

S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

EDIÇÃO ESPECIAL | 2025



ISSN 2763-7867

S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

EDIÇÃO ESPECIAL | 2025



Secretaria-Geral da Presidência

Aline Rezende Peres Osorio

Gabinete da Presidência

Fernanda Silva de Paula

Secretaria do Tribunal

Eduardo Silva Toledo

Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação

Patrícia Perrone Campos Mello

Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias

Livia Gil Guimarães

Marcella Cavalcante Pinto

Renata Rodrigues Praxedes

Raquel Beutel Semenzato Proazzi

Carolina Rezende Moraes

Luiza Palma Orenha

Nathany Dias de Araújo

Tamara Claudia Coimbra Pastro

Carlos Alberto de Jesus Rabelo

Alexandra Emanuela Novais Silva

Coordenadoria de Biblioteca

Luciana Araújo Reis

Andréia Cardoso Nascimento

Gabriela Ayres Miranda Cunha

Haidéia Passos Oliveira

Coordenadoria de Difusão da Informação

Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf

Lilian Januzzi Vilas Boas

Matheus Gomes Nina Ribeiro

Ana Valéria de Oliveira Teixeira

Myllena Ribeiro Lacerda

Sônia Maria de Melo Fernandes

Cláudio Rogério de Oliveira Rosário

Ariel Daltrozo Munhoz Menezes

Ana Luísa Pernambuco Parisi

Ernani da Costa e Silva Filho

Francisca Javiera Gallardo Conejera

Coordenadoria de Gestão da Informação, Memória Institucional e Museu

Ana Paula Alencar Oliveira

Assessoria de Assuntos Internacionais

Roberto Doring Pinho da Silva

André Nogueira Rangel Varanda Wollman

Assessoria de Cerimonial

Célia Regina de Oliveira Gonçalves

Secretaria de Tecnologia da Informação

Natacha Moraes de Oliveira

Secretaria de Comunicação Social

Mariana Araujo de Oliveira

Os trabalhos estão licenciados com uma Licença Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional. É autorizada a reprodução total ou parcial desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.



Endereço: Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias – COPJ, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação – SAE, Supremo Tribunal Federal – STF, Praça dos Três Poderes, Ed. Anexo II, Cobertura, sala 613, Brasília, DF, CEP 70175-900. Telefone: (61) 3217.3595 / (61) 3217.3500. E-mail: revistasuprema@stf.jus.br. Site: <https://suprema.stf.jus.br/>.

Os conceitos e as opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Suprema [recurso eletrônico] : revista de estudos constitucionais / Supremo Tribunal Federal. – V. 1, n. 1 (jan./jun. 2021) – . – Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021 – .

1 recurso online (v.)

Semestral.

Modo de acesso: <https://suprema.stf.jus.br/>

ISSN 2763-7867

DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial>

1. Direito constitucional, periódico, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

CDDir-341.2

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro

LUÍS ROBERTO BARROSO

Presidente [26.6.2013]

Ministro

LUIZ EDSON FACHIN

Vice-presidente [16.6.2015]

Ministro

GILMAR FERREIRA MENDES

Decano [20.6.2002]

Ministra

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

[21.6.2006]

Ministro

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

[23.10.2009]

Ministro

LUIZ FUX

[3.3.2011]

Ministro

ALEXANDRE DE MORAES

[22.3.2017]

Ministro

KASSIO NUNES MARQUES

[5.11.2020]

Ministro

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA

[16.12.2021]

Ministro

CRISTIANO ZANIN MARTINS

[3.8.2023]

Ministro

FLÁVIO DINO DE CASTRO E COSTA

[22.2.2024]

EQUIPE TÉCNICA

Presidente da Revista

Ministro Luís Roberto Barroso

Editoras-chefes

Aline Rezende Peres Osorio
Patrícia Perrone Campos Mello
Livia Gil Guimarães

Editoras-adjuntas

Marcella Cavalcante Pinto
Renata Rodrigues Praxedes

Assistentes editoriais

Raquel Beutel Semenzato Proazzi
Carolina Rezende Moraes

Revisão de normalização (bibliotecárias)

Luciana Araújo Reis
Andréia Cardoso Nascimento
Gabriela Ayres Miranda Cunha
Haidéia Passos Oliveira

Revisão de provas editoriais

Marcella Cavalcante Pinto
Nathany Dias de Araújo

Revisão e preparação de originais

Nathany Dias de Araújo
Luíza Palma Orenha
Tamara Claudia Coimbra Pastro

Revisão de idiomas da Política Editorial

Roberto Doring Pinho da Silva
André Nogueira Rangel Varanda Wollman
Tamara Claudia Coimbra Pastro
Carlos Alberto de Jesus Rabelo

