmbito brasileiro foram denominados de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos –, o que recebeu guarida na legislação brasileira, inicialmente pela criação da Lei da Ação Pública, Lei n.° 7.347/1985, e depois pelo CDC, Lei 8.078/1990, mas especialmente e sobretudo pela Constituição Federal de 1988.

Se no campo infraconstitucional LACP e CDC estabeleceram normas processuais que visam garantir o processamento das demandas de natureza coletiva, a imposição de direitos coletivos e o respectivo acesso à justiça desses direitos é de natureza constitucional.

---

[3] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Desde a consagração de uma plêiade de direitos coletivos – muitos com caráter de garantias fundamentais e direitos sociais, artigos 5º e 6º da Constituição Federal –, também consagrou no texto constitucional as entidades aptas a promover em juízo a defesa desses direitos coletivos.

Dentre essas, a Constituição faz expressa menção da constituição de entidades privadas associativas, como as associações e os sindicatos (v.g., art. 5°, XVII, XVIII, XIX, LXX, "b") que foram contempladas na legislação infraconstitucional com legitimidade ativa para a defesa de direitos coletivos, mas, deu especial relevo à instituição do Ministério Público como figura central na defesa dos direitos coletivos no Brasil.

Essa centralidade está prevista expressamente no art. 127[4] e 129, inciso III,[5] da Constituição Federal, ao reconhecer o papel essencial que o Ministério Público exerce na função jurisdicional do Estado, com atribuição de exercer a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e direitos sociais e individuais indisponíveis – e os disponíveis com relevância social, como se verá a seguir –, e também o reconhecimento da função institucional do órgão ministerial na proteção dos direitos de natureza coletiva.

Em reforço à missão institucional do Ministério Público atribuída pela Constituição Federal, a LACP e o CDC, ao preverem expressamente a legitimação ativa ao órgão, foram além, atribuindo-lhe o papel de interveniente obrigatório em todas as demandas coletivas, mesmo quando o *Parquet* não foi o autor da demanda.[6]

O acesso à justiça dos direitos de natureza coletiva no sentido de remoção de óbices para a judicialização de conflitos dessa natureza também passa pelo reconhecimento da legitimidade ativa ao Ministério Público, conforme mencionado acima, mas também pela amplitude da inafastabilidade da jurisdição tal como entendida no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Acesso à justiça, como garantia constitucional, não significa tão somente deduzir pretensão junto ao Poder Judiciário, mas sim a obtenção de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, com resultados concretos advindos da atuação jurisdicional; provimentos

---

[4] Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[5] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

[6] LACP, art. 5º, 1º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei; CDC, art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

judiciais potencialmente satisfativos, sem, contudo, a promoção de resultados concretos, não cumprem a exigência constitucional de acesso à justiça.

Com efeito, a incumbência constitucional ao Ministério Público para realizar a promoção de efetivo acesso à justiça dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos somente se concretiza com a produção de resultados concretos em benefício da coletividade; limitar a sua atuação ou impedir que possa promover resultados concretos implica reduzir o acesso à justiça, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

3.1. A legitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva de direitos individuais disponíveis de relevância social

Aspecto central para o deslinde do presente feito é compreender, nos termos postos pela Constituição Federal, a atuação do Ministério Público na defesa coletiva de direitos individuais disponíveis; isso porque a literalidade do referido artigo 127 refere-se a "interesses sociais e individuais indisponíveis". Isso porque em tema de direitos fundamentais a interpretação deve ser sempre extensiva, e nunca restritiva.

Fato é que a jurisprudência do STF é uníssona no sentido de superar a literalidade do texto constitucional e reconhecer legitimidade ativa ao Ministério Público para as demandas em defesa de direitos individuais disponíveis marcados por relevância social.

Traz-se à colação os Temas 471 (RE 631.111/GO) e 850 (RE 643.978/SE) nos quais esse E. STF reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos disponíveis quando presente interesse social relevante:

> Tema 471: "Com fundamento no art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público está legitimado a promover a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mesmo de natureza disponível, quando a lesão a tais direitos, visualizada em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a comprometer relevantes interesses sociais".
>
> Tema 850: "O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos sociais relacionados ao FGTS".

Para além desses, é vastíssima a jurisprudência mais antiga do STF que no mesmo sentido sempre reconheceu a legitimidade do Ministério Público para as demandas coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis com relevância social: RE 163.231/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29/6/2001; RE 514.023/RJ AgR., Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 25/6/2010; RE 475.010/RS AgR., Rel. Min. Dias Toffoli,

DJe 29/9/2011; RE 328.910/SP AgR., Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 30/9/2011; AI 637.853/SP AgR., Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 17/9/2012.

Cumpre salientar, ademais, que o caso em tela que deu origem ao presente recurso extraordinário é uma discussão sobre direito individual disponível no âmbito do direito à educação exatamente como no primeiro caso em que essa Corte analisou o RE 163.231, no qual se assentou a presença de relevante interesse social na discussão sobre cobrança abusiva de mensalidades escolares. Em outras palavras, em que pese os valores relativos a mensalidades escolares sejam direitos disponíveis, transcendem essa dimensão pois têm relação com o direito fundamental à educação protegido no art. 205 da CF.

A interpretação ampliativa do STF acerca da tutela, pelo Ministério Público, de direitos individuais homogêneos disponíveis, quando marcados por relevância social, é a mais consentânea com as atribuições constitucionais do órgão, e a única capaz de promover efetivo acesso à justiça.

Isso porque a interpretação literal da dicção do art. 127 seria incompatível com a sistemática da própria Constituição, que reconhece como espécies de direitos individuais homogêneos disponíveis certas situações que conformam a própria ordem econômica nacional. Por exemplo, nos termos do art. 170, "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor".

Há que se considerar que a grande maioria das situações concretas de violação a direitos individuais homogêneos estão ligadas a direitos do consumidor, os quais, embora de fato sejam individuais disponíveis, estão cobertos pela relevância social que autoriza a tutela pelo Ministério Público, na medida em são constitutivos da própria ordem econômica nacional. Em reforço a essa relevância social de um direito disponível, o CDC estabeleceu em seu art. 6° direitos básicos do consumidor, dentre eles a facilitação da defesa de seus direitos (VIII), a efetiva prevenção e reparação de danos (VI) e o acesso aos órgãos judiciários com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos (VII), os quais só podem ser alcançando em uma dimensão coletiva, considerando-se a vulnerabilidade dos consumidores.

Ou seja, mesmo em matéria consumerista a relevância social marca os direitos disponíveis com o atributo que justifica a tutela coletiva e o reconhecimento da legitimidade ativa ao Ministério Público.

Não obstante o fato de que o direito do consumidor seja a seara de maior incidência de direitos individuais, na verdade há inúmeros outros casos em que a condução de demandas, após o reconhecimento do dano coletivo, em fase de liquidação e execução de direitos individuais patrimoniais, tem sido feita pelo Ministério Público com base na relevância social dos direitos em questão.

Trata-se de casos em que os dados afetam comunidades inteiras, como ocorre com os danos individuais sofridos pelas pessoas afetadas pelo rompimento de barragens como em Mariana e Brumadinho, e também o caso Braskem, no qual houve o afundamento do solo em Maceió e milhares de pessoas perderam suas casas e tiveram que ser deslocadas para outros bairros.

4. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DE PRETENSÕES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEAS DECORRENTES DE CONDENAÇÃO COLETIVA: OS LEGITIMADOS PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A Constituição Federal estabelece as linhas mestras acerca do efetivo acesso à justiça no campo da tutela jurisdicional coletiva. Cabe à legislação infraconstitucional dar cabo de criar instrumentos processuais aptos a alcançar os ditames constitucionais.

A tutela coletiva infraconstitucional brasileira funda-se em regras gerais estabelecidas em dois grandes marcos normativos, que juntos formam o microssistema de demandas coletivas (cfr. art. 21 da LACP e art. 90 do CDC): a Lei da Ação Civil Pública, que em 1985 estabeleceu a tutela de direitos indivisíveis, e o Código de Defesa do Consumidor, que em 1990 expande a proteção coletiva para os direitos divisíveis, com a criação da categoria dos direitos individuais homogêneos (art. 81 do CDC).

Consequentemente à criação desses direitos, o próprio CDC estabeleceu a sistemática procedimental para a tutela coletiva desses direitos, a partir do artigo 91 do CDC. Em breve síntese, previu um procedimento bifásico, no qual a primeira fase consiste em ação coletiva de cognição para a apuração da responsabilidade do causador do dano, culminando com eventual sentença condenatória genérica (arts. 91 e 95 do CDC), que dará início à segunda fase, de liquidação e execução da condenação (arts. 97 e seguintes do CDC).

A fase de liquidação e execução (que atualmente deve ser compreendida como cumprimento de sentença coletiva) de condenação em tema de direitos individuais homogêneos pode ser de 3 (três) modalidades: promovida individualmente pela vítima ou

seus sucessores (art. 97); promovida por legitimado coletivo em benefício direto da vítima ou seus sucessores (art. 97 e 98); ou promovida por entidade coletiva em benefício do Fundo dos Direitos Difusos (art. 100 do CDC).

Vê-se, portanto, que a amplitude de possibilidades de liquidação e execução de condenação de direitos individuais homogêneos é compatível com a relevância social e a tutela jurisdicional efetiva que a Constituição Federal atribui a essa espécie de direitos.

Dentre as 3 (três) modalidades de liquidação e execução de condenação em sede de direitos individuais homogêneos, não é correto afirmar que haja uma preferência pela modalidade do cumprimento individual de sentença em detrimento do cumprimento promovido por legitimado coletivo. O aspecto determinante deve ser a maior efetividade possível para a tutela do direito individual em questão.

Eis o cerne da questão discutida no presente Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.

A premissa sobre a qual se assenta a Corte Especial do STJ é a de que os direitos individuais homogêneos seriam disponíveis, e por essa razão a fase de liquidação e execução deveria se dar pelas vias individuais, na medida em que as vítimas e seus sucessores é que deteriam legitimidade para tanto. O acórdão recorrido restringe a legitimidade do Ministério Público sob o argumento de que se trata de direito de caráter individual e disponível e que, portanto, deveria ser perseguido, em fase de cumprimento de sentença, pelos próprios lesados.

Acerca da relevância social do direito individual disponível em questão já tratado acima.

Impor que a liquidação e execução de condenação coletiva se dê pela via individual, retirando do Ministério Público essa atribuição, além de não ter amparo na legislação infraconstitucional do CDC, viola garantias constitucionais do devido processo legal coletivo e do acesso efetivo à justiça, na medida em que impede a atuação, na fase mais relevante da tutela de direitos individuais homogêneo, que é a executiva, do principal artífice da tutela coletiva no Brasil, que é o Ministério Público.

Se a fase coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos for concluída com sentença condenatória genérica, somente o cumprimento de sentença é que terá a capacidade de aportar a efetiva satisfação das pretensões individuais dos lesados. Mas nem toda pretensão individual homogênea deverá fazer surgir cumprimentos individuais decorrentes de sentença coletiva para concretizar, no plano de cada vítima ou sucessor, o comando condenatório.

Em outras palavras, o acesso à justiça na defesa de direitos individuais homogêneos compreende também – e sobretudo – a fase de cumprimento de sentença, de modo que a liquidação e execução promovida pelos legitimados ativos, e dentre eles o Ministério Público, não só é prevista pela legislação infraconstitucional, como é o modelo constitucionalmente orientado.

O equívoco conceitual de que parte a Corte Especial é o de que, pela natureza individual e disponível do direito tutelável, a liquidação e execução deve-se dar pela via do cumprimento individual de sentença. É evidente que o cumprimento de sentença por legitimado coletivo não impede nem se sobrepõe ao cumprimento promovido pela própria vítima ou seus sucessores; o equívoco está em considerar que os legitimados coletivos não podem iniciar cumprimento de sentença condenatória para a tutela de direitos individuais homogêneos pois se trata de direitos patrimoniais divisíveis e disponíveis dos lesados.

A liquidação e execução individual prevista no art. 97 do CDC é uma opção do lesado, não uma imposição que impede a liquidação e execução promovida pelos legitimados ativos do artigo 82 do CDC. Para a promoção do acesso efetivo à justiça a Constituição não faz qualquer restrição que impeça a atuação dos legitimados ativos na fase de cumprimento de sentença de direitos individuais homogêneos.

Pelo contrário. É preciso reconhecer que impedir os legitimados ativos coletivos de promoverem a liquidação e execução de pretensões individuais, além de contribuir para obstar o acesso à justiça, é medida que estimula o acionamento individual ao Poder Judiciário, contribuindo decisivamente para o aumento do número de demandas – que já é elevado.

Em síntese, a liquidação e execução decorrentes de condenação coletiva de direitos individuais homogêneos, pode ser promovida por legitimado individual bem como por legitimado coletivo, sem qualquer restrição àqueles elencados no artigo 82 do CDC. Restringir à liquidação e execução individuais, ou a certos legitimados ativos, é impor inconstitucional limitação ao efetivo acesso à justiça das vítimas e seus sucessores.

5. DECORRÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA DOS ENTES COLETIVOS PARA A LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DE CONDENAÇÃO EM SEDE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A decisão da Corte Especial que negou legitimidade ativa ao Ministério Público para promover a liquidação e execução de condenação em sede de direitos individuais homogêneos, viola, a um só tempo, a legislação federal infraconstitucional consumerista, e também, principalmente, as normas constitucionais que garantem o efetivo acesso à justiça das vítimas e seus sucessores, em relação à efetivação do ressarcimento de danos já reconhecidos.

É preciso que haja interpretação conforme da legislação infraconstitucional para a tutela de direitos individuais homogêneos às garantias constitucionais de acesso à justiça; em outras palavras, deve-se partir da Constituição Federal, dos direitos e garantias fundamentais relativos à efetividade da tutela jurisdicional aos titulares de direitos disponíveis atingidos por conduta que viola em massa esses direitos para então compreender e dar sentido aos mecanismos processuais infraconstitucionais coletivos de defesa dos direitos individuais homogêneos.

Reconhecer as premissas constitucionais de acesso à justiça e efetiva tutela jurisdicional das vítimas e seus sucessores em tema de direitos individuais homogêneos é pressuposto para a interpretação conforme à Constituição que deve ser dada aos dispositivos do CDC que já estabelecem a possibilidade de liquidação e execução de direitos disponíveis promovidas pelos legitimados ativos, dentre eles o Ministério Público.

Nesse sentido a análise das decorrências procedimentais que surgem a partir disso, com o fito de reforçar não só a viabilidade de liquidação e execução promovidas por entes coletivos, mas sobretudo a sua conveniência, em face da tutela mais efetiva ao lesado individual.

Em primeiro lugar é preciso frisar que a sentença condenatória genérica, prevista no artigo 95 do CDC, não é a única opção em sede de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. É plenamente possível, com vistas a promover acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional, que a condenação coletiva contenha comandos e cominações para que o réu cumpra o *decisum*, em benefício de todos os lesados, independentemente do ajuizamento de ações individuais de liquidação e execução da condenação coletiva.

Há caso emblemático, decidido pelo próprio STJ e bem destacado na doutrina, em que a Corte proferiu decisão condenatória concreta, de implementação imediata a cargo do causador do dano, independentemente do ajuizamento de liquidações e execuções individuais decorrentes da condenação coletiva. Nesse sentido referiu-se a doutrina a esse famoso precedente do STJ:

> "Outro caso relevante, que afirma a possibilidade de eficácia mandamental da sentença condenatória, é o Caso "LigMix" (REsp 1.291.213/SC). Nesse caso, ocorreu omissão relevante na informação aos consumidores, ferindo o direito básico à publicidade adequada, previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI). Essa postura gerou a condenação em danos materiais e morais individuais homogêneos por parte da empresa responsável. A decisão determinou o cumprimento do julgado no tocante aos danos materiais e morais individuais, mediante reposição direta nas contas telefônicas futuras, tornando desnecessários os processos de execução individual.
>
> A decisão afirmou que: "Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do 'Lig-Mix', pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso; c) por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas." (REsp 1.291.213/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 30.08.2012, DJe 25.09.2012.)[7]

Este caso revela como a condenação genérica prevista no artigo 95 do CDC não é obrigatória para todas as hipóteses de ocorrência de danos individuais homogêneos. O caso inclusive indica uma situação concreta de direitos disponíveis, de caráter patrimonial, como é o caso dos direitos consumeristas, mas que igualmente merece a tutela efetiva por parte do ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo sentido da decisão acima há um importante movimento da doutrina e dos especialistas em direito processual coletivo brasileiro que pugnam pela possibilidade, *de lege lata*, de condenações líquidas e de imediato cumprimento pelo causador do dano. Nesse exato sentido trago à colação enunciado fruto da III Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, evento ocorrido em 2023 e coordenado por alguns ministros do STJ:

> Enunciado 236: "Na ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, a sentença condenatória que determina obrigação de pagar

[7] ARENHART, Sérgio Cruz; ZANETI JR, Hermes; VITORELLI, Edilson. *Liquidação e execução coletiva de obrigação de pagar quantia a indivíduos identificados: o Tema 1270 da Repercussão Geral*. In: Revista de Processo, vol. 357, nov. 2024, p. 271-295.

> poderá ser líquida, determinando-se, preferencialmente, o cumprimento de forma direta pelo réu aos beneficiários."

Assim, ao contrário do assentado pelo C. STJ no acórdão recorrido, não resta ao Ministério Público apenas a hipótese da reparação fluida do art. 100 do CDC, sobretudo considerando-se a aventada possibilidade - já concretizada em casos como o citado - de que sejam proferidas sentenças condenatórias líquidas. Não se olvide, ainda, que o próprio C. STJ está em vias de julgar o tema 1169, ocasião em que definirá se a liquidação prévia do julgado é requisito indispensável para o ajuizamento de ação objetivando o cumprimento de sentença condenatória genérica proferida em demanda coletiva.

Em reforço à argumentação, é importante constatar que o próprio Poder Legislativo está em vias de analisar o PL 1.641/2021, que prevê a alteração da lei da ação civil pública e ações coletivas no Brasil com vistas à construção de um modelo legislativo constitucionalmente orientando de acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional para a defesa de direitos individuais homogêneos, e que trata de forma específica das sentenças coletivas que versem direitos individuais homogêneos com determinação legal para que sejam proferidas já com a identificação, quando possível, do grupo e dos requisitos para a identificação dos membros ou, na hipótese de compensação por equivalente, da forma de compensação do grupo lesado, *in verbis*:

> Art. 26. Além dos elementos e requisitos gerais, a sentença de procedência do pedido deve: I - se condenatória, ser preferencialmente líquida; II - se condenatória, no caso de direitos individuais homogêneos, ademais das providências estabelecidas no art. 45 desta Lei, identificar, quando possível, o grupo e os requisitos para a identificação dos membros ou, na hipótese de compensação por equivalente, a forma de compensação do grupo lesado; § 1º Nas sentenças condenatórias à prestação pecuniária, o juiz: I – em se tratando de danos individualmente sofridos, sempre que possível, fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano; II - quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, indicará esses valores, a matriz de danos ou a fórmula de cálculo da indenização individual, com a possibilidade de prévia definição do prazo para respectivo pagamento a cada um dos membros do grupo; III – facultará ao membro do grupo que divergir do valor da indenização individual ou da matriz ou da fórmula para seu cálculo, receber o valor fixado coletivamente e ajuizar ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do recebimento integral daquele valor.

Ainda, conforme o dispositivo transcrito, será possível efetuar-se a liquidação por cálculos matemáticos quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes ou prevalentemente uniformes, estabelecendo dinâmica específica para o pagamento a cada um dos membros do grupo, evitando-se assim as liquidações e execuções individuais, e reconhecendo o papel indispensável dos

legitimados ativos ao processo coletivo, especialmente na fase de cumprimento de sentença.

Veja-se que, ao contrário do que se pode imaginar, ao promover a execução de sentença que verse sobre direitos individuais homogêneos disponíveis e que se revestem de relevância social, o Ministério Público ou qualquer outro legitimado coletivo o fará em benefício direto dos lesados, em primeiro plano, garantindo, repita-se, a efetividade da tutela jurisdicional, que significa, em primeira e última instância, a entrega do bem da vida aos vulneráveis prejudicados em massa.

A atuação do Ministério Público nesses termos promove, a um só tempo, (i) economia ao Poder Judiciário em variados aspectos (tempo, insumos, recursos financeiros etc.), ou seja, contribui sobremaneira para a eficiência na administração da justiça, bem assim (ii) garantia de efetividade de direitos que, ainda que patrimoniais, são dotados de indiscutível relevância social, a exemplo dos advindos de violações a partir do rompimento de barragens, etc.

Friso, por fim, o poder de agenda do Ministério Público brasileiro: incumbe à instituição a constatação da relevância social que emana dos direitos individuais homogêneos em eventual debate que justifique e legitime sua atuação em sede de conhecimento e execução, e não ao Poder Judiciário. Retirar, na fase de liquidação e execução de condenação coletiva, a legitimidade do Ministério Público, especialmente naquelas demandas em que foi o autor desde a fase de conhecimento, é tratamento anti-isonômico e sobretudo prejudicial à tutela jurisdicional adequada do direito tutelado na medida em que passa a ser impedido da realização de atividades satisfativas.

Por consequência, a retirada da legitimidade do Ministério Público para a promoção de liquidação e cumprimento de sentença que verse sobre direitos individuais homogêneos ainda pode propiciar duas situações graves e díspares: ao mesmo tempo em que estimulará a sobrecarga do sistema de justiça em situações de danos individuais de alta monta, poderá potencializar o enriquecimento sem causa do causador de danos em massa quando o valor devido for diminuto se individualmente considerado, já que haverá desestímulo direto ao ajuizamento de execuções individuais.

6. CONCLUSÃO

Analisados os autos e o caso concreto que está na origem da controvérsia sujeita ao rito da repercussão geral em recurso extraordinário perante este Supremo Tribunal

Federal, em que pese a existência de "decisão-surpresa" no julgamento da questão pela E. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no mérito, pela sistemática constitucional do acesso à justiça e da tutela coletiva de direitos, o Ministério Público é detentor de legitimidade ativa para a promoção de liquidação e execução de pretensões individuais homogêneas decorrentes de condenação coletiva *quando essas forem revestidas de interesses sociais*.

Neste sentido, considerando-se os estritos termos da proposta de Tese apresentada na admissibilidade do recurso extraordinário com repercussão geral, proponho a seguinte Tese como sintetizadora do *decisum*: "O Ministério Público tem legitimidade ativa para promover a liquidação e execução coletivas decorrentes de sentença proferida em ação civil pública sobre direitos individuais homogêneos disponíveis com relevância social, visando à reparação de danos individualmente sofridos pelas vítimas ou seus sucessores."

ACORDOS EM LITÍGIOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE DOS ACORDOS FIRMADOS NO DESASTRE DO AFUNDAMENTO DO SOLO EM MACEIÓ (AL)

COLLECTIVE LITIGATION SETTLEMENTS: AN ANALYSIS OF THE AGREEMENTS ENTERED INTO IN THE LAND SUBSIDENCE DISASTER IN MACEIÓ (AL, BRAZIL)

Juliana Reigota Catini[1]
Patricia Miranda Pizzol[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. **2.** A viabilidade da autocomposição de direitos coletivos *lato sensu* indisponíveis. **3.** Parâmetros de efetividade da autocomposição. **4.** A efetividade dos acordos firmados no caso Braskem. **4.1.** Análise: Acordo de Compensação Financeira e Apoio à Realocação. **4.2.** Análise: Acordo de Reparação Socioambiental. **5.** Conclusão. **6.** Referências Bibliográficas.

RESUMO: A celebração de acordos em litígios coletivos impõe desafios específicos à paridade de armas, uma vez que os titulares dos direitos são representados por substitutos processuais que, em regra, não integram o grupo afetado. O presente artigo apresenta parâmetros para avaliar a efetividade da autocomposição em litígios coletivos complexos, com ênfase na representatividade adequada, na participação das vítimas, na análise judicial na homologação, na transparência, na justiça das compensações e na supervisão da implementação. Examina-se os acordos celebrados entre a Braskem S.A. e órgãos públicos no contexto do desastre do afundamento do solo em Maceió (AL), que afetou cinco bairros, provocando a evacuação de mais de 14 mil edificações e a remoção de cerca de 60 mil pessoas. Analisa-se, em especial, o Acordo de Compensação Financeira e Apoio à Realocação (PCF) e o Acordo de Reparação Socioambiental. A pesquisa conclui que os parâmetros de efetividade não foram plenamente atendidos, prevalecendo uma percepção generalizada de injustiça.

Palavras-chave: Autocomposição; Braskem S.A.; Litígio Coletivo; Acordo Coletivo, Efetividade.

ABSTRACT: Settlements in complex collective litigation pose specific challenges to the principle of equality of arms, since rights holders are typically represented by procedural substitutes who do not belong to the affected group. This article proposes parameters for assessing the effectiveness of consensual dispute resolution in complex collective litigation, with emphasis on adequate representation, victim participation, judicial scrutiny at the approval stage, transparency, fairness of compensation, and oversight of

[1] Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pela Syracuse University (NY). Especialista em Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada. jucatini@gmail.com

[2] Livre docente, doutora e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUC-SP. Autora de artigos e livros. Advogada pmpizzol@uol.com.br

implementation. It examines the settlements entered into between Braskem S.A. and public authorities following the land subsidence disaster in Maceió (Alagoas, Brazil), which affected five neighborhoods, resulting in the evacuation of more than 14,000 buildings and the displacement of approximately 60,000 people. Particular attention is given to the Financial Compensation and Relocation Support Agreement and the Socioenvironmental Reparation Agreement, assessed against the proposed effectiveness criteria. The research concludes that the effectiveness parameters were not fully met, with a widespread perception of injustice prevailing among those affected.

Keywords: Consensual Dispute Resolution; Braskem S.A.; Class Actions; Class Actions Settlements; Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O processo civil passou por profundas transformações nas últimas décadas, marcando uma transição paradigmática em relação à forma de resolução de conflitos. A tradicional solução imposta pelo Judiciário deixou de ocupar posição central e passou a ser considerada a *ultima ratio*. Em seu lugar, consolidaram-se métodos de resolução de conflitos que privilegiam a consensualidade entre as partes e que se orientam pela busca da solução mais adequada às especificidades de cada controvérsia. Esse novo modelo é conhecido como Justiça Multiportas, expressão que representa a ampliação dos caminhos disponíveis para a resolução de controvérsias, incluindo a mediação, a conciliação, a negociação direta, processos administrativos, *dispute boards*, *online dispute resolution*, juizados especiais, agências reguladoras, entre outros[3].

