



Capacidade institucional e processo estrutural: um debate jurídico necessário^{1-*}

*From institutional capacity to structural process: a necessary
legal debate*

*De la capacidad institucional al proceso estructural: un debate
jurídico necesario*

Carolina Martins Marinho²

Universidade Federal do ABC (São Bernardo do Campo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2515-0278>

E-mail: carolina.marinho@gmail.com

Resumo

No Brasil, a judicialização de direitos sociais invoca questões distributivas e traz novos desafios a seus intérpretes: arbitrar conflitos no bojo de uma política pública. Seria o processo estrutural um meio eficaz para tratar desses litígios? Para responder essa questão, entendemos que é preciso fazer uma incursão nas constrações apontadas pela crítica da capacidade institucional. Este artigo se propõe a fazer uma breve reflexão, a partir da literatura norte-americana, sobre a capacidade institucional para, em seguida, trazer um conceito operacional decorrente dessa crítica que auxilie a tomada de decisão nos litígios estruturais. A metodologia utilizada consiste no levantamento de textos norte-americanos sobre a capacidade institucional no âmbito da judicialização de litígios estruturais, bem como na

¹ MARINHO, Carolina Martins. Capacidade institucional e processo estrutural: um debate jurídico necessário. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 175-202, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a334>.

* O presente artigo é decorrente de trabalho realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

² Professora colaboradora no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do ABC (UFABC). Doutora em Direito Constitucional (2018), mestra em Filosofia e Teoria Geral Direito (2009) e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2003). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: teoria geral do direito, metodologia do direito, teoria geral do Estado, direito constitucional, direitos sociais e direito do consumidor. Tem se dedicado ao estudo da judicialização de direitos sociais, processos estruturais e capacidade institucional do judiciário de atuar em políticas públicas. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5182830833769809>.

aplicação do conceito a um caso prático. Conclui-se que o conceito operacional decorrente da crítica da capacidade institucional pode ser útil às cortes, ampliando sua cognição sobre as possíveis dificuldades que o caso invoca.

Palavras-chave

Políticas públicas; judicialização; bloqueio de direitos; capacidade institucional; processo estrutural.

Sumário

1. Introdução. 2. Breve delineamento histórico sobre a capacidade institucional das cortes. 2.1 As propostas de Henry Hart Junior, Albert Sacks e Lon Fuller. 2.2 Abram Chayes e Owen Fiss *versus* Donald Horowitz e Gerald Rosenberg: as disputas sobre o papel e os limites da corte. 2.3 Neil Komesar e a capacidade institucional comparada. 2.4 A teoria institucional experimentalista de Sabel e Simon. 3. Capacidade institucional como conceito operacional para o litígio estrutural. 4. Conclusão.

Abstract

In Brazil, the judicial discussion on distributive issues poses new challenges to interpreters of constitutional rights and their contours: would the structural process be an effective means of dealing with these disputes? To answer this question, we understand that it is necessary to make an incursion into the constrictions of the critique of institutional capacity. In order to understand the limits and nuances of this criticism, as well as the possibilities for overcoming it, this article proposes to make a brief reflection on the North American literature that addresses the critique of institutional capacity. Secondly, the text proposes an operational concept arising from the idea of institutional capacity that assists decision-making in structural disputes.

Keywords

Public policies; judicialization; blocked rights; institutional capacity; structural process.

Contents

1. Introduction. 2. Brief historical overview of the institutional capacity of the courts. 2.1 The proposals of Henry Hart Junior, Albert Sacks and Lon Fuller. 2.2 Abram Chayes and Owen Fiss *versus* Donald Horowitz and Gerald Rosenberg: disputes over the role and limits of the court. 2.3 Neil Komesar and comparative institutional

capacity. 2.4 Sabel and Simon's experimentalist institutional theory. 3. Institutional capacity as an operational concept for structural litigation. 4. Conclusion.

Resumen

En Brasil, la discusión judicial sobre cuestiones distributivas plantea nuevos desafíos a los intérpretes de los derechos constitucionales y sus contornos: ¿sería el proceso estructural un medio eficaz para abordar estas disputas? Para responder a esta pregunta, entendemos que es necesario incursionar en las constricciones de la crítica de la capacidad institucional. Para comprender los límites y matices de esta crítica, así como las posibilidades de superarla, este artículo propone hacer una breve reflexión sobre la literatura norteamericana que aborda la crítica de la capacidad institucional. En segundo lugar, el texto propone un concepto operativo que surge de la idea de capacidad institucional que ayuda a la toma de decisiones en disputas estructurales.

Palabras-clave

Políticas públicas; judicialización; bloqueo de derechos; capacidad institucional; proceso estructural.

Índice

1. Introducción. 2. Breve reseña histórica de la capacidad institucional de los tribunales. 2.1 Las propuestas de Henry Hart Junior, Albert Sacks y Lon Fuller. 2.2 Abram Chayes y Owen Fiss versus Donald Horowitz y Gerald Rosenberg: disputas sobre el papel y los límites de la corte. 2.3 Neil Komesar y la capacidad institucional comparada. 2.4 La teoría institucional experimentalista de Sabel y Simon. 3. La capacidad institucional como concepto operativo para el litigio estructural. 4. Conclusión.

1. Introdução

Tal como ocorreu no debate americano na década de 50³, a experiência com litígios de direitos públicos aqui no Brasil surgiu primeiro na prática dos tribunais⁴

³ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976; FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. *Law and Human Behavior*, v. 6, n. 2, p. 121-128, 1982. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/the_social_and_political_foundations_of_adjudication.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.

⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Câmara Especial). *Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002*. Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://pgppij.files.wordpress.com/2015/09/decisc3a3o-tjsp-educacao-infantil.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2022.

e, sequencialmente, tentou-se melhor compreender os fatos e justificar o direito, repensando teoria.

Os chamados litígios de direito público, também conhecidos no debate americano como processos estruturais, litígios estruturais, intervenções estruturais, medidas estruturais ou, ainda, reformas estruturais⁵, trazem para o cerne do debate não apenas uma disputa bilateral e comutativa entre as partes, mas uma discussão mais complexa, que envolve questões distributivas e impõe ao judiciário arbitrar um conflito sobre o quanto se deve a cada um⁶, redistribuindo bens públicos. A judicialização de direitos sociais, como a educação e a saúde, e de políticas públicas são um bom exemplo desse tipo de conflito de cunho distributivo. Conforme se verá, mais do que discutir o controle jurisdicional de um direito social, discutir-se-á aqui a capacidade institucional de o poder judiciário realizar controle jurisdicional de políticas públicas por meio do processo estrutural. Ou seja, mais do que uma discussão em que se pleiteia o acesso a uma vaga na educação infantil, por exemplo, discute-se aqui a possibilidade de o judiciário intervir exigindo o aprimoramento da política pública de educação infantil em determinado município, o que possibilitaria a expansão de vagas para todas as crianças que desejem uma vaga em determinado segmento de ensino⁷.

No entanto, essa não é uma discussão trivial. Ao longo dos séculos, a prática da *civil law* fez com que perdêssemos o hábito e os instrumentos para arbitrar disputas distributivas⁸, o que torna a nossa cultura muito pouco hábil para lidar com esse tipo de conflito. Quando uma questão de cunho distributivo se coloca ao judiciário, tendemos a interpretá-la e a judicializá-la de modo individual, como se fosse um conflito comutativo, o que é problemático, como demonstra parte da literatura sobre direitos sociais⁹. A judicialização de direitos de cunho distributivo como se fosse

⁵ FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (ed.). **How does the Constitution secure rights?** Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1985. p. 36-49. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 142-143.