Projeto gráfico e capa

Flávia Carvalho Coelho

Diagramação

Aline da Silva Pereira
Ana Carolina Caetano

Estagiários

Luana Ainoã Viana de Souza
Beatriz de Araujo Roriz
Allan Haniel Alves

Foto da capa

Bruno Moura/SCO/STF

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL – **Andrea Pozas-Loyo** Universidad Nacional Autónoma de México – Ciudad de México, México, **Andreza Aruska de Souza Santos** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Anne Levade** Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Paris, França, **Bruce Ackerman** Yale University – New Haven, Estados Unidos, **Christoph A. Kern** Universität Heidelberg – Heidelberg, Alemanha, **Eduardo Oteiza** Universidad Nacional de La Plata – La Plata, Argentina, **Ezequiel González Ocantos** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Jaclyn Neo** National University of Singapore – Queenstown, Singapura, **Kendall Thomas** Columbia University – New York, Estados Unidos, **Lee Epstein** Washington University – St. Louis, Estados Unidos, **Murillo de Aragão** Columbia University – New York, Estados Unidos, **Octávio Luiz Motta** Ferraz King's College London – London, Inglaterra, **Paul Yowell** University of Oxford – Oxford, Inglaterra, **Paula Costa e Silva** Universidade de Lisboa – Lisboa, Portugal, **Remo Caponi** Università degli Studi di Firenze – Firenze, Itália, **Rosalind Dixon** University of New South Wales – Sydney, Austrália, **Ruth Rubío Marin** Universidad de Sevilla – Sevilla, Espanha, **Shylashri Shankar** Centre for Policy Research – New Delhi, Índia, **Siri Gloppen** University of Bergen – Bergen, Noruega, **Yaniv Roznai** Interdisciplinary Center – Herzliya, Israel.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL – **Alexandre Reis Siqueira Freire** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **Ana de Oliveira Frazão** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **Ana Luiza Pinheiro Flauzina** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, **Ana Paula de Barcellos** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Antônio Gomes Moreira Maués** Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Beclaute Oliveira Silva** Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL, **Daniel Francisco Mitidiero** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Daniel Wunder Hachem** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Gustavo José Mendes Tepedino** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Heloisa Helena Gomes Barboza** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Joaquim Shiraishi Neto** Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia – Manaus/AM, **Judith Martins-Costa** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo** Universidade Católica Dom Bosco – Campo Grande/MS, **Luciano Benetti Timm** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Misabel Abreu Machado Derzi** Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG, **Nelson Juliano Cardoso Matos** Universidade Federal do Piauí – Teresina/PI, **Nelson Nery Jr.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP, **Oscar Vilhena Vieira** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Otávio Luiz Rodrigues Jr.** Universidade de São Paulo –

São Paulo/SP, **Teresa Arruda Alvim** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP, **Vera Karam de Chueiri** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Vicente de Paulo Barretto** Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ e Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Porto Alegre/RS, **Virgílio Afonso da Silva** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP.

CONSELHO CIENTÍFICO – **Ademar Borges de Sousa Filho** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Adilson José Moreira** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Aluísio Gonçalves de Castro Mendes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Ana Elisa Liberatore Silva Bechara** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Ana Teresa Silva de Freitas** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **André Gustavo Corrêa de Andrade** Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ, **André Ramos Tavares** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Caitlin Sampaio Mulholland** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Camilo Zufelato** Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto/SP, **Carina Barbosa Gouvêa** Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE, **Catarina Helena Cortada Barbieri** Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo/SP, **Claudia Lima Marques** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Clemerson Merlin Clève** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Daniel Antônio de Moraes Sarmento** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Diogo Rosenthal Coutinho** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Fayga Silveira Bedê** Centro Universitário Christus – Fortaleza/CE, **Gisele Fernandes Góes** Universidade Federal do Pará – Belém/PA, **Gislene Aparecida dos Santos** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Gustavo Binenbojm** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Heleno Taveira Torres** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Henderson Fürst de Oliveira** Pontifícia Universidade Católica de Campinas – Campinas/SP, **Heron José de Santana Gordilho** Universidade Federal da Bahia – Salvador/BA, **Humberto Dalla Bernardina de Pinho** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Ingo Wolfgang Sarlet** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, **Ives Gandra da Silva Martins** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Jorge Octávio Lavocat Galvão** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **José Levi Mello do Amaral Jr.** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Juliana Cordeiro de Faria** Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG, **Katya Kozicki** Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, **Leonardo Greco** Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Lia Carolina Batista Cintra** Universidade Federal de São Paulo – Osasco/SP, **Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro** Universidade Federal

do Pará – Belém/PA, **Luciana Yeung Luk Tai** Instituto de Ensino e Pesquisa – São Paulo/SP, **Luciano Vianna Araújo** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Luiz Alberto Gurgel de Faria** Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Natal/RN, **Luiz Henrique Volpe Camargo** Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, **Luiz Rodrigues Wambier** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Marcelo Leonardo Tavares** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Marcus Lívio Gomes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Marcus Vinícius Furtado Coelho** Pesquisador independente – Brasília/DF, **Margarida Lacombe Camargo** Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Maria Celina Bodin de Moraes** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Néviton de Oliveira Batista Guedes** Centro Universitário de Brasília – Brasília/DF, **Nina Beatriz Stocco Ranieri** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Paulo Cezar Pinheiro Carneiro** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Pedro Miranda de Oliveira** Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC, **Pierpaolo Cruz Bottini** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Reynaldo Soares da Fonseca** Universidade de Brasília – Brasília/DF, **Richard Paulro Pae Kim** Universidade de Santo Amaro – São Paulo/SP, **Roberto Carvalho Veloso** Universidade Federal do Maranhão – São Luís/MA, **Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch** Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília/DF, **Sheila Neder Cerezetti** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, **Silvio Luiz de Almeida** Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP, **Suyene Monteiro da Rocha** Universidade Federal do Tocantins – Palmas/TO, **Thula Rafaela de Oliveira Pires** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Trícia Navarro** Universidade Federal do Espírito Santo – Vitória/ES, **Valério de Oliveira Mazzuoli** Universidade Federal de Mato Grosso – Cuiabá/MT, **Valter Shuenquener de Araújo** Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, **Vinicius Gomes de Vasconcellos** Universidade de São Paulo – São Paulo/SP.

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresento esta edição especial da *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais, que corresponde ao quinto volume do periódico. Fundada em 2021, a *Suprema* se aproxima da celebração de seus 4 anos de história e expressa o compromisso do Supremo Tribunal Federal (STF) com a propagação do conhecimento científico, o avanço da pesquisa jurídica e o debate acadêmico. A despeito da sua breve trajetória, a Revista já conta com inserção em relevantes bases indexadoras nacionais e internacionais, além da completa migração para o *Open Journal Systems* (OJS), plataforma projetada para a gestão e publicação de revistas acadêmicas e científicas.

Este número especial inclui entrevista exclusiva com Ailton Krenak, escritor brasileiro da etnia indígena Krenak e imortal da Academia Brasileira de Letras. A entrevista, além de tratar da trajetória do entrevistado e percorre temas bastante atuais, como a conquista da Constituição de 1988, a luta pela implementação dos direitos dos povos indígenas “no chão”, o significado espiritual de um mundo com milhões de refugiados, a necessária integração do homem à natureza diante da emergência climática e o temor das guerras e da autodestruição do Planeta.