Essa tendência não é diferente quando se trata de direitos transindividuais. Nos litígios coletivos, a solução negociada constitui prática recorrente e, em grande parte deles, se revela como o método de tratamento de conflito mais adequado, principalmente nos casos de alta complexidade, marcados pela presença de múltiplos sujeitos com interesses heterogêneos e pela necessidade de adoção de medidas estruturantes. A autocomposição, nesse contexto, permite maior flexibilidade e efetividade na construção de soluções duradouras, que atendam às peculiaridades da coletividade envolvida e às exigências de transformações sociais e ambientais concretas.

Embora os acordos coletivos sejam frequentemente celebrados como solução eficiente e célere para conflitos de grande escala, sua legitimidade e efetividade dependem

[3] DIDIER JR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 88, abr./jun. 2023. P. 165.

do atendimento a parâmetros que vão muito além da mera formalização do ajuste. É nesse cenário que se insere a problemática central deste artigo: até que ponto os acordos firmados em litígios coletivos complexos são capazes de promover uma tutela verdadeiramente justa e efetiva para as vítimas?

Um dos principais desafios inerentes a esses acordos reside na estrutura da representação processual. Nos litígios coletivos, os titulares dos direitos são representados por substitutos processuais — como o Ministério Público, a Defensoria Pública ou associações civis — que, em regra, não integram o grupo afetado. Essa dissociação entre representantes e representados fragiliza a paridade de armas e pode comprometer a legitimidade dos termos negociados, especialmente quando as vítimas são alijadas do processo de formulação das cláusulas que diretamente as afetam. A ausência de participação efetiva das pessoas atingidas não é apenas um problema procedimental; é uma questão de justiça substantiva.

É à luz dessas preocupações que o presente artigo propõe parâmetros para avaliar a efetividade da autocomposição em litígios coletivos complexos, organizados em torno de seis dimensões: a representatividade adequada dos grupos afetados; a participação das vítimas na formulação dos termos; a análise judicial criteriosa no momento da homologação; a transparência do processo negocial; a justiça das compensações oferecidas; e a supervisão efetiva da implementação das medidas pactuadas.

Para além da dimensão teórica, este artigo toma como objeto de análise empírica os acordos celebrados entre a Braskem S.A. e órgãos públicos em razão do afundamento do solo em Maceió (AL), um dos maiores desastres socioambientais da história recente do Brasil. O fenômeno, provocado pela exploração irregular de sal-gema pela empresa, afetou cinco bairros da capital alagoana, resultando na evacuação de mais de 14 mil edificações e na remoção compulsória de aproximadamente 60 mil pessoas. A magnitude dos danos — humanos, patrimoniais e ambientais — e a assimetria de poder entre a empresa e as comunidades atingidas tornam este caso um campo fértil para a investigação dos limites e das possibilidades da autocomposição em contextos de vulnerabilidade extrema.

São objeto de análise específica o Acordo de Compensação Financeira e Apoio à Realocação (PCF) e o Acordo de Reparação Socioambiental, examinados à luz dos parâmetros de efetividade propostos. A partir de pesquisa doutrinária e investigativa sobre os pontos mais controvertidos dos ajustes, o artigo sustenta que os critérios de efetividade

não foram plenamente atendidos, revelando lacunas significativas que alimentaram uma percepção generalizada de injustiça entre os atingidos.

A relevância do tema transcende o caso concreto. Em um país marcado por recorrentes desastres socioambientais e pela litigiosidade de massa, compreender os limites da autocomposição coletiva e aprimorar seus mecanismos de controle é tarefa urgente para a doutrina, para o Poder Judiciário e para a sociedade civil.

Este trabalho foi originalmente apresentado no X Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra, em outubro de 2025, e enviado para publicação nos anais do referido Congresso. O trabalho foi revisado, resultando na presente versão atualizada.

2. A VIABILIDADE DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU* INDISPONÍVEIS

No âmbito dos direitos coletivos, a autocomposição pode se concretizar por meio da celebração de um acordo judicial ou extrajudicial – solução endoprocessual ou extraprocessual – ou da formalização de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) – solução extraprocessual –, que pode ou não ser submetido à homologação judicial. Vale registrar que o TAC também pode ser firmado na pendência de processo judicial. Qualquer legitimado coletivo previsto no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública possui legitimidade para firmar um acordo, ao passo que apenas os órgãos públicos legitimados (Ministério Público, Defensoria Pública e entidades da Administração Pública) possuem competência legal para celebrar um TAC, conforme dispõe o §6º do mesmo dispositivo. As associações civis, embora não possam firmar TAC diretamente, podem participar do processo de negociação ou aderir aos termos ajustados, exercendo papel relevante na representação dos interesses da coletividade.

Discute-se na doutrina acerca da possibilidade de o legitimado coletivo transacionar direitos transindividuais considerados indisponíveis. Isso porque, em regra, a transação é admitida apenas no âmbito dos direitos patrimoniais de caráter privado, conforme dispõe o artigo 841 do Código Civil. Além disso, o legitimado coletivo não é o titular do direito material, de forma que não poderia praticar atos de disposição de direito.

No entanto, a superação dessa aparente antinomia tem se dado pela compreensão de que, embora o objeto final do litígio seja indisponível e irrenunciável, podem ser objeto de negociação as especificações das obrigações assumidas, como por exemplo, o modo, o tempo e lugar de cumprimento, bem como podem ser objeto de negociação a mitigação,

compensação e indenização dos danos que não podem ser recuperados, conforme previsto no art. 1ª da Resolução 179/2017 do CNMP[4], e desde que observados os princípios da legalidade, da moralidade, da transparência e, sobretudo, da efetiva proteção do direito coletivo tutelado. Ou seja, a transação, na tutela coletiva, não tem como objeto o direito material tutelado, mas sim as formas de exercício desse direito[5].

Uma vez reconhecida constitucionalmente a tutela dos direitos transindividuais como expressão do acesso à justiça, não se pode admitir que sua efetivação seja limitada por interpretações excessivamente restritivas e dogmáticas acerca da indisponibilidade desses direitos[6]. Se a autocomposição se apresenta como o meio mais adequado para assegurar resultados eficazes, céleres e socialmente legítimos, sua adoção deve ser incentivada, desde que pautada por critérios de legalidade, transparência e proteção adequada dos interesses coletivos em jogo. Logo, a indisponibilidade não será afetada. O que se busca, com a autocomposição, é exatamente a sua maior efetivação.

Assim, é plenamente admissível que as partes realizem negociações e façam concessões recíprocas sobre o direito material, desde que a solução construída se revele adequada ao conflito concreto. Em outras palavras, exige-se que fique claramente demonstrada a superioridade do compromisso ou do acordo em relação à via judicial tradicional[7].

3. PARÂMETROS DE EFETIVIDADE DA AUTOCOMPOSIÇÃO COLETIVA

No âmbito dos litígios coletivos, a celebração de acordos impõe desafios específicos para garantir a paridade de armas, uma vez que os titulares dos direitos são representados por substitutos processuais que, em regra, não integram o grupo afetado.

---

[4] Resolução 179/2017 do CNMP: Art. 1º § 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.

[5] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. Volume único. 7. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 489.

[6] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4: Processo coletivo – De acordo com a nova Lei de Improbidade Administrativa. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. P. 401; VENTURI, Elton. *Ministério público e acordos para além do TAC*. Revista do MPMG. v. especial, ago/2024. p. 56-59.

[7] PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Livro em PDF. p. 283

Além disso, o bem jurídico tutelado possui natureza coletiva e interesse que transcende os indivíduos diretamente prejudicados. Tais peculiaridades tornam indispensável o controle sobre os termos da autocomposição e a forma de conduzir o acordo, a fim de assegurar a adequada proteção dos interesses coletivos envolvidos e a justeza do acordo. Para tanto, devem ser observados determinados parâmetros de efetividade, cuja presença é essencial tanto na fase de negociação quanto após a formalização do acordo.

O primeiro parâmetro a ser considerado refere-se à representatividade adequada dos negociantes. Embora a representatividade adequada não esteja expressamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro como requisito formal, sua concepção doutrinária tem ganhado força e relevância, servindo como um critério legítimo de análise acadêmica. Seja na elaboração de um termo de ajustamento de conduta (TAC), seja na formalização de um acordo, é fundamental que a coletividade tenha um representante com condições efetivas de defender seus interesses. Isso envolve não apenas domínio técnico e compreensão da complexidade do litígio, mas também proximidade com a realidade dos atingidos e sensibilidade institucional em relação à causa.

Nas *class actions* do direito norte-americano, a representatividade adequada (*adequacy of representation*) constitui requisito essencial, exigido tanto do representante da classe (*class representative*) quanto dos advogados da classe (*class counsel*). No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, a figura do representante da classe não está positivada e a tutela coletiva não é promovida por advogados, mas sim exclusivamente pelos legitimados coletivos enumerados no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (LACP). De modo geral, presume-se a representatividade adequada desses legitimados quando se tratar de entes públicos, dada a natureza institucional de sua atuação. Já no caso das associações civis, a LACP condiciona a legitimidade ativa à observância dos requisitos previstos no art. 5º, inciso V, alíneas *a* e *b* — quais sejam, à pré-constituição há pelo menos um ano e à pertinência entre suas finalidades institucionais. Elton Venturi (referindo-se ao papel do Ministério Público na elaboração de TACs, traduz este parâmetro como o *"controle da capacidade institucional do agente público que negocia*"[8].

Apesar da ausência do requisito denominado *class representative* no ordenamento jurídico brasileiro, Graziela Zaneti defende a conveniência de sua adoção em litígios

[8] VENTURI, Elton. *Ministério público e acordos para além do TAC*. Revista do MPMG. v. especial, ago/2024. p. 56-59.

complexos[9]. Nessa perspectiva, o representante do grupo seria um membro pertencente à própria coletividade afetada, atuando como porta-voz direto dos interesses do grupo junto ao legitimado coletivo. A presença desse representante facilita o diálogo entre os órgãos responsáveis pela negociação e a comunidade impactada, permitindo que as demandas reais, as vulnerabilidades específicas e as prioridades dos atingidos sejam devidamente consideradas no processo de construção do acordo[10]. Nas palavras da autora, o estabelecimento de uma "*relação informada entre o condutor do processo (legitimado extraordinário), o representante do grupo e membros do grupo é uma 'via de mão dupla', enriquecendo, de um lado, a perspectiva de quem irá conduzir o processo e, de outro, dando mais confiança e lealdade aos indivíduos conduzidos*"[11].

O segundo parâmetro de efetividade refere-se à participação efetiva das vítimas na elaboração dos termos do acordo. Trata-se de aspecto fundamental, uma vez que os atingidos são os principais interessados na reparação do dano e beneficiários diretos do acordo. A ausência de escuta qualificada e de mecanismos reais de participação pode comprometer a efetividade do acordo e acentuar a dissociação entre a solução formalmente construída e as necessidades concretas da coletividade lesada. Mais do que um gesto de inclusão simbólica, a participação das vítimas deve ser entendida como expressão do princípio democrático e condição para assegurar que os compromissos assumidos correspondam às expectativas e à realidade vivenciada pelos diretamente afetados. Nesse sentido, a devida notificação, fornecimento de informação e oitiva dos atingidos – por meio de audiências públicas, consultas, assessorias técnicas independentes ou outros instrumentos participativos – contribui para conferir maior transparência, legitimidade e eficácia à autocomposição em litígios coletivos[12].

A participação não se esgota na mera presença formal dos atingidos nas etapas de negociação. Ela exige, também, a efetiva demonstração de que houve compreensão, por parte dos grupos representados, dos termos que estão sendo discutidos e das implicações do acordo a ser celebrado. Ela compreende o direito à informação, que deve ser entendido como a comunicação tempestiva de dados verídicos e organizados de forma a possibilitar

---

[9] ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 116.
[10] ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 116.
[11] ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 149.
[12] VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p.196.

a compreensão. Por isso, Vitorelli e Barros se referem a um direito de participação informada. A participação só pode ser considerada legítima quando acompanhada de informação acessível, linguagem clara e mecanismos que permitam o esclarecimento de dúvidas e o exercício consciente do direito à manifestação[13]. Nesse sentido, é essencial que os legitimados adotem estratégias pedagógicas, audiências públicas, relatórios explicativos ou outros meios que garantam que os atingidos não apenas estejam presentes, mas compreendam o conteúdo e os efeitos das cláusulas acordadas. De outro modo, há o risco de se reduzir a participação a um ato simbólico, esvaziando sua função democrática e comprometendo a eficácia da autocomposição.

O terceiro parâmetro refere-se ao controle judicial dos termos do acordo. Enquanto a homologação de acordos judiciais é obrigatória, a de termos de ajustamento de conduta (TACs) é facultativa, embora recomendável para conferir maior segurança jurídica. Nesse contexto, é essencial reconhecer que o procedimento de homologação não deve ser tratado como um ato meramente formal ou automático. Como observam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. no momento da homologação, o magistrado deve exercer um controle substancial sobre o conteúdo do acordo, verificando aspectos como a licitude do objeto, a capacidade das partes, a legitimidade adequada dos representantes e a observância da forma legalmente exigida[14].

Além disso, deve o magistrado verificar se, de fato, o acordo é justo e atende às necessidades daquela coletividade. Antonio Gidi, em seu Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo, propõe, no artigo 14.6, que, uma vez reputada satisfatória a proposta de acordo, o juiz promova a ampla notificação do grupo e convoque audiência pública de aprovação, com a oitiva dos interessados. Ademais, nos termos do artigo 14.10, incumbe ao magistrado proceder a uma análise rigorosa da proposta, considerando, entre outros fatores, a probabilidade de êxito da pretensão coletiva e a comparação entre o resultado potencial de uma sentença de procedência e as condições previstas no acordo[15].

Interessante mencionar que, no direito norte-americano, a Rule 23 (e)(2) das *Federal Rules of Civil Procedure* assegura que o acordo que vincular membros ausentes da classe em uma *class action* somente será aprovado pelo tribunal após uma audiência e

---

[13] VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p.104.

[14] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4: Processo coletivo – De acordo com a nova Lei de Improbidade Administrativa. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 415.

[15] GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, 2003, vol. 111. p. 6.

somente se concluir que ele é *fair, reasonable, and adequate* ("justo, razoável e adequado"). Essa atuação judicial ativa encontra fundamento na necessidade de assegurar uma tutela jurisdicional efetiva e compatível com a natureza coletiva do direito em disputa.

Nesse contexto, é recomendável que haja planejamento da autocomposição, com definição prévia de técnicas de negociação e regras procedimentais, conforme autorizam os §§ 3º e 4º do art. 166 do Código de Processo Civil. Entre as medidas que podem ser adotadas pelo juiz e pelas partes está a regulação das audiências conjuntas, especialmente útil em litígios complexos com múltiplos interesses envolvidos. Além disso, há intervenção obrigatória do Ministério Público nos pedidos de homologação judicial de acordos extrajudiciais, como decorrência lógica do microssistema da tutela coletivas, fator que também confere segurança ao procedimento de homologação[16].

O quarto parâmetro diz respeito à transparência e à publicidade dos acordos celebrados em litígios coletivos. A imposição de cláusulas de confidencialidade mostra-se incompatível com a natureza dos direitos transindividuais tutelados, inclusive no caso dos direitos individuais homogêneos. Isso porque, ao se restringir o acesso público aos termos do acordo, compromete-se a possibilidade de controle social e institucional, inviabilizando a verificação quanto à regularidade do procedimento e a justeza material da solução pactuada. A publicidade é, portanto, condição indispensável para assegurar não apenas a legitimidade do acordo, mas também a proteção efetiva das vítimas, que devem ter acesso pleno às informações para compreender seus direitos e avaliar a adequação das medidas adotadas[17].

O último parâmetro aqui abordado — embora se reconheça a existência de diversos outros que não serão explorados neste trabalho, em razão de critérios de delimitação e objetividade — refere-se à supervisão da implementação do acordo. Trata-se da fase em que se verifica se as cláusulas pactuadas foram efetivamente cumpridas e se os resultados alcançados corresponderam aos objetivos propostos. Finalizar um acordo não significa que o litígio tenha acabado. A fiscalização pós-homologação é essencial para garantir que a autocomposição não se limite a um compromisso formal, mas se

[16] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4: Processo coletivo – De acordo com a nova Lei de Improbidade Administrativa. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.P. 497.
[17] ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024. P. 211.

traduza em efetiva reparação dos danos e transformação concreta da realidade dos atingidos[18].

Nesse sentido, o acompanhamento contínuo, em um modelo cooperativo, por parte do Judiciário, dos legitimados coletivos, de agências reguladoras, empresas privadas e, sempre que possível, da própria comunidade impactada, é indispensável para aferir a eficácia, a integralidade e a adequação das medidas implementadas. Como instrumento de transparência e controle, é recomendável que o acordo preveja a obrigatoriedade de apresentação periódica de relatórios de resultados por parte da demandada, contendo dados objetivos, metas cumpridas, indicadores de impacto e eventuais justificativas para descumprimentos parciais etc. Vale destacar que o Ministério Público possui um instrumento próprio para isso, que é o procedimento administrativo, previsto no art. 8º da Resolução 174/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público[19]. Por fim, a criação de comitês de acompanhamento, com a presença de entidades que não participaram das negociações, como grupos de pesquisa e universidades também é recomendável[20].

4. A EFETIVIDADE DOS ACORDOS FIRMADOS NO CASO BRASKEM

O Caso Braskem, também conhecido como Caso Pinheiro, teve início em 2018, quando cinco bairros da capital alagoana — Pinheiro, Mutange, Bebedouro, Bom Parto e Farol — passaram a enfrentar um grave processo de colapso do solo, decorrente da exploração de sal-gema em área urbana pela empresa Braskem S.A., atividade desenvolvida ao longo de décadas. A instabilidade geológica causada pela extração provocou tremores, rachaduras e afundamentos, culminando na evacuação de mais de 14 mil edificações e na remoção forçada de aproximadamente 40 a 60 mil pessoas. Trata-se de um dos maiores desastres socioambientais urbanos da história recente do país, com impactos profundos de ordem patrimonial, social e psicológica para as comunidades atingidas.

---

[18] ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024. P. 215; VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. P.196.

[19] Resolução nº 174/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) "Art. 8° O procedimento administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado a: I – acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado; (...)".

[20] ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024. P. 215; VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. P.196.

Diante do agravamento da situação, diversas ações judiciais coletivas foram ajuizadas com o objetivo de responsabilizar a empresa Braskem e reparar os danos causados. Para fins de delimitação temática, este trabalho se restringirá ao exame dos acordos oriundos da ação civil pública de natureza socioambiental (autos n. 0806577-74.2019.4.05.8000) e da ação civil pública voltada à indenização e realocação dos moradores e comerciantes atingidos (autos n. 0803836- 61.2019.4.05.8000).

Em dezembro de 2023, foi instaurada uma CPI no Senado para investigar os danos causados. Concluída em maio de 2024, a comissão identificou a responsabilidade direta da empresa Braskem, ressaltando não apenas os prejuízos materiais, mas também os profundos impactos sociais e psicológicos sofridos pelas vítimas, incluindo relatos de suicídios[21]. O relatório final da CPI recomendou a revisão dos acordos firmados, apontando neles vícios graves, como coação moral, falta de transparência, demora nas negociações, subavaliação de imóveis, cláusulas abusivas de confidencialidade e quitação irretratável, conforme será apresentado a seguir.

4.1. Análise: Acordo de Compensação Financeira e Apoio à Realocação

Em 1º de abril de 2019, o Ministério Público do Estado de Alagoas (MPAL) e a Defensoria Pública do Estado (DPAL) ajuizaram uma ação civil pública contra a Braskem para garantir a realocação e o ressarcimento dos danos morais e materiais sofridos pelas vítimas. Desta ação, sobreveio um acordo celebrado entre MPF, MPE, DPU e DPE com a Braskem S.A. em 2020[22], no qual foram estabelecidas uma série de medidas de apoio à desocupação e à realocação dos moradores e comerciantes das áreas de risco definidas pela Defesa Civil de Maceió, bem como a obrigação da empresa de indenizar as vítimas pelos danos materiais e morais sofridos. Para viabilizar as indenizações, instituiu-se o Programa de Compensação Financeira e Apoio à Realocação (PCF). Esse programa configurou-se como um mecanismo indenizatório no qual as vítimas deveriam negociar diretamente com a Braskem, em um modelo de adesão individual (*opt in*).

Nas negociações individuais, foi utilizado o "Instrumento Particular de Transação Extrajudicial, Quitação e Exoneração de Responsabilidade", contendo cláusula de

[21] Sobre os suicídios, disponível em: https://tribunahoje.com/noticias/cidades/2023/10/20/128274-13-ja-tiraram-a-vida-apos-afundamento-do-solo acesso em 26/04/2026.

[22] Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao/grandes-casos/caso-pinheiro/termo-de-acordo acesso em 26/04/2026.

confidencialidade, por meio do qual, segundo apurado pela Defensoria Pública do Estado de Alagoas, a Braskem apresentava às famílias uma proposta padronizada e inegociável: o pagamento do valor do imóvel (danos materiais) acrescido do valor fixo de R$ 40 mil a título de danos morais por núcleo familiar[23].

A cláusula 14ª do acordo prevê a transferência da propriedade dos imóveis à Braskem como condição para o pagamento das indenizações. Logo, na prática, a condição para a finalização do acordo individual no PCF era a transferência da propriedade e/ou posse do imóvel à Braskem, de forma que somente recebiam a indenização aqueles que concordassem em ceder o bem. Ao aceitar a proposta, o indivíduo concedia à empresa quitação plena e irrevogável quanto a eventuais pretensões indenizatórias futuras. Com isso, a empresa passou a deter cerca de três quilômetros de orla e 300 hectares de área urbana em Maceió, formando um ativo estimado em R$ 40 bilhões[24].

É possível identificar diversas fragilidades neste acordo. Inicialmente, conforme denunciado pela Defensoria Pública do Estado de Alagoas[25], o acordo configurou uma verdadeira "proposta casada", já que o recebimento dos danos materiais estava condicionado à aceitação da quantia fixada para danos morais, considerada irrisória e desproporcional pelos defensores. Nesta situação, ainda que as vítimas fossem orientadas juridicamente pelos advogados e defensores públicos de que o valor não correspondia à gravidade dos danos, elas eram confrontadas pelos advogados da empresa com a alternativa de buscar o Judiciário individualmente, enfrentando processos que poderiam se arrastar por 2 a 4 anos. Sem condições financeiras e psicológicas para aguardar e em estado de extrema vulnerabilidade, as vítimas eram compelidas a aceitar o acordo, sujeitando-se a uma compensação moral que, na prática, revelou-se imoral.

Além disso, a fixação da indenização por danos morais de forma padronizada por núcleo familiar ignora as diferenças entre as vítimas e viola o princípio da igualdade material, que exige tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. Assim, famílias com números distintos de moradores receberam a mesma quantia, gerando profunda sensação de injustiça e revolta, já que, per capita, vítimas em situações semelhantes foram tratadas de maneira desigual.

---

[23] Informações retiradas da ação civil pública nº 0807343-54.2024.4.05.8000, em trâmite na 3º Vara Federal da Subseção Judiciária de Alagoas.
[24] Informações retiradas da ação civil pública nº 0807343-54.2024.4.05.8000, em trâmite na 3º Vara Federal da Subseção Judiciária de Alagoas.
[25] Informações retiradas da ação civil pública nº 0807343-54.2024.4.05.8000, em trâmite na 3º Vara Federal da Subseção Judiciária de Alagoas.

A fixação da indenização dos danos materiais (valor do imóvel) também foi fortemente criticada por falta de transparência e possíveis subavaliações, já que as avaliações dos imóveis e benfeitorias foram realizadas por empresa contratada pela própria companhia. Embora a Braskem tenha se comprometido a indenizar os proprietários pelo valor do terreno e das construções, os laudos disponíveis utilizaram metodologias que ignoravam o valor de mercado e se baseavam em dados de 2017, considerados defasados em relação aos preços atuais[26]. Como resultado desse processo, conforme relatado por Oliveira, muitas famílias tiveram que complementar o valor para comprar um novo imóvel com recursos próprios, diante da dificuldade de encontrar imóveis equivalentes pelo montante disponibilizado[27]. Além disso, segundo o relatório final da CPI, dados mostram que as indenizações aumentaram em média R$ 9 mil entre 2023 e 2024, sugerindo que quem vendeu antes recebeu menos[28].

A cláusula de confidencialidade presente nas negociações individuais, por sua vez, esvazia a transparência necessária em acordos de natureza coletiva, como observa Graziela Zaneti[29]. A adoção dessa restrição ao acesso à informação impede o controle sobre os termos efetivamente pactuados, fragilizando a fiscalização da autocomposição, sobretudo em um cenário de vulnerabilidade e assimetria informacional entre as partes.

Ainda, o acordo foi homologado pela Justiça Federal apenas quatro dias após sua elaboração[30], sem que houvesse um período de reflexão adequado por parte do juízo ou a realização de audiências públicas ou procedimentos de planejamento estruturado. A proposta foi acolhida sem exame cuidadoso dos critérios adotados para a fixação do dano material, das exigências para comprovação de elegibilidade ou da abrangência dos prejuízos indenizáveis[31].

Como resultado, foram celebrados mais de 18 mil acordos individuais com moradores e comerciantes da região afetada (número muito inferior à quantidade

---

[26] Informações retiradas do Relatório final da CPI, p. 422. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2642/mna/relatorios Acesso em 26/04/2026.

[27] OLIVEIRA, Larissa Cerqueira de. *Participação direta no litígio coletivo: reflexões a partir da análise do Caso Braskem*. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2024. Orientador: Camilo Zufelato. P. 59.

[28] Informações retiradas do Relatório final da CPI, p. 422. 01/07/2025.https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2642/mna/relatorios Acesso em 26/04/2026.

[29] ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024. P. 211.

[30] Disponível em: https://www.mpf.mp.br/al/sala-de-imprensa/noticias-al/caso-braskem-acordo-para-indenizacao-de-moradores-e-comerciantes-garantiu-a-preservacao-de-vidas/ Acesso em 26/04/2026.

[31] ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024. P.210.

estimada de vítimas do desastre, que é de 60 mil). Dados empíricos, como os obtidos em pesquisa conduzida pelo DataSenado em maio de 2024, reforçam as críticas à efetividade do acordo. Dos 1.727 entrevistados**,** 96% afirmaram ter celebrado acordo com a Braskem. Desses, 76% declararam-se insatisfeitos com os termos pactuados[32]. A percepção de exclusão da população diretamente afetada no processo de negociação com a Braskem é expressiva: 84% dos entrevistados acreditam que houve pouca ou nenhuma participação popular nos acordos firmados por meio dos poderes públicos.

