



Litígios estruturais na Corte Constitucional: momento, legitimidade e estratégias¹

Structural Reform Litigation in the Constitutional Court: ripeness, legitimacy and strategies

Controversias estructurales en el Tribunal Constitucional: oportunidad, legitimidad y estrategias

Jordão Violin²

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9568-9047>
E-mail: jordao.violin@pucpr.br

Resumo

Este artigo tem por objetivo identificar o que qualifica como estrutural um litígio, se é função de uma Corte Constitucional conduzir a reforma estrutural e qual o momento adequado para isso. Para tanto, analisamos ilustrativamente os casos submetidos à apreciação do STF em busca de elementos comuns. Identificadas as vantagens e desvantagens de se atribuir esse papel à Corte Constitucional, analisam-se quais estratégias podem ser validamente adotadas pela Corte para remediar o estado de desconformidade pervasiva ao direito. Em conclusão, defendemos que litígios estruturais decorrem de um estado pervasivo de desconformidade e podem ser solucionados desde que não haja desacordo razoável quanto ao direito material com utilização do processo para estimular a colaboração e a competição entre os grupos afetados.

Palavras-chave

Litígios estruturais; Estado de Coisas Inconstitucional; legitimidade da Corte Constitucional; controle de políticas públicas.

¹ VIOLIN, Jordão. Litígios estruturais na Corte Constitucional: momento, legitimidade e estratégias. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 225-252, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a369>.

² Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. LL.M. pela Syracuse University (NY). Professor da PUCPR. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5275244683764195>.

Sumário

1. Introdução. 2. Problemas propícios para reforma: quando um litígio estrutural está maduro para enfrentamento? 3. Papel de corte constitucional? 4. Para além do absentismo. 5. Conclusão.

Abstract

This article aims to identify what qualifies a litigation as structural, whether it is the role of a Constitutional Court to engage in structural reform them and what is the appropriate time to do so. To do so, we analyze the cases in the Brazilian Constitutional Court's docket in search of common characteristic. Having identified the advantages and disadvantages of attributing such a role for the Constitutional Court, we analyze which strategies can be validly adopted by the Court to remedy the state of pervasive non-compliance with the law. In conclusion, we argue that structural disputes arise from a pervasive state of non-compliance and can be resolved if there is no reasonable disagreement regarding substantive law, using the judicial procedure to encourage collaboration and competition between the affected groups.

Keywords

Structural reform litigation; Unconstitutional State of Affairs; legitimacy of the Constitutional Court; policy review.

Contents

1. Introduction. 2. Adequate problems: When is a structural dispute ripe for decision? 3. Is promoting structural reform a role for a Constitutional Court? 4. Beyond the deferential approach. 5. Conclusion.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo identificar qué califica un litigio como estructural, si es función de un Tribunal Constitucional emprender reformas estructurales y cuál es el momento adecuado para hacerlo. Para ello, analizamos de manera ilustrativa los casos sometidos a consideración del STF buscando elementos comunes. Habiendo identificado las ventajas y desventajas de atribuir tal papel al Tribunal Constitucional, analizamos qué estrategias pueden ser válidamente adoptadas por el Tribunal para remediar el estado de incumplimiento generalizado de la ley. En conclusión, sostenemos que las disputas estructurales surgen de un estado pervasivo de incumplimiento y pueden ser resueltas por la Corte Constitucional siempre que no exista un desacuerdo razonable respecto del derecho sustantivo, utilizando el proceso para obtener colaboración y competencia entre los grupos afectados.

Palabras clave

Disputas estruturales; Estado de Cosas Inconstitucional; legitimación del Tribunal Constitucional; control de de políticas públicas.

Índice

1. Introducción. 2. Problemas maduros para la reforma: ¿Cuándo un litigio estructural está maduro para decisión? 3. ¿Papel del tribunal constitucional? 4. Más allá del approach deferente. 5. Conclusión.

1. Introdução

Litígios estruturais já não são uma espécie exótica ao jurista brasileiro. Sob uma perspectiva material, eles podem ser definidos como conflitos jurídicos decorrentes de um estado de desconformidade contínua, permanente, que exige intervenção reestruturante.³ Com base em uma visão sociológica, podem ser compreendidos como litígios irradiados, que surgem em decorrência do funcionamento de uma instituição que atinge subgrupos sociais diversos e cuja conformação ao direito exige reforma.⁴ Ou ainda, sob uma abordagem analítica, podem ser explicados como conflitos complexos, decorrentes de um estado de coisas permanente e intolerável, cuja solução ótima depende da seleção de uma dentre várias formas válidas – cada uma com repercussões próximas da imprevisibilidade.⁵

As três perspectivas se complementam e compartilham um núcleo comum: litígios estruturais decorrem de um estado de coisas, gerado pelo papel que grandes instituições desempenham na sociedade contemporânea.

Esses conflitos veiculam problemas fluidos. Formam um emaranhado de repercussões. Ao desatar um nó, outro se forma. A fluidez e complexidade desses litígios fazem com que, em regra, eles sejam resolvidos de modo mais eficaz pelo mercado, pelo Legislativo ou pelo Executivo. Os três estão mais bem aparelhados (e

³ Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 26 jun. 2024.

⁴ Cf. VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7, n. 4, p. 147-177, jan./jun. 2018.

⁵ Cf. VIOLIN, Jordão. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos*. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 279.

legitimados) que o Judiciário para atuar de modo experimental e corrigir erros rapidamente. É o que acontece quando uma política pública não surte o efeito pretendido e é substituída por outra; ou quando o mercado supera crises espontaneamente, dada sua tendência à auto-organização.

O que fazer, contudo, quando os poderes políticos, refletindo uma tendência majoritária, violam uma norma constitucional? O que fazer quando o Estado, que deveria ser o garantidor de direitos fundamentais, decide ostensivamente negá-los por ação ou omissão?⁶

Nos Estados Unidos dos anos 1950, a população negra era segregada de espaços públicos e privados. Leis estaduais, refletindo o racismo entranhado na sociedade norte-americana, reservavam espaços para brancos. No Brasil dos anos 2020, a superlotação carcerária e o ambiente degradante de cumprimento da pena continuam sendo problemas graves, mas de baixo apelo político. O estigma contra a população carcerária faz da política prisional um tema de pouco interesse legislativo e pouco investimento administrativo.

E o que fazer quando uma instituição está imune à lógica de mercado?

Um custodiado não pode livremente sair do confinamento e procurar um presídio com capacidade adequada; um morador de comunidade periférica não pode escolher por qual polícia gostaria de ser protegido; uma comunidade indígena ou quilombola não pode escolher a qual política sanitária gostaria de se submeter.