⁷ Conferir MARINHO, Carolina; GOTTI, Alessandra. Decisão estrutural: uma nova ferramenta para políticas públicas? **Pensar**: revista de ciências jurídicas, v. 28, n. 2, p. 1-12, abr./jun. 2023. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/download/12351/7087>. Acesso em: 30 set. 2024.

⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 88-92.

⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**; DURAN, Camila et al. **O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS**. In: PRÊMIO Ipea 40 anos - IPEA-CAIXA 2004: monografias premiadas. Brasília: IPEA, 2005. p. 387-432; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. 2006. 264 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade

um direito subjetivo impõe um custo a toda a sociedade, tumultuando o desenvolvimento de políticas públicas e realocando a distribuição de direitos e verbas eleitas pelo administrador público¹⁰.

No Brasil, a ampla judicialização de direitos sociais¹¹ colocou novos desafios aos intérpretes dos direitos constitucionais e a seus contornos: mais do que questionar se essa intervenção feita pelo judiciário é legítima, já se começou a perceber que a chave para enfrentar esses problemas transcende a esfera individual. Ela é, pois, coletiva. Quanto é devido a cada um? O judiciário é capaz de atuar adequadamente junto a esses litígios, guiando a uma solução satisfatória para o caso concreto? Quando e como deve agir? Seria o processo estrutural um meio eficaz?

Em nossa compreensão, para responder a essas perguntas é preciso olhar para as críticas que capturam os problemas dessa intervenção do judiciário nas questões distributivas. E, nesse sentido, a crítica que melhor aponta os problemas da intervenção do judiciário nas políticas públicas é a crítica da capacidade institucional. Essa crítica observa o caráter prospectivo e distributivo dos direitos sociais, não ignora os efeitos da policentria, das questões alocativas, de agenda ou de carência de instrumentos adequados no judiciário para uma intervenção eficaz na gestão do executivo¹². Conhecer os obstáculos apontados por essa crítica é imprescindível para observarmos se o litígio estrutural é capaz de superar os obstáculos que essa crítica

de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/>. Acesso em: 12 nov. 2024; TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos**. 2008. 62 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008; FERRAZ, Otavio L. M.; VIEIRA, Fabíola S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados: revista de ciências sociais**, v. 52, n. 1, p. 223–251, mar. 2009. DOI 10.1590/S0011-52582009000100007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Mb6v3F5kTNgVWX6xrkrF3pd/?lang=pt>. Acesso em: 11 nov. 2024; WANG, Daniel; VASCONCELOS, Natalia. Adjudicação de direitos e escolhas políticas na assistência social. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 103, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/qLFssXptSDS7dG98RgWZjBS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 nov. 2024; WANG, Daniel W. L. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, out. 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁰ OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Caminhos da judicialização do direito à saúde. In: OLIVEIRA, V. E. (org.). **Judicialização de políticas pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FioCruz, 2019. p. 187-195.

¹¹ BRASIL. Sociedade Brasileira de Direito Público. **Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Brasília: CNJ, 2018. (Justiça Pesquisa). Relatório analítico propositivo. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/290>. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. p. 142-143; MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. 2009. 120 f. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia de Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. f. 105-110. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-03052010-131241/pt-br.php>. Acesso em: 11 nov. 2024.

aponta, pois, do contrário, a intervenção nas questões distributivas por meio da justiça não se justifica como uma opção legítima.

A utilização do conceito de capacidade institucional como ferramenta para tomada de decisão ainda é pouco esclarecida na literatura, como apontam Arguelhes e Leal¹³. Compreender as nuances e possibilidades de seu uso é importante para que esse conceito não seja meramente uma retórica, sem utilidade prática.

A discussão sobre capacidade institucional das cortes coloca-se a partir de uma avaliação relacional junto a outras instituições que também poderiam realizar determinada tarefa, como os poderes políticos (executivo e legislativo) ou o mercado¹⁴. Qual é a instituição mais adequada para tomar determinada decisão a partir dos valores sociais e dos meios estruturados em determinada sociedade? Há inúmeros modelos e ideias que tratam sobre o que é relevante para avaliar uma abordagem institucional na tomada de decisão feita pelo poder judiciário.

Metodologicamente, dada a longa experiência norte-americana no debate do tema, este artigo parte do levantamento bibliográfico de obras jurídicas e da ciência política norte-americanas que tratam da capacidade institucional de o judiciário intervir em políticas públicas por meio do processo estrutural. Em seguida, busca-se formular um conceito operacional e aplicá-lo a um caso prático ocorrido no Brasil. Sem esgotar o tema, a análise qualitativa do caso prático possibilitará o levantamento de algumas reflexões sobre a capacidade institucional de o judiciário atuar por meio do processo estrutural.

Assim, no intuito de melhor compreender essa questão, o presente artigo está estruturado da seguinte forma. Na primeira parte, propõe-se fazer uma incursão histórica na literatura norte-americana sobre capacidade institucional, que tem vasta produção sobre o assunto. Esse tópico está subdividido em quatro partes: a construção da abordagem institucional do direito proposta por Hart Junior e Sacks; argumentos favoráveis e contrários à intervenção das cortes nas políticas públicas; a retomada da discussão sobre capacidade institucional na década de 80, por Neil Komesar; e a abordagem experimentalista de Sabel e Simon.

¹³ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁴ KOMESAR, Neil. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

A partir dessas considerações, será proposto um conceito operacional que permita à ideia de capacidade institucional orientar a tomada de decisão na judicialização de direitos sociais no Brasil.

2. Breve delineamento histórico sobre a capacidade institucional das cortes

O delineamento normativo brasileiro resguarda a possibilidade de controle jurisdicional dos direitos sociais na Constituição Federal. Essa previsão constitucional, por si só, não elimina o debate sobre a legitimidade, pois ainda é possível encontrarmos na literatura outros importantes argumentos que demonstram que a atuação das cortes na judicialização de direitos sociais pode se dar de forma enviesada e elitista, favorecendo os mais favorecidos¹⁵ ou mesmo tornando pior a política pública que sofre intervenção¹⁶. Desse modo, constatar que há uma previsão constitucional de que os direitos sociais sejam judicializados pode viabilizar que as cortes, eventualmente, tenham legitimidade político-institucional para apreciar o conflito que lhe é colocado, mas é imprescindível que sejam também observadas as críticas sobre a capacidade institucional do judiciário.

No intuito de melhor compreender o que se entende por capacidade institucional e como se pode utilizar esse conceito de forma operacional na tomada de decisão, buscar-se-á apoio na literatura norte-americana sobre capacidade institucional, uma vez que essas discussões sobre capacidade institucional se colocam na literatura americana desde a década de 50 e, por tradição, o modelo jurídico americano tem ferramentas específicas para os processos da *equity*, que lidam com questões distributivas.

No entanto, tendo em vista que aqui nosso foco está nas discussões que tratam especificamente da judicialização de direitos sociais e sua política pública, o recorte selecionado será dado da seguinte forma: primeiramente, será analisada a abordagem comparativa proposta por alguns autores do *Legal Process School*, escola

¹⁵ TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

¹⁶ HOROWITZ, Donald. *The courts and social policy*. Washington: Brookings Institution, 1977.

de pensamento muito influente nas décadas de 50 e 60 do século XX, com destaque para as propostas de Henry Hart Junior e Albert Sacks e Lon Fuller¹⁷.