Outro dado que reforça a insatisfação generalizada diz respeito à percepção sobre o valor das indenizações recebidas: 85% dos entrevistados consideraram o valor total injusto, enquanto apenas 12% o avaliaram como justo e 3% preferiram não responder. Esse índice elevado de insatisfação evidencia, sob a ótica das vítimas, uma discrepância entre os danos sofridos e as compensações efetivamente oferecidas, contribuindo para o sentimento de desproteção e injustiça no tratamento institucional do caso. Neste contexto, é possível concluir que o acordo de indenização celebrado com a Braskem falhou em atender a diversos parâmetros de efetividade próprios da autocomposição em litígios coletivos.

Em setembro de 2024, a Defensoria Pública do Estado de Alagoas ajuizou, na 3ª Vara da Justiça Federal, a ação civil pública nº 0807343-54.2024.4.05.8000, pleiteando a revisão das indenizações por danos morais pagas pela Braskem às vítimas. Para a defensoria, a principal fragilidade do acordo reside no vício de vontade das vítimas nas negociações e transações individuais, uma vez que, em circunstâncias diversas, fora da situação de perigo, desespero e necessidade extrema, as vítimas dificilmente aceitariam a proposta nos moldes em que foi apresentada. Contudo, a ação foi julgada improcedente em março de 2026. Atualmente (abril de 2026) o processo se encontra em fase recursal.

4.2. Análise: Acordo de Reparação Socioambiental

Em 16 de agosto de 2019, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública em face da Braskem S.A. e outros, com o objetivo de obter a reparação integral dos danos socioambientais causados pela extração de sal-gema. No curso da ação, foram formalizados quatro instrumentos de autocomposição[33]. Para fins deste trabalho, será

[32] Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=grau-de-insatisfacao-com-as-indenizacoes-pagas-pela-braskem-atinge-patamar-85. Acesso em 26/04/2026.
[33] (i) acordo sobre as medidas liminares; (ii) acordo de reparação socioambiental (também denominado de

analisado apenas o acordo de reparação socioambiental. O acordo socioambiental[34] foi firmado em 30 de dezembro de 2020 e homologado judicialmente em 06 de janeiro de 2021. O instrumento prevê obrigações por parte da empresa, incluindo: (i) estabilização e monitoramento das cavidades subterrâneas; (ii) reparação dos danos ambientais, socio urbanísticos e extrapatrimoniais coletivos; e (iii) adoção de medidas de compliance socioambiental**.**

No que se refere ao parâmetro da transparência e publicidade, o acordo atendeu de forma satisfatória a esse requisito, uma vez que não houve qualquer cláusula de sigilo ou confidencialidade sobre seu conteúdo. Por outro lado, com relação à participação das vítimas na elaboração dos termos, não foi encontrado registro da ocorrência de audiências públicas ou quaisquer mecanismos formais de escuta direta às comunidades atingidas durante o processo de negociação do acordo socioambiental. Tampouco houve, no momento da homologação pela 3ª Vara Federal de Alagoas, uma análise substancial por parte do Judiciário acerca da adequação do acordo socioambiental, principalmente considerando que o acordo foi homologado em menos de 1 semana e durante o recesso forense.

No que diz respeito à supervisão da implementação do acordo, o acordo prevê a realização periódica de diagnósticos ambientais, inclusive com avaliações programadas para até cinco anos após sua celebração, o que demonstra atenção à dinamicidade da tragédia. Contudo, conforme aponta o relatório final da CPI, o monitoramento das ações previstas no acordo é feito pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual a partir de relatórios apresentados pela própria empresa, sem o envolvimento direto da prefeitura[35]. Nessa perspectiva, chama a atenção o fato de todo o processo de desocupação e reparação da área estar sendo conduzido pela própria Braskem, que, embora sob a supervisão do Ministério Público, vem assumindo funções típicas do Poder Público, o que gera um cenário de profunda incerteza quanto ao futuro da área atingida[36].

A principal crítica ao acordo diz respeito ao sentimento de injustiça em relação à apropriação, pela Braskem, das áreas públicas e privadas da região atingida. Como já

---

acordo para extinção da ação socioambiental) (; (iii) acordo de adesão parcial do Município de Maceió ao acordo socioambiental; e (iv) acordo de adesão total do Município ao acordo socioambiental.

[34] Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao/grandes-casos/caso-pinheiro/termo-de-acordo acesso em 26/04/2026.

[35] Relatório final da CPI, p. 432. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2642/mna/relatorios Acesso em 26/04/2026.

[36] Relatório final da CPI, p. 432. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2642/mna/relatorios Acesso em 26/04/2026.

mencionado, em decorrência da execução do Programa de Compensação Financeira, a Braskem tornou-se proprietária das áreas afetadas, sob o argumento de que deveria zelar pela segurança local. Ocorre que o acordo socioambiental, em sua cláusula 58, estabelece que a empresa não poderá edificar nessas áreas para fins comerciais ou habitacionais, salvo se, após a estabilização do fenômeno de subsidência, o Plano Diretor de Maceió vier a permitir tal uso.

À primeira vista, essa disposição buscaria apenas atribuir à empresa poluidora a responsabilidade pelo passivo ambiental, em aplicação do princípio do poluidor-pagador. Contudo, como apontado pela CPI, a ressalva final da cláusula abre uma preocupante brecha, permitindo que a Braskem converta um passivo ambiental em potencial ativo imobiliário. Isso porque, com a futura estabilização do terreno, bastará uma autorização no Plano Diretor para que a empresa explore economicamente a área. Assim, o ônus de reparar e zelar pela área tende a transformar-se em um valioso bônus. Trata-se, portanto, de um paradoxo ético e jurídico: a responsável pelo maior desastre ambiental em área urbana do mundo, que deslocou cerca de 60 mil pessoas, pode ser beneficiada economicamente justamente pela tragédia que provocou[37].

Segundo pesquisa conduzida pelo DataSenado em maio de 2024, na qual foram entrevistadas 1.727 vítimas do desastre, 86% dos entrevistados consideram essa apropriação injusta[38], o que evidencia profunda insatisfação social quanto à forma como a empresa conduziu a resolução do dano, reforçando a percepção de ausência de reparação efetiva, sobretudo no aspecto social.

Em março de 2024, a Defensoria Pública do Estado de Alagoas ajuizou, perante a 3ª Vara Federal de Alagoas, a Ação Civil Pública nº 0802132-37.2024.4.05.8000, visando à revisão do Acordo Socioambiental, em especial do parágrafo segundo da cláusula 58, que trata da aquisição das áreas afetadas pela Braskem, e da cláusula 69, relativa à indenização por danos morais coletivos, fixada em R$ 150 milhões, bem como à quitação integral dos danos ambientais. A Defensoria sustenta que o valor fixado é insuficiente diante da magnitude dos danos e deve ser elevado para aproximadamente R$ 14 bilhões, correspondentes ao total dos prejuízos materiais causados. Além disso, alega que, mesmo após a celebração do acordo, a Braskem continuou a causar danos morais coletivos à

---

[37] Relatório final da CPI, p. 433 Disponível em: https://legis.senado.leg.br/atividade/comissoes/comissao/2642/mna/relatorios Acesso em 26/04/2026.

[38] Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=grau-de-insatisfacao-com-as-indenizacoes-pagas-pela-braskem-atinge-patamar-85. Acesso em 26/04/2026.

sociedade alagoana, além de apontar a injustiça na aquisição e possível exploração econômica das áreas pela empresa. Diante disso, requer a majoração do valor indenizatório e a perda dos imóveis adquiridos pela Braskem por meio do Programa de Compensação Financeira, devendo a posse dos imóveis ser revertidas para o Estado para que cumpram uma função social e coletiva.

A Defensoria Pública do Estado de Alagoas fundamenta o pedido de majoração do valor indenizatório em diversos fatores ocorridos após a celebração do acordo: (i) a extraordinária valorização imobiliária em Maceió e região metropolitana, com aumento de 74,6% no preço do metro quadrado entre 2019 e 2023, segundo o índice FipeZap, gerando forte impacto social e econômico; (ii) o risco de colapso da mina 18, sob a Lagoa Mundaú, que levou à desocupação emergencial de famílias, pacientes e instituições públicas; (iii) a omissão informacional da Braskem quanto ao risco de rompimento da referida mina, fato que motivou multa ambiental de R$ 72 milhões aplicada pelo Instituto de Meio Ambiente de Alagoas (IMA/AL); (iv) o aumento de doenças mentais e casos de suicídio decorrentes da tragédia; (v) os prejuízos sofridos por pescadores, marisqueiros e demais trabalhadores locais; (vi) os impactos sociais do fechamento do Cemitério Santo Antônio; dentre outros. O processo foi extinto sem resolução do mérito em março de 2026 e atualmente, abril de 2026, encontra-se em fase recursal.

5. CONCLUSÃO

A análise dos acordos celebrados à luz dos parâmetros de efetividade debatidos neste trabalho evidencia fragilidades relevantes quanto à participação das vítimas, transparência, controle judicial, senso de justiça e supervisão da implementação. A ausência de mecanismos de escuta qualificada e a padronização de critérios indenizatórios contribuíram para a percepção generalizada de injustiça. Além disso, a homologação célere, sem debate público, e a utilização de instrumentos com cláusulas de confidencialidade e as constatações de “proposta casada” e subavaliação dos valores dos imóveis comprometem a integridade dos acordos.

O estudo do Caso Braskem revela a necessidade urgente de aperfeiçoamento dos mecanismos de autocomposição em litígios coletivos no Brasil, com maior participação das vítimas, controle judicial ativo, planejamento e compromisso com a reparação integral. Somente com a consolidação de práticas verdadeiramente dialógicas e

transparentes será possível recuperar a confiança social na resolução consensual de conflitos coletivos complexos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4: Processo coletivo – De acordo com a nova Lei de Improbidade Administrativa. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

DIDIER JR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 88, abr./jun. 2023.

GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, 2003, vol. 111.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. Volume único. 7. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

OLIVEIRA, Larissa Cerqueira de. *Participação direta no litígio coletivo: reflexões a partir da análise do Caso Braskem*. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2024. Orientador: Camilo Zufelato.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Livro em PDF.

VENTURI, Elton. *Ministério público e acordos para além do TAC*. Revista do MPMG. v. especial, ago/2024. p. 56-59.

VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo coletivo e direito à participação: técnicas de atuação interativa em litígios complexos*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

ZANETI, Graziela Argenta. *Da autocomposição adequada ao acordo justo nas ações coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

QUARENTA ANOS DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO BRASIL E UMA PROPOSTA DE REVISÃO DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBEROAMÉRICA

Edilson Vitorelli[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução. **2.** Premissas da construção dos conceitos. **3.** O que há de errado com o conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos? **4.** Para onde avançar? Propostas legislativas futuras. **5.** Conclusão: olhar para trás, com o propósito de avançar. **6.** Propuesta de actualización del Código Modelo de Procesos Colectivos.

1. INTRODUÇÃO

Entre 1977 e 1981, o professor José Carlos Barbosa Moreira, falecido em 2017, escreveu quatro artigos que estavam destinados a se tornar a certidão de nascimento dos debates do processo coletivo brasileiro.[2] Barbosa Moreira lamentava a pouca utilização da ação popular, cuja lei data de 1965[3], e antevia o crescimento incessante de situações "em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas".[4] Embasado em doutrina italiana, sobretudo de Vigoritti[5] e Cappelletti[6], o autor estabeleceu os contornos dos direitos chamados coletivos e difusos, preocupando-se sobretudo com estes, uma vez que "o interesse que se quer tutelar não é função dele [do vínculo entre os titulares], mas antes se prende a dados de fato, muitas vezes acidentais e mutáveis"[7].

---

[1] Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Professor Adjunto na Universidade Federal de Minas Gerais, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Professor visitante nas Universidades de Sydney (Austrália), Münster (Alemanha) e Stanford (EUA). É o único autor brasileiro vencedor do prêmio "Mauro Cappelletti", atribuído pela International Association of Procedural Law ao melhor livro de processo no mundo. E-mail: edilsonvitorelli@gmail.com

[2] São eles: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados "interesses difusos". In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 110-123. O artigo referido é, originalmente, de 1977, ano da primeira edição da obra. Posteriormente, em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, foram recolhidos três artigos: A proteção jurídica dos interesses coletivos, p. 173-181, escrito em 1980, A legitimação para a defesa dos "interesses difusos" no direito brasileiro, p. 183-192, redigido em 1981, e Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, p. 193-221, datado de 1982.

[3] A ação popular é uma ação que permite a qualquer cidadão anular atos do poder público, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente e a bens de valos estético, histórico, artístico ou turístico. Embora anteceda a lei da ação civil pública em duas décadas, seu impacto concreto foi pequeno, por uma variedade de fatores jurídicos e políticos, cuja discussão transcende os limites deste artigo.

[4] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: primeira série, cit., p. 110.

[5] VIGORITI, Vicenzo. *Interessi collettivi e processo*: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

[6] CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 30, p. 361-402, 1975.

[7] Idem, p. 112.

Paralelamente, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior publicaram textos com preocupações e debates similares,[8] atentando para o avanço da vida social, não acompanhado pelo direito. Como afirmou Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, "trata-se, na realidade, de assunto dos mais graves e preocupantes surgidos no campo do direito"[9].

A atenção dedicada ao problema por esses autores fez com que, ao longo da década de 1980, o assunto ganhasse destaque, transformando-se em tema de discussões acadêmicas, seminários de pós-graduação, ciclos de palestras e projetos de lei. Tudo isso redundaria na aprovação, em 1985, da Lei 7.347/1985, que instituía, no Brasil, a Lei da Ação Civil Pública[10].

Naquele momento, uma das principais questões polêmicas era o conceito de direitos difusos, aos quais se somariam, em 1990, os direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. Essa polêmica é atestada ao veto ao art. 1º, inciso IV da LACP, que previa a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para tutelar "qualquer outro interesse difuso". Nas razões de veto, o Presidente da República expressou a "amplíssima e imprecisa abrangência da expressão".

Não há dúvidas de que esses conceitos foram fundamentais para o desenvolvimento do processo coletivo brasileiro, ao longo dos anos. A proposta deste artigo, contudo, é olhar para o futuro: quarenta anos depois, eles ainda são necessários? Esses conceitos se espalharam por toda a Iberoamerica, especialmente a partir do Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica, aprovada pelo Instituo Iberoamericano de Direito Processual em 2004 e subscrito por Roberto Berizonce, Ada Pellegrini Grinover e Angel Landoni Sosa. Na linha do pensamento aqui desenvolvido, questiona-se também se seria possível elaborar um Código Modelo de Processos Coletivos sem tais conceitos, preservando a essência do que se aprovou em 2004.

Para responder esse questionamento, apresenta-se, anexo ao presente artigo, uma proposta de atualização do Código Modelo, a qual pretende, sem desnaturar o tratamento dado

---

[8] São eles: GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979; e OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. *Estudos sobre o Amanhã*: ano 2000, São Paulo, Caderno 2, 1978. Ambos os textos são retomados por seus respectivos autores em GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984.

[9] OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 9. Essa obra reúne os textos das conferências proferidas no "Seminário sobre a tutela dos interesses coletivos", realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em dezembro de 1982.

[10] Em uma geração mais jovem, autores como Antônio Herman Benjamim, Édis Milaré, Rodolfo Camargo Mancuso, Hugo Nigro Mazzilli, Nelson Nery Jr. foram fundamentais para dar sequência aos passos dos primeiros genitores do processo coletivo nacional.

ao tema em 2004, demonstrar que a construção teórica nele encartada sustenta-se sem a conceituação aqui problematizada.

2. PREMISSAS DA CONSTRUÇÃO DOS CONCEITOS

Uma das formulações centrais que a LACP e o CDC legaram ao sistema brasileiro foi a conceituação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essa construção teve o mérito de esclarecer, em um momento ainda marcado pelo individualismo, a) a possibilidade de se tutelar, pela via jurisdicional, direitos não titularizados a pessoas específicas, ou seja, direitos não subjetiváveis, e b) a possibilidade de que um ente público ou privado buscasse tutela jurisdicional para direitos alheios, pertencentes a indivíduos específicos, mas lesados em massa.

Essa classificação denota que direitos difusos e coletivos transcendem os indivíduos, sendo que os primeiros pertencem a pessoas indeterminadas e os segundos a um grupo determinado ou determinável. Como eles não se identificam com pessoas específicas, nem podem ser separados em "cotas" destinadas a cada titular, a tutela oferecida pelo Poder Judiciário será indivisível. Como definiu Barbosa Moreira, a satisfação de um dos titulares "implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade".[11] Ou, como propôs Waldemar Mariz de Oliveira Júnior[12] esses direitos pertencem "ao mesmo tempo, a todos e a ninguém".

De outro lado, os direitos individuais homogêneos são individuais, pertencem a pessoas específicas, mas são demandados coletivamente. Dito de outro modo, esses direitos não são coletivos, são individuais. Mas são demandados como se coletivos fossem, para fins de incremento do acesso à justiça e da economia processual. Há razoável acordo no sentido de que, nesse caso, o legitimado age pleiteando, em nome próprio, direito alheio, de pessoas indeterminadas, mas determináveis, tão determináveis que deverão ser determinadas no momento da execução, para que recebam o que fazem jus, nos termos dos arts. 97 e 98 do CDC[13].

---

[11] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 174. Como o próprio autor ressalta, trata-se de uma construção baseada na doutrina de Andrea Proto Pisani.

[12] OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 13.

[13] Por exemplo, entre diversos outros, LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 160; GRINOVER, Ada Pellegrini. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. II, p. 138.

Embora essa diferenciação decorra, originalmente, do pensamento de autores italianos tais como Vigoriti[14], foram os autores brasileiros de fins dos anos 70 e início dos anos 80 que a desenvolveram. Além disso, o Brasil foi o primeiro país a incorporar essa classificação à lei.

Com o tempo, algumas sutis modificações foram propostas pela doutrina. Nelson Nery Jr., por exemplo, percebeu que, ao contrário do que o texto legal sugere, as categorias não descrevem propriamente direitos, mas sim, pretensões. Não é possível afirmar que um determinado direito seja difuso ou seja coletivo, mas sim que a pretensão que se apresenta em juízo, dependendo das características que receber, na petição inicial, é que será difusa ou coletiva. Por essa razão, a mesma situação litigiosa poderia dar lugar a pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas ou individuais puras, dependendo do modo como a petição inicial é formulada[15].

Também se percebeu que, embora o texto legal se refira a três categorias, intrinsecamente existem apenas duas: os direitos difusos, que são transindividuais e pertencem a todo o grupo, de modo indivisível, e os individuais homogêneos, que são individuais, mas podem ser processados coletivamente. É que os direitos difusos e os coletivos têm de diferente, entre si, apenas o tamanho do grupo. O grupo que titulariza o direito difuso é mais amplo e seus integrantes não têm relações jurídicas entre si, enquanto o grupo que titulariza o direito coletivo é mais restrito e os indivíduos mantêm relações entre si ou com a parte contrária. Essas diferenças, todavia, são irrelevantes do ponto de vista prático. Com um grupo maior ou menor, com ou sem relações jurídicas entre seus membros, o que interessa é que o direito material pertence a todos, indistintamente. Por esse motivo, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica, adotou, em seu art. 1º, apenas duas categorias, aludindo a direitos difusos e individuais homogêneos[16].

---

[14] VIGORITI, Vicenzo. *Interessi collettivi e processo*. La legitimazione ad agire, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 42-44. "Las dos fórmulas conciernen a procesos de agregación de los intereses individuales e indican dos estadios diversos de fenómenos homogéneos en la sustancia. A nivel simplemente difuso faltan los mecanismos de coordinación de las voluntades, no se han establecido los vínculos que pueden dar un carácter unitario a un conjunto de intereses iguales; a nivel colectivo existe en cambio una organización, en el sentido de que existen instrumentos de dirección y de control, y la dimensión supraindividual de los intereses adquiere su precisa relevancia jurídica". A tradução está em OVALLE FAVELA, José. Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos. In *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 107, edição eletrônica disponível em https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3760/4652#N1. Acesso em 4.6.18.

[15] NERY JR., Nelson. O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Processo*, vol. 61, 1991, p. 24-35.

[16] Art 1º. Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;
II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

De todo modo, esses questionamentos são, em alguma medida, periféricos e os conceitos continuam ocupando papel central nos debates de processo coletivo, não apenas no Brasil, mas também em diversos outros países, tais como a Argentina[17], o Uruguay[18] e o Chile[19], entre outros.

3. O QUE HÁ DE ERRADO COM O CONCEITO DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS?

Do que foi tratado até aqui, é possível perceber que o conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos se expandiu pelo mundo e, no Brasil, permitiu a formação e o amadurecimento de um sistema processual coletivo que fundamenta milhares de ações judiciais relevantes.

No entanto, em 2016, propusemos[20] que esses conceitos estão equivocados, do ponto de vista teórico, operativo e empírico. Os benefícios que eles trouxeram no curto prazo, que são inegáveis, passaram a gerar problemas de longo prazo, quando casos mais complexos e delicados começaram a ser julgados. Nesse contexto, é importante que países que adotaram os conceitos mais recentemente conheçam os problemas, para que possam buscar outros caminhos no desenvolvimento de seus próprios sistemas.

Em primeiro lugar, o conceito de direitos difusos, em oposição aos individuais, não se amolda à realidade. Para além de casos meramente didáticos e muito simples, as fronteiras entre o coletivo e o individual são bem menos que claras. O Superior Tribunal de Justiça tem julgados aplicando ao mesmo contexto fático caracterizações distintas em termos de categorias[21]. Idêntico problema ocorre nas ações que demandam a intervenção do Poder Judiciário em

---

[17] Ver GIANNINI, Leandro, *La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos*. Buenos Aires, Platense, 2007, bem como as diversas obras de Francisco Verbic, das quais destaca-se VERBIC, Francisco *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Astrea, 2007 e também VERBIC, Francisco; GIANNINI, Leandro. *Los Procesos Colectivos y Acciones de Clase en el Derecho Público Argentino*. Estudios sobre la tutela de derechos de incidencia colectiva en el sistema federal argentino. Bases para una reforma de la justicia colectiva. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2017. Verbic também é o responsável por um site que monitora o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência argentinas em matéria de ações coletivas. Ver https://classactionsargentina.com.

[18] PEREIRA CAMPOS, Santiago. *Procesos colectivos*: Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Montevideo: La Ley, 2016.

[19] Ver FERNANDEZ FREDES, Francisco. *Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor*. Sastiago: Lexisnexis, 2003, p. 91, definindo os direitos difusos como queles que "teniendo por titulares una pluralidad de individuos, recaen sobre un objeto común, de naturaleza indivisible y derivan de uma única causa".

[20] VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 4.ed. São Paulo: RT, 2024 (1ª ed., 2016).

[21] Ver, por exemplo, os casos relativos à taxa de emissão de boleto bancário no REsp 794.752/MA, 4a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 12.04.2010 e no REsp 1.304.953-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/8/2014.

políticas públicas, para o fornecimento de prestações de saúde ou de educação. Saúde pública e educação pública são bens coletivos, mas os tribunais brasileiros entendem que podem ser demandados individualmente, para que se estabeleça a determinação de fornecimento da comodidade apenas ao autor[22].

O fator agravante desse problema é que ele originou milhares de decisões judiciais, em todos os tribunais do país, discutindo a legitimidade ativa em ações coletivas. Os tribunais superiores chegaram a afirmar, por exemplo, que o Ministério Público não poderia pleitear direitos individuais homogêneos disponíveis, bem como que a defensoria pública só poderia pleitear direitos individuais homogêneos ou coletivos, mas não difusos. E são discussões que, embora tenham sido superadas por um tempo, se recusam a morrer, como atesta a pendência, em 2025, do Tema de Repercussão Geral 1270, no Supremo Tribunal Federal[23].

Nos Estados Unidos, o caso *Wal-Mart Stores v. Duke* permite vislumbrar os efeitos práticos da frustrada tarefa de se tentar distinguir impactos coletivos de impactos individuais. O autor da *class action* pleiteava a realização de políticas que rompessem o histórico de discriminação com base em gênero, praticado ao longo do tempo, pela empresa e, ao mesmo tempo, indenização para as vítimas. Embora a primeira prestação pareça coletiva e a segunda, individual homogênea, isso é apenas aparência. Em realidade, o benefício na promoção futura será fruível individualmente, pelas mulheres que forem aptas a promoção, o que denota sua característica também individual. Por outro lado, a pretensão era calcular a indenização de acordo com parâmetros predefinidos, ou seja, coletivamente e não a partir dos prejuízos causados a cada mulher.

Mais recentemente, as discussões sobre o processo estrutural, que ganharam grande relevância no Brasil, também indicam a impossibilidade e a inutilidade de enquadrar seja os direitos, seja as pretensões coletivas, em termos de categorias estanques. Quando uma ação civil pública pretende, por exemplo, a reestruturação das filas de cirurgias ortopédicas realizadas no SUS ou a requalificação das atividades de fiscalização de barragens da Agência Nacional de

---

[22] Para uma discussão desse problema, ver VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix, *Processos Estruturais*. Salvador; Editora Juspodivm, 2017, p. 369-422. Para um estudo comparativo da intervenção judicial em matéria de saúde em vários países, ver BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.) *Por una justicia dialógica*: El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014, ebook.

[23] Legitimidade do Ministério Público para promover a liquidação coletiva de sentença proferida em ação civil pública sobre direitos individuais homogêneos disponíveis, visando a reparação de danos individualmente sofridos pelas vítimas ou seus sucessores.

Mineração, a tutela jurisdicional interferirá tanto sobre direitos individuais, quanto sobre direitos da coletividade, genericamente considerada, sobre a qual ela incide.

Em síntese, a insistência em um conceito teórico que não tem correspondência com a realidade permite que se argumentem toda sorte de questões preliminares, com o único objetivo de afastar a discussão judicial do que realmente interessa, que é a análise da controvérsia concreta que está diante do juiz. E nem se afirme que esses conceitos poderiam ser salvos porque têm finalidade didática se, no fim das contas, o que eles poderiam ensinar acaba sendo equivocado, quando aplicado à prática e aos caos.

Ironicamente, portanto, conceitos que, na origem do sistema processual coletivo, contribuíram para que os juízes compreendessem que era possível prestar jurisdição a direitos que não se identificam, imediatamente, com uma pessoa, com o passar do tempo são utilizados para extinguir sem decisão ações que tratam de conflitos relevantes para a sociedade.