Quando os poderes políticos falham e o mercado é incapaz de corrigir distorções, o Judiciário está legitimado a reformar instituições cronicamente desconformes ao direito e isoladas do processo de responsabilização política.⁷

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a existência e a necessidade de enfrentamento de litígios estruturais. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, de 2015, o STF declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro; na ADPF 635, de 2019, enfrenta a letalidade policial em comunidades periféricas no Rio de Janeiro; na

⁶ A advertência vem de Paulo Bonavides, que critica a vinculação de liberdades constitucionais a órgãos estatais. Sobre o tema, v. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 620.

⁷ SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1020, Feb. 2004.

ADPF 709, de 2020, discutem-se as políticas de proteção e de promoção da saúde das comunidades indígenas.

Os três processos são monitorados pelo Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC), unidade administrativa específica de apoio, criada em 2023, com atribuição para elaborar pareceres, notas técnicas, participar de sessões de mediação, compor salas de monitoramento e auxiliar na construção de indicadores para monitoramento, avaliação e efetividade das decisões estruturantes.

Há, no acervo do STF, outros processos que veiculam conflitos estruturais: na ADI 7.013, de 2021, busca-se a reestruturação da Política Nacional de Segurança Pública, para que enfrente o feminicídio e a letalidade policial; na ADPF 973, de 2022, questiona-se a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional da política contra o racismo estrutural, caracterizado pela alta letalidade de pessoas negras e pelo desmonte de políticas públicas específicas; e, na ADPF 976, pretende-se o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional da política de proteção às pessoas em situação de rua.

Quadro – Processos estruturais em tramitação no STF

Processo	Tema
ADPF 347	Declaração de ECI e reforma do sistema carcerário brasileiro
ADPF 635	Contenção da letalidade policial nas favelas do Rio de Janeiro
ADPF 709	Proteção à saúde de comunidades indígenas
ADI 7.013	Combate ao feminicídio e à letalidade policial
ADPF 973	Declaração de ECI e enfrentamento do racismo estrutural
ADPF 976	Declaração de ECI e proteção às pessoas em situação de rua

Fonte: Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC).⁸

Embora todos esses litígios exijam o enfrentamento de problemas fluidos e com inúmeras repercussões, não se pode ainda afirmar que o STF tenha encampado a reforma estrutural.

No passado recente, litígios claramente estruturais tiveram tratamento pontual, tendo a Corte se limitado a proferir decisão declaratória, sem imposição de

⁸ Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao#litigio_analisado. Acesso em: 26 jun. 2024.

medidas concretas de implementação. É o caso, por exemplo, da Ação Popular 3.388 (caso Raposa Serra do Sol), decidida em 2009, e da ADI 4.277 e da ADPF 132 (união estável homoafetiva), julgadas em 2012.⁹

No presente, o STF tem adotado uma postura bastante cautelosa, que se aproxima de uma estratégia absenteísta (mas nela não se esgota, como será visto adiante): fixa-se um parâmetro genérico de conformidade ao direito e deixa-se a Administração livre para definir o modo de resolver o problema.¹⁰ Em vez de impor medidas específicas, confia-se ao réu a responsabilidade de traduzir o parâmetro de conformidade ao direito num plano concreto de reforma.¹¹

Essa postura está expressa no Tema 698 do STF, segundo o qual a decisão que intervém em políticas públicas, “como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado”.¹²

Curiosamente, os temas que inauguram o enfrentamento de litígios estruturais no Brasil também marcaram o processo estrutural norte-americano: o combate à discriminação racial, a contenção da violência policial e a proteção de minorias. Mas o direito brasileiro não se esgota na replicação de temas clássicos do direito norte-americano. A proteção da saúde, a contenção de atos antidemocráticos e a promoção de direitos fundamentais de prestação já são medidas estruturais existentes em território nacional, sem equivalente nos Estados Unidos.

⁹No mesmo sentido, porém apontando outros casos que poderiam, no entendimento dos autores, gerar medidas reestruturantes: JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 158-171; VIANA, Thaís Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. 2022. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. p. 284-289; 305-307. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/44833>. Acesso em: 26 jun. 2024.

¹⁰VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 211; 218.

¹¹STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 138, p. 849-850, Jan. 1990. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3706/. Acesso em: 26 jun. 2024. A autora chama essa estratégia de “deferente”.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 684.612/RJ**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 6 de fevereiro de 2014. Tema 698. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral5941/false>. Acesso em: 26 jun. 2024.

Nos Estados Unidos, litígios estruturais foram judicializados em ondas: des-segregação e reforma prisional foram litígios típicos de uma primeira fase; reforma psiquiátrica e violência policial caracterizaram uma segunda fase; adequação de escolas e monitoramento médico ou ambiental parecem definir uma terceira fase.¹³ No Brasil, tudo isso acontece ao mesmo tempo. Como definir o momento para enfrentar cada tema? Estamos prontos para enfrentar tantos temas difíceis simultaneamente?

O Brasil possui um ambiente jurídico mais propício à utilização de processos estruturais que os Estados Unidos. O terreno, aqui, parece fértil a ponto de despertar preocupação quanto à aplicação de técnicas de reestruturação a litígios coletivos simples, ou a problemas ainda insolúveis. Por isso, importa saber não apenas quando um litígio pode ser considerado estrutural, mas também *quando* ele pode ser incluído na agenda jurisdicional. Uma decisão prematura pode ser tão ruim quanto uma decisão tardia.

Neste artigo, considerando em conjunto os litígios estruturais acima, pretendemos responder a três perguntas: (a) o que há em comum entre eles que os qualifique como estruturais e recomende a intervenção judicial? (b) a atuação direta do Supremo Tribunal Federal nessas causas é atribuição típica de uma Corte Constitucional? (c) além do absenteísmo recomendado no Tema 698, quais outras estratégias podem ser adotadas pela Corte para remediar o estado de desconformidade perversiva? Para isso, partindo do raciocínio dedutivo, procedemos à pesquisa eminentemente analítica, tomando como amostra os casos constantes do quadro.

Nossa hipótese é que (a) litígios estruturais exigem a superação de um estado permanente de desconformidade ao direito; (b) a atuação da Corte constitucional, embora atípica, é recomendável, desde que o direito material subjacente ao litígio tenha seu conteúdo e extensão claramente definidos; (c) as normas processuais podem ser utilizadas para estimular o comportamento competitivo ou colaborativo entre os sujeitos processuais, de modo a construir soluções para o problema.

¹³VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 23-24.

2. Problemas propícios para reforma: quando um litígio estrutural está maduro para enfrentamento?

O objeto de um litígio estrutural não são *fatos*, mas *estados de coisas*. Um processo estrutural não visa à eliminação ou repreensão de condutas isoladas, mas à reestruturação de toda uma política institucional em razão da sistemática e intolerável violação ao direito.