Em seguida, serão citados alguns autores cuja abordagem se afasta da proposta institucional comparativa de Hart Junior e Sacks, mas que levantam argumentos que auxiliarão a compreender a retomada das ideias propostas pelo *Legal Process* na década de 80. Assim, são abordados dois autores subsequentes a essa escola de pensamento, cujos argumentos são utilizados para favorecer a ampliação da atuação das cortes em questões políticas (Abram Chayes¹⁸ e Owen Fiss¹⁹); e dois autores que, por meio de pesquisas empíricas, recomendam um papel mais contido às cortes no caso de intervenções em políticas públicas (Donald Horowitz²⁰ e Gerald Rosenberg²¹). Posteriormente, o artigo tratará das considerações de Neil Komesar²², que, na década de 80, retomou e revigorou a proposta institucional comparativa da *Legal Process School*. Por fim, será abordada a teoria de Sabel e Simon²³, que retoma a discussão de Komesar e a questiona por meio da teoria institucional experimentalista. A proposta de Sabel e Simon sugere uma reformulação das relações entre o judiciário e os poderes políticos, para que as limitações institucionais dadas pela ideia de capacidade institucional possam ter uma saída.

¹⁷ ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Phillip P. The making of the legal process. *Harvard Law Review*, v. 107, p. 2031-2055, 1993-1994. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/348928007.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁸ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation.

¹⁹ FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication; FISS, Owen M. The Supreme Court 1978 Term: foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/The_Forms_of_Justice.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.

²⁰ HOROWITZ, Donald. *The courts and social policy*.

²¹ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope*: can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago, 1991; ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope*: can courts bring about social change? 2nd ed. Chicago: University of Chicago, 2008. *E-book* (Edição Kindle).

²² KOMESAR, Neil. Taking institutions seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis. *University of Chicago Law Review*, v. 51, n. 2, p. 366-446, 1984. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1944118>. Acesso em: 11 nov. 2024; KOMESAR, Neil. *Imperfect alternatives*: choosing institutions in law, economics, and public policy; KOMESAR, Neil. *Law's limits*: the rule of law and the supply and demand of rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

²³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7756421/mod_resource/content/1/Destabilization%20Rights_%20How%20Public%20Law%20Litigation%20Succeeds.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

2.1 As propostas de Henry Hart Junior, Albert Sacks e Lon Fuller

Por meio da obra *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*²⁴ e do texto *Forms and Limits of the Adjudication*²⁵, Albert Sacks, Henry Hart Junior e Lon Fuller sintetizam e se tornam referências em três questões muito disputadas no pensamento jurídico norte-americano em suas épocas: o direito como elaboração racional e intencional; o princípio da solução institucional como central ao direito; o processo de adjudicação do direito e seus limites²⁶.

Em síntese, Hart e Sacks²⁷ sugerem que o direito deveria ser compreendido como uma ordem social intencional que organiza institucionalmente a sociedade e possibilita aos seus membros a realização de seus fins comuns ou individuais, além da evolução desses como sociedade. O arranjo institucional proposto pelas instituições é voltado a atender problemas específicos, de acordo com a proposta institucional. Ou seja, o delineamento de cada instituição, de suas competências e suas ferramentas específicas estaria ligado aos fins para os quais elas foram criadas²⁸.

Essa concepção é complementada pelas ideias de Fuller sobre as cortes e o papel do direito. Fuller idealiza modelos de organização social e sustenta que, na adjudicação, a participação fundamentada das partes é uma característica que define esse modelo de solução de conflitos, garantindo a sua integridade e viabilizando a atuação imparcial do juiz²⁹. Na concepção de Fuller, as cortes conseguem lidar com algumas questões complexas que geram policentrismos. No entanto, questões muito complexas e policêntricas³⁰ transcendem a competência das cortes e exigem ferramentas das quais não dispõem, o que pode levar a patologias que comprometem a legitimidade de atuação³¹.

²⁴ HART JR., Henry M.; SACKS, Albert M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. Cambridge: Tentative Edition, 1958.

²⁵ FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 1, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrghs/Fuller.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

²⁶ ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Phillip P. The making of the legal process. p. 2031-2055.

²⁷ HART JR., Henry M.; SACKS, Albert M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*.

²⁸ HART JR., Henry M.; SACKS, Albert M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. p. 164-166.

²⁹ FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. p. 354-355.

³⁰ Para Fuller, questões policêntricas são aquelas cujas repercussões complexas resultam de mudanças em cascata em outras diversas questões, repercutindo efeitos nos demais, como, por exemplo, uma intervenção judicial no mercado que venha alterar os preços de determinados produtos, levando a uma série de efeitos em cascata decorrentes dessa medida (FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. p. 394).

³¹ FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. p. 394.

Para Hart Junior e Sacks³², a tarefa institucional das cortes compreende cinco elementos: a) o conflito das partes é levado a um julgador final que o resolve em caráter definitivo, podendo ser revisto apenas por um tribunal superior; b) o julgador deve ser imparcial e independente de pressões políticas; c) o julgador decide pelas partes; d) a decisão impõe-se às partes, independentemente de suas vontades; e) a decisão é impessoal e se impõe em casos semelhantes.

Na visão desses autores, as disputas policêntricas complexas (que demandam negociação) não se resolvem por meio da adjudicação, mas pelo voto majoritário, pois o arranjo institucional das cortes não permite a tomada de boas decisões em situações complexas em que a modificação em um aspecto repercute efeitos múltiplos encadeados na mesma situação fático-jurídica.

Assim, para esses autores, a ideia de capacidade institucional está ligada ao delineamento institucional, aos fins para os quais determinadas instituições são concebidas e estruturadas. No caso das cortes, suas habilidades, ferramentas e o seu repertório de procedimentos estão voltados para solucionar conflitos bilaterais, emitindo uma decisão racionalmente fundamentada a partir da devida participação das partes. Eventual intromissão do judiciário em problemas muito policêntricos traria uma distorção relevante em suas funções institucionais, comprometendo tanto a integridade da decisão como sua racionalidade.

É importante salientar que, no modelo proposto pelos autores, o arranjo institucional e sua forma procedimental de resolver conflitos funcionaram e se legitimaram de modo formal. No entanto, esse modelo não respondia adequadamente a demandas sociais que não correspondiam ao *status quo* dominante da sociedade.

Com o julgamento do caso Brown, em 1954³³, e outras decisões ativistas da Suprema Corte Americana (intervenção na polícia, nas prisões, nas instituições mentais, nos hospitais, nas questões de moradia e emprego), a compreensão sobre a capacidade institucional (como proposto por Hart Junior e Sacks) foi abalada, surgindo na comunidade jurídica norte-americana, novas disputas sobre os fins e os limites do papel das cortes, o que será abordado no próximo tópico³⁴.

³² HART JR., Henry M.; SACKS, Albert M. **The legal process**: basic problems in the making and application of law. p. 642-643.

³³ PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 85-139.

³⁴ ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Phillip P. The making of the legal process. p. 2031-2055.