4. PARA ONDE AVANÇAR? PROPOSTAS LEGISLATIVAS FUTURAS

Supondo que se aceitem as premissas anteriormente expostas, surge a questão de considerar o que poderia colocar-se no lugar dos conceitos que hoje ocupam o art. 81 do CDC. Em outras palavras, como estruturar uma proposta legislativa sem conceitos?

Ainda que essa proposta pareça difícil de implementar, ela, em realidade, é bastante factível. Quando se considera a perspectiva processual, o que interessa, de fato, é que as técnicas processuais e o seu âmbito de implementação estejam claros, não que se procure caracterizar o direito material. São as características do litígio, empiricamente verificado, não do direito material, em abstrato, que podem ser utilizadas como ponto de partida para uma nova elaboração legislativa.

Uma indicação da possibilidade de concretização dessa tarefa é o teor do Projeto de Lei 3/2025, que pretende regulamentar o processo estrutural no Brasil[24]. Toda a normatização ali elaborada prescinde de caracterizar os litígios estruturais como difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Aliás, a norma abdica até mesmo de conceituar os próprios litígios estruturais, optando apenas por elencar, de modo exemplificativo, algumas de suas características. Isso porque a percepção predominante, entre os juristas da comissão, foi no sentido de que os elementos de um conceito legislado tendem, na nossa cultura jurídica, a serem vistos como

[24] Este autor foi o relator da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto, por nomeação do Senado Federal. Para uma ampla discussão sobre o texto, ver VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural*: Teoria e Prática. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2025.

requisitos para a incidência da norma, em vez de uma orientação quanto ao seu âmbito de aplicabilidade. E quando conceitos se transformam em requisitos, o resultado é o infindável debate linguístico, que se converte em petições, impugnações e infindáveis recursos, sempre em detrimento da efetividade da tutela. Em razão dessa consideração, o projeto de lei foi redigido com o seguinte teor:

> Art. 1º Esta lei disciplina as ações civis públicas destinadas a lidar com problemas estruturais.
>
> § 1º Os problemas estruturais são aqueles que não permitem solução adequada pelas técnicas tradicionais do processo comum, individual ou coletivo, e que se caracterizam por elementos como:
>
> I – multipolaridade;
>
> II – impacto social;
>
> III – prospectividade;
>
> IV – natureza incrementada e duradoura das intervenções necessárias;
>
> V – complexidade;
>
> VI – existência de situação grave de contínua e permanente irregularidade, por ação ou omissão; e
>
> VII – intervenção no modo de atuação de instituição pública ou privada.
> § 2º O processo estrutural regula-se pelas disposições da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e, supletiva e subsidiariamente, pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

A partir desse âmbito de aplicabilidade, a norma projetada constrói as técnicas processuais aplicáveis tanto à condução do processo (arts. 3º a 8º), quando ao endereçamento do conflito material (art. 9º), relativamente ao qual a elaboração de um plano de atuação estrutural é a principal medida. É perfeitamente possível, portanto, regular o processo estrutural sem definir se ele incide sobre direitos que são difusos, coletivos ou individuais homogêneos e, mais do que isso, sem expressar um conceito de processo estrutural. Resta indagar se esse tipo de elaboração poderia ser expendido para o sistema processual coletivo como um todo.

Há diversos indicativos de que a resposta é positiva. Em primeiro lugar, o próprio CDC, após enunciar os conceitos, muito pouco os aplica e, nas poucas situações em que o faz, os efeitos são irrelevantes. Pelo contrário, de modo geral, a uniformização é a regra. O art. 82, ao regular a legitimidade, e os arts. 83 e 84, que dispõem sobre a amplitude das técnicas processuais aplicáveis ao processo coletivo, o fazem indistintamente para as três categorias de direitos coletivos conceituadas no art. 81. Da mesma forma, o art. 87, que dispõe sobre as despesas processuais, também contém disciplina para a generalidade dos casos.

A seguir, os arts. 91 a 100 pretendem regular apenas o processo relativo aos direitos individuais homogêneos, o que, aparentemente, justificaria a diferenciação inicial. Contudo, as

regras dos art. 91 e 92 são gerais. A regra do art. 93, além de muito similar ao art. 2º da LACP, foi ampliada para todos os casos de processos coletivos, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema de Repercussão Geral 1.075. Logo, ainda que, originalmente, pudesse haver alguma diferença, ela hoje não existe mais. Em outra perspectiva, o art. 94 prevê uma regra de publicação de editais que se encontra em completo desuso. E, de todo modo, a construção de um devido processo legal coletivo passa pela transparência e pela participação do grupo no processo, ainda que de forma variável, de acordo com as características do litígio[25]. Não importa se os direitos litigiosos tratados no processo coletivo são ou não atribuíveis a indivíduos específicos.

Os arts. 97 a 100 regulam a liquidação e execução dos efeitos individuais das condenações coletivas. Esses dispositivos também são aplicáveis a efeitos individuais decorrentes de decisões relativas a direitos difusos e coletivos, por aplicação do art. 103, §3º, do próprio CDC. Assim, essas regras não são específicas de direitos individuais homogêneos.

Finalmente, resta a diferenciação, elaborada no art. 103, quanto ao alcance da coisa julgada. Nesse ponto, a redação original do CDC contém uma deficiência, não uma diferenciação intencional: não há nenhuma razão para se proteger a coletividade contra decisões de improcedência por falta de provas em direitos difusos e coletivos e não o fazer nos direitos individuais homogêneos. Apesar da relitigação de causas coletivas ser raríssima, o caso que efetivamente chegou ao Superior Tribunal de Justiça foi justamente de direitos individuais homogêneos e o Tribunal decidiu, por maioria, inviabilizar nova ação coletiva, com base na redação literal do dispositivo legal[26]. Aqui, portanto, com muito mais razão, a uniformização seria justificável.

Desse modo, a análise do Código de Defesa do Consumidor revela a irrelevância dos conceitos que ele próprio enuncia, mas, depois, muito pouco utiliza. As poucas diferenciações que existem são, como visto, irrelevantes ou inconvenientes. O que importa é que fique claro, em um contexto de amplo acesso à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição) e de máxima amplitude das técnicas processuais para a implementação de direitos (art. 139, IV, CPC), que todos os direitos coletivos são passíveis de tutela coletiva e que, para obtê-la, todas as técnicas processuais são admissíveis.

---

[25] Esse tema foi desenvolvido amplamente em VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*: dos Direitos aos Litígios Coletivos. 4.ed. São Paulo: RT, 2025, cap. 3.

[26] REsp 1302596/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, rel. p/ acórdão ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, segunda seção, julgado em 09/12/2015, DJe 01/02/2016

O mesmo exercício pode ser realizado em relação ao Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica. O Código Modelo utiliza as expressões direitos difusos e individuais homogêneos apenas seis vezes, após conceituá-las. Duas delas estão na definição de legitimidade (art. 3º, I e II), mas são irrelevantes. Os artigos 8 e 12 usam a expressão "direitos difusos e individuais homogêneos" apenas para nomear o fundo de reparação, portanto, ela também é irrelevante. Da mesma forma, o artigo 11 estabelece uma regra de gestão processual aplicável indistintamente aos direitos difusos e individuais homogêneos.

Por fim, no artigo 33, o conceito é usado para definir o escopo da coisa julgada coletiva, com uma aparente diferenciação entre direitos difusos e individuais homogêneos. Entretanto, em essência, ambas as regras significam a mesma coisa: a sentença coletiva é imposta a outros processos coletivos (com exceção da insuficiência de provas), mas não a processos individuais. Os indivíduos podem continuar a litigar em seus próprios casos, uma vez que a coisa julgada coletiva não se projeta sobre o plano individual.

Nessa linha, o art. 1º da LACP, bem como o art. 1º do Código Modelo, poderiam ser redigidos com o seguinte teor:

> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei as ações destinadas a obter tutela jurisdicional voltada a inibir ou remover ilícitos, bem como a reparar danos causados à sociedade em geral ou a um grupo de pessoas.
>
> Parágrafo único. Para a tutela dos direitos a que se refere o caput são admissíveis todas as técnicas processuais aptas a propiciar tutela efetiva do direito material, mediante prestações indivisíveis, divisíveis entre os membros do grupo ou ambas.

Esse novo art. 1º colocaria em foco aquilo que de fato interessa: que sempre que houver um ilício ou dano causado contra a sociedade em geral ou contra um grupo de pessoas, a tutela coletiva é admissível. Além disso, as prestações que derivam de uma ação coletiva bem-sucedida podem ser divisíveis entre os membros do grupo ou não, dependendo das características do litígio. Pouco importa se essas prestações têm ou não a característica de direitos individuais homogêneos.

Seria possível avançar um pouco mais, para esclarecer que o processo coletivo deve ser aderente ao perfil do litígio coletivo. Em 2016, propusemos que há três tipos distintos de litígios coletivos, que podem ser observados de acordo com as características do modo como a lesão impacta sobre os integrantes do grupo lesado[27]. Embora essa seja uma construção bastante complexa, em linhas gerais, ela parte do conceito de litígio coletivo para propor que ele pode ser visualizado com três características: os litígios globais, locais e irradiados.

---

[27] Ver VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 4.ed. São Paulo: RT, 2025 (1ª ed., 2016).

O litígio coletivo é a célula inicial da classificação. Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais. O adversário não direciona sua conduta contra alguma dessas pessoas, em particular, mas contra o todo.

A categoria dos litígios coletivos globais é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa, ainda que, coletivamente, seja relevante para a sociedade. É o caso, por exemplo, de lesões ambientais que não atingem a ninguém, assim como as pequenas lesões ao consumidor. Aqui não se trata de proteger o bem jurídico porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa, genericamente, a todos.

Para os litígios globais, o processo não precisa priorizar a participação do grupo lesado e pode enfocar técnicas cujo objetivo é impedir que o causador do dano se aproveite do ilícito que praticou e obter reparação voltada ao grupo como um todo, sem a necessidade de fazer com que os benefícios se voltem diretamente para cada um dos indivíduos, uma vez que, ainda que tenham sido lesados, não têm muito em jogo com o resultado do processo.

Já os litígios locais são os litígios que, apesar de coletivos, afetam, de modo específico e grave aos integrantes de uma sociedade, de forma razoavelmente homogênea, dado um laço de solidariedade que vincula os seus integrantes, antes ou após a lesão. Exemplificam essa hipótese os danos de significativo impacto, causados especificamente a comunidades indígenas ou quilombolas, assim como aos trabalhadores de uma empresa ou categoria específica, assim como às minorias sociais. Nesse caso, o litígio é relevante tanto do ponto de vista individual, quanto coletivo e, embora o legitimado coletivo não se transforme, por isso, em um advogado do grupo, ele precisa, na medida do possível, dar aos seus integrantes uma oportunidade significativa de influir na condução do processo.

Em outras palavras, nos litígios locais, o processo deve ser conduzido de modo mais participativo, permitindo que o grupo forneça informação para que o legitimado formule a pretensão de forma apropriada e obtenha uma tutela que, de fato, seja de seu interesse. Ainda que o legitimado coletivo possa divergir da vontade manifesta do grupo, em nome da proteção dos seus interesses, deve haver boas razões para isso[28]. A tutela jurisdicional também não pode se conformar com a reparação coletiva, em detrimentos das prestações individuais, relegando-

[28] Minudenciamos as técnias processuais que poderiam ser aproveitadas para essa finalidade em VITORELLI, Edilson; BARROS, Jose. Ourismar. *Processo Coletivo e Direito à Participação*: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2024.

as às ações individuais. Esses litígios são decisivos para a vida das pessoas, de modo que o indivíduo não pode, aqui, ser sacrificado no altar da coletividade.

Finalmente, os litígios irradiados são aqueles em que a lesão afeta uma variedade de subgrupos sociais, de formas e com intensidades distintas, sem que haja entre eles qualquer vínculo de solidariedade ou perspectiva social comum. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas.[29] Esses eventos dão ensejo a litígios mutáveis[30] e multipolares[31], opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Em alguma medida, essa categoria nasce da fusão das duas anteriores. Em um mesmo litígio, há subgrupos cujos integrantes sofrem tanto quanto se estivessem em um litígio local, seguindo-se uma redução gradual desse impacto, de variadas formas e com diversas intensidades, até se chegar a subgrupos em que os integrantes, conquanto impactados, sofrem apenas minimamente, como se fizessem parte de um litígio local.

O litígio decorrente do desastre ambiental de Mariana, o rompimento de uma barragem de rejeitos de mineração que despejou em um rio e, posteriormente, no mar, milhões de toneladas de poluentes, ocorrido em 5 de novembro de 2015, é o exemplo prototípico de um litígio coletivo irradiado. Ele envolve as famílias das vítimas que morreram, pessoas que perderam todo o seu patrimônio, suas casas e seu modo de vida, pessoas que perderam ativos produtivos menos relevantes, pescadores que retiravam seu sustento do rio atingido, cidades inteiras que ficaram sem água potável por duas semanas, um grupo indígena que foi privado de seus rituais religiosos, que dependiam desse mesmo rio e pessoas que não puderam ir à praia, quando o rio desaguou no mar. Todos esses subgrupos são afetados pelo litígio, mas com intensidades e de maneiras muito diferentes, sendo improvável que haja solidariedade entre as famílias das vítimas fatais e os banhistas das praias contaminadas. A análise empírica do desastre demonstra, de fato, que os subgrupos sociais atingidos pela tragédia divergiram frontalmente acerca do modo como a tutela jurisdicional para o caso deveria ser buscada, rompendo com a ideia, tradicionalmente defendida, de que os direitos coletivos são indivisíveis e de que a satisfação de um significa, automaticamente, a satisfação de todos[32].

---

[29] Conforme notou MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

[30] A mutabilidade desses conflitos é ressaltada por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos*: conceito e legitimação para agir. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 110-114.

[31] A multipolaridade é utilizada aqui para referir à existência, pelo menos potencial, de um grande número de opiniões concorrentes quanto ao conflito. Cabe observar que há uma importante vertente do estudo dos conflitos que nega a existência de conflitos multipolares, afirmando que eles sempre redundarão em bipolaridade. Cf. ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos*: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 86.

[32] Uma análise detalhada desse litígio foi feita em VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador; Editora Juspodivm, 2017, p. 369-422.

O processo, nos litígios irradiados, deve ser conduzido de maneira que os subgrupos mais afetados tenham maiores oportunidades de participação processual do que os menos afetados, bem como sejam priorizados em termos de tutela jurisdicional. Embora essa afirmação pareça óbvia, a experiência vem demonstrando que ela é bastante difícil de se realizar porque os subgrupos sociais mais mobilizados – que nem sempre são os mais foram mais afetados - tendem a ser priorizados, uma vez que ocupam os espaços de decisão.

Por mais complexa que seja essa construção, ela não pretende substituir os atuais conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e, com isso, reacender a polêmica sobre se um litígio é global, local ou irradiado. Pelo contrário, a proposta é que essa categorização sirva como um guia para que o legitimado coletivo e o juiz definam formas de condução do processo e de implementação da tutela jurisdicional que sejam aderentes às realidades do conflito. Não se trata, aqui, de "etiquetar" o processo como correspondendo a um tipo de litígio, mas sim de refletir, durante todo o seu curso, sobre o modo como ele pode ser customizado para atender às necessidades do grupo e do direito material coletivo.

Por essa razão, não seria difícil integrar a teoria dos litígios coletivos à proposta de lei da ação civil pública acima desenvolvida. Bastaria um parágrafo no art. 1º, que expressasse o seguinte:

> §2º O processo judicial deve desenvolver-se tendo em conta as características do litígio coletivo, a intensidade e o modo como ele impacta sobre os indivíduos afetados, a existência de subgrupos com interesses contrapostos e a necessidade de promover uma solução justa, isonômica, eficaz e rápida do conflito.
>
> §3º O processo também deve ser conduzido de modo a priorizar a participação direta dos subgrupos impactados, quando houver prognóstico de que esses eventos possam contribuir para a adequada aferição do perfil da tutela jurisdicional adequada.

Como se percebe, o papel que os tipos de litígio têm a desempenhar, em um processo coletivo, é, ao mesmo tempo, profundo e singelo. É profundo porque eles pretendem ser um filtro para a construção das técnicas processuais adequadas e para a definição da tutela jurisdicional a ser dirigida para cada tipo de litígio. Por outro lado, a singeleza decorre do fato de que eles não pretendem ser categorias estanques, que operem de modo incomunicável, mas apenas parâmetros para que tanto o legitimado coletivo, quanto o juiz, possam aferir a adequação de suas próprias atuações. Os tipos de litígios não são condições para a legitimidade coletiva, nem para a eficácia da coisa julgada. Sua finalidade é permitir que os sujeitos processuais se deem conta de que os litígios coletivos não são todos iguais e, por isso, as técnicas processuais utilizadas e as tutelas jurisdicionais visadas, em cada um deles, devem

refletir as características do conflito, a fim de proporcionar a melhor proteção possível ao direito material.

A categorização dos litígios coletivos em globais, locais e irradiados oferece várias vantagens sobre a teoria tradicional dos direitos, cuja especificação foge aos limites do presente texto. No entanto, a título de ilustração, é possível elencar algumas delas. Exemplificativamente, é possível afirmar que a teoria dos litígios coletivos:

a) Evita tentativas pouco construtivas de enquadramento dos direitos materiais em categorias abstratas não correspondentes à realidade;
b) Evita discussões de questões processuais, relacionadas ao devido enquadramento do caso nas categorias, que obsta o julgamento do mérito;
c) Rompe com o dogma da indivisibilidade dos direitos difusos e coletivos, permitindo que a tutela jurisdicional se faça atribuindo maior relevância às opiniões, interesses e perspectivas daqueles que mais sofrem com o litígio, em vez de tratar a sociedade como um todo monolítico;
d) Permite que se estabeleçam parâmetros de adequação da representação não focados em questões formais, tais como os recursos financeiros ou a experiência do advogado, mas na performance do representante em favor da sociedade que está especificamente envolvida no litígio;
e) Permite que se calibrem os instrumentos de participação dos indivíduos que compõem a sociedade, adotando técnicas participativas mais significativas nos litígios locais e menos nos litígios globais. Nos litígios irradiados, fundamenta a possibilidade de que os subgrupos mais afetados tenham mais direitos de participação do que os que sofreram menos, evitando que as questões periféricas ocupem a pauta do processo, como frequentemente ocorre em audiências públicas abertas;
f) Fornece parâmetros para que se possam construir normas processuais pensadas especificamente para as peculiaridades de cada tipo de litígio, potencializando a tutela adequada dos direitos;
g) Permite o desenvolvimento de normas processuais diferenciadas de legitimidade, competência, representação adequada, participação dos indivíduos, produção de provas e extensão da coisa julgada, para cada tipo de litígio coletivo;
h) Fundamenta o estabelecimento de modelos processuais que se preocupem mais, nos litígios globais, com o desestímulo a ilícitos futuros (*deterrence*), ainda que em

detrimento dos direitos individuais, que têm baixa relevância, ao mesmo tempo em que, nos litígios locais, prioriza a tutela dos indivíduos que integram a sociedade.

Muito se escreveu, nas últimas décadas, sobre tutela jurisdicional adequada. Mas nenhuma tutela é abstratamente adequada. Sempre há de haver um referencial. Esse referencial, no processo coletivo, é o grupo lesado e a forma como a lesão impacta sobre os seus integrantes.

5. CONCLUSÃO: OLHAR PARA TRÁS, COM O PROPÓSITO DE AVANÇAR

A proposta apresentada neste texto, que viemos construindo na última década, pode parecer exagerada ou, até mesmo, herética. Abandonar conceitos consagrados há mais de três décadas parece contrariar a sabedoria refletida no dito popular "em time que está ganhando, não se mexe". Afinal, o Brasil tem – e deve orgulhar-se de ter – um dos melhores sistemas processuais coletivos do mundo, tanto em termos quantitativos, pelo elevado número de ações civis públicas ajuizadas, quanto em termos qualitativos, pelos grandes casos que foi capaz de solucionar. Basta citar os acordos dos casos de Mariana e de Brumadinho, que são, respectivamente, o segundo e o quinto maiores acordos judiciais já homologados no mundo. Quando se excluem os casos norte-americanos, esses são os dois maiores acordos judiciais do mundo, sendo que nenhum outro país tem nenhum caso que sequer remotamente possa comparar-se a eles, em termos de resultados.

Contudo, é bom lembrar que foi justamente a ousadia, a mentalidade disruptiva dos nossos juristas dos anos 1980 que nos permitiu chegar aqui. Se eles tivessem sido fiéis às construções e teorias jurídicas de quarenta anos antes, nada do que temos hoje teria existido. Esses próceres do processo coletivo brasileiro não eram conservadores, mas sim, revolucionários. E honrar a memória e a tradição do processo coletivo brasileiro não pode significar agarrar-se ao passado, mas sim utilizar a experiência desses quarenta anos para continuar evoluindo o sistema. Foi esse desejo de inovação, e não a aversão a ele, que nos trouxe até aqui. É por isso que essa proposta, a nosso ver, honra a tradição do processo coletivo brasileiro.

Superar os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos tem o potencial para abrir portas para ações civis públicas mais criativas e abertas, sem tantas amarras conceituais e polêmicas desnecessárias. Ações que tenham como foco a tutela adequada do direito material, o acesso amplo e isonômico à jurisdição e a redução da judicialização desordenada de conflitos individuais. Metas que, certamente, ocuparão o Judiciário e o pensamento processual brasileiro, na próxima década.

6. PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN DEL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS

Elaborada por Edilson Vitorelli

Art. 1º. La acción colectiva será ejercida para prevenir u obtener la reparación de un ilícito o de un daño, de cualquier tipo, cometido contra la sociedad en general o contra un grupo de personas, mediante prestaciones divisibles entre ellas, indivisibles o una combinación de ambas.

Par. 1º. La protección colectiva es admisible siempre que se demuestre su utilidad para la sociedad o grupo de personas afectadas por el conflicto, independientemente de que el derecho material de que se trate esté caracterizado por la legislación como difuso, colectivo, individual homogéneo u otros conceptos equivalentes.

Pár. 2º. El proceso debe desarrollarse teniendo en cuenta las características del grupo perjudicado, la intensidad con la que los individuos se ven afectados por el conflicto, la existencia de subgrupos de intereses contrapuestos y la necesidad de promover una solución justa, isonómica, eficaz y rápida del litigio.

Pár. 3º. En este Código, el término derechos colectivos se refiere a todos los derechos que entran en las condiciones de este artículo.

Art. 2º. Para la protección de los derechos colectivos son admisibles todos los tipos de tutela judicial y los procedimientos capaces de proporcionar una protección adecuada y eficaz.

Párrafo único. Para la concesión de tutela específica dirigida a inhibir la práctica, reiteración o continuación de acto ilícito, o su remoción, es irrelevante la demostración de la ocurrencia de daño o de la existencia de culpa o dolo.

Art. 3º. Si hay urgencia o una alta probabilidad de que la demanda inicial sea fundada, el juez puede conceder la tutela anticipadamente, tras sopesar los valores en juego en el caso, para la comunidad y para el demandado.

Par. 1º. En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento.

Par. 2º. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada.

Par. 3º. Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y proseguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda.

Art. 3º. Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

I - el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública;

II – las personas jurídicas de derecho público interno;

III – las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun aquellos sin personalidad jurídica;

IV - las entidades sindicales;

V - las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año;

VI - los partidos políticos.

Par. 1º. La actuación de las instituciones previstas en este artículo está condicionada a la existencia de correlación entre la naturaleza del litigio o del derecho sustantivo tratado en el proceso y los fines institucionales del demandante.

Par. 2º El juez valorará, durante el transcurso del proceso, si el demandante representa adecuadamente al grupo, teniendo en cuenta factores como:

a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;

b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o

derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;

c – su conducta en otros procesos colectivos;

d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o

clase y el objeto de la demanda;

e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de

la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Par. 3º. Tratándose de requisitos para la protección del grupo, el incumplimiento de los presupuestos establecidos en los párrafos anteriores no puede ser alegado por la parte demandada, ni debe reconocérsele interés para impugnar esta cuestión.

Par. 4º. La falta de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 no puede dar lugar al archivo de la causa, debiendo el juez notificar al Ministerio Público o a otro legitimado, para que asuma la titularidad de la acción.

Par. 5º. El Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

Par. 6º. Será admitido el litisconsorcio facultativo entre los legitimados.

Art. 4º. La petición inicial debe describir, lo mejor posible, las características del litigio, el grupo al que afecta, la existencia de subgrupos que deban ser especialmente considerados en el proceso y las medidas necesarias para la adecuada protección de los derechos materiales en litigio.

Par. 1º. Hasta la sentencia sobre la demanda, se permite la modificación de la pretensión o de la causa de pedir por circunstancias o hechos sobrevenidos, independientemente del consentimiento del demandado, debiendo garantizarse el contradictorio, dándose al demandado la oportunidad de formular alegaciones en un plazo mínimo de 15 (quince) días, con la posibilidad de aportar pruebas adicionales.

Par. 2º. La presentación de una demanda colectiva interrumpe el plazo de prescripción de las demandas colectivas e individuales basadas en el mismo conjunto de hechos.

Art. 5º. La retirada de la acción sólo se ratificará si existen motivos suficientes.

Párrafo único. En caso de desistimiento o abandono infundado, el juez citará al Ministerio Fiscal y a los demás sujetos legitimados para que se hagan cargo del proceso.

Art. 6º. Será competente el foro del lugar donde se haya producido o vaya a producirse la acción, omisión, daño o perjuicio alegado en la petición inicial.

Par. 1º. Si el daño no tiene un ámbito territorial específico, la demanda podrá interponerse ante cualquier juzgado.

Par. 2º. Si se presenta más de una demanda, se acumularán ante el juzgado en el que se presente la primera demanda.

Art. 7º. El juez decidirá sin más la demanda en cuanto al mérito, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba.

Par. 1º. El juez podrá decidir sin más trámite, parte de la demanda, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba, siempre que ello no implique prejuzgamiento directo o indirecto del

litigio que quede pendiente de decisión. En este caso el proceso continuará para la instrucción y juzgamiento de los demás pedidos que se decidirán en resoluciones complementarias.

Par. 2º. En casos estructurales, el juez puede adoptar la técnica de decisiones escalonadas, decidiendo partes del litigio y revisando estas decisiones debido a cambios sobrevenidos en los hechos y a la evaluación de los efectos ya producidos.

Art. 8º. Cuando el conflicto colectivo dé lugar también a un procedimiento individual, el juez que conozca de la acción colectiva podrá dirigir una notificación a los demás órganos jurisdiccionales, indicando la necesidad de suspender las acciones individuales para que puedan esperar a la solución colectiva.