Isso fica evidente quando se analisam as ações atualmente em tramitação no Supremo Tribunal Federal. Todas as ações constantes do quadro, acima, buscam o enfrentamento de um conjunto de práticas pervasivas (comissivas ou omissivas). E esse conjunto de práticas exige medidas em série para adequação ao direito.

Nenhum dos problemas apontados no quadro pode ser resolvido diretamente pelo mercado. E, em todas aquelas ações, é necessária mais do que uma intervenção pontual para superação do estado de desconformidade.

Na ADPF 347, por exemplo, reconheceu-se que são negados aos presos os direitos à integridade física, alimentação, higiene, saúde, estudo e trabalho. E fixou-se prazo de 6 meses para que a União, com participação do CNJ, elabore plano para enfrentamento dos três principais problemas do sistema carcerário: vagas insuficientes e de má qualidade; entrada excessiva de presos; e saída atrasada de presos. Após a aprovação do plano federal, inicia-se o prazo de 6 meses para que Estados e Distrito Federal apresentem seus planos. Todos os planos devem ser executados em até 3 anos.

Em geral,¹⁴ processos estruturais buscam tutela *reintegratória*: a pretensão do autor consiste em impedir a perpetuação de um ilícito continuado, pervasivo e dinâmico, removendo os efeitos ilícitos já operados. Trata-se, portanto, de tutela repressiva dirigida contra o ilícito.¹⁵

Na prática, isso significa que, nesses processos, a causa de pedir é fluida e a definição da tutela específica exigirá (a) a opção por um entre diversos critérios

¹⁴Concordamos com Didier, Zaneti e Alexandria quando dizem que a identificação de um processo estrutural é feita por raciocínio tipológico. V. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 45-81.

¹⁵ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 132-133.

igualmente válidos e (b) a criação de um único regime para regulação de interesses interdependentes.¹⁶

Mais uma vez, a ADPF 347 oferece um bom exemplo. Como aumentar o número de vagas do sistema carcerário, aumentar a qualidade do cumprimento da pena, reduzir o número de entradas desnecessárias no sistema prisional e garantir saída temporânea a quem já cumpriu sua pena? Os infinitos arranjos possíveis (a) dependerão da escolha alocativa da Administração e (b) essa escolha alocativa determinará os recursos financeiros disponíveis para esta e outras necessidades públicas. O litígio é, portanto, policêntrico.

O plano apresentado pela Administração Pública deve ser aprovado e monitorado pelo Judiciário. Não basta haver diferentes possibilidades válidas de solução, mas que essas possibilidades sejam factíveis e mensuráveis. De nada adianta o Judiciário se engajar numa reforma estrutural para a qual faltam dados que demonstrem a eficácia do plano de ação. O monitoramento do cumprimento pode ser feito pelo próprio juízo, por órgãos auxiliares ou pelas próprias comunidades afetadas.

Isso significa que uma causa madura para intervenção é aquela em que, dentre outros fatores, é possível identificar os grupos e subgrupos afetados pelo conflito e em que intensidade¹⁷ – ainda que isso implique reconhecer um grupo amorfo, sem membros definidos e com pouca ou nenhuma aglutinação.

Na hipótese de o plano de enfrentamento ser ineficiente, provimentos em cascata poderão ser necessários: de uma decisão-núcleo, essencialmente principiológico e abrangente, passa-se a decisões com grau maior de especificidade.¹⁸ O decurso do tempo, o surgimento de novas complexidades e o desencadeamento de problemas imprevistos exigem que o modo de cumprimento seja tão fluido quanto a instituição a ser reformada.

¹⁶ EISENBERG, Melvin A. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 426, Dec. 1978. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111225?v=pdf>. Acesso em: 26 jun. 2024.

¹⁷ NERY, Ana Luiza; BERESTINAS, Márcio Florestan. Da possibilidade de resolução extrajudicial de litígios estruturais por meio da celebração e do cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta estrutural. *Revista de Direito Privado*, v. 112, p. 17-51, abr./jun. 2022.

¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 26 jun. 2024.

Mas nada impede que essas determinações específicas sejam proferidas simultaneamente à decisão que reconhece o dever de reestruturação – ou mesmo antes dela. Situações intoleráveis de violação reiterada a direitos exigem tutela imediata. Essas situações podem exigir determinações pontuais e justificadamente intrusivas, de modo a dirigir prontamente a adequação da instituição.¹⁹

De fato, antes de reconhecer um Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios brasileiros em 2023, o STF editou – em 2017 – a Súmula Vinculante 56, segundo a qual “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. De acordo com esse precedente, havendo déficit de vagas no sistema prisional, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.²⁰

Esse conjunto de medidas pontuais demonstra ser possível que um litígio estrutural seja enfrentado, num primeiro momento, com medidas específicas – e é até corriqueiro que essa seja a primeira abordagem. A insuficiência dessas medidas específicas para remediar o problema é que justifica, num momento posterior, a ampliação do escopo para uma reforma global na instituição violadora.

Essa expansão pôde ser observada nos principais casos que caracterizaram a *structural reform litigation* nos Estados Unidos. Em *Holt v. Sarver*, um dos casos mais emblemáticos de reforma prisional, o objeto litigioso começou com o questionamento de alguns aspectos específicos do cumprimento da pena: proibição de tortura, regulação do uso da “solitária”, fornecimento de tratamento médico e dentário aos custodiados, dever de o Estado zelar por sua vida e integridade física. Remediados esses problemas urgentes, o processo expandiu para uma reforma de todo o sistema carcerário, com pedidos fluidos e causa de pedir aberta.²¹

¹⁹ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 239-240.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 641.320/RS**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 16 de junho de 2011. Tema 423. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral2703/false>. Acesso em: 27 jun. 2024.

²¹ Sobre o tema, v. VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos estruturais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 649-692.

Como parece evidente, um litígio estrutural está tão mais maduro para enfrentamento quanto forem as possibilidades de remediar o problema. E é ônus do autor apontar – ainda que exemplificativamente – as medidas que entende necessárias e suficientes para a superação do estado de desconformidade.

Um pedido formulado em termos tão genéricos quanto “a inclusão do tema Z na Política Nacional de Segurança” teria eficácia simbólica, apenas. É preciso ir além e elencar quais medidas concretas o autor entende necessárias: ações que devem obrigatoriamente constar do plano; ações sem as quais o estado de desconformidade ao direito persiste, com imputação de omissão à instituição ré.

Isso porque a definição da forma de tutela exige o estabelecimento de um parâmetro de conformidade ao direito, abaixo do qual a instituição permanecerá na antijuridicidade e, portanto, sob interferência judicial. Para que se defina esse *standard*, é preciso estabelecer um conjunto de indicadores, que auxiliarão a monitorar o funcionamento da instituição.²² É preciso que o juiz diga mais do que simplesmente “determino ao réu que adeque seu funcionamento à Constituição”. Comandos vagos abrem margem para que o réu se esquive do cumprimento.²³ E comandos específicos devem derivar da pretensão do(s) grupo(s) autor(es).