A edição traz, ainda, artigos e traduções de autoras e autores internacionais, como Kim Scheppele, Rosalind Dixon, Marcela Prieto Rudolphy e Ramiro Castro Garcia, bem como a terceira parte do dossiê “Ações, processos e litígios estruturais na jurisdição constitucional”.

Nessa terceira e última parte do dossiê, o tema é discutido, em alguns artigos, a partir de conceitos como separação de poderes, capacidades institucionais e federalismo cooperativo; outros tratam da aplicabilidade dos processos estruturais a campos específicos, como o direito à moradia e ao meio ambiente equilibrado. Todos têm em comum o empenho da doutrina em trazer formulações que permitam a transição de um estado complexo de desconformidade constitucional para um estado de respeito aos direitos humanos, especialmente daqueles mais vulneráveis.

De resto, agradeço aos membros dos conselhos, às editoras, aos pareceristas e às pareceristas, aos servidores e às servidoras, aos colaboradores e às colaboradoras e aos estagiários e às estagiárias do STF pelo excelente trabalho realizado na elaboração da revista. Com confiança na propagação do rico diálogo acadêmico entre a ciência jurídica e as demais áreas do conhecimento, convido todas e todos à leitura desta edição especial que certamente provocará inquietações e valiosas reflexões!

Ministro Luís Roberto Barroso

Presidente do Supremo Tribunal Federal e
da *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	15
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a526	
SUPREMA ENTREVISTA	21
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a521	
SUPREMA INTERVIEW / SUPREMA ENTREVISTA (ENGLISH/ESPAÑOL)	33
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a528	
ARTIGOS INTERNACIONAIS	
A trajetória do Estado de Direito	
<i>The life of the Rule of Law</i>	
<i>La trayectoria del Estado de Derecho</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a499	
Kim Lane Scheppele (autora convidada).....	53
Constitucionalismo paritário	
<i>Parity Constitutionalism</i>	
<i>Constitucionalismo paritario</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a498	
Rosalind Dixon (autora convidada)	
Marcela Prieto Rudolphy (autora convidada)	85
Los enemigos de la institucionalidad uruguaya: sobre la justificación de las medidas prontas de seguridad (1968-1972)	
<i>Os inimigos das instituições uruguaias: sobre a justificativa de medidas prontas de seguridad (1968-1972)</i>	
<i>The enemies of the uruguayan institutionalism: on the justification of medidas prontas de seguridad (1968-1972)</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a378	
Ramiro Castro Garcia.....	101

DOSSIÊ “AÇÕES, PROCESSOS E LITÍGIOS ESTRUTUR AIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL” (PARTE III)

Litígios estruturais e controle judicial de políticas públicas no Brasil: do monólogo ao diálogo

Structural reform litigation and judicial review in Brazil: from monologue to dialogue

Litigios estructurales y control judicial de las políticas públicas en Brasil: del monólogo al diálogo

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a366>

Bianca M. Schneider van der Broocke

Katya Kozicki 137

Capacidade institucional e processo estrutural: um debate jurídico necessário

From institutional capacity to structural process: a necessary legal debate

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

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a334>

Carolina Martins Marinho 175

Processo estrutural: mecanismo de equilíbrio e fortalecimento dos direitos fundamentais

Structural injunctions: mechanism for balancing and strengthening of fundamental rights

Proceso estructural: mecanismo de equilibrio y fortalecimiento de los derechos

fundamentales

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a342>

Henrique Alves Pinto

Giselle Borges Alves 203

Processo estrutural no controle da Administração Pública: entre a autocontenção e o ativismo

Structural injunctions in the judicial review of Public Administration acts: between self-restraint and activism

Proceso estructural en el control de la Administración Pública: entre la autocontención y el activismo

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a371>

Fernando Menegat

Marcos Augusto Perez 233

Processo estrutural, compromissos constitucionais e cooperação: o caso da ação civil pública das vagas de graduação

Structural process, constitutional commitments and cooperation: The class action case of undergraduate vacancies

Proceso estructural, compromisos constitucionales y cooperación: El caso de la acción civil pública de las vacantes de graduación

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a373>

Gisele Santos Fernandes Góes

Raimundo Rolim de Mendonça Júnior

João Paulo Baeta Faria Damasceno 283

Comissões de Soluções Fundiárias como medida estruturante da ADPF 828	
<i>Land Solutions Commissions as a structuring measure of ADPF 828</i>	
<i>Comisiones de Soluciones Suelo como medida estructurante del ADPF 828</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a346	
Luly Rodrigues da Cunha Fischer	
Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade	
Thais Viana de Alencar	311
O estado de coisas inconstitucional ambiental como litígio estrutural socioambiental	
<i>The environmental unconstitutional state of affairs as socio-environmental structural litigation</i>	
<i>El estado de cosas inconstitucional ambiental como litigio estructural socioambiental</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a339	
Laone Lago	341
O caso do Termo de Compromisso do Aterro Mantovani na perspectiva estrutural	
<i>The case of the Mantovani Landfill Commitment Agreement from a structural perspective</i>	
<i>El caso del Término de Compromiso del Vertedero Mantovani desde una perspectiva estructural</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a349	
José Augusto Medeiros	
Bruno Teixeira Peixoto	
Murilo Meneghetti Nassif	373
Structural litigation, destabilization rights and trans-judicial cooperation networks: lessons from comparative constitutional law	
<i>Litígios estruturais, direitos de desestabilização e redes de cooperação transjudicial: lições do direito constitucional comparado</i>	
<i>Litigios estructurales, derechos de desestabilización y redes de cooperación transjudicial: lecciones del derecho constitucional comparado</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a313	
Lucas Fucci Amato	419
POLÍTICA EDITORIAL.....	445
Instruções editoriais para autores.....	446
EDITORIAL POLICY	455
Editorial Guidelines for authors.....	456
POLÍTICA EDITORIAL.....	465
Instrucciones editoriales para autores.....	466

EDITORIAL

Com imensa alegria e satisfação, convidamos a comunidade acadêmica e jurídica, bem como todas as pessoas interessadas, à leitura da edição especial da *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais. Trata-se do quarto periódico publicado na gestão do Ministro Presidente Luís Roberto Barroso, além de uma edição especial da revista, que tem por objetivo concluir a série de publicações do Dossiê temático “Ações, processos e litígios estruturais na jurisdição constitucional”.