Párrafo único. La medida indicada en este artículo es obligatoria siempre que la acción colectiva trate de un litigio con características estructurales, susceptible de entrañar un riesgo de tratamiento no isonómico para los miembros del grupo que hayan o no interpuesto demandas individuales.

Art. 9º El demandante tiene derecho a que se invierta la carga de la prueba siempre que:

I - las alegaciones presentadas en la petición inicial sean verosímiles, o

II - sea más fácil para el demandado probar lo contrario o la inexistencia del hecho alegado, o

III - la naturaleza de los riesgos asumidos y de las actividades desarrolladas por el demandado hagan conveniente imputarle el riesgo de que el hecho no sea claro, o

IV - la ley así lo establezca para el derecho material controvertido.

Art. 11º. Las instituciones públicas podrán suscribir acuerdos colectivos, siempre que la solución consensuada proporcione la mejor protección del derecho colectivo litigioso.

Par. 1º. Siempre que sea posible y pertinente, el acuerdo colectivo irá precedido de la participación del grupo social titular de la reivindicación colectiva.

Par. 2º. La autocomposición colectiva no impide la formulación de demandas individuales por los miembros del grupo, pero se permite la firma de autocomposición colectiva por adhesión de los titulares de derechos individuales.

Par. 3º. Los convenios colectivos pueden ser homologados judicialmente, oído el Ministerio Público.

Art. 10º. La sentencia puede imponer al demandado obligaciones de pagar, hacer, no hacer o dar algo, dirigidas al beneficio general de la comunidad o a individuos concretos.

Par. 1º. La decisión debe dar prioridad a la reparación específica y al restablecimiento de los bienes o derechos al estado anterior al perjuicio.

Par. 2º. Las obligaciones de pago destinadas a la comunidad podrán aplicarse a fondos públicos o a fines de interés general, según determine el juez, relacionados con la causa y el lugar donde se produjo el daño.

Par. 3º. Para ejecutar la sentencia provisional o firme, son admisibles las medidas coercitivas, inductivas, conminatorias y subrogatorias, en proporción a la importancia del derecho material en juego y al nivel de resistencia del demandado.

Par. 4º. Las obligaciones a favor de personas concretas se cumplirán, siempre que sea posible, mediante la actuación del demandado, sin necesidad de que las víctimas presenten demandas individuales.

Par. 5º. Para lograr la finalidad mencionada en el párrafo anterior, el juez podrá ordenar al demandado que presente un plan de cumplimiento de la sentencia, así como hacer uso de bases de datos que permitan individualizar a los perjudicados y la cantidad adeudada a cada uno.

Par. 6º. Si no fuera posible ejecutar la sentencia de conformidad con los apartados anteriores, el tribunal ordenará al demandado que adopte medidas para dar amplia publicidad a la condena, a fin de que las víctimas puedan presentar sus demandas ejecutivas individuales.

Par. 7º. El juez evaluará medidas para simplificar la prueba y cuantificación de los daños individuales sufridos, incluida la creación de matrices de daños que permitan definir colectivamente indemnizaciones estandarizadas.

Par. 8º. Si no es posible reparar el daño o indemnizar a las personas perjudicadas, el juez puede ordenar medidas de reparación consistentes en la reparación de bienes de naturaleza similar, así como la asignación de dinero a fondos públicos de reparación, o la adopción de conductas que beneficien al colectivo perjudicado.

Par. 9º. En el caso de liquidaciones o ejecuciones presentadas por víctimas individuales, será competente el juez del lugar donde tenga su domicilio el demandante.

Art. 12º. Una sentencia sobre el fondo que estime o desestime la demanda constituye cosa juzgada en relación con otras demandas colectivas.

Par. 1º. Una sentencia colectiva desestimatoria no impide la interposición de acciones individuales.

Par. 2º. Si se estima la demanda colectiva, la sentencia beneficia a todos los miembros del grupo, que pueden ejecutarla acreditando su condición, así como el alcance del daño, y no es necesario ser miembro de la asociación o sindicato demandante cuando se interponga la demanda.

Par. 3º. La superveniencia de una sentencia colectiva favorable convierte el correspondiente proceso individual en un proceso de liquidación y ejecución de los perjuicios individuales.

Par. 4º. La cosa juzgada no impide que se tengan en cuenta los cambios posteriores en el estado de hecho o de derecho relacionados con el conflicto, especialmente cuando tiene características estructurales.

Art. 13º Si hubiere conexión o litispendencia entre causas colectivas, se produce prevención en favor del juez que conoció del primer proceso, quien de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la acumulación de todos los litigios, aun cuando en éstos no actúen la totalidad de los mismos sujetos procesales.

Par. 1º. La acción colectiva no genera litispendencia respecto de las acciones individuales. No obstante, el demandado puede solicitar al juez que conceda al demandante individual un plazo para desistir del proceso individual, so pena de no beneficiarse de la sentencia colectiva.

Par. 2º. Corresponde al demandado informar en el proceso por la acción individual sobre la existencia de una acción colectiva con el mismo fundamento bajo la pena de que, de no hacerlo, el actor individual se beneficiará de la cosa juzgada colectiva aún en el caso de que la demanda individual sea rechazada.

Art. 14º. Aplícanse subsidiariamente, en lo que no fueren incompatibles, las disposiciones del Código de Proceso Civil y de la legislación especial pertinente.

PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

COLLECTIVE REDRESS IN BRAZIL

Hermes Zaneti Jr. [1]

SUMÁRIO: 1. Introdução. **1.1.** Modelos de processo coletivo e tutela coletiva: um modelo brasileiro? **1.2.** Nosso passado: uma história de sucesso? **2.** Elementos das ações coletivas brasileiras: não-taxatividade, atipicidade, legitimação extraordinária por substituição processual, coisa julgada *secundum eventum litis*, interesse público primário, maior amplitude da cognição e microssistema legislativo do processo coletivo. **2.1.** A invenção dos direitos subjetivos coletivos no Brasil: não-taxatividade (*transubstantive rights*) e atipicidade da ação coletiva brasileira. **2.2.** Legitimação por substituição processual do grupo: órgãos públicos e privados. **2.3.** Coisa julgada *secundum eventum litis.* **2.4.** Interesse público primário e maior amplitude da cognição: microssistema do processo coletivo. **3.** Processo coletivo no Brasil: da ação civil pública aos casos repetitivos. **4.** Evidências do CNJ e CNMP: os dados das ações coletivas revisitados. **5.** Conclusões. **6.** Referências bibliográficas.

RESUMO: O texto está dividido em três linhas: apresentar a evolução histórica; descrever entre marchas e contramarchas a consolidação da doutrina e jurisprudência em relação aos processos coletivos; informar problemas que remanescem e as possíveis tendências de desenvolvimento a partir da interrelação entre ações coletivas, casos repetitivos e precedentes normativos, com especial destaque para o surgimento do direito processual dos desastres. A preocupação principal do texto é traçar um panorama do processo coletivo no Brasil, indicando algumas das tendências de desenvolvimento e gargalos técnicos e teóricos que ainda permanecem.

Palavras-chave: Tutela Coletiva; Ações Coletivas; Casos Repetitivos.

ABSTRACT: *The essay is structured along three main lines: (i) to present the historical evolution; (ii) to explain the consolidation of doctrine and case law concerning collective*

---

[1] Prof. Dr. Dr. Hermes Zaneti Jr. Professor de Direito Processual Civil na Graduação e Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor em Direito, área de concentração Teoria do Direito e Filosofia do Direito, pela *Università degli Studi di Roma 3* (UNIROMA3). Doutor e Mestre em Direito, área de concentração Direito Processual, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-doutorado pela *Università degli Studi di Torino* (UNITO). *Visiting Scholar* na Universidade de Zagreb, 2023 (Programa Erasmus +). Membro da IAPL (*International Association of Procedural Law*), IIDP (*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*) e IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Pesquisador Líder do FPCC/UFES - Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo, vinculado ao LAPROCON – Laboratório Processo e Constituição (http://laprocon.ufes.br/). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo (MPES). Dirigente do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Espírito Santo (CEAF/MPES). Coordenador de projeto junto à Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo – FAPES - Projeto "Justiça Climática e Direito Processual" - Edital: EDITAL FAPES Nº 8/2025 - APOIO A PROJETOS DE PESQUISA APLICADA E DE EXTENSÃO DA ECONOMIA VERDE E AZUL NO ESPÍRITO SANTO. E-mail: hermeszanetijr@gmail.com. Este texto é uma atualização de ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção?*. *Civil Procedure Review*, vol. 10, n. 2, pp. 11-40, maio-ago., 2019. Agradecemos a revisão e pesquisa dos dados a Giordano Bruno Barone Thebaldi, Anna Carolina Sales Deps Barros e a Pedro Minette Izoton Carvalho, equipe NUPROC/MPES.

proceedings; and (iii) to identify the remaining challenges and prospective developments arising from the interplay between collective actions, mass or repetitive cases and binding precedents, with particular emphasis on the emergence of disaster procedural law. The primary concern of the text is to provide an overview of collective procedure in Brazil, highlighting key developmental trends as well as the technical and theoretical bottlenecks that still persist.

Keywords: *Collective Redress; Class Actions; Aggregate Litigation.*

1. INTRODUÇÃO

O Brasil tem uma experiência consolidada com ações coletivas, os resultados analisados no Cadastro Nacional de Ações Coletivas do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público mostram dados quantitativamente relevantes: atualmente estão pendentes de julgamento aproximadamente 217 (duzentos e dezessete) mil casos. A série histórica entre 2020 e 2026 mostra, contudo, uma redução: estão sendo resolvidos mais casos antigos do que ingressam novos. Parcela desse resultado quantitativamente positivo deve-se ao aumento das resoluções por autocomposição. O CACOL apresenta na mesma janela de tempo entre 2020 e 2026 mais de 262 (duzentos e sessenta e dois) mil acordos firmados, uma média muito superior aos estáveis percentuais entre 11% e 12% de acordos em processos individuais em geral. A engenharia normativa brasileira permitiu esses dados, mas persistem relevantes margens de aperfeiçoamento institucional[2].

Os dados quantitativos não mostram toda a realidade. Qualquer observador melhor informado verá que também no ambiente forense e na prática os resultados sociais e econômicos das ações coletivas têm sido expressivos. O maior exemplo é o acordo global fixado com as empresas Samarco S.A. e suas controladoras, Vale S.A. e BHP Billiton, com um total indenizável pelo desastre do Rio Doce que alcança em 170 (cento e setenta) bilhões de reais. Garantindo mais de 288 (duzentos e oitenta e oito) mil indenizações já pagas para indivíduos e empresas, investimentos em direitos sociais para as comunidades afetadas e recuperação e compensação ambiental pelos danos causados[3].

---

[2] Para a análise ver https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-cacol/. É possível confrontar os dados com um estudo prévio no qual investigamos esses mesmos problemas (ver item 4, deste texto), o confronto dos dados permite perceber inclusive o avanço que o Painel CACOL permite na leitura das informações ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção?*

[3] Com base nas taxas de câmbio recentes (março de 2026), 170 bilhões de reais equivalem aproximadamente a 32,3 bilhões de dólares (USD) ou 27,2 bilhões de euros (EUR), considerando um dólar próximo a R$ 5,26 e o euro próximo a R$ 6,25. Para maior informações, ver resumo em inglês: https://www.gov.br/mme/pt-br/brazil-world-leader-in-energy-transition/social-inclusion/renegotiation-of-the-rio-doce-agreement, acesso em 26/03/2026.

Não obstante, existem desafios e problemas a serem superados. No Brasil há o risco de, pela porta dos fundos, transformar ações individuais em ações coletivas, vinculando todos a uma decisão para a qual não se garantiu o justo processo coletivo. Corremos também o risco de acordos coletivos não indenizarem com justiça a lesão causada. Há, ainda, o risco de precedentes judiciais e reformas legislativas ao invés de melhorarem o sistema, prejudicarem o sucesso atual das tutelas coletivas.

A única maneira de enfrentarmos seriamente estes riscos é compreender o processo coletivo como um gênero, composto por diversas técnicas e procedimentos, voltado para as necessidades de tutela das situações jurídicas ativas e passivas de que são titulares grupos de pessoas.

Evidentemente nosso sistema pode ser aperfeiçoado, colher bons exemplos da comparação internacional e da doutrina e prática estrangeiras, crises podem ser oportunidades de aperfeiçoamento e evolução. Todas as tradições jurídicas estão em permanente mudança, pretendemos aqui comunicar a tradição brasileira para que ela possa dialogar com outras tradições, mantendo-se viva através da comunicação[4].

1.1 Modelos de Processo Coletivo e Tutela Coletiva: Modelo Brasileiro

"Naturally, in a perfect world without concern for time or money or court resources or number of "actors" or quantum of issues or information technology logistical problems or communications difficulties involved (the list could go on), some of the compromises evident in class action litigation would not need to be considered"[5].

A citação de Mulheron acima explica, com elegância, a necessidade da busca de proporcionalidade processual ao invés de perfeição nas ações coletivas. As ações coletivas são instrumento de promoção do acesso à justiça, da economia processual, da dissuasão de comportamentos contrários ao direito (efeito *deterrence*) e da satisfação e resolutividade de conflitos sociais de massa. Não existe apenas uma maneira de atingir estes fins. É errado pensar que apenas as *class actions opt out* norte-americanas, com estímulos para a litigância privada em prol do interesse público e da regulação através das decisões judiciais (*adversarial*

[4] "If there is a 'traditional way of doing things', the tradition is in the way, and not in the doing. Acts or decisions, once they take place, disappear forever if they are not translated into communicable information." Glenn, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable diversity in law*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 14.

[5] MULHERON, Raechel. *The Class Action: In Common Law Legal Systems. A Comparative Perspective*. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 50.

legalism[6]), servem aos objetivos da tutela coletiva.[7] Porém, igualmente errado pensar, como em alguns dos modelos europeus, que apenas a regulação administrativa, as ações coletivas *opt in*, e a legitimação de entidades qualificadas pelo Poder Público, atingiram o fim da tutela adequada dos conflitos coletivos[8].

Não há um só modelo, os problemas sociais comuns apresentam soluções múltiplas, junto com as soluções judiciais existem também soluções extrajudiciais muito eficazes, mas a melhor solução tem sido aquela que permite a combinação de técnicas de ações coletivas mandatórias (que atingem todos por igual), *opt out* (que permitem a autoexclusão do grupo) e *opt in* (na qual o grupo é formado por adesão), inclusive com os litígios agregados (que por razões que iremos explicar a seguir consideramos espécie de tutela *opt in*) e estímulo à autocomposição, antes e durante o processo judicial, sem descurar do reforço na tutela administrativa através de agências reguladoras e da função mais ampla de *ombudsman* ou *defensor del pueblo*.[9] Exercida no Brasil principalmente pelo Ministério Público (art. 129, II, CF/1988). Problemas complexos exigem soluções articuladas e capazes de adequação concreta.

---

[6] OTEIZA, Eduardo. Justicia civil y democracia deliberativa: la contribución de los procesos representativos a la legitimidad democrática. In: ZANETI JR., Hermes; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; PEREIRA CAMPOS, Santiago; PRIORI, Giovanni; SALGADO, José Maria (coords.). *Anais do I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva: repensando os processos coletivos para a Ibero-América: o código modelo, a justiça multiportas e os processos estruturais.* Vitória, ES: MPES/UFES, 2026. v. 1. Citando KAGAN, Robert A. Adversarial legalism: the American way of law. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001. Part I, p. 3–34; Part III, p. 99–125; Part IV, p. 207–228.

[7] Um exemplo recente e interessante de modelo *opt in* é reconhecível no direito italiano. No ordenamento italiano a adesão pode se dar inclusive depois da sentença (GIUSSANI, Andrea. La Riforma dell'Azione di Classe. *Rivista di Diritto Processuale*, 6, 2019, p. 1572-1600, esp. p. 1576, que afirma que essa possibilidade de aderir "costituisce la più importante scelta di sistema del legislatore", idem, p. 1587, ainda que ressalte outros problemas do sistema; ver ainda, SPEZIALE, Ilaria. La Nuova Azione di Classe: Riflessione Critiche sulla Riforma. *Il Corriere Giuridico*, 7, 2020, p. 963-974, esp. p. 969).

[8] Na doutrina comparada o exame comparativo demonstra que regimes *opt-out* alcançam participação significativamente superior aos *opt-in*, revelando maior efetividade na tutela de danos massificados e evidenciando uma lacuna estrutural nos sistemas baseados na adesão voluntária. MULHERON, Rachael. *Reform of collective redress in England and Wales: a perspective of need.* London: Civil Justice Council, 2008, p. 147-156. Este alerta serve para impedir que modelos *opt-in* proliferem sem a decida preocupação. A combinação parece ser o melhor caminho, com observância da preocupação com a tutela integral, norteando as escolhas.

[9] "The bottom line is to connect the different dots. To put it simply, the approach should be 'and …and' and not 'or … or'. It is not choosing between white or brown bread, it is looking at how it is baked. The ultimate goal should be an integrated and holistic framework, or, as was mentioned above, a 'multilayered framework of regulation, lawmaking and law application (…) The focus should be on exploring and optimizing all options for mass harm situations. Even more important, is to connect these options so they can form an integrated (dispute resolution) framework. Only a broad and integrated instrumentarium, as a 'dispute resolution continuum', which can avoid empty enforcement gaps, can tackle mass harm situations effectively and efficiently", VOET, Stefaan. 'Where the wild things are': reflections on state and future of European collective redress. In: KEIRSE, Anne L. M.; LOOS, Marco B. M. (eds.). Waves in contract and liability law in three decades of Ius Commune. Cambridge: Intersentia, 2017, p. 138/139; HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress. New Technologies.* Oxford: Hart, 2018; HODGES, Christopher. *The reform of class and representative actions in European legal systems.* Oxford: Hart, 2008; DODSON, Scott. An opt-in option for class actions. *Michigan Law Review*, v. 115, n. 2, 2016.

Santiago Pereira Campos identifica três grupos de países nas Américas: (i) aqueles sem regulação ou com disciplina incipiente, como Bolívia, Paraguai e Venezuela; (ii) os que possuem regulação fragmentária, como Argentina, Peru e Uruguai; e (iii) os que contam com sistemas mais estruturados, como Brasil, Estados Unidos, Canadá e Colômbia[10].

Eduardo Oteiza sustenta que os processos coletivos, para além de sua função tradicional de resolução de conflitos, desempenham papel institucional decisivo na conformação de uma esfera pública deliberativa, ao estruturarem, em termos jurídicos, o debate, a justificação e a reconstrução das razões públicas subjacentes aos direitos[11].

A solução que combina todas as hipóteses de tutela coletiva buscando o *design* mais efetivo é a que melhor atende as exigências da nova ciência econômica, que sugere que é possível um desenho institucional mais inteligente (*market design*) e uma arquitetura das escolhas (*choice architecture*) que nos permita estabelecer uma tutela padrão (*default*) mais eficiente para cada grupo de casos.[12] Criando assim um Poder Judiciário e um sistema de justiça, espaço mais amplo, com características inclusivas do ponto de vista econômico e político.

Neste sentido, a doutrina delineou as técnicas mais utilizadas na Europa[13], evidenciando o predomínio do *Ombudsman*, das agências reguladoras e da ADR coletiva. A combinação de tais técnicas com o processo coletivo judicial, como será examinado, é uma característica da tutela coletiva brasileira, muito embora se possam fazer críticas, é a atuação do Ministério Público na função de *Ombudsman* dos direitos fundamentais, que trabalha para permitir uma maior integração entre estes mecanismos de tutela[14].

Diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, fruto de uma era individualista e patrimonialista, o Código de Processo Civil de 2015 aplica-se diretamente aos processos coletivos, em especial ao desenhar normas fundamentais e institutos que permitem repensar o

---

[10] PEREIRA CAMPOS, Santiago. Hacia una justicia colectiva basada en evidencia y centrada en las personas para Iberoamérica. In: ZANETI JR., Hermes; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; PEREIRA CAMPOS, Santiago; PRIORI, Giovanni; SALGADO, José Maria (coords.). *Anais do I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva: repensando os processos coletivos para a Ibero-América: o código modelo, a justiça multiportas e os processos estruturais*. Volume I. Vitória, ES: MPES/UFES, 2026. Recurso eletrônico.

[11] OTEIZA, Eduardo. *Justicia civil y democracia deliberativa: la contribución de los procesos representativos a la legitimidad democrática*, op. cit.

[12] ROTH, Alvin. *Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design*. New York: Mariner Books, 2016; THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving Decisions about Health, Walth, and Happiness.* New York: Penguin Books, 2008; ROTH, Alvin. *Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design*. New York: Mariner Books, 2016.

[13] HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress. New Technologies.* Oxford: Hart, 2018.

[14] ZANETI JR., Hermes. Can the King be Wrong? The Brazilian Public Prosecutors as 'Heroes of the Periphery': Prosecutors who Sue the State and Large Corporations in Collective Redress Cases. In.: UZELAC, Alan; VOET, Stefaan. The Heroes of the Judicial Periphery. Court Experts, Court Clerks, and Other Actors in the Shadows. Oxford, London, New York (NY), Delhi, Sydney: Hart Publishing, 2025.

desenho institucional da justiça brasileira e sustentar o processo justo coletivo: casos repetitivos, precedentes vinculantes, renovação da oralidade e estímulo à autocomposição.[15] Nesse sentido, devemos analisar como chegamos até aqui.

1.2 Nosso passado

É comum afirmar que o Brasil é devedor da Itália no processo coletivo. A realidade é que criamos muitas soluções próprias nessa matéria, fomos além do pensamento original italiano, desenvolvendo uma recepção criativa dos institutos do processo coletivo. Basta olhar para alguns dos textos fundadores da nossa doutrina para perceber a influência da inteligência processual italiana. Foi através dos estudos de Vittorio Denti, Andrea Proto Pisani, Vincenzo Vigoritti, Mauro Cappelletti, Giorgio Costantino, Sergio Chiarloni e Michele Taruffo, ícones da processualística italiana, que importamos o modelo americano das class actions. Por isso é possível dizer que nossa ação coletiva é uma *class action* à italiana,[16] porém não parou por aí.

O processo coletivo brasileiro é um exemplo de como o direito processual evoluiu por fases privatistas e publicistas, ligadas à ação, sua autonomia e ao papel da jurisdição na

---

[15] ZANETI JR., Hermes. El Nuevo Código de Proceso Civil brasileño de 2015 y los conflictos jurídicos: el Derecho Procesal como un camino para la paz social. *Revista de Derecho Procesal.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 583/614, 2017-2.

[16] Isto é verdade para a doutrina desenvolvida na década de 1970 na Itália, que influenciou a doutrina e a legislação brasileira, mas infelizmente não corresponde à atual situação da Itália atualmente. Para a doutrina italiana mais citada no Brasil na fase de formação do nosso processo coletivo: DENTI, Vittorio. Relazione introduttiva. In: Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: Cedam, 1976; PISANI, Andrea Proto. Apuntti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi colletivi (o piu esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civili ordinario. In: Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: Cedam, 1976; VIGORITTI, Vicenzo. Interesse collettivi e processo: la legitimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979; CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi coletivi o diffusi. In: Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: CEDAM, 1976; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso a la justicia – programa de accion reformadora y nuevo método de pensamiento. Trad. Silvia Virgínia Leo Vidaña. Boletin mexicano de derecho comparado: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autônoma de México. Nueva Serie, Año XVI, n. 48, 1983. Em português, cf. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, v. 2, n. 5, São Paulo, jan.-mar./1977, entre outros; COSTANTINO, Giorgio. Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile. Diritto e Giurisprudenza, p. 817, 1974; COSTANTINO, Giorgio. L'azione di classe ai sensi dell'art. 140 bis del codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità. Diritto ed Economia dell'Assicurazione, p. 1130, 2010; CHIARLONI, Sergio. Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori. Riv. Dir. Proc., 2007; CHIARLONI, Sergio. Il nuovo articolo 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva? In: Analisi Giuridica dell'Economia, vol. 1, 2008. (Class Action (?)); TARUFFO, Michele. Interventi. In.: Le azione a tutela di interessi collettivi: Atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: Cedam, 1976; TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi. Lucio Lanfranchi (org.). Torino: Giappichelli, 2003. Mais recentemente, na doutrina italiana cf. SANTIS, Angelo Danilo de. La tutela giurisdizionale collettiva. Napoli: Jovene, 2013; DONZELLI, Romolo. L'azione di classe a tutela dei consumatori. Napoli: Jovene, 2011; GIUSSANI, Andrea. Azioni collettive risarcitorie nel processo civile. Bologna: Il Mulino, 2008.

afirmação da vontade concreta da lei, para a centralidade do próprio processo, como módulo dialético e organizado de resolução de problemas jurídicos, na solução dos conflitos.

O processo coletivo brasileiro atua exatamente na perspectiva de garantir acesso à justiça e a solução dos conflitos para as situações merecedoras de tutela, inclusive garantindo o resultado com primazia do julgamento de mérito e direito a satisfação, incluída a fase executiva. Como afirmam a melhor doutrina, inclusive italiana,[17] e as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), é necessário, para a tutela adequada, um modelo combinado de direitos e remédios, um processo que dê acesso às situações merecedoras de tutela: *ubi remedium ibi ius*[18] ou *remedies precede rights.*[19]

Para contar essa história do processo coletivo brasileiro e do nosso Código de Processo Civil, iremos iniciar, com o atual estágio das ações coletivas na doutrina e nos precedentes judiciais, descrevendo também como o CPC/2015 aplica-se diretamente ao microssistema do processo coletivo, um conjunto de normas processuais no qual a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são o núcleo fundamental, entorno preenchido por leis especiais como a Lei da Ação Popular, o Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.

2. ELEMENTOS ESTÁVEIS DAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS: NÃO-TAXATIVIDADE, ATIPICIDADE, LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL, COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*, INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO, MAIOR AMPLITUDE DA COGNIÇÃO E MICROSSISTEMA LEGISLATIVO DO PROCESSO COLETIVO

O sistema brasileiro de tutela coletiva consolidou-se como um verdadeiro microssistema processual, dotado de unidade principiológica e funcional própria, cuja racionalidade não se esgota na soma de diplomas legislativos isolados, mas se estrutura a partir de elementos estáveis que lhe conferem identidade e coerência. Na linha da doutrina, tais elementos devem ser

---

[17] TARUFFO, Michele. Sui Confini. Scritti Sulla Giustizia Civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 67/97; TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 302/303; MAZZAMUTTO, Salvatore; PLAIA, Armando. *I Rimedi nel Diritto Privato Europeo*. Torino: Giappichelli, 2012; PINO, Giorgio. Il Diritto All'Identità Personale: Interpretazione Costituzionale e Creatività Giurisprudenziale. Bologna: Il Mulino, 2003; DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti.* 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 72; VARRANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La Tradizione Giuridica Occidentale.* 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2010; ZANETI JR., Hermes. A Legalidade na Era da Proteção das Necessidades de Tutela: Princípio da Constitucionalidade e Legalidade Ampla. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas Fundamentais.* Salvador: JusPodivm, 2016, p. 175/196 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8, Coord. Geral: Fredie Didier Jr.).