Outra característica comum aos litígios elencados no quadro é a ausência de desacordo razoável quanto à questão principal de direito. A dupla negativa é intencional: ausência de desacordo razoável não significa existência de acordo quanto ao conteúdo e extensão de um direito. Esse talvez seja um ponto inatingível em sociedades democráticas pluralistas.

O momento em que o Judiciário – e, em especial, o Supremo Tribunal Federal – enfrenta um tema pode ser determinante para o resultado. O poder de agenda da Corte Constitucional requer que se defina *quando* uma causa está madura para julgamento.

É difícil questionar que detentos tenham direito à dignidade; que moradores de comunidades periféricas tenham direito à segurança e à inviolabilidade

²² DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p. 60, Feb. 1979. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/judge-political-powerbroker-superintending-structural-change-public>. Acesso em: 26 jun. 2024.

²³ GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. *Yale Law Journal*, v. 92, n. 4, p. 598, Mar. 1983. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.13051/977>. Acesso em: 26 jun. 2024.

domiciliar; que a desigualdade de gênero e racial devam ser combatidas; que populações indígenas mereçam políticas públicas específicas de saúde. Mas há intenso desacordo quanto ao tempo e modo como esses direitos devem ser assegurados.

Esse dissenso não impede que a Suprema Corte inclua em sua agenda a reforma das políticas questionadas nas ações constantes do quadro. O conteúdo e extensão podem ser objeto de debate específico no próprio processo, tanto no ciclo de identificação do problema estrutural quanto no ciclo de implementação da reforma, quando será elaborado o plano de ação – que não é propriamente uma superação da fase de conhecimento, mas a inauguração de um novo ciclo que não impede a revisitação do conteúdo da decisão estrutural.²⁴

Exceto por situações de intolerável opressão majoritária contra minorias, uma tentativa de implementar judicialmente direitos cuja existência seja controversa provavelmente será malsucedida.²⁵ Em vez de impor seus próprios valores, o que o Judiciário deve fazer ao decidir um litígio estrutural é adequar uma instituição aos valores socialmente compartilhados.²⁶ Uma decisão parcial de mérito, que atribua ao direito material um conteúdo e extensão socialmente compartilhados, será provavelmente preferível a uma decisão que tente impor valores sobre os quais paire profundo desacordo.²⁷

A análise dos casos elencados no quadro demonstra ainda uma importante dessemelhança: o procedimento. Embora quase todas as pretensões estruturais

²⁴ Sobre o tema, Edilson Vitorelli destaca que processos estruturais não se desenvolvem de modo linear, mas em sucessivos avanços e recuos. V. VITORELLI, Edilson. Bifásico, em cascata ou em espiral?: considerações sobre o procedimento no processo estrutural e metodologia para sua implementação prática. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (org.) **Processos estruturais no sul global**. Londrina: Thoth, 2022. p. 296. Thaís Viana, no mesmo sentido, defende a superação da divisão entre fase de conhecimento e fase de cumprimento, em favor de uma dualidade entre ciclo de identificação e ciclo de implementação. V. VIANA, Thaís Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. p. 350 e seguintes.

²⁵ No mesmo sentido, v. JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 112-114.

²⁶ No mesmo sentido, v. EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 3, p. 498, Jan. 1980. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1488&context=facpub>. Acesso em: 26 jun. 2024. Em sentido contrário, v. FRUG, Gerald E. Judicial power of the purse. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 126, n. 4, p. 716, Apr. 1978. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol126/iss4/1. Acesso em: 26 jun. 2024.

²⁷ Contraditoriamente, *Brown v. Board of Education*, o mais emblemático caso de reforma estrutural nos Estados Unidos, contrariou essa tendência. À época, a sociedade norte-americana estava dividida, de modo que não havia forte apoio popular ao fim da segregação racial. V. VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 129-133.

tenham sido veiculadas por ADPF, há pelo menos uma ADI em que se requer reforma de uma política pública.

Além disso, no âmbito do Inquérito 4.879, que investiga a prática de atos antidemocráticos contra o STF, o Ministro Alexandre de Moraes determinou a “desocupação e dissolução total [...] dos acampamentos realizados nas imediações dos Quartéis Gerais e outras unidades militares para a prática de atos antidemocráticos [...]”. E definiu que a “operação deverá ser realizada pelas Polícias Militares dos Estados e DF, com apoio da Força Nacional e Polícia Federal se necessário [...]. As autoridades municipais deverão prestar todo o apoio necessário para a retirada dos materiais existentes no local. O Comandante militar do QG deverá, igualmente, prestar todo o auxílio necessário para o efetivo cumprimento da medida [...]. No caso do Distrito Federal, após a desocupação, efetiva manutenção, por parte da Polícia Militar, da guarda de segurança do perímetro da Praça dos Três Poderes, em particular, e das residências oficiais dos agentes políticos da União para evitar a ocorrência de novos delitos”.

Em sua forma, a ordem lembra aquela expedida pela Suprema Corte norte-americana no caso *Brown v. Board of Education*. Isso porque a decisão (i) antevê resistência ao seu cumprimento, de modo que (ii) delega às autoridades locais a eleição dos meios necessários à superação da recalcitrância e (iii) estabelece um dever de atuação que se prolonga no tempo, até que o estado de desconformidade esteja definitivamente (ou, ao menos, satisfatoriamente) superado.

O inquérito 4.879 não veicula um litígio estrutural. Sequer veicula um litígio, por ser apenas procedimento investigatório. Mas, claramente, determinou-se a reforma de uma política pública até então leniente com manifestações favoráveis a um possível golpe de estado. O caso demonstra a possibilidade de que, dado o estado de coisas mutável, uma ordem de reestruturação seja proferida incidentalmente a outro processo.

Isso demonstra que o procedimento não é fator relevante para que se determine se um litígio é estrutural. O procedimento é relevante para veiculação do pedido, causa de pedir e determinação de competência, mas não para a caracterização do litígio como estrutural.²⁸ É dizer, a adequação de uma política ou instituição

²⁸ No mesmo sentido, JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 157-171; VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 115-120.

ao direito poderia ser determinada no bojo de uma APF, ADI, ADO, ADC, ou mesmo em processos subjetivos como o HC coletivo ou um MS coletivo. Não é difícil cogitar de uma Ação Originária – por exemplo, envolvendo conflito federativo – que veiculasse um litígio estrutural.

Na medida em que as ações de controle concentrado de constitucionalidade permitem o reconhecimento de invalidade não só do texto normativo, mas também da norma (interpretada e aplicada), então condutas podem ser reputadas inconstitucionais. E, nesse sentido, é possível que um processo de controle concentrado veicule um litígio estrutural. O mesmo vale para remédios constitucionais – especialmente na modalidade coletiva.