Esse número especial inicia-se com a enriquecedora entrevista feita com Ailton Krenak, ativista político indígena, filósofo, poeta, contador de histórias e escritor, o qual publicou, entre tantas outras obras, “Ideias para adiar o fim do mundo” e “Futuro Ancestral”. Ao trazer visões e entendimentos sobre a participação no e do Poder Judiciário na concretização dos direitos dos povos originários, da democracia e a relação entre as pessoas e estas com a Terra, a entrevista apresenta reflexões profundas que atravessam a subjetividade de todos os indivíduos ou, como diz Krenak, a própria “poética de existência”. Além disso, em consonância com toda a sua produção e pensamento, o entrevistado expõe e explica as consequências devastadoras dos processos coloniais, de maneira a reiterar o seu posicionamento contracolonial. A sensível e lúcida entrevista, nas mais diversas passagens temáticas, remete leitoras e leitores ao entendimento de que a ciência precisa se abrir a outros conhecimentos, sob pena de se mostrar profundamente incompleta.

Em continuidade ao compromisso da Revista com a circulação de ideias sobre temas emergentes de relevo, apresentamos as traduções de dois artigos internacionais. No primeiro deles, *The Life of the Rule of Law*, Kim Lane Scheppele examina o conceito de *Rule of Law* (Estado de Direito), trazendo a provocação de que, para compreendê-lo, é primordial investigá-lo a partir de experiências práticas (e não meramente teóricas). Ao reforçar a relevância de seu argumento, a autora demonstra como esse conceito foi adaptado a variados desafios históricos específicos e, como um possível prognóstico, aborda a importância de tribunais transnacionais para a proteção do Estado de Direito na atualidade.

Em seguida, a *Suprema* apresenta a tradução do trabalho *Parity Constitutionalism*, de autoria de Rosalind Dixon e Marcela Prieto Rudolph, que aponta os obstáculos e as consequências não previstas das iniciativas voltadas à igualdade de gênero nas instituições, mais especificamente nos órgãos constituintes. As autoras defendem a ideia de um constitucionalismo paritário a partir da recente

experiência (2020-2022) da Convenção Constitucional Chilena e, ao destacarem os acertos e os perigos da implementação da representação descritiva, sugerem o refinamento da aplicação daquele conceito, de modo a considerar as características do sistema político local.

Além das traduções de artigos internacionais que compõem este volume, tem-se o trabalho inédito *Los enemigos de la institucionalidad uruguaya: sobre la justificación de las medidas prontas de seguridad* (1968-1972), de Ramiro Castro Garcia, que trata da violência repressiva estatal no contexto da ditadura civil-militar uruguaia. Nesse texto, o autor também confirma a importância de se conduzir análises transdisciplinares no campo do Direito.

Como já antecipado, esta edição conclui as publicações relacionadas ao Dossiê temático “Ações, processos e litígios estruturais na jurisdição constitucional”, com nove artigos inéditos, derivados de pesquisas que refletem os mais atuais interesses sobre a referida temática no Brasil.

O artigo “Litígios estruturais e controle judicial de políticas públicas no Brasil: do monólogo ao diálogo”, de Bianca Maruszczak Schneider van der Broocke e Katya Kozicki, reflete criticamente sobre o cenário de controle judicial de políticas públicas no país, bem como os desafios e as perspectivas para a tutela jurisdicional de direitos coletivos. Nessa investigação, as autoras ressaltam o quão crucial são os mecanismos participativos e deliberativos na fase pós-julgamento. Com essa ênfase, o artigo acompanha o que é identificado como mudança comportamental em prol de uma abordagem mais flexível e pragmática da jurisdição constitucional.

Sobre a noção de capacidade institucional, Carolina Martins Marinho realiza o estudo intitulado “Capacidade institucional e processo estrutural: um debate jurídico necessário”, em que evidencia o termo como um conceito operacional, com foco na judicialização de direitos sociais. A autora fundamenta sua proposta a partir da literatura norte-americana, enfatizando a atuação do Poder Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas por intermédio do processo estrutural.

Em “Processo estrutural: mecanismo de equilíbrio e fortalecimento dos direitos fundamentais”, Henrique Alves Pinto e Giselle Borges Alves exploram a seguinte questão: em que medida os processos estruturais podem contribuir para o fortalecimento dos direitos fundamentais no contexto de um Estado Democrático de Direito? Ao elucidá-la, os autores demonstram que o processo estrutural é capaz de orientar a resolução de demandas sociais complexas e servir como meio de diminuição de

desigualdades e de acesso à justiça, ponderando os interesses das partes. Além disso, os autores dedicam especial atenção ao papel do Poder Judiciário no que diz respeito ao referido aspecto.

Em seguida, Fernando Menegat e Marcos Augusto Perez, em “Processo estrutural no controle da Administração Pública: entre a autocontenção e o ativismo”, tratam do controle judicial da Administração Pública por meio de processos estruturais. Com esse enfoque, são esclarecidos pontos de tensão no debate acadêmico acerca do tema, tal como a suposta dicotomia entre o caráter ativista e deferente desse tipo de processo. Os autores consideram que técnicas estruturais, como consensualidade, reflexividade e responsividade, podem superar o dilema “autocontenção” *versus* “ativismo”, contribuindo para o necessário equilíbrio.