[18] DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti.* 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 72.

[19] TROCKER, Nicolò. *La Formazione del Diritto Processuale Europeo.* Torino: Giappichelli, 2011, p. 302/303

compreendidos como categorias normativas estruturantes — e não meras técnicas isoladas — que permitem a adequada realização dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) em um contexto de litigiosidade massificada e complexa.

Nesse cenário, destacam-se a não-taxatividade das ações coletivas, a atipicidade procedimental, a legitimação extraordinária por substituição processual, a coisa julgada *secundum eventum litis* – seus desdobramentos que caracterizam uma cognição aprofundada *secundum eventum probationis* e *transporte in utilibus* -, a centralidade do interesse público primário e a ampliação dos poderes cognitivos do juiz e do Ministério Público, produzindo uma cognição ampliada e reforçada para primazia do julgamento de mérito, todos esses elementos articulados no interior de um microssistema de normas que se interpenetram e subsidiam mutuamente, orientando-se a interpretação pela efetividade e pela adequação da tutela jurisdicional.

Essa arquitetura normativa revela uma superação consciente do modelo individualista clássico do processo civil, substituindo a rigidez tipológica por uma lógica funcional e finalística, capaz de adaptar-se às exigências dos conflitos estruturais e dos direitos transindividuais. A não-taxatividade e a atipicidade, por exemplo, permitem que o processo coletivo opere de forma transubstantiva, isto é, desvinculado de categorias rígidas de direito material individual, enquanto a legitimação por substituição processual assegura a legitimação adequada para a tutela de grupos e coletividades.

Por sua vez, a coisa julgada *secundum eventum litis* e a prevalência do interesse público primário justificam soluções diferenciadas quanto aos limites subjetivos e objetivos da decisão, ampliando a cognição judicial e reforçando a função institucional do processo coletivo.

Trata-se, em síntese, de um modelo que, ao mesmo tempo em que preserva garantias fundamentais, reconfigura o processo como instrumento de transformação social, exigida e prevista pelo próprio ordenamento jurídico positivo, exigindo do intérprete uma leitura sistemática, constitucionalmente orientada e comprometida com a efetividade dos direitos.

Esses elementos serão detalhados a seguir.

2.1 Não-Taxatividade (*Transubstantive Rights*) e Atipicidade da Ação Coletiva Brasileira: A Invenção dos Direitos Subjetivos Coletivos no Brasil

Uma das premissas deste texto é que as ações coletivas fazem parte de um amplo conjunto de ferramentas para resolver questões e problemas de grupos de pessoas em face das violações massivas, que inclui, entre outros, os litígios agregados.

Nossa atenção especial irá recair sobre as ações coletivas porque entendemos que a proteção do grupo como titular do direito deve prevalecer em relação a noção mais individualista da agregação de litígios,[20] muito embora ambas convivam como técnicas voltadas para problemas similares.

O processo coletivo das ações coletivas brasileiro é *atípico* (quaisquer espécies de ações) e *não-taxativo* (quaisquer direitos coletivos). Admite, portanto, diversas espécies de ações, como refere o Código de Defesa do Consumidor (art. 83, Lei Federal nº 8.078/1990). Assim, no direito brasileiro é possível *a tutela de amplas situações jurídicas coletivas*, como se lê na Constituição Federal brasileira, ao afirmar que o Ministério Público promoverá a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e *outros interesses difusos e coletivos* (art. 129, III, CF/1988).[21] Essa é uma norma *numerus apertus,* uma norma que permite que o ordenamento jurídico autorize outras tantas permissões normativas de aproveitamento subjetivo específico[22] para proteção de grupos de pessoas, gerando situações jurídicas complexas[23] que tutelam os interesses destes grupos de pessoas a partir da previsão normativa de sua proteção. Esse reconhecimento constitucional de direitos subjetivos coletivos de grupo pelo direito material brasileiro é uma das distinções estruturais mais importantes em relação ao modelo norte-americano. Aqui, direitos, pretensões e ações de direito material coletivo são afirmados pelo ordenamento jurídico, com a mesma dignidade e proteção que direitos, pretensões e ações de direito subjetivo individual.

---

[20] No mesmo sentido, SHAPIRO, David L. Class actions: the class as party and client. *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 4, p. 913–962, 1998, esp. p. 917-918. É a prevalência da teoria do grupo como entidade protegida, *class-entity* ou *class-as-client theory* defendida pelo autor, já mencionada por VOET, Stefaan. Class Actions in Belgium: Evaluation and the Way Forward. In.: UZELAC, A.; VOET, S. *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?*.Cham: Springer, 2021. p. 131-163, esp. p. 149.

[21] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, p. 86. Na Itália o A.C 791, de julho de 2018, composto por seis artigos, propõem modificações na tutela coletiva através da alteração do Código de Processo Civil, com a ampliação das situações jurídicas tuteladas, modificações na disciplina de adesão à ação de classe, entre outras modificações.

[22] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, esp. p. 662-670.

[23] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 120.

Assim, as expectativas de prestação e de não lesão[24] dos grupos, configuram-se como posições e situações materiais autônomas e dinâmicas, transcendendo as situações e posições individuais subjacentes aos membros do grupo. Essa densidade material é extraída da Constituição de 1988 que, ao prever direitos e deveres fundamentais de natureza coletiva no Capítulo I do Título III e confiar ao Ministério Público a defesa desses interesses no artigo 129, inciso III, *instituiu um rol de direitos de segunda (direitos econômicos, sociais, culturais), terceira (direitos do consumidor e ambientais) e, até, quarta (direitos à democracia[25], à informação e ao pluralismo políticos)[26] dimensões dos direitos fundamentais.* Essa nova abordagem coletiva permitiu a defesa molecular de grupos como ocorre no direito do trabalhador, no meio ambiente, na saúde, na educação, nos dados pessoais, no urbanismo, entre outros.

A titularidade do direito, nessas hipóteses, é atribuída, portanto, ao grupo. É, aliás, o que se depreende com mais facilidade dos direitos difusos e coletivos, previstos como transindividuais pelo Código de Defesa do Consumidor, de que são titulares respectivamente "pessoas indeterminadas" e "grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".

A categoria mais problemática são os direitos individuais homogêneos, que não receberam uma previsão tão clara, por essa razão na doutrina muitos autores defendem se tratar de direitos individuais coletivamente tratados, acidentalmente coletivos,[27] enquanto outros, em menor número, mas não por isso menos corretamente, defendem ser esses direitos essencialmente coletivos, face a tutela molecular que procuram assegurar, seja na primeira fase, tutela de conhecimento, seja mesmo nas hipóteses em que é impossível satisfazer - à altura da integral reparação do dano - os titulares dos direitos individuais – caso em que os valores remanescentes devem ser encaminhados ao fundo de defesa dos direitos difusos.

---

[24] FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoria del Diritto.* Roma/Bari: Laterza, 2007, p. 641.
[25] BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
[26] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 524-526.
[27] RODRIGUES, Marcelo Abelha; RODRIGUES, Guilherme Santos Neves Abelha. Direitos materiais individuais homogêneos? In: MILARÉ, Édis (coord.). A ação civil pública após 40 anos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 266-291. Os autores sustentam que a homogeneidade é atributo do direito material em si, mas sim um critério funcional-processual de tratamento coletivo. Seria uma homogeneidade instrumental e não substancial. O texto é rigoroso e muito bem estruturado, segue linha de pensamento tradicional e avança na sua justificação. O principal impacto é na coisa julgada e na execução, cada titular mantém sua esfera individual, ainda que haja decisão coletiva. Ocorre que essa posição, seguida por muitos, inclusive Barbosa Moreira, não resolve problemas moleculares na tutela coletiva que são da sua própria essência, nem justifica a preferência da tutela coletiva em relação às tutelas através da técnica dos litígios agregados, pelo menos não com a mesma amplitude. Insistir na perda de nuances individuais é deixar milhares de direitos sem tutela pela inação ou desconhecimento de seus titulares. O risco de decisões padronizadas não adequadas pode ser tratado por outras técnicas mais eficientes, como ampliação do contraditório e da participação dos membros do grupo. O risco é que o "individualismo metodológico" dificulte a proteção dos direitos do grupo e a tutela estrutural.

Estamos diante de um problema teórico que consiste em justificar como um determinado fato pode ao mesmo tempo gerar direitos individuais e coletivos, por qual razão a tutela coletiva dessas posições é interessante e meritória para o ordenamento jurídico. Aqui entra em jogo o aprendizado da teoria dos direitos fundamentais.

A teoria das dimensões dos direitos fundamentais engloba seja a dimensão individual, seja a dimensão coletiva dos direitos, direitos fundamentais são direitos subjetivos, exigíveis e judicializáveis. Foi por essa razão que Karel Vasak afirmou a necessidade de se ampliar a dimensão *cultural* dos direitos para incluir o aspecto comunitário e coletivo dos direitos culturais[28].

Existem determinadas situações e posições jurídicas que têm características mais favoráveis à tutela coletiva, são necessidades de tutela dos grupos e das comunidades, para essas é preciso reconhecer o pertencimento ao grupo do direito subjetivo, focar no grupo a necessidade de tutela.

Como afirmado na doutrina brasileira por Ingo Sarlet, especialmente pensando na terceira dimensão, mas considerado de forma ampla para todas as posições e situações jurídicas que possam ser reconhecidas para grupos de pessoas: "A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade transindividual (ou metaindividual), muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção (...) Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação transindividual ou mesmo universal (transnacional), e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação"[29].

---

[28] VASAK, Karel. A 30-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The Unesco Courier*, Paris: UNESCO, ano 30, nov. 1977, p. 29–32, esp. 31.

[29] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2025, p. 259. Nesse sentido, dialogando com a doutrina, Ingo Sarlet sugere que não se pode ampliar indefinidamente as dimensões e indica incorporar nas primeiras três dimensões toda a discussão, ainda que admitindo o caráter retórico, pedagógico e didático de fomentar novas dimensões para ganhar visibilidade. Usa a crítica de Paulo de T. Brandão para afirmar que o caráter histórico e evolutivo da teoria dos direitos fundamentais não é bem explicado pelas dimensões, dada a complexidade intrínseca desses processos, seu caráter dinâmico e dialético: marcado por avanços e retrocessos como produtos culturais. Os direitos fundamentais são uma categoria histórica e materialmente aberta, decorrem de processos de reinvindicação concreta, marcados pelo reconhecimento de injustiças e agressões a bens fundamentais e elementares do ser humano, seja individual seja em seu sentido comunitário, os grupos humanos. Por outro lado, criticar as dimensões por seu caráter didático, como faz Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ainda que correto e chamando atenção para a artificialidade da construção, não deslegitima a função didático-pedagógica que o estudo das dimensões dos direitos fundamentais possui (idem, p. 260-263). A construção das dimensões ou gerações de direitos fundamentais se origina no discurso de Karel Vasak nas Nações Unidas em 1979 (*A 30-*

Essa preocupação estava desde o início no debate que deu origem a Lei da Ação Civil Pública.

A história da lei originou-se dos estudos de professores paulistas conhecidos, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, tendo sido o anteprojeto aprovado em debates no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em Porto Alegre, em julho de 1983[30] e, na sequência, teve como desdobramento o seu aproveitamento no anteprojeto elaborado pelo Ministério Público de São Paulo, apresentado no XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo do Ministério Público do Estado de São Paulo, que teve lugar em São Lourenço, MG, em 1983. Foi essa última versão que ao final serviu de base ao Projeto de Lei do Executivo sob o n. 4.984/1985 (na Câmara) e n. 20/1985 (no Senado)[31].

Falar desse histórico aqui é fundamental para compreender a dinâmica entre direitos individuais e direitos coletivos que estava se formando na década de 1980. A questão da legitimação era central, trataremos dela no próximo tópico, mas aqui ilustra bem o ponto.

Não se queria realizar uma diminuição da legitimação individual em face da tutela coletiva, estávamos saindo da ditadura militar e havia muito receio de colusão ou fraude para evitar a tutela dos direitos, a cidadania individual recém reconquistada. Por essa razão, afirmou-se na exposição de motivos do anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública: "o anteprojeto parte do princípio de que há um titular dos direitos subjetivos perfeitamente identificado, e que esse titular é quem tem a legitimidade processual para defender, em juízo, os seus direitos. Mas existem outros interesses que não são individualizados, pois *correspondem a um grupo*, *a uma comunidade ou à sociedade*. Nesses casos, não se vislumbra claramente quem é que poderia, em seu próprio nome, defender esses interesses não individuais. *Ao Ministério Público, como defensor natural do interesse público, deve caber, preferencialmente, a titularidade ativa daqueles interesses não individuais*, *indisponíveis da sociedade*, com a consequência de poder

---

year struggle; the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights, ver ainda, VASAK, Karel (org.). *The international dimensions of human rights*. Rev. e ed. para a edição em inglês por Philip Alston. Paris: UNESCO; Westport: Greenwood Press, 1982. v. 1. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000056230. Acesso em: 30.03.2026), difundindo-se internacionalmente, com especial destaque para o Brasil, com o livro BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

[30] MILARÈ, Édis (org.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 467/470. A edição conta com os fac-símile dos projetos originais.

[31] MILARÈ, Édis (org.). Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 472-481.

provocar a atividade jurisdicional (...) *quando o Ministério Público não for o autor da ação, intervirá sempre como fiscal da lei.*"[32]

Portanto, somaram-se as dimensões individual e coletiva da tutela de direitos subjetivos. Não era uma inovação radical, mas gradual, pois já havia sido prevista na Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, e na Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, art. 14, § 1º,[33] tinha suas raízes na tradicional tutela do interesse público primário pelo Ministério Público na Lei da Ação Popular[34] e no Código de Processo Civil[35]. A Ação Civil Pública nasceu para a proteção de direitos subjetivos coletivos, categoria necessária para a tutela coletiva desses direitos, especialmente em ordenamentos híbridos como o brasileiro, a meio caminho entre o *Civil Law* e o *Common Law*.

Na sequência o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, reconheceu os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, CDC). Como o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública foi alterado para determinar a interpretação conjunta do CDC e da LACP se "estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e 'direitos individuais homogêneos', legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la"[36].

Essas digressões são importantes para compreender que o legislador, constituinte e ordinário, reconheceu a tutela coletiva de forma ampla a partir dos já reconhecidos direitos subjetivos coletivos.

---

[32] MILARÈ, Édis (org.), *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, p. 487 (grifos nossos).

[33] A lei tinha um grave defeito, não previa a destinação das indenizações, MILARÈ, Édis (org.), *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, p. 469. A nova legislação viria a prever o Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

[34] MILARÈ, Édis (org.), *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, p.470. Este último, ampliou as ideias originais com a grande inovação do inquérito civil e do fundo de direitos difusos, sendo o adotado expressamente na exposição de motivos como referência para o projeto de lei que veio a se tornar a Lei da Ação Civil Pública. Conforme explicitado na exposição de motivos do anteprojeto dos professores paulistas a Lei da Ação Popular atuou como exemplo para o controle de riscos decorrentes de abusos: a) com a intervenção obrigatória do Ministério Público, quando não fosse autor, ao lado da associação ou isoladamente; b) litisconsórcio do Poder Público para defesa do interesse público, inclusive no polo ativo, alterando o polo original da demanda; c) possibilidade de o Ministério Público ou outros legitimados que não participaram da ação recorrerem ou assumirem o polo ativo em caso de desistência ou abandono e a possibilidade, de igual modo, de promoverem a execução no caso de inércia da associação autora. Seguiu-se, ainda, o incentivo de custas e honorários de advogados, com a isenção, salvo a comprovada má-fé, que gera como sanção o pagamento do décuplo das custas e a incidência da verba de sucumbência.

[35] O Ministério Público assumiu a defesa dos direitos difusos e coletivos a partir da sua natural vocação para a tutela dos interesses públicos primários alegando a indisponibilidade dos interesses difusos e a incapacidade organizativa da sociedade civil e dos membros dos grupos afetados ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo.* 2ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 75 e *passim*.

[36] MORAES, Voltaire de Lima. *Ação Civil Pública*. MILARÈ, Édis (org.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 460-464, esp. p. 464.

Portanto, a garantia da transubstantividade é a garantia de proteção contínua dos grupos nas sociedades complexas de forma aderente as próprias necessidades de tutela. A vida dos direitos se amplia em conformidade com a própria dinâmica do ordenamento jurídico. E, como existem direitos subjetivos materiais coletivos, também há de existir direitos processuais coletivos que os garantam, inclusive a definição de quem pode conduzir o processo coletivo em nome dos direitos dos grupos e a garantia, no caso brasileiro, da atipicidade das ações, propiciando todas as espécies de ações capazes de garantir a sua efetiva tutela.

Por outro lado, a atipicidade não é um atributo apenas do processo coletivo no Brasil, de regras as ações são atípicas no nosso ordenamento, mas, no que tange ao processo comparado é comum identificar ordenamentos que limitam as ações coletivas a determinados nichos.

Era o caso do ordenamento italiano até o advento das reformas. Como afirmado na doutrina: "não ocorre mais o *status* de consumidor para promover um juízo de classe". Isso não significa, contudo, que a Itália tenha adotado a mesma extensão que o Brasil.

Aqui, por força do pleito cível *lato sensu*, a jurisdição é uma só para a defesa de direitos em face da administração (direitos públicos subjetivos) e em face dos privados (direitos subjetivos privados). No modelo italiano não só essa tutela é diferente, pela existência de contencioso administrativo e da categoria dos "*interessi legitimi*"[37], como a legislação vedou ações em face da administração: "Todavia – e aqui é bem longe do modelo estadunidense -, resta preclusa qualquer possibilidade de propor a ação de classe em face da administração pública, com uma escolha que suscitou perplexidade"[38].

Por isso, no Brasil, o juiz que atua em processos coletivos não é ativista, ativista é a Constituição e a lei, nas palavras de Herman Benjamin: "No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa

[37] A superação do problema pela doutrina nacional fica assente nas palavras de Kazuo Watanabe: "Os termos 'interesses' e 'direitos' foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os 'interesses' assumem o mesmo status de 'direitos', desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles", WATANABE, Kazuo. Art. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 623. Para a crítica, ver amplamente, com referências, ZANETI JR., Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo. Aspectos Processuais Controversos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 62-68.

[38] SPEZIALE, Ilaria. *La Nuova Azione di Classe: Riflessione Critiche sulla Riforma*, p. 964.

e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador".[39] Essas palavras não valem somente para o meio ambiente, mas para toda a legislação protetiva do direito material coletivo.

2.2 Legitimação por Substituição Processual do Grupo: Órgãos Públicos e Privados

> "Sostituzione processuale. (1) – Il soggetto privato dal raporto processuale non è sempre *necessariamente* il soggetto del rapporto sostanziale dedotto in lite. Come in diritto privato vi sono casi in cui alcuno è ammesso ad esercitare in nome proprio diritti altrui, così altri può stare in giudizio *in nome proprio per un diritto altrui (...) quantunque si producono qui alcuni effetti analoghi alla rappresentanza, di rappresentanza non si tratta, perchè il rappresentante processuale agisce in nome altrui, così che parte in causa è veramente il rappresentato (...) Ciò risolve molti dubbii della dottrina (...) la sentenza sull'azione populare (suppletiva) esclude ogni altra azione populare sullo stesso rapporto"*[40].

O Ministério Público no Brasil assumiu o principal papel na propositura de ações coletiva. Contudo, essas experiências não se limitam ao Ministério Público. Associações civis, pessoas jurídicas de direito público como União, Estados e Municípios e suas autarquias e fundações, Defensoria Pública e, no caso da ação popular, também o cidadão (Lei nº 4.717/1965), todas essas entidades/pessoas podem propor ações coletivas. Em todos os casos, o Ministério Público, quando não for autor, será órgão interveniente para a tutela do interesse público (*custos juris*, art. 178, CPC). A não intervenção do Ministério Público irá resultar na anulação do processo nos casos em que ele entenda que haja prejuízo (art. 279, § 1º e § 2º, CPC), conferindo um poder de agenda ao Ministério Público, justificado no princípio *pas de nullité sans grief*[41].

A característica da legitimação coletiva ampla, com um número grande de colegitimados, é, portanto, outra peculiaridade do processo coletivo brasileiro. Ela é inspirada na doutrina dos "*representantes*" (*rectius*: substitutos) ideológicos ("*ideological plaintiff as representative*")[42] do *Common Law*, mas adaptada aos institutos próprios do nosso direito,

---

[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial nº 650.728/SC. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 23 out. 2007. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF.

[40] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto `Processuale Civile*. Napoli: Jovane, 1965, p.596-598. O conceito de parte decorre do conceito de processo e de relação jurídica processual, em Chiovenda: "È parte colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) una attuazione di legge, e colui di fronte al quale essa è domandata" (Idem, p. 579). O conceito é presente em muitas jurisdições de *Civil Law, por exemplo*: CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé.* 10 ed. Paris: LexisNexis, 217, p. 319/320; BERIZONCE, Roberto; OTEIZA, Eduardo. *Civil Procedure in Argentina.* Frederick: Wolters Kluwer, 2021, p. 143 e ss. Contudo, nem todos ordenamentos fazem a extensão desse conceito às ações coletivas.

[41] Não há nulidade sem prejuízo, cf. ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*, p. 196 e ss.

[42] Examinando os *pros* e *contras* da legitimação do membro do grupo v. o *ideological plantiff* ver MULHERON, Raechel. *The Class Action: In Common Law Legal Systems. A Comparative Perspective*. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 303-305/308/309. O condutor ideológico do processo coletivo pode ser autorizado tanto

híbrido entre *Common Law* e *Civil Law*. Esta legitimação por substituição processual é autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva ou simples e, muito embora alguma divergência conceitual na doutrina, trata-se de espécie de substituição processual na qual o grupo (titular do direito) é substituído pelo legitimado coletivo previsto em lei (*ope legis*).

Progressivamente a legitimidade passou também a ser controlada judicialmente em concreto (*ope judicis*), os dois casos mais comuns são a adequada legitimação das associações em geral e a adequada legitimação do Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos disponíveis, para os quais os precedentes do Supremo Tribunal Federal exigem "relevância social"[43].

Na tradição brasileira, contudo, os indivíduos não receberam como em outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do italiano e do norte-americano, legitimação ampla. Uma das razões é a desconfiança do uso dos indivíduos membros do grupo como artifícios para servir a outros interesses, sejam eles econômicos ou políticos, gerando conflitos de interesses e não a tutela do grupo em si. Essa foi a razão pela qual não se conferiu na Lei da Ação Civil Pública a legitimação aos indivíduos, ainda que se tenha adotado a via da legitimação ampla, mista e plúrima.

Aqui também impõem-se uma distinção técnica relevante. Predomina no Brasil a ideia de legitimação ativa extraordinária por substituição processual, ou seja, a legitimação ativa nas

---

pelas técnicas da "representação" (comum no *common law* e baseada em outras premissas, uma vez que o *common law* não exige a presença de direitos subjetivos) como outras, a exemplo da predominante no Brasil que é a substituição processual. Reconhecendo o modelo brasileiro: JEULAND, Emmanuel. Class Action: Representation or Substitution? The ELI-UNIDROIT Project Example, hal-02129656, 2019; JEULAND, Emmanuel. Droit Processuel General. 4ª ed. LGDJ, 2018, p. 441.

[43] Para uma ampla revisão bibliográfica ver DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo.* 20ª ed. Vol. 4. São Paulo: JusPodivm, 2026 (Cap. 6. Legitimação *ad causam* nas ações coletivas). OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Substituição processual. São Paulo: RT, 1971. p. 135 e 172. Reforça esse posicionamento na conclusão (nº 11): "A expressão 'agir em nome próprio' deve ser devidamente interpretada, dentro de um plano estritamente formal. Significa fazer-se sujeito da relação processual, na qualidade de autor ou de réu; tal atitude, por parte do substituto, independe da existência ou não de um interesse seu pessoal (cf. nº 64)." (Idem, p. 175). Fundamental para a compreensão da história do instituto da substituição processual e a sua característica normativa o texto de GARBAGNATI, Edoardo. La Sostituzione Processuale. Nel Nuovo Codice di Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 1942. Mais recentemente, sobre o processo coletivo, demonstrando a especificidade do instituto no Civil Law em relação ao Common Law cf. JEULAND, Emmanuel. Class Action: Representation or Substitution? The ELI-UNIDROIT Project Example, hal-02129656, 2019 "Collective redress actions are substitutive actions since group members do not become parties. It is a matter of efficiency. If group members were to become parties to the procedural relationship, they would interfere with the litigation. However, technically, group members are parties to the substantive relationship since they are the defendant's creditors (...) Hermes Zaneti suggests that in the opt-in system, group members would have the choice between a representative action and a substitutive action, especially where a specific question that concerns the two of them6 is raised. It must be said that there may be different kinds of substitutive actions according to the (more or less distanced) relationship, between the substituted person and the substitute (4 of them in Brazil)", p. 13); JEULAND, Emmanuel. Droit processuel general. 4ª ed. LGDJ, 2018, p. 441. Os textos mostram o nascimento do instituto com Kohler (1886, com o termo *Processstandschaft*) e sua importação para a Itália com Chiovenda (1906, no *Principii di Diritto Processuale Civile*, com o termo *sostituzione processuale*), em um primeiro momento ainda atrelado ao direito material.

ações coletivas brasileiras é tutela de direito alheio, em nome próprio. A legislação prevê *ope legis* os critérios de legitimação, quer dizer, controle prévio e legislativo, sendo que apenas em alguns casos a jurisprudência decota esses critérios *ope iudicis,* controle posterior, judicial. Logo, a legitimação no Brasil *não é por representação*, como nos Estados Unidos da América do Norte, não se trata de *um membro do grupo que representa os demais* e nem mesmo de uma associação que os representa. O grupo é enxergado de forma autônoma da condução do processo em juízo pelo legitimado por substituição processual.