A análise até aqui empreendida permite elencar algumas características comuns aos litígios propícios para reforma estrutural:

- a)* Alegação de uma violação intolerável a direito.
- b)* Demonstração de um estado de coisas permanente.
- c)* Impossibilidade de tratamento do tema pelo mercado, ou
- d)* Falha de mercado ou dos poderes políticos para solução do problema.
- e)* Insuficiência de correções pontuais para conformação ao direito.
- f)* Ausência de desacordo razoável quanto à existência e conteúdo do direito.
- g)* Pedido de tutela reintegratória, para impedir a perpetuação do estado de desconformidade e remover os efeitos ilícitos já operados.
- h)* Possibilidade de opção por um entre diversos critérios igualmente válidos para tutela concreta do direito.
- i)* Necessidade de criação de um único regime para regulação de interesses interdependentes.
- j)* Demonstração de viabilidade fática na inicial, pela enumeração das medidas necessárias e suficientes para superação do estado de desconformidade.
- k)* Viabilidade da medição de indicadores e monitoramento dos efeitos da reforma.
- l)* Possibilidade de identificação dos grupos e subgrupos afetados pelo litígio e em que intensidade.

Esses não são, lembre-se, apenas requisitos para qualificar como estrutural um litígio, mas sobretudo indícios de que um litígio estrutural está maduro para julgamento e pode ser incluído na agenda do Judiciário.

3. Papel de Corte Constitucional?

Estabelecidos indicadores de que um litígio estrutural pode ser enfrentado com sucesso, é preciso responder a uma questão preliminar. Essa é uma tarefa para uma Corte Constitucional?

A reforma estrutural não é função típica de uma Corte Constitucional. Nem é comum que essa tarefa seja assumida pela Corte. Em regra, processos estruturais tramitam nos juízos inferiores e são veiculados por ações coletivas. Exemplificativamente, em 2019, o Ministério Público Federal de Minas Gerais ajuizou ação requerendo “a adoção de medidas estruturais para a revisão da política federal de aprovação, licenciamento, operação e fiscalização de barragens” a cargo da União e da Agência Nacional de Mineração.²⁹ Desde então, diversos outros processos buscaram expressamente a superação de estados permanentes de desconformidade. É o caso da Ação Civil Pública (ACP) 5123763-77.2019.8.13.0024 (caso Lagoa da Pampulha); *Habeas Corpus* 165.704 (STF), em que se determinou a realização de mutirões carcerários para identificar beneficiários de *habeas corpus* coletivo; ACP 0814701-64.2022.8.20.5001, em que se busca a reestruturação da política de proteção social e de unidade de acolhimento em Natal; ACP 5095710-55.2021.4.02.5101/RJ, em trâmite na seção judiciária do Rio de Janeiro, em que se determinou a reestruturação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Mas nada impede que, atipicamente, dada a relevância da matéria e a hierarquia constitucional do direito invocado, a Corte Constitucional tome para si a resolução de um litígio estrutural. A declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional é técnica processual que permite exatamente essa assunção da tarefa.

A mera declaração de um ECI, é preciso esclarecer, não supera o estado de desconformidade. O Estado de Coisas Inconstitucional é o reconhecimento de uma situação fática de violações massivas, reiteradas e disseminadas a direitos

²⁹ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária de Minas Gerais (5ª Vara Federal Cível). **Ação Civil Pública Cível 1005310-84.2019.4.01.3800**. Petição inicial, 9 de abril de 2019. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1. Acesso em: 26 jun. 2024.

fundamentais. Essa declaração tem efeito simbólico, na medida em que dá visibilidade ao tema e empodera o grupo vulnerável.³⁰

O reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional tem também um efeito processual relevante: como o Estado de Coisas Inconstitucional deve ser reconhecido por uma Corte Constitucional,³¹ ele atrai a competência da Corte para enfrentamento do tema.

Em outras palavras, a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional não é pressuposto para a reforma estrutural. Não é necessário reformar todo o sistema carcerário nacional, tampouco a política nacional de saúde ou de segurança. É possível que a reforma seja focada num Estado, numa região, ou mesmo num hospital; ou que tenha por fundamento um estado permanente de ilegalidade – não de inconstitucionalidade – que afaste a atuação da Corte Constitucional. É possível, portanto, haver reforma estrutural sem prévio reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional, assim como é possível reconhecer um Estado de Coisas Inconstitucional sem que se dê o passo seguinte – sua superação.

Mas, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Constitucional avoca para si a responsabilidade em conduzir a reforma. Não se trata propriamente de avocação de competência, pois a competência para julgamento de ações de controle concentrado é originária do STF. Trata-se, sim, de reconhecer que, para além da mera declaração de inconstitucionalidade, medidas concretas deverão ser adotadas – e isso com a autoridade da mais alta Corte do país.

Há vantagens e desvantagens na assunção dessa tarefa pelo Supremo Tribunal Federal.

Por um lado, como parece evidente (e a experiência demonstra), o STF tem uma estrutura bastante enxuta e tempo escasso. O tempo de deliberação de uma Corte Constitucional é lento e disputado. Essa não é uma característica brasileira, mas mundial. Se, no Brasil, em 2024, ainda tramita a ADPF 709, ajuizada em 2020 para exigir medidas de proteção a comunidades indígenas sob risco de contaminação

³⁰ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; PEDROSA, Tomás Araújo; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A relação entre o estado de coisas inconstitucional e os processos estruturais: benefícios da complementação e perigos de hibridização. *Revista de Processo*, v. 340, p. 241-266, jun. 2023.

³¹ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; PEDROSA, Tomás Araújo; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A relação entre o estado de coisas inconstitucional e os processos estruturais: benefícios da complementação e perigos de hibridização. p. 241-266.

por covid-19, nos Estados Unidos, o emblemático caso *Roe v. Wade*, no qual se declarou o direito da gestante a abortar, foi decidido muito depois de a criança nascer.³²

Isso significa que a reforma estrutural, conduzida por uma Corte Constitucional, dependerá muito mais de decisões provisórias monocráticas. Na ADPF 709,³³ por exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso fixou em 2020 medidas temporárias destinadas à proteção dos grupos indígenas enquanto não decidido o mérito do processo, como: criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União; criação de sala de situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos em isolamento; necessidade de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da Covid-19 específico para os povos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) e de representantes das comunidades indígenas; determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, entre outros. Tanto o plano de ação como o seu monitoramento deveriam ser construídos pela União, em parceria com as entidades competentes e com o grupo afetado.³⁴

Ante a complexidade extrajurídica que envolvia a política pública questionada em juízo, o Ministro decidiu por atribuir à União e a entidades especializadas a elaboração e implementação de planos voltados à proteção dos povos indígenas em situação de vulnerabilidade. Os planos de operação foram homologados, também monocraticamente, em março de 2024. Não houve a imposição unilateral de uma decisão de conteúdo predeterminado, mas a criação de um processo dialógico, no qual todas as partes afetadas tiveram voz na construção da decisão mais adequada ao caso.³⁵ A decisão adota uma estratégia essencialmente competitiva: ela tem por

³² ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Mr. Justice Blackmun, January 22, 1973. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/#:~:text=Wade%2C%20410%20U.S.%20113%20\(1973\)&text=A%20person%20may%20choose%20to,Clause%20of%20the%20Fourteenth%20Amendment](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/#:~:text=Wade%2C%20410%20U.S.%20113%20(1973)&text=A%20person%20may%20choose%20to,Clause%20of%20the%20Fourteenth%20Amendment). Acesso em: 26 jun. 2024. O precedente foi superado em ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022). Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf?ref=sdnewswatch.org. Acesso em: 26 jun. 2024.