2.2 Abram Chayes e Owen Fiss *versus* Donald Horowitz e Gerald Rosenberg: as disputas sobre o papel e os limites da corte

No intuito de ilustrar como se dão as disputas em torno do conceito de capacidade institucional das cortes e seus limites, aqui serão sucintamente apresentados alguns pontos dos seguintes textos: *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, de Abram Chayes³⁵; *The Courts and Social Policy*, de Donald Horowitz³⁶; *The Supreme Court 1978 Term e The Social and Political Foundations of Adjudication*, de Owen Fiss³⁷; e *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* de Gerald Rosenberg³⁸.

Compreendendo o processo estrutural como um litígio de direito público, um novo modelo de adjudicação voltado a questões político-constitucionais, Chayes sustenta que a moldura desse modelo é realmente distinta do processo tradicional, caracterizando-se por ser amorfo, plurilateral, preditivo, por exigir novas ferramentas para sua implementação (tal como as *injunctions*³⁹, a participação de especialistas e *amicus curiae* externos) e um papel mais ativo e flexível do julgador⁴⁰.

Chayes reconhece que, ao assumir novas funções, os litígios de direito público correm o risco de perder a legitimidade, como colocado por Fuller. No entanto, destaca que, em um sistema democrático pouco responsivo aos direitos de certos grupos marginalizados (prisioneiros, moradores de guetos, pacientes de instituições mentais ou outros grupos social e economicamente excluídos), o melhor é buscar esforços para aprimorar o litígio de direito público, ampliando a capacidade de o judiciário atuar nesses conflitos⁴¹.

Assim como Chayes, Fiss também entende que o processo estrutural busca dar às normas um alcance substantivo dos valores públicos vigentes na sociedade.

³⁵ CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*.

³⁶ HOROWITZ, Donald. *The courts and social policy*.

³⁷ FISS, Owen M. *The social and political foundations of adjudication*; FISS, Owen M. *The Supreme Court 1978 Term: foreword: the forms of justice*. p. 121-128.

³⁸ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?*

³⁹ A *injunction* é uma ferramenta comum nos tribunais de *equity* da *common law*. Trata-se de uma ordem judicial sobre obrigações futuras que se realiza de forma contínua e pode ser alterada de acordo com as circunstâncias fáticas. A implementação dessa ordem judicial possibilita que as partes ponderem sobre os interesses conflitantes e negociem um arranjo para a realização do fim almejado (CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. p. 1292-1294).

⁴⁰ CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. p. 1286.

⁴¹ CHAYES, Abram. *The role of the judge in public law litigation*. p. 1286.

No entanto, para Fiss, o processo estrutural é uma função contemporânea das cortes, ligada a seu arranjo organizacional. Desse modo, a legitimidade das cortes concretiza-se quando essas garantem que os valores públicos presentes nos arranjos organizacionais sejam assegurados por meio do processo estrutural e suas *injunctons* (e não pela participação das partes no processo, como propõe Fuller)⁴².

No intuito de analisar as possibilidades e os limites da capacidade de intervenção das cortes, Donald Horowitz⁴³ faz um estudo de quatro casos de intervenção das cortes⁴⁴, por meio dos quais vai demonstrando que as cortes possuem baixa habilidade para uma intervenção prospectiva, que demande planejamento, previsão e flexibilidade; bem como considerável dificuldade de analisar e compreender problemas que não são de sua alçada e seus efeitos policêntricos. Desse modo, o autor sustenta que é alto o risco de que, ao atuar em um processo estrutural, as cortes passem a sofrer das mesmas patologias que as instituições que buscam reformar, bem como deixem de contribuir onde melhor atuam (tradicional resolução de disputas)⁴⁵.

Sobre essas críticas instrumentais de Horowitz, Fiss reconhece que a atuação das cortes em um processo estrutural é mais arriscada do que em uma tradicional resolução de conflitos, contudo, pondera que a avaliação sobre o sucesso ou insucesso da atuação de uma instituição deve ser feita de modo comparativa com a possível alternativa e não de modo isolado⁴⁶. Ademais, Fiss pontua que as agências administrativas (apontadas por Horowitz como melhor opção para resolver essas questões) se subordinam aos arranjos ideológicos majoritários, não sendo independentes para assegurarem valores públicos aos grupos socialmente marginalizados (presos, enfermos mentais, moradores de guetos etc.), de modo que a não atuação das cortes em processos estruturais esvaziaria a Constituição a um mero instrumento de organização política, retirando sua força enquanto instrumento de moralidade pública, empobrecendo-a⁴⁷.

⁴² FISS, Owen M. The Supreme Court 1978 Term: foreword: the forms of justice. p. 35-39.

⁴³ HOROWITZ, Donald. **The courts and social policy**. p. 90-255.

⁴⁴ Os casos estudados foram: North City Area-Wide Council (AWC) v. Romney; Hobson v. Hansen; In Re Gault; Mapp v. Ohio (HOROWITZ, Donald. **The courts and social policy**. p. 90-255).

⁴⁵ HOROWITZ, Donald. **The courts and social policy**. p. 298.

⁴⁶ FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. p. 121-128.

⁴⁷ FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. p. 128.

Um outro estudo de caso que questiona a intervenção das cortes em políticas públicas é o de Gerald Rosenberg⁴⁸. Analisando cinco casos de intervenções estruturais (casos de direitos civis; direitos das mulheres; questões ambientais; casos criminais e casamentos de pessoas do mesmo sexo), Rosenberg sustenta que as cortes não possuem capacidade institucional para assegurar valores públicos contramajoritários, tal como propõe Fiss, tendo, no máximo, um papel auxiliar na produção da reforma social, se conseguirem superar os constrangimentos institucionais que as limitam, bem como agregar certas condições que viabilizem a mudança⁴⁹. Ou seja, para Rosenberg, as cortes só conseguirão viabilizar a mudança se conseguirem (i) convencer o julgador de que o valor público questionado é um direito; (ii) superar a carência de instrumentos e ferramentas para realizar o pretendido; (iii) contornar a ausência de poder coercitivo para impor suas decisões, bem como conseguirem (iv) condições de financiamento para as medidas impostas; ou (v) gerar custos pela não observância da decisão; ou, ainda, (vi) conseguir convencer o mercado ou o estado a implementarem a decisão.

Nos parágrafos anteriores, é possível observar que os autores estão em diálogo com o modelo de arranjo institucional proposto por Hart e Sacks (1958) ou Fuller (1978), ora questionando-o e incluindo nesse arranjo a judicialização de valores constitucionais, ora reconhecendo os limites formais da capacidade de atuação das cortes. Nos textos de Fiss e Chayes, há uma busca para que os valores públicos vigentes sejam assegurados também àqueles grupos marginalizados socialmente, ainda que o arranjo institucional das cortes não se mostre o mais adequado para este fim. No texto de Horowitz, o autor demonstra a dificuldade das cortes em atuar em áreas fins distintas das quais o seu arranjo institucional foi concebido, salientando que, além de não resolver o problema estrutural, a intervenção das cortes, por vezes, leva a uma deterioração na política pública. Já o estudo de Rosenberg reconhece que as cortes podem ter alguma capacidade institucional para a reforma estrutural, quando outros atores (políticos ou do mercado) percebem que a implementação lhes traz algum bônus (ou a não observância da decisão, algum ônus) e apoiam a reforma da corte. No entanto, o autor observa que os custos da intervenção estrutural são altos e os resultados alcançados são modestos, sugerindo que, talvez, outras estratégias de mobilização social sejam mais eficientes para se conquistar uma reforma estrutural⁵⁰.