Por outro lado, é perceptível na América Latina o argumento da representação como argumento político, ressaltando o aspecto participativo nas ações coletivas. Contudo, essa não deve ser uma oposição necessária, já existe no Brasil a defesa de uma maior participação do grupo, inclusive com reconhecimento de situações em que o grupo é o legitimado ordinário, como no caso dos indígenas[44], mas não só, na doutrina se defende a possibilidade de verificar ao lado da adequada legitimação do condutor do processo coletivo, a adequada participação do grupo através de um membro do grupo que seja o representante do grupo, sem falar na própria aceitação de grupos menores atuarem mediante ações representativas[45]. Por fim, a evolução do modelo brasileiro caminha ainda no sentido de reconhecer ações coletivas passivas, nas quais o grupo está no polo passivo[46].

2.3 Coisa julgada *Secundum Eventum Litis*

Outro elemento característico das ações coletivas brasileiras é a coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*. Mas é preciso compreender bem essa questão, nem sempre

---

[44] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, p. 56 e 256, afirmando a legitimação ordinária das comunidades indígenas na defesa de seus direitos.

[45] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, p. 56/57, tomando de empréstimo a categoria de representante do grupo, desenvolvida por ZANETI, Graziela Argenta. *Da Autocomposição Adequada ao Acordo Justo nas Ações Coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 34/35. Para as ações representativas, tutela de direito alheio em nome alheio, ver a discussão no Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação e alcance do art. 5º, XXI, da CF/1988, respectivamente Temas 82 (STF, Pleno, RE n. 573.232, rel. Min. Ricardo Lewandowski, red. do acordão Min. Marco Aurelio, j. em 14.05.2014) e 499 (STF, Pleno, RE n. 612.043, rel. Min. Min. Marco Aurelio, j. em 10.05.2017) da Repercussão Geral no STF. Nos embargos de declaração ao último julgamento o Min. Marco Aurélio deixou clara a distinção entre a ação civil pública por substituição processual e as ações coletivas ordinárias, ou seja, as ações representativas (Embargos de Declaração no RE 612.043). O mesmo entendimento foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça: "as teses de repercussão geral resultadas do julgamento do RE 612.043/PR e do RE 573.232/SC têm seu alcance expressamente restringido às ações coletivas de rito ordinário, as quais tratam de interesses meramente individuais, sem índole coletiva, pois, nessas situações, o autor se limita a representar os titulares do direito controvertido, atuando na defesa de
interesses alheios e em nome alheio". STJ, 3a T., REsp n. 1.649.087/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 02.10.2018, DJe 04.10.2018.

[46] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo.* 20ª ed. Vol. 4. São Paulo: JusPodivm, 2026 (Cap. 15. Processo Coletivo Passivo).

muito clara. O que é efetivamente *secundum eventum litis* é a extensão subjetiva da coisa julgada, e não a formação da coisa julga em si. Forma-se a coisa julgada *pro et contra*, não se pode repropor ação coletiva (não importa o nome dado à ação) com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Porém, a ação coletiva julgada improcedente não prejudica os titulares dos direitos individuais, que poderão ajuizar suas ações ou continuar suas demandas individuais até o julgamento final (art. 103, CDC). Pelas mesmas razões, afirma-se que não há litispendência entre ação individual e ação coletiva (art. 104, CDC), ou seja, por não haver identidade entre a causa de pedir coletiva e a causa de pedir individual não ocorre litispendência, nem coisa julgada.

Essa formulação original representou sempre um dos aspectos mais críticos na doutrina brasileira e na crítica internacional sobre o nosso processo coletivo.[47] Isto porque a *class action opt out* se caracteriza pelo *binding effect*, pela vinculação *pro et contra* inclusive dos titulares de direitos individuais.

Hoje estas críticas perdem um pouco de sua força em razão do fato de algumas *estabilidades* novas no direito brasileiro permitirem que as questões que afetam à tutela coletiva e aos litígios de massa sejam fixadas com "força vinculante" para todos os demais casos tramitando ou ações futuras, técnicas como a prejudicialidade externa com suspensão das ações individuais para julgamento das ações coletivas, casos repetitivos nos quais o julgamento do caso-piloto afeta todos os demais casos individuais e coletivos pendentes e precedentes vinculantes criam essas novas estabilidades, como será examinado adiante.

2.4 Interesse Público Primário e Maior Amplitude da Cognição: Microssistema do Processo Coletivo

Além da legitimação, atipicidade e não-taxatividade, extensão subjetiva da coisa julgada *secundum eventum litis*, o processo coletivo brasileiro é caracterizado pela forte presença de *interesse público primário* e pela *maior amplitude da cognição*. Estes elementos devem ser compreendidos de maneira combinada.

O *interesse público primário* é o resultado das preocupações do legislador com a defesa dos interesses de toda a sociedade nos processos coletivos (evidentemente plúrimos e não

[47] Entre os mais notáveis críticos no direito brasileiro estão autores como GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 290 e ss.; GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos.* São Paulo: RT, 2007; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 374-380.

uniformes em uma democracia de direitos, como a brasileira) e desequilibra a relação processual em benefício da tutela coletiva[48].

A herança italiana ajuda a compreender um fenômeno normativo do processo coletivo brasileiro, a formação de um microssistema processual coletivo com diversas leis que se interpenetram e subsidiam, aplicando-se reciprocamente, graças à influência da doutrina de Natalino Irti[49] e por força da total ignorância do CPC/1973 em relação ao processo coletivo.

Existem uma série de exemplos da aplicação do microssistema do processo coletivo reconhecidos pela doutrina.

A título ilustrativo: a) a pessoa jurídica ré nas ações coletivas poderá contestar ou optar pelo polo ativo ou não-contestar a ação (despolarização da demanda ou intervenção móvel); b) a execução das sentenças coletivas em relação ao réu que receber do poder público poderá ser mediante desconto em folha (com exclusão da conhecida impenhorabilidade dos salários); a remessa necessária para o tribunal de apelação nas sentenças de improcedência do mérito e nas sentenças de extinção do processo sem resolução do mérito, até mesmo nas ações de improbidade administrativa;[50] d) a competência do local do dano;[51] e) o princípio da primazia do mérito no processo coletivo, que entre outras coisas determina, por exemplo, a sucessão processual, com chamamento de colegitimado ao invés da extinção do processo por ilegitimidade ativa[52].

Nos processos coletivos também resulta da primazia do julgamento de mérito uma preocupação com o julgamento com esgotamento das questões referentes à prova. Assim, as ações julgadas por insuficiência de provas poderão ser repropostas, desde que apresentada prova nova capaz de, por si só, alterar o resultado do julgamento. Este instituto é chamado de

---

[48] O conceito de interesse público primário resulta da influência italiana de ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 148-155, citado no Brasil por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003; DIDIER JR.; ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, vol. 4, p. 42, e pelos tribunais superiores (STF RE 393175/RS). Ligando a expansão do Ministério Público na atuação civil ao conceito de interesse público e social: VESCOVI, Enrique. Tareas del Ministerio Publico en el proceso civil. _In_: STORME, Marcel; CASMAN, Hélène (Ed.). *Towards a justice with a human face*. Dordrecht: Springer Science, 1978. No processo civil, o Ministério Público atua tecnicamente como uma "parte", mas uma parte *sui generis*: uma "parte imparcial" ou artificial, cujo interesse coincide com o da Justiça e da Lei. p. 459-494. Na doutrina canadense, mais recentemente, defendendo essa mesma noção de interesse público nas ações coletivas como um dever do juiz em assegurar a tutela adequada: KALAJDZIC, Jasminka. Self-Interest, Public Interest, and the Interests of the Absent Client: Legal ethics and Class Action Praxis. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 49, n º. 1, 2011, pp. 1-38.

[49] IRTI, *L'Età della Decodificazione Vent'Anni Dopo*, In.: IRTI, Natalino. L'Età della Decodificazione. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

[50] REsp 1447774/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 27/08/2018; REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/5/2009.

[51] CC 97.351/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 10/06/2009.

[52] REsp 1177453/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 30/09/2010,

coisa julgada *secundum eventum probationis* para afirmar que não é oponível a exceção de coisa julgada, quando possível a produção de prova que resulte em novo julgamento de mérito[53].

A maior amplitude da cognição é caraterizada pela existência de transporte *in utilibus*, ou seja, a sentença de procedência coletiva, na tutela de direitos difusos e de direitos coletivos em sentido estrito poderá ser executada pelos titulares de direitos individuais.

O microssistema serviu de escudo a um CPC individualista até 2015, que apenas se aplicava residualmente ao processo coletivo. O CPC/2015 mudou essa relação entre o processo coletivo brasileiro e o processo individual, a relação entre CPC e microssistema deixou de ser residual e passou a ser direta, como será examinado a seguir.

3. PROCESSO COLETIVO NO BRASIL: DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AOS CASOS REPETITIVOS

O que caracteriza, do ponto de vista dogmático, o sucesso do processo coletivo brasileiro é a flexibilidade e a adaptação.

O CPC previu expressamente a existência do processo coletivo, muito embora não tenha trazido um tópico próprio sobre o tema.

Assim, a partir do Código, todo o processo brasileiro será iluminado pelas normas fundamentais do processo, previstas já na novíssima Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015 (doze primeiros artigos), mas espalhadas igualmente ao longo de todo o texto. Todas as normas fundamentais ali descritas aplicam-se integralmente aos processos coletivos, bem como aplica-se ao processo coletivo uma série de outras normas espalhadas pelo CPC. Como consequência, pode ser dito que, atualmente, o Código de Processo Civil de 2015 incide *diretamente* no microssistema do processo coletivo.

Existem vários exemplos dessa aplicação, mas chamam atenção a referência às ações coletivas no art. 139, X, que trata dever de comunicação aos colegitimados da existência de ações individuais com potencial para coletivização, e nos artigos que tratam da suspensão ou sobrestamento ou da aplicação da tese firmada nos casos repetitivos às ações coletivas.

Portanto, o processo coletivo brasileiro atual é gênero de duas espécies, pelo menos: a) as ações coletivas, que descrevemos no tópico anterior, das quais o principal exemplo é a

[53] É preciso destacar que muito embora a lei seja clara em relação aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, não há a mesma clareza em relação aos direitos individuais homogêneos. Para estes não há previsão expressa de coisa julgada *secundum eventum probationis*. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a regra não se aplica nestes casos (REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 9/12/2015, DJe 1°/2/2016).

chamada ação civil pública; e, b) os casos repetitivos, de que são exemplos o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

Estes *casos repetitivos* são uma espécie de agregação de litígios, na qual ações são suspensas para tramitação de um incidente de resolução de demandas repetitivas no tribunal de apelação, ou para julgamento de um recurso especial ou extraordinário repetitivo em questões de direito material ou processual (art. 928, CPC). A inspiração dessa nova espécie pode ser buscada no *Musterverfahren* (KapMuG, *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*), como expressamente mencionada na exposição de motivo pelos relatores do anteprojeto do CPC/2015, no *Pilotverfahren*, na *Group Litigation Order* (GLO) e na *Multisdistrict Litigation* (MDL).

Ações coletivas e casos repetitivos convergem por trazerem uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva que diz respeito a um grupo de pessoas.

A doutrina tem defendido que o grupo é formado *opt out* nas ações coletivas, incluindo todos que estão na mesma situação, sem exigir nenhum comportamento ativo; e que o grupo é formado *opt in* nos casos repetitivos, exigindo-se que efetivamente tenha ocorrido o ajuizamento de uma ação por parte dos indivíduos[54].

Muito embora o uso dessa classificação tenha outra tradição, conhecida e utilizada pela doutrina internacional, é necessário alterá-la para melhor tratar a questão na dogmática brasileira.[55] A tradicional classificação internacional diz respeito à vinculatividade da coisa julgada. Parte da doutrina brasileira inverte a classificação para objetivar não o final (a estabilidade da decisão), mas sim o início (a formação do grupo), e, dessa formação, extrair algumas consequências.

A utilização das expressões *opt in* e *opt out* é comum na economia e na medicina, não existe uma forma natural ou correta, podendo ser a classificação feita por estipulação[56].

Percebe-se, então, a necessidade de combinar os métodos de tutela coletiva para que não ocorra uma ultrapassagem dos fins do processo, assim entendidos, como a garantia da tutela

---

[54] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Las Acciones Colectivas y el Enjuiciamento de Casos Repetitivos: dos Tipos de Proceso Colectivo en el Derecho Brasileño, *International Journal of Procedural Law*, Cambridge: Intersentia, vol. 7, pp. 266/275, 2017/02.

[55] Note-se, ademais, uma sensível tendência na doutrina para propor modelos mistos de classificação *opt in* e *opt out*. Entre eles VOET, Stefaan. 'Where the wild things are': reflections on state and future of European collective redress. In: KEIRSE, Anne L. M.; LOOS, Marco B. M. (eds.). Waves in contract and liability law in three decades of Ius Commune. Cambridge: Intersentia, 2017. Este parece ser o sentido que irão tomar as *model rules* pensadas para a Europa pelo ELI/UNIDROIT.

[56] Ver, por exemplo, os debates em THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving Decisions about Health, Walth, and Happiness.* New York: Penguin Books, 2008; ROTH, Alvin. *Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design*. New York: Mariner Books, 2016.

das pessoas e dos direitos de maneira adequada, efetiva e tempestiva, mediante o processo justo que possa tratar o conflito.

Nos processos coletivos, em especial, não será justo o processo que, ao compor a litigância de massa, não apresente uma solução dos conflitos *para além das pretensões individuais*[57].

A estrutura do processo justo coletivo deve permitir garantias processuais mínimas: a) representatividade das partes interessadas (*stakeholders* - na maior parte dos casos pessoas ou grupos ausentes do processo, na expressão em inglês: *absent members*); b) direito de influência dos representantes adequados do grupo e o dever de debates por parte do julgador em relação aos fundamentos de fato e de direito debatidos no caso, inclusive com a participação de grupos de interesse através de *amici curiae* ou audiências públicas para o reforço da representatividade argumentativa; c) que o resultado seja efetivo para compor/tratar o conflito coletivo para além das pretensões individuais.

Por essas razões, é preciso pensar o equilíbrio entre as diversas modalidades de tutela coletiva disponíveis[58].

Por isso, pode-se afirmar que é "possível, inclusive, criar uma diretriz para o incidente de resolução de demandas repetitivas (...) a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, enquanto não estiver no Tribunal, seria fato impeditivo da instauração do incidente; a pendência da ação coletiva deveria levar à suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais"[59].

No Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que "*ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no*

---

[57] A preocupação está clara, por exemplo, no contexto da litigância estratégica para a qual o fator de diferenciação entre processos individuais e litigância estratégica reside no impacto causado. Perceba-se que nos casos de litigância estratégica, como o foco é no conflito, o resultado pode ser medido de diversas maneiras, seja obtendo-se a procedência ou não da demanda, os resultados não se consideram bons ou ruins em abstrato e pode muitas vezes ser inclusive um resultado que apresente aspectos positivos e negativos ao mesmo tempo, DUFFY, Helen. *Strategic Human Rights Litigation. Understanding and Maximising Impact.* Oxford/New York: Hart, 2018.

[58] Um exemplo dessa preocupação está refletido na lição da doutrina sobre a relação entre as ações coletivas e os casos repetitivos. "Além disso, no caso de serem distintos os objetos da ação coletiva e do incidente de julgamento de casos repetitivos – o que poderá ocorrer com frequência quando o julgamento de casos repetitivos tiver por objeto questão processual –, havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do § 6º do art. 1.036 do CPC)." No mesmo sentido o enunciado n. 615, FPPC: "Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo § 6º". Isso resulta da aplicação do devido processo legal coletivo, da noção de processo justo coletivo. Há, assim, uma *diretriz normativa no sentido de priorizar a tutela coletiva por ação coletiva*. Essa opção revela-se com alguma clareza do art. 139, X, CPC: diante de casos repetitivas, é dever do juiz comunicar o fato aos legitimados, para que verifiquem a viabilidade do ajuizamento de uma ação coletiva. Perceba: constatando a repetição, o órgão julgador tem o *dever* de informar para fim de instauração da ação coletiva." DIDIER JR.; ZANETI JR, *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*, p. 101/105.

[59] DIDIER JR.; ZANETI JR, Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, p. 101/105.

aguardo do julgamento da ação coletiva". Na ação, que discutia expurgos inflacionários e direito do consumidor diante da conduta dos bancos, foi reconhecida a "prejudicialidade" (art. 313, V, a), por analogia, para entender que a sentença de mérito nos processos individuais "dependeria" do julgamento da causa coletiva com o fim de evitar as decisões contraditórias e atingir o que se consideram os objetivos gerais da justiça civil contemporânea, a responsabilidade conjunta e compartilhada pela solução justa, eficiente, célere e proporcional das disputas cíveis[60].

Casos repetitivos, *case management* e precedentes ainda têm uma possível combinação para resolver um dos problemas levantados pela doutrina brasileira em relação ao modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*.

Como vimos acima, a coisa julgada nos processos coletivos rigorosamente somente atinge os titulares de direitos individuais para beneficiá-los. Há, portanto, uma extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais. A doutrina aponta que, em razão disto, há uma falta de seriedade na ação coletiva brasileira e a exposição dos réus a um duplo risco, apesar de terem vencido no processo individual ainda assim estarão submetidos a novas ações individuais. Milhares de ações individuais podem ser propostos gerando igualmente decisões contraditórias e insegurança jurídica. A opção do Código de Defesa do Consumidor é clara, embora existam estes riscos a ação coletiva e a ação individual não se confundem, não induzem litispendência e a coisa julgada coletiva não afeta, na improcedência, a ação individual.

Há, contudo, o surgimento de três novas estabilidades: a) a vinculação à tese no julgamento de casos repetitivos; b) os precedentes normativos formalmente vinculantes; c) a prejudicialidade das ações coletivas em relação às ações individuais nas "macrolides geradoras de litígios multitudinários".

As duas primeiras decorrem de uma análise da dogmática do CPC:

a) Primeiro, pelo advento dos *casos repetitivos*, técnica de julgamento e gestão de litígios agregados, que possibilita a *suspensão* de todas as ações individuais e coletivas para a aplicação da tese jurídica formada, seja ela favorável, seja ela

[60] REsp. n. 1.110.549-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28.10.2009. A decisão é uma hipótese clara de *case management* por força de formação de precedente judicial, tendo sido reiteradamente aplicada pelos tribunais (REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013), Impede decisões contraditórias, facilita a gestão dos processos e resulta em economia processual. No litígio originário do precedente as ações individuais foram julgadas procedentes e convertidas de ações de conhecimento em processos de liquidação e execução (REsp 1189679/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 17/12/2010).

contrária ao litigante individual (arts. 985, I e 1.040, III, CPC) uma vez julgada a tese ele se aplicará a todos os processos que estejam tramitando;

b) Segundo, por força dos *precedentes normativos formalmente vinculantes*.[61] Assim, mesmo quando não se tratar de um caso repetitivo, o caso julgado, na ação coletiva, poderá formar um precedente, vinculando a todos aqueles que tenham tese semelhante (arts. 926 e 927, CPC);

O último caso é uma construção judicial do Superior Tribunal de Justiça. O STJ por analogia estendeu os efeitos da regra da prejudicialidade para os processos coletivos em relação aos processos individuais gerados a partir do mesmo macrolitígio.

c) Terceiro, mas não menos importante, por força de uma *decisão em recurso especial repetitivo*, que garante a unidade do direito no Superior Tribunal de Justiça (STJ),[62] na qual se firmou entendimento que permite a suspensão de todas as ações individuais relacionadas por prejudicialidade com a ação coletiva (art. 313, V, a, questões de fato ou de direito), após o julgamento essas ações individuais, caso procedentes ou parcialmente procedentes, poderão ser convertidas em liquidação e execução, caso improcedente a ação coletiva a prejudicialidade afetará igualmente a ação individual.

Evidentemente existem uma série de situações em que essas estabilidades não afetarão o julgamento do mérito da demanda individual, mas diferentemente do regime das ações coletivas as estabilidades aqui citadas poderão sim afetar o julgamento da ação individual negativamente.

Esses apontamentos sobre a coisa julgada são uma novidade da técnica processual recente que gostaria de ressaltar para mostrar como o Código de Processo Civil de 2015 está sendo aplicado diretamente ao processo coletivo.

---

[61] ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes.* 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

[62] Nos termos do Tema 60: "Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva." REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009. O tema já foi aplicado em outras situações (REsp 1353801/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013) e o STJ já definiu que após a decisão coletiva os processos de conhecimento individuais que estiverem suspensos poderão ser convertidos de ofício em liquidação e cumprimento de sentença.

4. EVIDÊNCIAS DO CNJ E CNMP: OS DADOS DAS AÇÕES COLETIVAS REVISITADOS

Temos um número expressivo de ações coletivas ajuizadas sobre as mais diversas matérias. Em uma pesquisa anterior, como tínhamos dificuldade de acesso, encontrávamos em nossos sistemas de acompanhamento de processos judiciais pelos termos "ação civil pública", "processo coletivo" e "ação de improbidade administrativa" números muito elevados. Em 2018, somente no Superior Tribunal de Justiça, o equivalente a Corte de Cassação Italiana, tínhamos 18.881 decisões para o termo "ação civil pública", e 1.929 decisões para o termo "processo coletivo"[63].

Em uma análise mais recente, dados do Painel de Ações Coletivas (CACOL) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelam que, em 2025, foram julgadas 123.213 ações coletivas, sendo 64.350 decisões para ações civis públicas.[64] Diferentemente do levantamento anterior, de 2018, os dados atuais abrangem todos os tribunais e órgãos de primeiro grau, abrangendo a totalidade do sistema de justiça. Explorar os dados no Painel CACOL permite uma série de avanços na compreensão do sistema[65].

Esses dados são exemplificativos de que a tutela coletiva não é somente possível, ou seja, que a regulação normativa está madura para se *admitirem ações coletivas*, mas também que *as ações coletivas são um veículo muito utilizado na prática* e alcançam *julgamentos de mérito*. O número de ações admitidas e julgadas é, portanto, um indicador de resultado positivo.

---

[63] ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção?. *Civil Procedure Review*, vol. 10, n. 2, pp. 11-40, maio-ago., 2019.

[64] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Painel de Ações Coletivas. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-cacol/. Acesso em: 27 mar. 2026. Os dados podem ser imprecisos, uma vez que incluem a presença de expressões utilizadas na pesquisa, podendo registrar mais de uma vez o mesmo processo conforme a existência de mais de um recurso na mesma demanda, todavia é relevante observar que nem todas as ações coletivas terminam com sentença ou mesmo chegam ao Superior Tribunal de Justiça. Portanto, mesmo que impreciso os dados comprovam o volume das ações coletivas no Brasil. Problemas de metodologia semelhantes já foram apontados em outras pesquisas, como MENDES, Conrado Hubner *et all*. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva.* Brasília: CNJ, 2018. A pesquisa na União Europeia resultou em números infinitamente menores de ações ajuizadas, HODGES; VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, p. 284/285.

[65] A metodologia e os dados do CNJ/CNMP devem permanecer em contínuo escrutínio, sem dúvida é um avanço termos os dados, mas isso não exime o pesquisador de questionar métricas, indicadores e corrigir os rumos, evitando caminhos equivocados e conclusões falaciosas com base nas estatísticas. Para a analise propositiva ver GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A razoável duração das ações civis públicas e as estatísticas do CNJ. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 40 anos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 71-83. O texto aponta a falha do relatório Justiça em Números pela ausência de previsão de capítulo sobre as demandas coletivas e abre uma agenda extremamente relevante para o processo coletivo, criticando alguns problemas com os dados do CNJ e propondo a integração entre estatística judicial, políticas públicas, teoria do processo. Você só pode gerenciar o que consegue medir, diz o famoso ditado. Gravonski propõe, com acerto, uma estratégia inovadora de combinação entre a análise empírica do direito e a governança judicial baseada em evidências.

Temos ainda outras pesquisas que apresentam resultados conflitantes, mas que precisam ser mencionadas. A exemplo da comparação entre o *Relatório Ações Coletivas*, do CNJ (RAC)[66] e o relatório "Ministério Público: Um Retrato"[67], a partir das informações resultantes dos diversos ramos do Ministério Público no ano de 2017[68].

Ambos necessitam ser lidos criticamente, e a própria transição entre eles exemplifica um desafio recorrente na análise de dados do Judiciário brasileiro: a descontinuidade de metodologias e formas de compilação, que dificulta a criação de séries históricas consistentes.

O RAC era criticado por ser uma pesquisa aleatória realizadas por robôs (*crawlers*) e cruzada com entrevistas à juízes (*survey*), essa metodologia deixava muito a desejar[69]. O relatório do CNMP podia ser criticado em razão da alimentação dos dados ser realizada pelas diversas promotorias e procuradorias de justiça espalhadas pelo país, sendo uma experiência baseada na taxonomia unificada do CNMP/CNJ, ainda não plenamente conhecida, além da possibilidade de que ocorra uma sobreposição de informações e erros humanos de alimentação. Visto que alguns procedimentos podem ter sido cadastrados em mais de um assunto. Embora tenha sido desenvolvida a alternativa do Painel de Ações Coletivas (CACOL) em 2020, uma plataforma mais robusta, a comparação direta é prejudicada, pois o CACOL opera com outros filtros e categorias, que não correspondem em simetria aos do Painel "Ministério Público: Um Retrato."

O RAC (Relatório do Conselho Nacional de Justiça) foi elaborado por acadêmicos, não especialistas na matéria processual e sem experiência prática com ações coletivas. A iniciativa era louvável, mas vejamos as conclusões alcançadas. Em um breve resumo, as críticas do Relatório Ações Coletivas aos processos coletivos brasileiros apontam uma discrepância no número de ações civis públicas, afirmando que as ações na área de saúde muitas vezes são individuais e não coletivas e que haveria um desvirtuamento dessas ações pelo próprio Ministério Público que ao invés de buscar soluções estruturais com alcance social estaria privilegiando as ações individuais, inclusive pelos juízes pensarem ser essas ações as mais efetivas.

---

[66] MENDES, Conrado Hubner *et al*. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. Brasília: CNJ, 2018.

[67] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público: um retrato – 2018. Brasília: CNMP, 2018. Atualmente os dados são fornecidos por um BI, que será analisado abaixo.

[68] Deve-se notar que, posteriormente, o CNJ descontinuou o formato de relatório estático e implementou o Painel de Ações Coletivas (CACOL), uma plataforma dinâmica, de fluxo contínuo, com metodologia de coleta de dados diretamente dos tribunais.

[69] Para uma crítica ampla a metodologia utilizada na pesquisa consultar VITORELLI, Edilson; ZANETI JR., Hermes. *O futuro do processo coletivo: considerações sobre o relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça*.