O artigo “Processo estrutural, compromissos constitucionais e cooperação: o caso da ação civil pública das vagas de graduação”, sob autoria de Gisele Santos Fernandes Góes, Raimundo Rolim de Mendonça Júnior e João Paulo Baeta Faria Damasceno, objetiva entender a compatibilidade da intervenção do judiciário, por intermédio do processo estrutural, com o princípio da separação dos poderes. Mediante pesquisa bibliográfica e estudo de caso, os autores abordam a necessária cautela na aplicação de medidas estruturantes a fim de que se preserve tal princípio. Nesse viés, concluem que o devido processo estrutural deve, além de ser coletivo e plural, valer-se de instrumentos que viabilizem o diálogo interinstitucional e a participação dos atingidos pelas políticas públicas implementadas.

No artigo “Comissões de Soluções Fundiárias como medida estruturante da ADPF 828”, sob autoria de Luly Rodrigues da Cunha Fischer, Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade e Thais Viana de Alencar, propõe-se investigar, com robusto quadro teórico, como as Comissões de Soluções Fundiárias podem ser compreendidas enquanto meio eficaz para mediar conflitos agrários coletivos tratados pela ADPF 828. Os autores inferem que a implementação das Comissões incentiva a criação de um ambiente de diálogo que facilita a entrega de soluções pacificadoras e eficazes na promoção da cidadania e na consolidação de direitos.

Em outro artigo, intitulado de “O estado de coisas inconstitucional ambiental como litígio estrutural socioambiental”, Laone Lago realiza uma análise histórica da ascensão e do fortalecimento da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva dos conflitos socioambientais. A partir da identificação de um contínuo estado de coisas inconstitucional ambiental, o autor visualiza uma

perspectiva de tratamento por meio de respostas estruturantes. Para isso, o autor se utiliza tanto de análise teórica quanto de estudos de caso.

A partir de uma perspectiva empírica, José Augusto Medeiros, Bruno Teixeira Peixoto e Murilo Meneghetti Nassif, em “O caso do Termo de Compromisso do Aterro Mantovani na perspectiva estrutural”, analisam o Termo de Compromisso Extrajudicial (TC) firmado no caso do citado aterro. Os autores apuram a eficácia desse instrumento jurídico na resolução do conflito, tendo em conta o fundamento, o limite e o critério da atuação e da interpretação administrativa. O trabalho evidencia, com base na perspectiva estrutural, que a celebração e a execução do TC foram ineficazes na solução dos danos socioambientais, o que exige uma nova contratualização que contemple esse cenário.

Por fim, a revista apresenta o artigo *Structural litigation, destabilization rights and trans-judicial cooperation networks: lessons from comparative constitutional law*, de Lucas Fucci Amato, que complementa os textos anteriores mediante perspectiva comparada. Com foco na noção de direitos desestabilizadores, o autor observa a abertura de instituições a reformas estruturais e, ao lançar luz sobre a experiência brasileira, constata algumas de suas peculiaridades, como o fato de abranger tanto elementos da experiência estadunidense quanto de outros países latino-americanos.

Antes de concluir este editorial, salientamos que os artigos inéditos incluídos nesta edição contaram com a incorporação do sistema taxonômico *Contributor Role Taxonomy* (CRedit), que auxilia na devida creditação de pesquisadoras e pesquisadores, bem como contribui para a prevenção de plágio, *paper mills*¹, autoplágio, entre outras posturas combatidas pela *Suprema*.

Com isso, reforçamos o nosso comprometimento com os mais elevados padrões exigidos para a manutenção da excelência do debate acadêmico. Informamos, ademais, que a *Suprema* concluiu a migração integral do seu fluxo editorial para o sistema de submissão e processamento de artigos da Revista via *Open Journal Systems* (OJS), deixando de ter qualquer parte de seu fluxo em sistema analógico. A migração completa profissionaliza ainda mais a revista e permite uma maior rapidez na comunicação com autores/as e pareceristas.

¹ O conceito de *paper mills*, ou fábricas de artigos em tradução livre, refere-se a práticas que envolvem a produção, publicação e/ou venda de artigos que aparentam ser originais e qualificados, mas que não atendem aos requisitos do processo científico adequado. Esses artigos são submetidos, por exemplo, por acadêmicos que buscam atingir metas de publicação de forma apressada ou sem os devidos cuidados éticos. As revistas científicas de reputação séria adotam medidas para conter essas práticas a fim de preservar a integridade da pesquisa acadêmica.

Expressamos os nossos mais sinceros agradecimentos a todas as pessoas que fazem da *Suprema* esse espaço de troca de saberes: equipe editorial, autores(as), pareceristas, conselheiros(as) e tradutores(as) de artigos. Sem a qualificada contribuição de cada um, não seria possível construir e divulgar os novos conhecimentos científicos que surgem em nosso país e fora dele.

Com este vasto material à disposição do público da *Suprema* e com as constantes inovações e aprimoramentos pelas quais a revista passa, desejamos uma leitura motivadora e esperamos que as discussões apresentadas inspirem novas pesquisas, debates e reflexões, fortalecendo o progresso científico e o diálogo entre academia, Poder Judiciário e sociedade.

Equipe Editorial

Aline Rezende Peres Osorio

Editora-Chefe

Secretária-Geral da Presidência do STF

Patrícia Perrone Campos Mello

Editora-Chefe

Secretária de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF

Lívia Gil Guimarães

Editora-Chefe

Coordenadora de Pesquisas Judiciárias do STF

SUPREMA ENTREVISTA¹⁻²

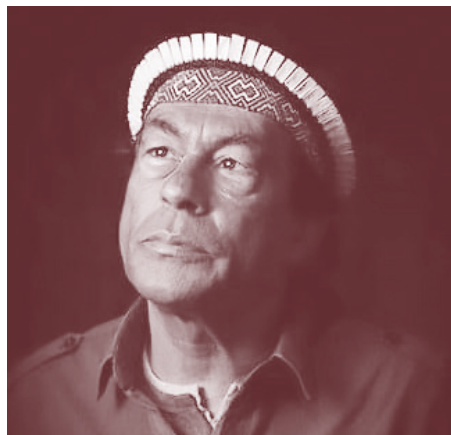
Ailton Krenak

Entrevistado por:

Patrícia Perrone Campos Mello³

Livia Gil Guimarães⁴

Raquel Beutel Semenzato Proazzi⁵



Fonte: foto fornecida pelo entrevistado (livre de
direitos autorais).