⁴⁸ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope*: can courts bring about social change?

⁴⁹ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope*: can courts bring about social change? *Introduction* (posição 96-607).

⁵⁰ ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope*: can courts bring about social change? *Conclusion* (posição 5872-6007).

As discussões propostas até aqui permitem observar que o custo da realização de um direito social pela via do judiciário pode ser bem elevado e com baixo retorno para a sociedade. Contudo, é preciso ponderar que a crítica da capacidade institucional perpassa por uma avaliação relacional junto a outras instituições que também poderiam realizar determinada tarefa, o que os trabalhos de Chayes, Fiss ou Horowitz não fizeram e o trabalho de Rosenberg, em que pese trabalhar nessa linha comparativa, ao final, limitou-se a sugerir que outras estratégias de atuação da sociedade civil talvez sejam mais eficientes para se obter uma reforma social, sem efetivamente ponderar quais seriam os custos de efetivação dessas outras estratégias de mobilização social para uma reforma que trata de interesses contramajoritários.

Na década de 80, Neil Komesar retomou e revigorou a proposta institucional comparativa da *Legal Process School*, o que será abordado a seguir.

2.3 Neil Komesar e a capacidade institucional comparada

Por meio dos textos *Taking Institutions Seriously: Introduction to a strategy for Constitutional Analysis*⁵¹; *A job for the judges: The judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society*⁵²; *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*⁵³ e *Law's Limits: the rule of law and the supply and demand of rights*⁵⁴, Komesar retoma a abordagem da capacidade institucional comparada, apontando que, para se fazer a comparação institucional sobre a instituição mais apta para atuar em determinado caso, é preciso balancear habilidades ou defeitos institucionais de forma comparativa⁵⁵, sendo de pouco auxílio uma análise unilateral ou calcada apenas em valores fundamentais⁵⁶.

Desse modo, Komesar propõe um modelo teórico de comparação institucional centrada no modelo de participação das partes, em que busca evidenciar o desempenho das diferentes instituições (mercado, judiciário e política) a partir da interação

⁵¹ KOMESAR, Neil. *Taking institutions seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis*.

⁵² KOMESAR, Neil. *A job for the judges: the judiciary and the Constitution in a massive and complex society*. *Michigan Law Review*, v. 86, n. 4, p. 657-721, Feb. 1988. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol86/iss4/2/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

⁵³ KOMESAR, Neil. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*.

⁵⁴ KOMESAR, Neil. *Law's limits: the rule of law and the supply and demand of rights*.

⁵⁵ KOMESAR, Neil. *A job for the judges: the judiciary and the Constitution in a massive and complex society*. p. 698.

⁵⁶ KOMESAR, Neil. *Taking institutions seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis*. p. 366.

dos grupos de interesse que participam do processo de tomada de decisão. Nesse modelo teórico, a interação dos grupos de interesse é avaliada pelos benefícios de participação e pelos custos de organização de informação⁵⁷. Assim, o custo tem um papel muito relevante na análise do desempenho institucional, de modo que os altos custos de participação devem ser ponderados em conjunto com a independência judicial e a escassez de recursos jurídicos para se avaliar a potencialidade da tomada de decisão pelas cortes⁵⁸.

Por meio de estudos práticos, Komesar vai demonstrando como o judiciário se coloca como um poder menos atraente quando a questão social se torna complexa⁵⁹. A proposta de capacidade institucional comparada deixa claro que, para justificar uma reforma estrutural feita pelas cortes, deve-se ir além da busca de um valor público, devendo-se demonstrar que os meios para se fazer essa reforma não tornam seus custos proibitivos, em uma comparação com a outra instituição⁶⁰.

Nessa concepção, ao seguir as regras e procedimentos que garantem a independência e imparcialidade das cortes, a capacidade técnica de os juízes compreenderem a complexidade do problema que lhes é colocado será reduzida, pois o acesso das cortes a informações importantes será mais restrito. Para contornar essa questão, os custos de participação das cortes em questões sociais serão tão elevados que estas afastariam de sua jurisdição qualquer questão social mais complexa, polí-cêntrica e prospectiva, como as reformas estruturais.

A análise institucional comparada de Komesar⁶¹ não nega a possibilidade de intervenção pelas cortes, mas gera um árduo desafio aos que desejam operar por meio das cortes: buscar novas ferramentas de análise que viabilizem a redução de custos de uma reforma estrutural, mantendo a independência e a imparcialidade das cortes.

Essa proposta, portanto, acaba desaconselhando a intervenção das cortes em reformas estruturais, o que deixa distante das cortes a apreciação de valores públicos

⁵⁷ KOMESAR, Neil. **Imperfect alternatives**: choosing institutions in law, economics, and public policy. p. 65-75.

⁵⁸ KOMESAR, Neil. **Imperfect alternatives**: choosing institutions in law, economics, and public policy. p. 65-75.

⁵⁹ KOMESAR, Neil. **Imperfect alternatives**: choosing institutions in law, economics, and public policy. p. 274.

⁶⁰ KOMESAR, Neil. **Imperfect alternatives**: choosing institutions in law, economics, and public policy. p. 274.

⁶¹ KOMESAR, Neil. **Law's limits**: the rule of law and the supply and demand of rights. p. 188.

de grupos marginalizados, excluindo-os de participarem adequadamente da sociedade, como aponta Fiss⁶².

Sem desconsiderar a relevância da análise da capacidade institucional, mas buscando uma proposta que não exclua de sua concepção de moralidade pública a participação de grupos excluídos, Sabel e Simon⁶³ sugerem uma nova teoria: o experimentalismo jurídico, propondo uma nova forma de abordagem da capacidade institucional, o que será a seguir abordado.

2.4 A teoria institucional experimentalista de Sabel e Simon

A proposta experimentalista de Sabel e Simon⁶⁴ não abandona a ideia de capacidade institucional, mas a reconfigura. Para melhor compreender essa proposta, é preciso ter claros três importantes pontos de partida dessa teoria: o princípio da separação de poderes interpretado de forma mais flexível; a ideia de bloqueio institucional; e a inspiração na teoria de Abram Chayes⁶⁵.

Partindo do pressuposto de que o princípio da separação dos poderes não é um princípio rígido, como proposto por Hart Junior e Sacks⁶⁶, mas admite maior interação entre os poderes, Sabel e Simon⁶⁷ sustentam que é possível às cortes ampliar sua capacidade institucional para atuar em reformas estruturais por meio de um diálogo interinstitucional. Diálogo esse que asseguraria aos poderes eleitos e à população interessada maior participação na elaboração e na implementação da medida estrutural, mitigando os custos da capacidade institucional das cortes e ampliando os mecanismos de prestação de contas da política pública que sofreu intervenção⁶⁸.

O experimentalismo reconhece, também, que as instituições políticas bloqueiam a participação de certos grupos marginalizados socialmente (presos, enfermos mentais, moradores de guetos etc.), o que os impede de participar

⁶² FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. p. 121-128.

⁶³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1015-1101.

⁶⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 55.

⁶⁵ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation.

⁶⁶ HART JR., Henry M.; SACKS, Albert M. **The legal process**: basic problems in the making and application of law. p. 4.

⁶⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1090-1091.