³³ Para mais detalhes sobre a decisão e seus aspectos estruturais, v. GOMES, Kessler Cotta. Reflexões sobre os processos estruturais através da ADPF 709: tutela da saúde para os povos indígenas durante e após a pandemia da COVID-19. In.: NUNES, Leonardo Silva (coord.). *Dos litígios aos processos estruturais*. Organizadoras: Amanda Michelle Faria Araújo Mapa, Gisele Fernandes Machado. São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 199-216.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Acompanhamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 26 jun. 2024.

³⁵ Sobre o tema, v. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 12., 2023, Brasília. *Repertório de boas práticas processuais brasileiras*: boas práticas aprovadas em Brasília (24 e 25 de março de 2023): 18. Convite a interessados e afetados pelo litígio estrutural, não incluídos no processo, para participar de audiência visando à

premissa a concorrência entre os sujeitos interessados na reforma estrutural (grupos afetados e poder público). Diferentemente da estratégia colaborativa, ela incentiva as partes e terceiros a criarem soluções num processo deliberativo. O juiz, então, seleciona as soluções que considera mais adequadas.³⁶

Na ADPF 635, em que se busca conter a violência policial em favelas no Rio de Janeiro, o Ministro Luiz Edson Fachin deferiu tutela provisória em 2020, referendada em 2022, para restringir a utilização de helicópteros nas operações policiais apenas nos casos de observância da estrita necessidade; disponibilização de ambulâncias durante operações; instalação de equipamentos de GPS nas viaturas e *body cams* nas fardas dos agentes de segurança; respeito à inviolabilidade domiciliar; priorização de investigações de incidentes envolvendo crianças e adolescentes; entre outras determinações. O Plano de Redução de Letalidades, apresentado em 2022, pelo Estado do Rio de Janeiro, vem sendo construído e aperfeiçoado desde então, também mediante o uso da estratégia competitiva.

Esses exemplos são ilustrativos. Demonstram como a implementação da reforma estrutural, numa Corte Constitucional, dependerá da atuação monocrática – ainda que posteriormente referendada pelo colegiado.

Por outro lado, duas significativas vantagens podem decorrer da encampação dessa tarefa pela Corte Constitucional, para além do já mencionado efeito simbólico: (a) a criação de órgãos de apoio, indisponível para juízos inferiores; (b) a estabilização dos julgadores, cuja rotatividade é um problema em juízos inferiores.

No âmbito do STF, o Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC), criado em 2023, produziu, de outubro de 2023 a fevereiro de 2024, 16 notas técnicas, 22 audiências e reuniões técnicas e apoiou 16 decisões estruturais.³⁷ Além dele, também o Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL) tem exercido importante função de apoio – especialmente na negociação de concessões recíprocas na formulação de planos de reestruturação.

construção de soluções consensuais (Grupo Processos estruturais; XII FPPC-Brasília). Disponível em: <https://oabdf.org.br/wp-content/uploads/2023/03/Enunciados.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2024.

³⁶ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 231-238.

³⁷ Dados disponíveis em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Núcleo de Processos Estruturais Complexos (NUPEC)**, [2024]. Apresentação. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em: 27 jun. 2024.

Além disso, a atuação de uma Corte com baixa rotatividade de Ministros resolve um problema grave para a condução de processos estruturais em Juízos inferiores: a frequente remoção de juizes, decorrente da promoção de magistrados, especialmente em comarcas do interior.

Por não ficar na comarca ou subseção por tempo suficiente para conhecer o litígio com profundidade, o magistrado simplesmente não tem tempo nem interesse para compreender a causa em sua magnitude e conduzi-la com propriedade, pois sabe que será removido. O juiz vai, o processo fica.

Esse problema é aprofundado pelo rigoroso controle de metas e produtividade imposto pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Entre preferir uma complexa decisão interlocutória numa demanda estrutural ou sentenciar dezenas de casos simples, o magistrado tem incentivos mais do que suficientes para escolher a segunda opção. Nesse contexto, a conduta mais racional a ser adotada pelo réu é a adoção de táticas protelatórias. A conduta individualmente mais vantajosa à parte é aguardar a designação do próximo juiz, que não tem qualquer conhecimento sobre o litígio.

Esses problemas não ocorrem quando a reforma é conduzida pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Os litígios são postos em evidência e a rotação de Ministros na Corte é baixa, decorrente apenas da aposentadoria. Isso forma um acervo cognitivo relevantíssimo, que desincentiva a conduta protelatória da instituição a ser reformada.

Se um processo estrutural deve emular o método gerencial de resolução de problemas, então é preciso criar incentivos para que o juiz continuamente solucione e ressolucione o litígio – ou, pelo menos, eliminar os desincentivos para tanto. A condução da reforma pela mais alta Corte de um país cria, ao mesmo tempo, incentivos e órgãos auxiliares para que o julgador compreenda todas as interações e repetidamente resolva os múltiplos problemas decorrentes da solução do problema principal.³⁸

³⁸ FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 647-648, Mar. 1982. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.13051/16130>. Acesso em: 26 jun. 2024.

4. Para além do absenteísmo

O Tema 698 define uma diretriz clara na condução da reforma estrutural: a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais deve, como regra, abster-se de determinar medidas pontuais. É preferível que a decisão aponte as finalidades a serem alcançadas e determine à Administração Pública a apresentação de um plano de reestruturação, contemplando os meios adequados para alcançar o resultado.

A tese está em linha com as melhores práticas. Problemas policêntricos, que dão origem a litígios estruturais, costumam ser resolvidos pelo método de tentativa-e-erro. Esses conflitos escapam à tradicional ideia de que a decisão judicial, uma vez transitada em julgado, se torna indiscutível. Em litígios estruturais, importa mais a resolução fática do problema do que a indiscutibilidade jurídica do litígio. Ou seja, a resolução do litígio exige informações nem sempre disponíveis – até porque muitas delas dependem de repercussões imprevisíveis.³⁹

Há duas formas de se aplicar o método de tentativa-e-erro: deixando o protagonismo às partes ou assumindo o próprio juiz essa função central.