Ailton Krenak é um ativista político, filósofo, escritor, poeta e contador de histórias. Indígena da etnia Krenak, nasceu em 1953 no município de Ita-

birinha, Minas Gerais, às margens do Rio Doce, reverenciado como Watu. Aos dezessete anos, mudou-se para o estado do Paraná, onde se alfabetizou

¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; GUIMARÃES, Livia Gil; BEUTEL, Raquel. Entrevista com Ailton Krenak. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 21-31, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a521>.

² Agradecemos às estagiárias Luana Ainoã Viana de Souza e Beatriz de Araujo Roriz pelo auxílio com a pesquisa e levantamento das informações exploradas neste trabalho. Também agradecemos à revisora de texto Nathany Dias de Araújo pela transcrição da entrevista, originalmente realizada por videoconferência.

³ Professora-Doutora Titular do Programa Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professora Adjunta de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Secretária de Altos Estudos do Supremo Tribunal Federal. Doutora e Mestre em Direito pela UERJ. Realizou estudos pós-doutorais na Harvard Kennedy School (Ash Center for Democratic Governance and Innovation, EUA) e no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Alemanha). Procuradora do Estado do Rio de Janeiro (2000-2024). Editora-Chefe da Revista Brasileira de Políticas Públicas (CEUB) e da Suprema Revista de Estudos Constitucionais (STF). Membro do Comitê Executivo da International Association of Constitutional Law (IACL). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5868299371482978>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2929-5642>. E-mail: patricia.mello@stf.jus.br.

⁴ Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutoranda na mesma instituição. Professora voluntária na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora associada do Grupo Constituição, Política e Instituições (Copi) e Coordenadora do Grupo de Pesquisas e Estudos sobre Inclusão na Academia (GPEIA), ambos na USP. Coordenadora de Pesquisas Judiciárias da Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3072761339331439>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7764-3301>. E-mail: liviagilguimaraes@gmail.com.

⁵ Graduada em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Pesquisadora da Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias da Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1458334052231908>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9236-9195>. E-mail: raquel.proazzi@stf.jus.br.

e se tornou produtor gráfico e jornalista. A história de ativismo e luta política atravessa toda a sua vida. No entanto, a partir da década de 1980, Krenak passou a dedicar-se exclusivamente ao movimento indígena. Em 1982, foi membro fundador da União das Nações Indígenas (UNI), tornando-se coordenador em 1984. Em 1985, fundou o Núcleo de Cultura Indígena, Organização sem Fins Lucrativos, para promover a cultura indígena. Desde 1987, coordena a Aliança dos Povos da Floresta e, a partir de 2000, tornou-se coordenador interinstitucional da iniciativa Rede Digital de Monitoramento Ambiental da Rede Povos da Floresta.

Krenak foi uma das principais lideranças da luta pela inserção dos direitos indígenas na Constituição de 1988 e proferiu, na Assembleia Constituinte, um dos discursos mais emblemáticos da história da Constituinte. Seu trabalho em prol dos direitos humanos e da terra foi reconhecido por diversas instituições, com o recebimento de honrarias, dentre as quais destacamos o Prêmio *Letelier-Moffitt* de Direitos Humanos em Washington; o Prêmio Nacional de Direitos Humanos – Brasil na categoria Comunidades Indígenas; a Comenda de Ordem do Mérito Cultural do Brasil; o Prêmio *Prince Claus*, concedido pela Família Real Holandesa; e o título honorífico de Cavaleiro da Ordem Nacional da Legião de Honra da República Francesa.

Tornou-se a primeira pessoa indígena a ser imortalizada pela Academia Bra-

sileira de Letras, passando a ocupar a Cadeira 5 da instituição em 5 de outubro de 2023. Acumula, ainda, a Cadeira 24 da Academia Mineira de Letras, por distinção no campo da arte e da literatura (2021). É autor de mais de uma dezena de obras, já traduzidas para diversos idiomas, que o levaram a conquistar o Prêmio Juca Pato de Intelectual do Ano em 2020. Recebeu os títulos de Professor Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Federal de Juiz de Fora e pela Universidade de Brasília. Atualmente, vive na Reserva Indígena Krenak, localizada em Resplendor, município do estado de Minas Gerais, com sua família.

Parte 1 - “O começo de tudo”⁶

Terra, Identidade e Saberes

Suprema. Professor, o senhor carrega as suas raízes, a cultura e a resistência de seu povo em muitos dos seus discursos e conhecimentos, os quais parecem estar conectados à sua própria história. Em declarações públicas, o senhor comenta que já viveu em diferentes estados e hoje vive na Terra Indígena Krenak, da qual esteve exilado por um largo período em razão da invasão violenta por ela sofrida. Como esses movimentos de saída e retorno a Terra impactaram a sua percepção sobre si e sobre o mundo?

⁶ Os títulos dados às partes desta entrevista foram retirados de falas de Ailton Krenak em palestras, discursos e entrevistas publicamente disponibilizadas.

AK. Talvez essa experiência cheia de sustos e deslocamentos tenha ampliado a minha sensibilidade sobre os dramas que as comunidades humanas vivem. Eu acho que me tornou mais sensível para entender a questão, por exemplo, de um planeta convulsionado, com quase um bilhão de refugiados. Quer dizer, de alguma maneira, eu também sou um refugiado, mesmo vivendo lá no Watu, na beira do Rio Doce, porque aquele rio está bloqueado. A bacia do Rio Doce está impedida de receber a vida no sentido pleno.

Não tem mais peixe, é uma bacia hidrográfica com 630km, calcinada pela lama da mineração. Nós, os Krenak e os ribeirinhos, não podemos pôr a mão na água do rio. Tem um poema do Fernando Brant e de Milton Nascimento que diz que a água do rio virou veneno. É um poema trágico, mas nós estamos vivendo a situação real de um rio que não tem peixe, que não tem vida.