⁶⁸ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1092-1093.

adequadamente do arranjo institucional vigente na sociedade. Essa negativa de acesso aos bens e direitos disponíveis em uma sociedade é chamada, pelos autores, de bloqueio institucional⁶⁹. Assim, nesse modelo, caberia às cortes “desbloquear” as falhas institucionais por meio de um diálogo com o executivo/legislativo, viabilizando a participação de grupos socialmente excluídos em bens e direitos previstos nos arranjos institucionais de determinada sociedade⁷⁰.

Os autores partem do modelo proposto por Chayes⁷¹, apresentado anteriormente, mas, além de relativizarem a ideia de policentrismo (reforçando que as cortes lidam de forma frequente com questões muito complexas e policêntricas quando lidam com casos de antitruste, insolvência judicial, sucessão, divórcio ou intervenções em políticas públicas) e sustentarem que o litígio de direito público não seria tão diferente do tradicional papel das cortes, os autores apontam que a proposta experimentalista é inovadora em importantes aspectos, pois não se trata de um modelo comando-controle, como o de Chayes, mas de um diálogo interinstitucional⁷².

Para salientar a diferença entre os modelos, os autores apontam que a falta de informação para a formulação da ordem judicial e a resistência dos funcionários (óbices apontados por Horowitz, Rosenberg e Komesar) podem ser superadas em um modelo que se orienta por um diálogo colaborativo entre as partes, em que essas definem conjuntamente as metas a serem observadas, os prazos e os meios de monitoramento. No modelo proposto por Sabel e Simon, após constatar um bloqueio institucional e a violação de direitos desse grupo, as cortes deixam de autuar de forma condutora do processo e passam a exercer um papel de mediadoras de um acordo elaborado pelas partes. Nesse acordo, são especificados parâmetros e procedimentos que, de forma flexível, possibilitam avaliar a performance da instituição. Nessa proposta colaborativa, há revisão e reajuste de metas contínuos propostos pelas partes e mediados pelas cortes, o que amplia a capacidade dessas na intervenção⁷³.

Para viabilizar a negociação entre as partes, é preciso que ocorra uma desestabilização institucional, gerando-se um choque na instituição que sofre a intervenção. Isso se dá por meio de uma decisão judicial que reconhece a violação de direitos e

⁶⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1065.

⁷⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1090-1091.

⁷¹ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation.

⁷² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1019.

⁷³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1020.

o bloqueio de acesso de certos grupos a determinada instituição. E, ao reconhecer a violação de direitos e atribuir responsabilização à instituição violadora, a corte produz uma cadeia de efeitos entre as partes (*veil effect; status quo effect; deliberation effect; publicity effect; stakeholder effect; web effect*), que, em conjunto, abrirão espaço para que os adversários dialoguem e negociem um acordo⁷⁴.

No entanto, ainda assim, é possível que haja resistências do administrador da instituição. Nesses casos, Sabel e Simon sugerem diversas ferramentas, como a figura de um *special master* ou mediador para auxiliar as partes a buscarem um acordo; a possibilidade de imposição de multas; de intervenções mais fortes; ou, em casos extremos, de substituição do gestor por um administrador judicial (*receivership remedy*).

A previsão dessas ferramentas reforça o limite de compromisso e respeito entre as partes, além de legitimar uma ação mais intrusiva, caso seja necessário⁷⁵.

Nesse modelo de Sabel e Simon, a participação e a transparência em relação ao desenvolvimento das políticas públicas que sofrem intervenção são muito importantes. Assim, a política pública que sofre intervenção deve ter abertura para que diversos interessados se interessem e participem da deliberação racional, para que se construa uma proposta comprometida com a persuasão racional que se aproxime de interesses comuns. A transparência sobre a intervenção estrutural, além de prestar contas sobre como a política pública está caminhando, servirá como meio de aprendizado, possibilitando comparações com instituições semelhantes⁷⁶.

Os autores analisam cinco casos de intervenções estruturais (educação, polícia, prisões, moradia e saúde mental) feitas pelas cortes para demonstrar como a postura delas já está muito mais congruente com um modelo experimentalista do que com um modelo comando-controle, ressaltando a importância de que as metas de resultados sejam claras, para permitirem uma avaliação de desempenho da política pública que sofre intervenção, ao mesmo tempo em que assegurem discricionariedade na forma de sua execução⁷⁷.

⁷⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1075-1082.

⁷⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1068-1073.

⁷⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1071-1072.

⁷⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1030-1032.

Os autores reconhecem que a proposta experimental é um otimismo cauteloso: não é isenta de riscos, pois há muitas contingências e incertezas no modelo. No entanto, veem no modelo experimentalista a melhor opção para ampliar a capacidade institucional das cortes para esse tipo de processo.

Em análises posteriores, Noonan, Sabel e Simon⁷⁸ demonstram por meio de dois casos práticos (os casos *R. C. v. Walley*, julgado em 1992, do Alabama; e *David C. v. Leavitt*, julgado em 1992, em Utah, ambos encerrados em 2007) que o modelo experimentalista pode mostrar-se bem atraente: nesses casos foram estruturadas reformas de longo prazo, com um amplo monitoramento de diagnóstico: o *Quality Service Review* (QSR), que se mostrou eficaz, possibilitando, por meio do diálogo interinstitucional, ampliar a capacidade de atuação das cortes para assegurar uma melhor gestão sobre as políticas de bem-estar infantil.

A discussão sobre capacidade institucional das cortes envolve, inevitavelmente, o quanto uma corte consegue lidar ou está habilitada para lidar (de forma direta, pelo modelo comando-controle; ou indireta, pelo diálogo interinstitucional) com litígios de direito que envolvem questões distributivas e os seus efeitos decorrentes (as questões policêntricas, nos termos de Fuller).

A discussão da literatura norte-americana anteriormente delineada demonstra que a capacidade institucional invoca para si argumentos que tratam não apenas da violação de uma norma do sistema jurídico, mas também do ferramental disponível às cortes para compreender o problema colocado e dar-lhe uma resposta satisfatória. A intervenção das cortes pode ser de elevado risco e alto custo, dentro de uma proposta mais rígida de compreensão do princípio de separação dos poderes, que não observa as restrições institucionais e os limites de atuação das cortes.

O modelo de intervenção experimental de Sabel e Simon⁷⁹, nesse contexto, parece interessante, uma vez que se preocupa em endereçar uma resposta à carência de capacidade institucional das cortes para atuar nos processos estruturais, acomodando, por meio do diálogo institucional, uma alternativa para que os poderes políticos sejam mais responsivos aos compromissos democráticos vigentes nos arranjos institucionais de determinada sociedade. A proposta dos autores abre

⁷⁸ NOONAN, Kathleen G.; SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Legal accountability in the service-based welfare state: lessons from child welfare reform. *Law & Social Inquiry*, v. 34, n. 3, p. 523-568, Summer 2009. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-4469.2009.01157.x>. Acesso em: 11 nov. 2024.

⁷⁹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1015-1101.

espaço para que o problema prospectivo e policêntrico seja implementado de forma gradual, em diálogo com as possibilidades do poder executivo. Ademais, os autores trazem para o cerne da discussão argumentos que vão além da constatação de uma violação normativa, e exigem que essa violação esteja amparada pela comprovação de um efetivo bloqueio institucional.

No próximo tópico será abordado como as restrições apontadas pela crítica da capacidade institucional podem ser pensadas de forma a auxiliar uma tomada de decisão em eventuais casos de processo estrutural no Brasil.