O Tema 698 conduz o julgador a confiar às partes o protagonismo na resolução do litígio. Em vez de pormenorizar uma série de medidas a serem adotadas, o juiz fixa um *standard* geral, que expressa objetivos quase principiológicos – aquilo que Sérgio Arenhart chama de decisão-núcleo.⁴⁰ Mas a escolha dos meios para conformar-se ao direito permanece sob discricionariedade da parte. O cumprimento da meta é definido pelo atingimento desse *standard*. Prazos e forma de medição dos objetivos podem ser definidos pela parte ou pelo próprio juiz.⁴¹

³⁹ V. OSTROM, Elinor. **Governing the Commons**: the evolution of institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 56.

⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro.

⁴¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1019; STURM, Susan. Second generation employment discrimination: a structural approach. **Columbia Law Review**, v. 101, n. 3, p. 465-475, Apr. 2011.

A depender de como os aportes fornecidos pelas partes serão considerados, esse protagonismo pode resultar numa estratégia absenteísta, colaborativa ou competitiva.⁴²

O absenteísmo consiste numa provisória deferência à instituição ré – que pode integrar a Administração Pública ou a iniciativa privada. Confia-se a ela a apresentação de um plano de enfrentamento do problema, no seu tempo e com seu orçamento. Mas, em caso de ineficácia, a postura absenteísta pode dar lugar a formas mais intrusivas de atuação. É justamente essa ameaça constante que a torna uma alternativa viável.

Obviamente, a deferência ao réu preserva a independência administrativa ao custo do tempo. E o ônus do tempo é suportado pela vítima. Por isso, é preciso avaliar constantemente se o comportamento do réu, num litígio estrutural, está de acordo com a gravidade do estado de desconformidade.

Tal como redigido, o Tema 698 permite ainda a adoção de duas outras estratégias, que mantém o protagonismo da reforma nas partes: a estratégia colaborativa e a competitiva.

A estratégia colaborativa visa à definição consensual dos meios de cumprimento. Já a estratégia competitiva estimula a criação de um “livre mercado de ideias” durante o ciclo de implementação. A concorrência entre os sujeitos estimula a apresentação de planos de ação factíveis, para que o juiz selecione as medidas mais eficientes para reforma estrutural.

Embora o Tema 698 sugira, numa primeira leitura, que o juiz deva adotar uma postura absenteísta, a praxe tem demonstrado que o Supremo Tribunal Federal tem preferido – corretamente – adotar uma estratégia competitiva. Tanto na ADPF 635 (operações policiais em favelas) quanto na ADPF 709 (proteção à saúde de comunidades indígenas), os planos de ação apresentados pela Administração Pública foram objeto de amplo debate entre as partes e *amici curiae*, com apontamento de críticas, omissões, alternativas. E essas alternativas foram incorporadas em decisões da Corte.

⁴² Sobre o tema, v., no direito norte-americano, STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. No Brasil, v. VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos.** p. 214-245.

E, embora o Tema 698 estabeleça, como regra, o protagonismo das partes, ele não exclui a adoção, em situações excepcionais, de uma atuação diretiva pelo juiz. A estratégia diretiva é aquela em que o juiz toma para si a tarefa de desenvolver e implementar a tutela do direito. De acordo com esse perfil centralizador, o juiz define pessoalmente os passos necessários para que a instituição ré se adeque ao standard de conformidade.

A estratégia diretiva pode ser, de fato, invasiva. Se não for utilizada com cautela, pode ser também ineficiente, por despertar a recalcitrância da Administração Pública e o sentimento de que o Judiciário extrapola seus poderes. A estratégia diretiva não gera comprometimento, engajamento ou mobilização necessárias à internalização do comando pelos membros da instituição a ser reformada.⁴³ Exemplo desse comportamento (esperado) de resistência à interferência judicial foi a afirmação, em 2022, por um representante da Polícia Militar do Rio de Janeiro, de que o STF seria responsável pela migração de criminosos ao Estado.⁴⁴

Justamente por isso, a estratégia diretiva deve ser reservada a duas situações extremas: (a) casos em que a violação é tão intolerável que exige tutela imediata; e (b) hipóteses de resistência reiterada e injustificada.⁴⁵

Tanto na ADPF 347 (reforma prisional) quanto na ADPF 635 (operações policiais em favelas), medidas diretivas foram adotadas como forma de eliminar uma situação urgente e intolerável de opressão. Na ADPF 347, determinou-se a imediata progressão de regime – inclusive para o regime aberto – no caso de falta de vagas; na ADPF 635, proibiu-se a utilização de helicópteros, salvo fundada e justificada necessidade.

Como se vê, estratégia diretiva é adequada para remediar, no curto prazo, violações intoleráveis. Mas é claramente inadequada para promover a conformação global que se espera decorrer da reforma estrutural.

⁴³ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. p. 868-871.

⁴⁴ BARBON, Júlia. Após mortes na Vila Cruzeiro, PM culpa STF por criminosos migrarem ao Rio. **Folha de São Paulo**, 24 maio 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/05/apos-mortes-na-vila-cruzeiro-pm-culpa-stf-por-criminosos-migrarem-ao-rio.shtml>. Acesso em: 27 jun. 2024.

⁴⁵ BUCKHOLZ, Robert E. *et al.* The remedial process in institutional reform litigation. **Columbia Law Review**, v. 78, n. 4, p. 800-801, May 1978.

5. Conclusão

Ao longo do texto, procuramos demonstrar que (a) litígios estruturais exigem a superação de um estado permanente de desconformidade ao direito; (b) a atuação da Corte constitucional, embora atípica, é recomendável, desde que o direito material subjacente ao litígio tenha seu conteúdo e extensão claramente definidos; (c) as normas processuais podem ser utilizadas para estimular o comportamento competitivo ou colaborativo entre os sujeitos processuais, de modo a construir soluções para o problema.

De fato, a “estruturalidade” de um litígio não decorre do procedimento que se adota para solucioná-lo, mas da necessidade de superação de um estado permanente de desconformidade ao direito. É possível, como se fez no passado, enfrentar litígios estruturais com base em soluções pontuais. Mas essa abordagem não resolve o problema em curto ou médio prazos. Na verdade, ela ignora que problemas complexos exigem soluções globais, não medidas episódicas ou pontuais.

Como não há vinculação entre um litígio estrutural e o procedimento para sua resolução, nada impede que a Corte Constitucional assuma a tarefa de adequar uma política ou uma instituição ao direito. Embora atípica, essa atuação é jurídica e faticamente possível. A superação de um estado permanente de desconformidade, que nem mercado nem as instituições políticas conseguem alterar, é tarefa propriamente jurisdicional. E há vantagens na assunção dessa tarefa pelo órgão máximo do Judiciário. Não apenas vantagens simbólicas, decorrentes da visibilidade que se dá ao tema, mas também vantagens práticas decorrentes da atuação de órgãos auxiliares.