O meu trânsito por outros territórios me mostrou que o sofrimento das pessoas, quando têm que se deslocar do seu território de origem, não cessa nunca mais. Então, assim, os territórios de origem eu acho que não são os lugares de onde a gente parte carregando nossas raízes, são os lugares que sustentam a nossa subjetividade, a nossa poética de existência; sem isso, a gente poderia ser,

numa boa, um *android* qualquer – sem afeto, sem sentimento. A gente poderia morar em qualquer lugar do mundo, e tem gente que acredita nisso, que pode morar em qualquer lugar do mundo. Eu sempre fiquei abismado com essa ideia de você sair voluntariamente do seu lugar de origem para colonizar outros lugares do mundo. Eu sou uma pessoa decididamente contra-colonial, como diz Nêgo Bispo. Eu não quero colonizar os outros nem quero que me colonizem. Eu sou contra-colonial.

Os territórios de origem eu acho que não são os lugares de onde a gente parte carregando nossas raízes, são os lugares que sustentam a nossa subjetividade, a nossa poética de existência; sem isso, a gente poderia ser, numa boa, um *android* qualquer – sem afeto, sem sentimento.

Suprema. O Censo Demográfico de 2022⁷ indicou que a população auto-declarada indígena no Brasil superou a marca de 1,5 milhões de pessoas, um crescimento de aproximadamente 89% em comparação aos dados levantados

em 2010. Além disso, as informações demonstram que cerca de 63% dessa população vive fora dos territórios. Em sua opinião, o que mudou no cenário nacional para que, passada mais de uma década, um quantitativo maior de pessoas começasse a se auto-declarar indígena? Estar dentro ou fora do território impacta, de alguma forma, o processo de autorreconhecimento enquanto indivíduo indígena?

⁷ Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/> e <https://censo2022.ibge.gov.br/apps/pgi/#/home/>.

AK. Bem, essa pergunta implica, em pelo menos, uns dois ou três comentários. O primeiro deles é que esse é o efeito da nossa Constituinte de 1988. Eu falo de 87 porque foi quando eu fiz aquele discurso que resultou na adoção, pelo texto da nossa constituinte, de 87-88, dos direitos indígenas. Aquele capítulo dos direitos dos povos indígenas mudou a história do Brasil. A despeito de toda a violência com que ele é atacado, a tentativa de neutralizá-lo através de coisas como marco temporal, aquele princípio constitucional mudou a relação do Estado brasileiro com os povos nativos. Estes eram contados demograficamente como em extinção. Os dados do IBGE sobre a população indígena eram decrescentes. Eu me lembro disso. Eu nasci na década de 50, e os relatórios diziam que, até o ano 2000, de repente não teria mais indígena no Brasil.

A ideia integracionista, a ideia de absorver a diversidade em uma mesma monocultura, supunha que a gente não ia ter diversidade linguística, que a gente não ia ter as diferentes realidades que envolvem a vida das nossas populações originárias e isso era a tônica. A Constituinte mudou esse horizonte, e eu acredito que, em um futuro, nós possamos, inclusive, ter uma paisagem onde uma minoria dessa expressiva população declaradamente

indígena vai viver em áreas, digamos, naturais, na zona rural, em florestas, e talvez até 90% deles venham a habitar áreas com infraestrutura que a gente identifica como urbanas e que seriam “desaldeados”, que eu acho um termo mal resolvido. A gente não chama os brancos de desaldeados, mas, quando vieram para cá, eles viviam em aldeias na Europa, em Portugal.

O professor Zé Geraldo, daí da UnB, é um vasto conhecedor dessa história, tanto dos europeus que vieram para cá quanto dos povos originários que interessam a ele estudar, ele sabe que os antepassados dele viviam em aldeias – lá em Portugal, lá na Espanha. Então a gente poderia chamar os brancos que vivem aqui no Brasil de desaldeados,

não só os indígenas. Quando você diz que os indígenas são desaldeados, você está tirando deles alguma qualidade, é como se eles tivessem que estar fixados em um lugar que historicamente o povo deles viveu para ser considerado gente.

Suprema. O seu evidente e amplo conhecimento sobre a vida, que ultrapassa os limites da academia tradicional, foi reconhecido e prestigiado por duas importantes universidades brasileiras quando lhe foi concedido o título de Professor Doutor *Honoris Causa*. Como observa

Aquele capítulo dos direitos dos povos indígenas mudou a história do Brasil. A despeito de toda a violência com que ele é atacado, a tentativa de neutralizá-lo através de coisas como marco temporal, aquele princípio constitucional mudou a relação do Estado brasileiro com os povos nativos.

a abertura da comunidade acadêmica para os saberes tradicionais e/ou indígenas? Quais são os desafios enfrentados para incorporá-los à produção de conhecimento científico pelas universidades?

AK. Eu acredito que a observação científica, aquela que implica em ciência aplicada, que pode transitar entre o conhecimento tradicional desses povos e a indústria de medicamentos, de alimento, de outros itens, se dá já de uma maneira muito ativa desde o final da década de 80/90.

No final da década de 90, eu li um relatório que dizia que 8 bilhões de dólares no mundo movimentam produtos, desde cosméticos até fitoterápicos, que são originários de práticas associadas ao conhecimento tradicional, quer dizer, existe, inclusive, uma convenção que vincula o conhecimento tradicional e o acesso a recursos genéticos como termos vinculantes.

Os povos originários, em muitos lugares do mundo, reclamam compensação financeira por conta da indústria farmacêutica, a indústria de cosméticos e essas nanotecnologias todas que conseguem despistar a origem de muitas das matérias com que eles produzem e botam coisas no mercado. Então os povos originários que cultivaram, que guardaram e que mantêm

conhecimento sobre essas variedades, essas diversidades todas, deveriam ser considerados como associados, mas são expropriados, é por isso que ainda acabam recebendo o apelido de desaldeados. Não são desaldeados. Se eles estão dentro do território brasileiro, estão em casa. A gente tem que descobrir uma maneira do IBGE, ao invés de chamar essa maioria indígena de desaldeados, criar um termo que fosse mais acolhedor nos espaços que eles estão tendo que reconstruir suas socialidades, suas vidas.