3. Capacidade institucional como um conceito operacional para o litígio estrutural

Como se pode utilizar a ideia de capacidade institucional enquanto conceito que possa orientar a tomada de decisões na judicialização de direitos sociais aqui no Brasil?

A literatura anteriormente mobilizada demonstra que a ideia de capacidade institucional está tradicionalmente atrelada às limitações institucionais das cortes para atuar em uma política pública. Ainda que se considere que o papel das cortes é também proteger e assegurar valores fundamentais, o conceito de capacidade institucional vai além de uma constatação normativa e institucional que reconhece a previsão jurídica de determinado valor público em seu ordenamento, exige a análise da habilidade e dos instrumentos disponíveis pelo poder judiciário para que determinado problema tenha uma resposta satisfatória.

Em que pese utilizarem termos distintos, e existirem fortes discordâncias sobre o papel e a função das cortes, a literatura norte-americana acima mobilizada deixa claro que, para atuar em conflitos estruturais, as cortes de justiça têm de considerar as seguintes limitações institucionais em sua tomada de decisão: a) a carência de conhecimento técnico dos magistrados para intervirem em determinada realidade fática; b) o caráter prospectivo da medida que se pleiteia; e c) a existência de efeitos policêntricos decorrentes da intervenção judicial. E, considerando-se esses elementos, deve-se analisar os meios de superá-los, para que a corte possa avaliar o problema de forma adequada.

A proposta experimentalista de Sabel e Simon sugere um caminho interessante: em um primeiro momento, deve-se analisar se há um grupo bloqueado

institucionalmente cujos direitos são sistematicamente violados, impedindo-os de participar da sociedade como outros pares. Feita a desestabilização institucional, em um segundo momento, a preocupação será: como construir um diálogo institucional, ampliando a participação e a transparência na questão pública que está sendo analisada? Quais são as questões técnicas, policêntricas e prospectivas que estão em discussão no conflito analisado e que deverão ser debatidas nesse diálogo institucional?

Essas são algumas orientações que as constrações da capacidade institucional permitem formular ao processo estrutural. No entanto, quando se reflete sobre a possibilidade de se trazer essa discussão sobre capacidade institucional da literatura norte-americana para auxiliar uma reflexão sobre judicialização de direitos sociais no Brasil, algumas complexidades adicionais entram em cena: em um modelo jurídico como o brasileiro, que se estrutura por regras da *civil law*, e que, ao longo da modernidade, perdeu o hábito e a cultura de lidar com os problemas distributivos⁸⁰, seria possível esse tipo de intervenção, considerando-se que não temos em nosso repertório processual ferramentas da *equity*, tal como previsto no modelo da *common law*?

Essa questão, como se percebe, não impede, mas torna ainda mais complexa a judicialização de direitos sociais aqui no Brasil, exigindo-se razões e ferramentas adicionais para se pensar a judicialização de uma questão distributiva. Como esclarece Lopes⁸¹, a natureza distributiva dos direitos sociais foi, por muito tempo, desconsiderada na resolução dos litígios jurídicos aqui no Brasil. Esses direitos eram lidos pelo judiciário apenas em sua chave comutativa, como direitos públicos subjetivos. E os impactos da decisão judicial individual sequer eram considerados na política pública atingida⁸². No entanto, com a massiva judicialização de direitos sociais (de forma individual) e os consideráveis impactos nas políticas públicas, essa compreensão subjetiva do direito social está começando a se alterar por aqui.

Um caso prático que ilustra esse ponto é a decisão da apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, que superou a análise bilateral do conflito e, fazendo uso de princípios gerais do direito, criou ferramentas para que o problema de acesso ao ensino infantil pudesse ser compreendido de forma mais ampla. Nesse caso, foram admitidos mecanismos mais flexíveis para a implementação da decisão que determinou ao município de São Paulo a elaboração de um plano de expansão

⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. p. 88-92.

⁸¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. p. 142-143.

⁸² MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. p. 110.

para ampliar em 150 mil vagas a rede de ensino infantil⁸³. Esse caso prático ainda está se desenvolvendo, mas parece superar muitas das constrições que aqui foram discutidas por meio do conceito de capacidade institucional.

4. Conclusão

A proposta de retomada histórica das ideias dispostas na literatura norte-americana teve o intuito de organizar uma possível compreensão sobre como a ideia de capacidade institucional pode ser utilizada como instrumento que auxilie nas reflexões sobre a tomada de decisão pelo poder judiciário em políticas públicas de direitos sociais aqui no Brasil.

Como conceito operacional, viu-se, no desenvolvimento do texto, que a capacidade institucional pode ser compreendida como delineamento formal das competências e ferramentas institucionais que foram estabelecidas nas Constituições e nas normas infralegais que informam os limites de possibilidades de atuação entre os poderes públicos.

Nesse sentido, é possível afirmar que a moldura institucional brasileira é complexa, pois, ao mesmo tempo em que prevê, na Constituição Federal de 1988, diversos direitos sociais e a possibilidade de controle jurisdicional de forma explícita, não dispõe, em sua jurisdição, de mecanismos que viabilizem a acomodação de questões distributivas de forma adequada, em que pese os avanços normativos decorrentes do microsistema processual coletivo ou dos amplos poderes previstos no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil⁸⁴.

Por outro lado, esse conceito operacional nos permite observar que o Tribunal de Justiça de São Paulo adotou, de forma *ad hoc*, mecanismos em consonância

⁸³ Esse caso foi julgado em dezembro de 2013, no Tribunal de Justiça de São Paulo, e contou com mecanismos muito inovadores, típicos de um processo estrutural, como a realização de uma audiência pública, a criação de um grupo de especialistas, o monitoramento da decisão judicial, entre outros. Cf. TJSP, APL 0150735-64.2008.8.26.0002, Câmara Especial, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, j. 19 dez. 2019.

⁸⁴ Essa lacuna, de certo modo, já está provocando alterações no cenário nacional. Nesse sentido, vale conferir o anteprojeto de lei sobre o Processo Estrutural que está sendo elaborado por uma comissão de juristas no Senado Federal, conforme se pode averiguar em publicação da Agência Senado: PROCESSO estrutural evitará disputa entre Poderes, dizem juristas. **Senado Federal**, 23 ago. 2024. Senado notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/08/23/processo-estrutural-evitara-disputa-entre-poderes-dizem-juristas#:~:text=A%20comiss%C3%A3o%20de%20juristas%20respons%C3%A1vel%20por%20elaborar%20o%20anteprojeto%20da>. Acesso em: 28 set. 2024.

com a natureza distributiva dos direitos sociais, viabilizando que as limitações da capacidade institucional possam ser, eventualmente, contornadas (como o caso de acesso a creches e pré-escolas ocorrido em São Paulo, no processo nº 0150735-64.2008.8.26.0002). Esse caso ainda está se desenvolvendo e, futuramente, demonstrar-se-á com mais clareza os custos e os ganhos deste “otimismo cauteloso” que é o diálogo institucional.

Certo é que a falta de hábito e reflexão sobre as questões distributivas e a ideia de bem comum na comunidade jurídica brasileira colocam a judicialização de questões distributivas como um grande desafio, que traz ao operador do direito brasileiro mais angústias do que respostas⁸⁵.