É recomendável, contudo, que o direito material subjacente ao litígio tenha seu conteúdo e extensão claramente definidos. Processos estruturais são, por sua própria definição, intrusivos. Se o direito material subjacente ao litígio enfrenta desacordo razoável, não é recomendável que o tema seja enfrentado pelo Judiciário ou avocado pela Corte Constitucional.

Mas, se o direito material subjacente não enfrenta desacordo razoável, é possível adequar uma política ou instituição aos valores constitucionais compartilhados. Essa tarefa pode ser empreendida pelo STF, no papel de Corte Constitucional, de modo válido e coerente com a separação entre os poderes, com minimização de efeito *backlash*.

Isso porque é possível utilizar o processo civil como ferramenta para a construção de soluções pelos próprios grupos afetados. Isso pode ser obtido ao se encorajar o comportamento cooperativo ou competitivo entre as partes.

Um processo estrutural não é – e nem pode ser – uma ferramenta para imposição de decisões unilaterais. Salvo em caso de violações intoleráveis, que exijam resposta imediata, é recomendável que a própria instituição a ser reformada apresente seu plano de ação. E, neste ponto, a jurisprudência do STF está de acordo com as melhores práticas. Mas é possível ir além. É possível manter o protagonismo das partes e encorajar que elas apresentem a melhor solução factível, conforme sua percepção do problema.

Essa abordagem facilita a autocontenção judicial, ao mesmo tempo em que estimula a contínua solução e resolução do litígio – implementando assim ciclos de identificação de problemas e implementação de soluções.

Referências

ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf.

Acesso em: 26 jun. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBON, Júlia. Após mortes na Vila Cruzeiro, PM culpa STF por criminosos migrarem ao Rio. **Folha de S. Paulo**, 24 maio 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/05/apos-mortes-na-vila-cruzeiro-pm-culpa-stf-por-criminosos-migrarem-ao-rio.shtml>. Acesso em: 26 jun. 2024.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Núcleo de Processos Estruturais Complexos (NUPEC)**, [2024]. Apresentação. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em: 27 jun. 2024.

BUCKHOLZ, Robert E. *et al.* The remedial process in institutional reform litigation. **Columbia Law Review**, v. 78, n. 4, p. 784-929, May 1978.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 26 jun. 2024.

DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. **Virginia Law Review**, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb. 1979. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/judge-political-powerbroker-superintending-structural-change-public>. Acesso em: 26 jun. 2024.

EISENBERG, Melvin A. Participation, responsiveness, and the consultative process: an essay for Lon Fuller. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 410-432, Dec. 1978. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111225?v=pdf>. Acesso em: 26 jun. 2024.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 3, p. 465-517, Jan. 1980. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1488&context=facpub>. Acesso em: 26 jun. 2024.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, p. 635-697, Mar. 1982. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.13051/16130>. Acesso em: 26 jun. 2024.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 12., 2023, Brasília. **Repertório de boas práticas processuais brasileiras**: boas práticas aprovadas em Brasília (24 e 25 de março de 2023): 18. Convite a interessados e afetados pelo litígio estrutural, não incluídos no processo, para participar de audiência visando à construção de soluções consensuais (Grupo Processos estruturais; XII FPPC-Brasília). Disponível em: <https://oabdf.org.br/wp-content/uploads/2023/03/Enunciados.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2024.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; PEDROSA, Tomás Araújo; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A relação entre o estado de coisas inconstitucional e os processos estruturais: benefícios da complementação e perigos de hibridização. **Revista de Processo**, v. 340, p. 241-266, jun. 2023.

FRUG, Gerald E. Judicial power of the purse. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 126, n. 4, p. 715-794, Apr. 1978. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol126/iss4/1. Acesso em: 26 jun. 2024.

GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. **Yale Law Journal**, v. 92, n. 4, p. 585-682, Mar. 1983. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.13051/977>. Acesso em: 26 jun. 2024.

GOMES, Kessler Cotta. Reflexões sobre os processos estruturais através da ADPF 709: tutela da saúde para os povos indígenas durante e após a pandemia da COVID-19. In: NUNES, Leonardo Silva (coord). **Dos litígios aos processos estruturais**. Organizadoras: Amanda Michelle Faria Araújo Mapa, Gisele Fernandes Machado. São Paulo: D'Plácido, 2022.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

NERY, Ana Luiza; BERESTINAS, Márcio Florestan. Da possibilidade de resolução extrajudicial de litígios estruturais por meio da celebração e do cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta estrutural. **Revista de Direito Privado**, v. 112, p. 17-51, abr./jun. 2022.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons**: the evolution of institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 1016-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/737/. Acesso em: 26 jun. 2024.

STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 138, Jan. 1990. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3706/. Acesso em: 26 jun. 2024.

STURM, Susan. Second generation employment discrimination: a structural approach. **Columbia Law Review**, v. 101, n. 3, p. 458-568, Apr. 2001. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/217/. Acesso em: 26 jun. 2024.

VIANA, Thaís Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. 2022. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/44833>. Acesso em: 26 jun. 2024.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Processos estruturais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Salvador: JusPodivm, 2023.

VITORELLI, Edilson. Bifásico, em cascata ou em espiral?: considerações sobre o procedimento no processo estrutural e metodologia para sua implementação prática. *In*: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (org.). **Processos estruturais no sul global**. Londrina: Thoth, 2022. p. 285-306.

VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 7, n. 4, p. 147-177, jan./jun. 2018.

Jurisprudência citada

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária de Minas Gerais (5ª Vara Federal Cível). **Ação Civil Pública Cível 1005310-84.2019.4.01.3800**. Petição inicial, 9 de abril de 2019. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1. Acesso em: 26 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Acompanhamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 26 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 641.320/RS**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 16 de junho de 2011. Tema 423. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral2703/false>. Acesso em: 27 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 684.612/RJ**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 6 de fevereiro de 2014. Tema 698. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral5941/false>. Acesso em: 27 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. (2022)**. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf?ref=sdnewswatch.org. Acesso em: 26 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113 (1973). Mr. Justice Blackmun, January 22, 1973. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/#:~:text=Wade%2C%20410%20U.S.%20113%20\(1973\)&text=A%20person%20may%20choose%20to,Clause%20of%20the%20Fourteenth%20Amendment](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/#:~:text=Wade%2C%20410%20U.S.%20113%20(1973)&text=A%20person%20may%20choose%20to,Clause%20of%20the%20Fourteenth%20Amendment). Acesso em: 26 jun. 2024.