A mesma pesquisa afirmava, sem comprovar, que algumas ações coletivas seriam malsucedidas por dificuldades estruturais, por exemplo, as ações ambientais não teriam resultados positivos por ocorrerem deficiências na produção da prova pericial necessária aos julgamentos, muito custosa e de difícil produção, bem como, nas ações de combate a corrupção, as dificuldades de se provar o dolo nas condutas dos agentes públicos ímprobos.

Todas essas afirmações e dados podem ser contestados do ponto de vista da metodologia utilizada. Podemos apontar que a pesquisa utilizou robôs ineficientes para as buscas, incapazes de acessar, por exemplo, as diversas e conhecidas decisões em ações coletivas do Superior Tribunal de Justiça em matéria ambiental.

O número de decisões do STJ é muito grande, tanto em questões processuais, como em questões de direito material ambiental, e várias delas resultaram em decisões *pro ambiente.* Outro aspecto é que a pesquisa também não foi eficiente para coletar o perfil dos magistrados, quer pela redação tendenciosa das perguntas na *survey*, quer pelos problemas de amostra. Um exemplo é revelador deste problema, apenas 1 dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal à época respondeu ao questionário, o que é insuficiente para afirmar como pensa o Tribunal. Os resultados, justamente em razão destes problemas na coleta de dados, não são concludentes e aparecem claramente enviesados[70].

Por outro lado, os dados do CNMP no relatório "Ministério Público: Um Retrato", obtidos a partir das tabelas taxonômicas, informam que entre os anos de 2019 e de 2024, o Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e o Ministério Público Federal elaboraram, conjuntamente, mais de 93 mil petições iniciais, bem como instauraram 563.912 procedimentos preparatórios e inquéritos civis públicos. Vale ressaltar que o Ministério Público como um todo, no mesmo período, firmou mais de 35 mil termos de ajustamento de conduta em matéria coletiva, além do fato de que foram finalizados 534.140 procedimentos preparatórios e inquéritos civis públicos neste período[71].

---

[70] As pesquisas recentes em psicologia comportamental identificaram uma série de posturas enviesadas como a heurística da disponibilidade (*availability heuristic*), que podem ser aqui implicadas na pesquisa em análise. Tendemos a avaliar com atalhos mentais e prever a frequência de um evento a partir de exemplos que mais facilmente são acessíveis a nossa mente. Essa forma de heurística pode resultar no viés de confirmação (*confirmation bias)* que trata exatamente do fenômeno de validar resultados em conformidade com aquilo que já se pensava desde o início. Assim facilmente superestimamos a probabilidade de um evento e damos peso excessivo a achados em uma pesquisa em razão da nossa atenção estar concentrada em determinado resultado, esperarmos a confirmação de nossas pré-compreensões ou, simplesmente, por conforto cognitivo. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar, duas formas de pensar.* p. 130/131. Resultado das pesquisas com Amos Tversky, TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: a heuristic for judging frequency and probility. *Cognitive Psychology* 5 (1973): 207-32.

[71] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Ministério Público: Um Retrato. Brasília, DF: CNMP, 2019. Disponível em: https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/MPumRetrato-2021/AtuaoFuncional-MPEs. Acesso em: 27 mar. 2026.

Matérias como combate a corrupção, meio ambiente, proteção do patrimônio público, infância e juventude, saúde e educação, são prioridades da sociedade e do Ministério Público. Note-se que ao final da investigação ministerial existem três hipóteses: a) arquivar, poderá arquivar o procedimento se entender que as questões estão resolvidas ou que não ocorreu lesão; b) acordar, realizar acordos, geralmente denominados de compromissos de ajustamento de conduta, para o adimplemento (pelos particulares ou pelo Poder Público) das obrigações determinadas em lei; c) judicializar, promovendo a ação civil pública.

O total de investigações, conclusões e acordos mostra a dimensão da tutela coletiva no Brasil e da atuação do Ministério Público brasileiro na área dos processos coletivos.

Conforme a tabela abaixo, o Ministério Público Federal (MPF) e os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal (MPE e MPDFT) atuaram prioritariamente nas seguintes áreas entre os anos de 2019 e de 2024[72]:

Tema	**Quantidade de procedimentos preparatórios e inquéritos civis entre 2019 e 2024**
Improbidade administrativa	103.023 (MPE e MPDFT) e 16.111 (MPF)
Meio ambiente	119.651 (MPE e MPDFT) e 7.198 (MPF)
Direito da criança e do adolescente	20.591 (MPE e MPDFT) e 648 (MPF)
Saúde	23.636 (MPE e MPDFT) e 4.124 (MPF)
Direito do consumidor	31.996 (MPE e MPDFT) e 1.950 (MPF)
Ordem urbanística	31.680 (MPE e MPDFT) e 120 (MPF)
Educação	11.524 (MPE e MPDFT) e 3.806 (MPF)
Pessoa idosa	8.072 (MPE e MPDFT) e 722 (MPF)
Pessoa com deficiência	4.661 (MPE e MPDFT) e 555 (MPF)
Subtotal MPE e MPDFT	354.834
Subtotal MPF	35.354
Total	390.188

Tema	**Quantidade de procedimentos administrativo entre 2019 e 2024**
Improbidade administrativa	24.140 (MPE e MPDFT) e 1.933 (MPF)
Meio ambiente	68.524 (MPE e MPDFT) e 2.385 (MPF)
Direito da criança e do adolescente	295.438 (MPE e MPDFT) e 363 (MPF)
Saúde	128.133 (MPE e MPDFT) e 1.266 (MPF)
Direito do consumidor	44.294 (MPE e MPDFT) e 275 (MPF)

[72] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). Ministério Público: Um Retrato. Brasília, DF: CNMP, 2019. Disponível em: https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/MPumRetrato-2021/AtuaoFuncional-MPEs. Acesso em: 27 mar. 2026.

Ordem urbanística	17.670 (MPE e MPDFT) e 31 (MPF)
Educação	57.551 (MPE e MPDFT) e 619 (MPF)
Pessoa idosa	116.998 (MPE e MPDFT) e 187 (MPF)
Pessoa com deficiência	33.572 (MPE e MPDFT) e 96 (MPF)
Acompanhamento de ANPC	3.985 (MPE e MPDFT) 21 (MPF)
Subtotal MPE e MPDFT	790.305
Subtotal MPF	7.176
Total	797.481

Ademais, também vale ressaltar o trabalho do Ministério Público através dos dados disponibilizados pelo CACOL do CNJ por meio do seguinte *ranking*, por assunto, na série histórica dos ajuizamentos de Inquéritos Civis Públicos (ICP) e Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) no período de 01/2020 a 01/2026[73]:

Assunto	Total de Procedimentos
Improbidade Administrativa	81.234
Violação aos Princípios Administrativos	68.510
Meio Ambiente	59.614
Flora	36.376
Dano ao Erário	33.129
Saúde	25.843
Direito Administrativo	22.083
Poluição	21.072
Ordem Urbanística	18.811
Dano Ambiental	15.517
Gestão Ambiental	15.136
Área de Preservação Permanente	12.049
Direito do Consumidor	12.027

Os dados comprovam que há uma forte atuação dos Ministérios Públicos na tutela coletiva, o que, em um país de dimensões continentais, tem números realmente impressionantes do ponto de vista quantitativo. A experiência prática mostra que essas tutelas têm alterado, em concreto, a vida das pessoas.

Alguns exemplos.

O STJ entende que a sentença proferida em ação civil pública que trate de direitos individuais homogêneos, inclusive no caso de fornecimento de medicamentos, possui efeito

[73] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Painel de Ações Coletivas. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-cacol/. Acesso em: 27 mar. 2026.

erga omnes e beneficia todos os pacientes que comprovem o enquadramento nas condições estabelecidas na decisão[74]. Entende ainda que é possível o controle de constitucionalidade difuso para afastar a norma inconstitucional no caso concreto mediante ações civis públicas[75]. Por outro lado, cabe aprofundar as soluções de justiça multiportas. Quanto ao aspecto efetividade, há de se acrescentar uma consideração de ordem prática: o Brasil prevê no CPC o dever de estímulo à autocomposição (art. 3, § 3º, CPC)[76]. No processo coletivo, é possível realizar o compromisso de ajustamento de conduta com as exigências legais e muitos dos casos são resolvidos extrajudicialmente[77].

Há nestes casos um reforço da BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*).[78] O Ministério Público e as partes que enfrentam uma negociação em processo coletivo sabem que, se não houver a busca pela identificação de interesses comuns e o atendimento às exigências legais, a questão será encaminhada para o litígio, muitas vezes com obtenção de tutela de urgência.

Qualquer um que tem alguma experiência em litigância civil sabe que só existem acordos e somente se pode falar de autocomposição quando a via judicial representa uma

---

[74] Julgados: AgInt no REsp 1946231/SC, Rel. Min. PAULO SÉRGIO DOMINGUES, PRIMEIRA TURMA, DJe 29/02/2024; ; AgInt no REsp 1377135/SC, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/05/2022; ; AgInt no REsp 1549608/SC, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 22/11/2017; ; AgInt no REsp 1378579/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/05/2017; AREsp 2974880/MS (decisão monocrática), Rel. Min. TEODORO SILVA SANTOS, Segunda Turma, publicado em 03/10/2025; REsp 1908355/SC (decisão monocrática), Rel. Min. AFRÂNIO VILELA, Segunda Turma, publicado em 05/08/2025.

[75] Julgados: REsp 2144761/MG, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEGUNDA TURMA, DJEN 15/12/2025; ; AgInt no REsp 2120720/MG, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJEN 27/11/2025; ; AgInt no AREsp 2615977/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEGUNDA TURMA, DJEN 15/09/2025; ; REsp 1997744/TO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE,SEGUNDA TURMA, DJEN 02/07/2025; ; AgInt no REsp 1848418/RS, Rel. Min. AFRÂNIO VILELA, SEGUNDA TURMA, DJEN 03/06/2025; ; AREsp 2300223/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 09/06/2023.

[76] Sobre o impacto do tema no direito brasileiro, entre muitos, ver a coletânea ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Justiça Multiportas*. 3ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2023.

[77] O compromisso de ajustamento de conduta pode ser realizado por órgão público e é regulado pelo art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/1985 (LACP) e, atualmente, pela Resolução CNMP nº 179/2017. Sobre os acordos na tutela coletiva ver: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Adequada em Litígios Complexos: A Autocomposição e os Direitos Coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Justiça Multiportas*. 3ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2023, p. 161-188; ZANETI, Graziela Argenta. Da Autocomposição Adequada ao Acordo Justo nas Ações Coletivas. São Paulo: Marcial Pons, 2024. A tendência é mundial. SILVESTRI, Elisabetta. Class Actions in Italy. In: HARSÀGI, Viktória; VAN RHEE, C. H. (eds.). *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 200.

[78] A judicialização tem sido mencionada como uma alternativa para a inocorrência de acordos em questões complexas. A judicialização, por outro lado, também acarreta uma objetivação do conflito e um delineamento do conflito de maneira mais precisa, com a impossibilidade de alternativa após o ajuizamento da ação de retirada das negociações, ou seja, elimina o BATNA referente à saída da mesa de negociações. Caso não seja possível a negociação, após o ajuizamento da ação, a alternativa passa a ser a decisão adjudicada. PIGMAN, Geoffrey Allen. Judicialization: The Third Transformation. In.: *Trade Diplomacy Trasformed*. London: Palgrave Macmillam, 2016, p. 187/215.

ameaça concreta de decisão contrária aos interesses do réu. A experiência mostra que, quando concedida a tutela provisória em uma ação coletiva, facilita-se muito a composição. Isso ocorre por estarem presentes elementos não só psicológicos, mas também jurídicos, pois já existe a indicação de que o juízo está propenso a reconhecer o direito de forma definitiva (*fumus boni iuris*).

Assim, a autocomposição tem crescido muito, mesmo os processos judiciais se encerram, muitas vezes, por autocomposição, facilitando a efetividade pela tendencial ausência de impugnações e execuções e reduzindo o prazo de tramitação dos processos cíveis.

É ainda muito maior o número de termos de ajustamento de conduta efetivados mesmo antes do ajuizamento da ação[79]. Os dados atuais são muito impactantes dessa realidade.

Segundo o CACOL o total de procedimentos na série histórica entre 2020 e 2026 tramitados pelo Ministério Público foi de 1.742.558, resultando em 597.525 arquivamentos e 262.147 compromissos de ajustamento de conduta[80].

Comparados aos percentuais de acordos individuais, por incrível que possa parecer, os resultados dos acordos coletivos são mais promissores.

5. CONCLUSÕES

A combinação de técnicas coletivas é a melhor solução para o avanço da proteção coletiva dos direitos. Essa conclusão serve para qualquer ordenamento, mas especialmente para o brasileiro, caracterizado pela hibridização de técnicas a partir do CPC 2015: case management, negócios processuais, cooperação judicial interna e os princípios da primazia do julgamento de mérito, do estímulo às soluções consensuais e à cooperação como cláusulas gerais processuais, que indicam fortemente esse sentido.

A junção das ações coletivas e dos litígios agregados é possível e já prevista no CPC, mas deverá sempre privilegiar as demandas coletivas e os acordos coletivos quando a mesma questão disser respeito à distintas demandas individuais e, ao mesmo tempo, a proteção de direitos coletivos *lato sensu*.

---

[79] Na pesquisa "Ministério Público: Um Retrato", citada acima, foram registrados mais de 12 mil compromissos de ajustamento de conduta firmados antes do ajuizamento da ação no ano de 2017, nas mais diversas materias. O site consumidor vencedor, ligado ao Ministério Público, existente nas diversas unidades da federação e na esfera federal, notícia mais de 4.000 ocorrências de termos de ajustamento de conduta em matéria do consumidor, muitas com alcance nacional. Para as mais de 2.000 decisões e termos de ajustamento de conduta nacionais em benefício dos consumidores brasileiros, cf. http://rj.consumidorvencedor.mp.br/pesquisa-nacional.

[80] https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-cacol/, acesso em 27.03.2026.

Estudos empíricos em desenvolvimento e a contínua crítica aos resultados obtidos por meio desses estudos permitirão uma melhor gestão dos processos coletivos.

O cruzamento entre novas técnicas jurídicas previstas pelo Código de Processo Civil e estes estudos empíricos pode permitir avanços substanciais na tutela coletiva.

Algumas novidades não puderam ser enfrentadas aqui, mas merecem menção expressa, a complexidade da gestão processual que envolve os conflitos coletivos e inovações como o direito processual dos desastres e os processos estruturais exigem uma revisitação da teoria dos litígios coletivos.

A próxima geração de processos coletivos requer maior atenção na resolução do conflito, com a participação mais intensa de órgãos públicos de controle (órgãos reguladores e *Ombudsmen*), o estímulo à autocomposição, a descentralização do cumprimento de decisões judiciais (com a criação de *claims resolution facilities* – entidades de infraestrutura específica) e a ativação de Poder Judiciário como instituição de garantia para a tutela dos direitos e efetiva resolução dos conflitos.

Para gerir bem esses casos complexos é necessário mergulhar na análise empírica. Através dos dados providenciar no melhor gerenciamento dos casos coletivos, acompanhando seus resultados da fase investigatória até a efetiva satisfação. A capacidade das demandas coletivas de reduzirem demandas individuais, modificarem o comportamento de litigantes habituais (especialmente os réus) e a difusão de boas práticas que resultem em uma maior aderência a proporcionalidade processual, com resultados mais econômicos, rápidos e justos, dependerá igualmente do uso de novas tecnologias, incluída a inteligência artificial.

Novas fronteiras como a ampliação da participação direta dos membros do grupo e a busca ativa por um representante do grupo que atue como ponte entre os interesses do grupo e a atuação do condutor do processo coletivo são imprescindíveis para ampliar a legitimidade das decisões e acordos nessas demandas.

Estamos muito longe de uma tutela coletiva perfeita, mas já avançamos muito. Existe ainda um longo caminho a trilhar, mas os primeiros passos já foram dados. A exigência de tutela somente pode ser satisfeita quando há uma estrutura processual mínima que permita ser veiculada a demanda, os números brasileiros do processo coletivo já provam que ultrapassamos essa fase.

Os números mostram inclusive que estamos avançando na resolução judicial e extrajudicial desses conflitos, com uma redução significativa de demandas pendentes entre 2018 e 2026. Pelos dados do CACOL, enquanto a maioria dos sistemas de justiça no mundo amplia suas demandas anuais, no Brasil, as demandas coletivas reduziram quantitativamente,

concluindo mais demandas do que as demandas novas que entram no sistema. Agora é preciso continuar e, sem sair da trilha, buscando soluções mais céleres, baratas e acima de tudo justas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. Revista de Processo Comparado, v. 2, jul./dez. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 524-6.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa.* São Paulo: Malheiros, 2001.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de Infraestrutura Específica para a Resolução de Conflitos Coletivos: As Claim Resolution Facilities e a sua Aplicabilidade ao Brasil. Revista de Processo. Vol. 287, p. 445-483, jan/2019.

CAPPELLETTI, Mauro. Acceso a la justicia – programa de acción reformadora y nuevo método de pensamiento. Trad. Silvia Virgínia Leo Vidaña. Boletín mexicano de derecho comparado: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Serie, Año XVI, n. 48, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi coletivi o diffusi. In: Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: CEDAM, 1976.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo, v. 2, n. 5, São Paulo, jan.-mar./1977.

CARVALHO, Delton Winter de. Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica. Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental. São Paulo: RT, 2015.

CHIARLONI, Sergio. Il nuovo articolo 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva? Analisi Giuridica dell' Economia, vol. 1, 2008.

CHIARLONI, Sergio. Per lachiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori. Riv. Dir. Proc., 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto `Processuale Civile*. Napoli: Jovane, 1965.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil.* 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Suzana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves, Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE,

Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. O Processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.

COSTANTINO, Giorgio. L'azione di classe ai sensi dell'art. 140 bis del codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità. Diritto ed Economia dell'Assicurazione, p. 1130, 2010.

DENTI, Vittorio. Relazione introduttiva. In: Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: Cedam, 1976.

DI MAJO, Adolfo. La Tutela Civile dei Diritti. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. 12ª ed. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Adequada em Litígios Complexos: A Autocomposição e os Direitos Coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Justiça Multiportas.* 3ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2023, p. 161-188.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Las Acciones Colectivas y el Enjuiciamiento de Casos Repetitivos: dos Tipos de Proceso Colectivo en el Derecho Brasileño, International Journal of Procedural Law, Cambridge: Intersentia, vol. 7, pp. 266/275, 2017/02.

DODSON, Scott. An opt-in option for class actions. Michigan Law Review, v. 115, n. 2, 2016.

DONZELLI, Romolo. L'azione di classe a tutela dei consumatori. Napoli: Jovene, 2011.

DUFFY, Helen. Strategic Human Rights Litigation. Understanding and Maximising Impact. Oxford/New York: Hart, 2018.

FALECK, Diego. Manual de Design de Sistemas de Disputas. Criação de Estratégias e Processos Eficazes para Tratar Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoria del Diritto.* Roma/Bari: Laterza, 2007, p. 641.

FISS, Owen M. The Civil Rights Injunction. Bloomington & London: Indiana University Press, 1978 (Addison Harris Lecture, 1976).

FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure. New York: Foundation Press, 2003.

GARBAGNATI, Edoardo. La Sostituzione Processuale. Nel Nuovo Codice di Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 1942.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A razoável duração das ações civis públicas e as estatísticas do CNJ. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 40 anos.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 71-83.

GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: RT, 2007.

GIDI, Antonio. Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIUSSANI, Andrea. Azioni collettive risarcitorie nel processo civile. Bologna: Il Mulino, 2008.

GIUSSANI, Andrea. La Riforma dell'Azione di Classe. *Rivista di Diritto Processuale*, 6, 2019, p. 1572-1600.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. O Processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control. Revista de Processo. v. 249. São Paulo: RT, 2015.

HODGES, Christopher. The reform of class and representative actions in European legal systems. Oxford: Hart, 2008.

IRTI, Natalino. L'Età della Decodificazione Vent'Anni Dopo, In.: IRTI, Natalino. L'Età della Decodificazione. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. Repercussões do novo CPC – processo coletivo. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

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

MAZZAMUTTO, Salvatore; PLAIA, Armando. I Rimedi nel Diritto Privato Europeo. Torino: Giappichelli, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Conrado Hubner et all. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018.

MILARÈ, Édis (org.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Voltaire de Lima. Ação Civil Pública. MILARÈ, Édis (org.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 460-464.

MULHERON, Raechel. *The Class Action: In Common Law Legal Systems. A Comparative Perspective.* Portland: Hart Publishing, 2004.

MULHERON, Rachael. *Reform of collective redress in England and Wales: a perspective of need.* London: Civil Justice Council, 2008.

OTEIZA, Eduardo. Justicia civil y democracia deliberativa: la contribución de los procesos representativos a la legitimidad democrática. In: ZANETI JR., Hermes; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; PEREIRA CAMPOS, Santiago; PRIORI, Giovanni; SALGADO, José Maria (coords.). *Anais do I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva: repensando os processos coletivos para a Ibero-América: o código modelo, a justiça multiportas e os processos estruturais.* Vitória, ES: MPES/UFES, 2026. v. 1.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Substituição processual. São Paulo: RT, 1971.

PEREIRA CAMPOS, Santiago. Hacia una justicia colectiva basada en evidencia y centrada en las personas para Iberoamérica. In: ZANETI JR., Hermes; ABELHA RODRIGUES, Marcelo; PEREIRA CAMPOS, Santiago; PRIORI, Giovanni; SALGADO, José Maria (coords.). *Anais do I Congresso Ibero-Americano de Tutela Coletiva: repensando os processos coletivos para a Iberoamérica: o código modelo, a justiça multiportas e os processos estruturais*. Volume I. Vitória, ES: MPES/UFES, 2026. Recurso eletrônico.

PIGMAN, Geoffrey Allen. Judicialization: The Third Transformation. In.: Trade Diplomacy Trasformed. London: Palgrave Macmillam, 2016.

PINO, Giorgio. Il Diritto all'Identità Personale: Interpretazione Costituzionale e Creatività Giurisprudenziale. Bologna: Il Mulino, 2003.

PISANI, Andrea Proto. Apunttipreliminari per uno studiosulla tutela giurisdizionale degli interessi colletivi (o piuesattamente: superindividuali) innanzi al giudice civili ordinario. In: Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: Cedam, 1976.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; RODRIGUES, Guilherme Santos Neves Abelha. Direitos materiais individuais homogêneos? In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 40 anos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025. p. 266-291.

ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; McEWEN, Craig A. Designing Systems and Processes for Managing Disputes. New York: Wolters Kluwer, 2013.

ROTH, Alvin. Who Gets What – And Why. The New Economics of Matchmaking and Market Design. New York: Mariner Books, 2016.

SANTIS, Angelo Danilo de. La tutela giurisdizionale collettiva. Napoli: Jovene, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SHAPIRO, David L. Class actions: the class as party and client. *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 4, p. 913–962, 1998, esp. p. 917-918.

SILVESTRI, Elisabetta. Class Actions in Italy. In: HARSÀGI, Viktória; VAN RHEE, C. H. (eds.). Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice?. Cambridge: Intersentia, 2014.

SPEZIALE, Ilaria. La Nuova Azione di Classe: Riflessione Critiche sulla Riforma. *Il Corriere Giuridico*, 7, 2020, p. 963-974.

TARUFFO, Michele. Interventi. In.: Le azione a tutela di interessi collettivi: Atti del convegno di studio di Pavia, 11-12 giugno 1974. Padova: Cedam, 1976.

TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale de gli interessi collettivi. La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi. Lucio Lanfranchi (org.). Torino: Giappichelli, 2003.

TARUFFO, Michele. Sui Confini. Scritti Sulla Giustizia Civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Nudge. Improving Decisions about Health, Walth, and Happiness. New York: Penguin Books, 2008.

TROCKER, Nicolò. La Formazione del Diritto Processuale Europeo. Torino: Giappichelli, 2011, p. 302/303.

VARRANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. La Tradizione Giuridica Occidentale. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2010.

VASAK, Karel (org.). The international dimensions of human rights. Rev. e ed. para a edição em inglês por Philip Alston. Paris: UNESCO; Westport: Greenwood Press, 1982. v. 1. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000056230. Acesso em: 30.03.2026.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa 'Mendoza'. Antecedentes, principales características, y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. Revista ANALES, nº 43, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, p. 267/286, 2013.

VERBIC, Francisco. Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clase. In.: GONZÁLEZ, Leonel: FANDIÑO, Marco. Diálogo Multidisciplinario sobre la Nueva Justicia Civil de Latinoamérica. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

VESCOVI, Enrique. Tareas del Ministerio Publico en el proceso civil. In: STORME, Marcel; CASMAN, Hélène (Ed.). *Towards justice with a human face*. Dordrecht: Springer Science, 1978. p. 459-494.

VIGORITTI, Vicenzo. Interesse collettivi e processo: la legitimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural. Salvador: Juspodivm, 2013.

VOET, Stefaan. 'Where the wild things are': reflections on state and future of European collective redress. In: KEIRSE, Anne L. M.; LOOS, Marco B. M. (eds.). Waves in contract and liability law in three decades of Ius Commune. Cambridge: Intersentia, 2017.

VOET, Stefaan. Class Actions in Belgium: Evaluation and the Way Forward. In.: UZELAC, A.; VOET, S. *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?* Cham: Springer, 2021. p. 131-163.

WATANABE, Kazuo. Art. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

ZANETI JR., Hermes. A Legalidade na Era da Proteção das Necessidades de Tutela: Princípio da Constitucionalidade e Legalidade Ampla. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. Normas Fundamentais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8, Coord. Geral: Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Can the King be Wrong? The Brazilian Public Prosecutors as 'Heroes of the Periphery': Prosecutors who Sue the State and Large Corporations in Collective Redress Cases. In.: UZELAC, Alan; VOET, Stefaan. *The Heroes of the Judicial Periphery. Court Experts, Court Clerks, and Other Actors in the Shadows*. Oxford, London, New York (NY), Delhi, Sydney: Hart Publishing, 2025.

ZANETI JR., Hermes. El Nuevo Código de Proceso Civil brasileño de 2015 y los conflictos jurídicos: el Derecho Procesal como un camino para la paz social. Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 583/614, 2017-2.

ZANETI JR., Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo. Aspectos Processuais Controversos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

ZANETI JR., Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Justiça Multiportas.* 3ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2023.

ZANETI, Graziela Argenta. *Da Autocomposição Adequada ao Acordo Justo nas Ações Coletivas*. São Paulo: Marcial Pons, 2024.