A ideia de capacidade institucional é complexa e exigente, e a atuação em conflitos distributivos pela via do judiciário é arriscada e imprevisível. No entanto, considerando que a judicialização de direitos sociais já está colocada em nosso judiciário (de forma fragmentada), refletir sobre esses conflitos sob a ótica distributiva, enquanto processo estrutural, parece ser um caminho necessário⁸⁶: é preciso olhar para a política pública e seus impactos. Nessa compreensão, o conceito de capacidade

⁸⁵ Não se ignora que a literatura brasileira já observa e possui diversos trabalhos sobre essas questões. No segundo capítulo da tese de MARINHO, Carolina Martins. **Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana** 187 f. 2018. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082020-153930/pt-br.php>. Acesso em: 11 nov. 2024, há uma ampla discussão sobre a literatura brasileira que trabalha essas reflexões. Sem esgotar, mas a título de exemplo, vale mencionar o trabalho de FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>. Acesso em: 13 nov. 2024; e o de VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. 715 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40822>. Acesso em: 13 nov. 2024, dois autores com reflexões bem avançadas sobre o tema. Contudo, tendo em vista as limitações de espaço e do escopo do presente artigo, aqui não se aprofundará na abordagem dessa literatura.

⁸⁶ Vale mencionar que essa experiência já está presente em nosso judiciário em diversas ações e até mesmo em nosso Supremo Tribunal Federal, por meio de diversas Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), como na ADPF nº 347 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Relator do último incidente: Min. Luís Roberto Barroso (ADPF-homologprocestrutural). Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 13 nov. 2024), na ADPF nº 635 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do último incidente: Min. Edson Fachin (ADPF-ED-quartos). Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em: 13 nov. 2024), ou na ADPF nº 709 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Luís Roberto Barroso. Min. Relator do último incidente: Min. Luís Roberto Barroso (ADPF-MC-ED-terceiros). Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 13 nov. 2024), por exemplo.

institucional enquanto instrumento para a tomada de decisão em um litígio de direito público pode se mostrar uma ferramenta interessante.

Referências

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/184>. Acesso em: 11 nov. 2024.

BRASIL. Sociedade Brasileira de Direito Público. **Ações coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018. (Justiça Pesquisa). Relatório analítico propositivo. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/290>. Acesso em: 11 nov. 2024.

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

DURAN, Camila *et al.* **O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS**. In: PRÊMIO Ipea 40 anos - IPEA-CAIXA 2004: monografias premiadas. Brasília: IPEA, 2005. p. 387-432.

ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Phillip P. The making of the legal process. **Harvard Law Review**, v. 107, p. 2031-2055, 1993-1994. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/348928007.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>. Acesso em: 13 nov. 2024.

FERRAZ, Otavio L. M.; VIEIRA, Fabíola S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**: revista de ciências sociais, v. 52, n. 1, p. 223-251, mar. 2009. DOI 10.1590/S0011-52582009000100007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Mb6v3F5kTNgVWX6xrkrF3pd/?lang=pt>. Acesso em: 11 nov. 2024.

FISS, Owen M. The social and political foundations of adjudication. **Law and Human Behavior**, v. 6, n. 2, p. 121-128, 1982. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/the_social_and_political_foundations_of_adjudication.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.

FISS, Owen M. The Supreme Court 1978 Term: foreword: the forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/The_Forms_of_Justice.pdf. Acesso em: 11 nov. 2024.

FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (ed.). **How does the Constitution secure rights?** Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1985. p. 36-49. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 1, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

HART JR., Henry M.; SACKS, Albert M. **The legal process**: basic problems in the making and application of law. Cambridge: Tentative Edition, 1958.

HOROWITZ, Donald. **The courts and social policy**. Washington: Brookings Institution, 1977.

KING, Jeff. **Judging social rights**. London: Cambridge University Press, 2012.

KOMESAR, Neil. Taking institutions seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis. **University of Chicago Law Review**, v. 51, n. 2, p. 366-446, 1984. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1944118>. Acesso em: 11 nov. 2024.

KOMESAR, Neil. A job for the judges: the judiciary and the Constitution in a massive and complex society. **Michigan Law Review**, v. 86, n. 4, p. 657-721, Feb. 1988. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol86/iss4/2/>. Acesso em: 11 nov. 2024.

KOMESAR, Neil. **Imperfect alternatives**: choosing institutions in law, economics, and public policy. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

KOMESAR, Neil. **Law's limits**: the rule of law and the supply and demand of rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**. São Paulo: Editora 34, 2004.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais**: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. 2009. 120 f. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia de Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-03052010-131241/pt-br.php>. Acesso em: 11 nov. 2024.

MARINHO, Carolina Martins. **Judicialização de direitos sociais e processos estruturais**: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana. 187 f. 2018. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082020-153930/pt-br.php>. Acesso em: 11 nov. 2024.

MARINHO, Carolina; GOTTI, Alessandra. Decisão estrutural: uma nova ferramenta para políticas públicas? **Pensar**: revista de ciências jurídicas, v. 28, n. 2, p. 1-12, abr./jun. 2023. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/download/12351/7087>. Acesso em: 30 set. 2024.

NOONAN, Kathleen G.; SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Legal accountability in the service-based welfare state: lessons from child welfare reform. **Law & Social Inquiry**, v. 34, n. 3, p. 523-568, Summer 2009. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-4469.2009.01157.x>. Acesso em: 11 nov. 2024.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Caminhos da judicialização do direito à saúde. In: OLIVEIRA, V. E. (org.). **Judicialização de políticas pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FioCruz, 2019. p. 177-200.

PROCESSO estrutural evitará disputa entre Poderes, dizem juristas. **Senado Federal**, 23 ago. 2024. Senado notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/08/23/processo-estrutural-evitara-disputa-entre-poderes-dizem-juristas#:~:text=A%20comiss%C3%A3o%20de%20juristas%20respons%C3%A1vel%20por%20elaborar%20o%20anteprojeto%20da>. Acesso em: 28 set. 2024.

PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 85-139.

ROSENBERG, Gerald. **The hollow hope**: can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago, 1991.

ROSENBERG, Gerald. **The hollow hope**: can courts bring about social change? 2nd ed. Chicago: University of Chicago, 2008. *E-book* (Edição Kindle).

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship. Acesso em: 12 nov. 2024.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres**: o caso das demandas judiciais por medicamentos. 2008. 62 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil**: o processo judicial no pós-1988. 2006. 264 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: [https://repositorio.usp.br/result.php?filter\[\]=authorUSP.name:%22VERISSIMO,%20MARCOS%20PAULO%22](https://repositorio.usp.br/result.php?filter[]=authorUSP.name:%22VERISSIMO,%20MARCOS%20PAULO%22). Acesso em: 12 nov. 2024.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 715 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40822>. Acesso em: 13 nov. 2024.

WANG, Daniel W. L. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, out. 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>. Acesso em: 30 mar. 2018.

WANG, Daniel; VASCONCELOS, Natalia. Adjudicação de direitos e escolhas políticas na assistência social. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 103, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/qLFssXptSDS7dG98RgWZjBS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 nov. 2024.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Relator do último incidente: Min. Luís Roberto Barroso (ADPF-homologprocestrutural). Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 13 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. Relator: Min. Edson Fachin. Relator do último incidente: Min. Edson Fachin (ADPF-ED-quartos). Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em: 13 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Luís Roberto Barroso. Relator do último incidente: Min. Luís Roberto Barroso (ADPF-MC-ED-terceiros). Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 13 nov. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Câmara Especial). **Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002**. Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://pgppij.files.wordpress.com/2015/09/decisc3a3o-tjsp-educacao-infantil.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2022.