Os povos originários que cultivaram, que guardaram e que mantêm conhecimento sobre essas variedades, essas diversidades todas, deveriam ser considerados como associados, mas são expropriados.

Sobre as universidades e as academias acolherem essa cosmovisão indígena, eu acho que é uma novidade maravilhosa, e o livro do Davi Kopenawa Yanomami, “A queda do céu”, é um exemplo disso, porque está

adotado em dezenas de universidades no mundo, inclusive as universidades europeias, que têm muita restrição a adotar autores que não sejam eles mesmos.

Eu fico muito honrado de, em companhia de pessoas como Kopenawa Yanomami, estar sendo lido também nas universidades da Europa e mesmo da Ásia. Os meus textos foram traduzidos na Universidade de Seul, na Coreia. Eu acho bom que os coreanos estão lendo autores indígenas da América do Sul e vendo nisso alguma novidade, espero

que a gente consiga ampliar essas relações com a universidade, com as academias. Eu acho que eles estão recepcionando muito bem essa disposição dos pensadores indígenas em trocar ideias com o Ocidente, inclusive porque o Ocidente está entrando em colapso, se ele não trocar ideia com ninguém, ele vai para o fim do mundo.

Suprema. O senhor é autor de diversas obras, traduzidas para mais de 10 idiomas⁸, e dezenas de milhares de cópias vendidas só no Brasil⁹. A partir da leitura de seus livros, é notória a escrita fluida, acessível e com traços de oralidade, características que potencializam no leitor uma sensação de proximidade com o autor e com o próprio texto. Como acontece o seu processo de elaboração das obras? Quais são os seus propósitos ao registrar e publicar suas ideias?

AK. Definitivamente não. Seria me atribuir um tipo de objetividade que eu não cultivo. Como diz o poeta

Eu tenho vocação para árvore. Uma árvore não planeja como ela vai florescer.

Manoel de Barros, eu tenho vocação para árvore. Uma árvore não planeja como ela vai florescer. Eu nunca pensei que eu fosse ter livros listados como *best sellers*, eu achei, assim, um escândalo quando apareceu uma matéria dizendo que eu tinha alcançado essa condição. Tem um amigo meu que, aliás, é da Academia Brasileira de Letras, que diz que *best seller* é aquilo que o mercado quer vender. É verdade em um certo sentido. A grande maioria das obras listadas como *best seller* é porque o mercado quis fazer aquilo virar *best seller*.

Milton Nascimento foi levado a Los Angeles para o evento do *Grammy*, foi esnobado por esse tipo de gente que produz *best seller* e voltou para o Brasil um pouco magoado de aquela gente esnobe não o ver, mas ele é maior do que essas bobagens de *best seller*. Eu espero que eu sobreviva ao *best seller*.

Suprema. Tem *best sellers* que eles querem vender e existem *best sellers* que eles vão ter que vender apesar de não querer?

AK. É, exatamente, mas eu acredito que são poucos os que eles têm que vender. É muito curioso. Agora, no mês de abril, serão lançados, na França, dois títulos traduzidos que já foram publicados no Brasil e que foram traduzidos lá, publicados por uma editora chamada *Dehors*. Eu não sei falar francês, mas eu já des-

⁸ Informação conforme disposto em: <https://www.academia.org.br/noticias/abl-na-midia-uol-ailton-krenak-o-primeiro-indigena-integrar-academia-brasileira-de-letras#:~:text=O%20escritor%20de%2070%20anos,para%20mais%20de%2010%20idiomas>.

⁹ Informação do site oficial da plataforma de vendas Amazon. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Ideias-para-adiar-mundo-ed%C3%A7%C3%A3o/dp/8535933581>.

cobri que é “fora da porta”, qualquer coisa assim. Eles publicam Viveiros de Castro, publicam o pessoal que discute as mudanças climáticas, então eu estou em boa companhia. São dois títulos de um autor brasileiro, lançados no Ano do Brasil na França, como um dos eventos de celebração. Eu acho que qualquer autor brasileiro adoraria estar nessa lista, que é diferente da lista do *best seller*.

Eu deixei alguma vírgula que eu ia comentar com você da pergunta sobre o processo, a escrita, a criação. Não planejo, nunca pensei em escrever nem publicar nada, então as coisas são assim. “Ideias para adiar o fim do mundo”, que é o meu livro que mais espalhou pelo mundo, nasceu de uma conferência em Lisboa, uma palestra no Teatro Maria Matos e uma entrevista. Foram três situações que originaram os textos que resultaram no livro. Não dá para dizer para você que “ah, eu parei, meditei, escrevi ‘Ideias para adiar o fim do mundo’”. Quem fazia isso era o Hemingway, ele pegava um mojito, um rum, chegava na janela e ficava olhando a paisagem, e dizem que ele ficava escrevendo à mão. Eu não acredito, eu acho que isso é tudo lenda. Aliás, eu não imagino alguém que para, pensa e escreve um livro não. Acho que isso é uma excepcionalidade.

Eu não planejei esse discurso, ele foi um acidente na minha biografia. (...) Eu tive 10 minutos para subir no púlpito e fazer a defesa do capítulo dos direitos indígenas na Constituição. Saí de lá e voltei para minha vida de cidadão comum. (...) Mas o resultado, o efeito desse gesto na vida das comunidades indígenas me honra muito.

Parte 2 - “Utopia é sonhar com a vida”

Constituinte, Democracia e Representatividade

Suprema. Em 1987, em seu discurso na Assembleia Constituinte¹⁰, o senhor realizou uma performance corajosa e autêntica que ficou marcada na história brasileira. Como percebeu, naquela época, e percebe, hoje, as reações à performance, tanto da comunidade indígena, quanto da sociedade em geral? Ao preparar o ato, era possível imaginar que geraria tamanha repercussão, tanto no âmbito jurídico quanto social?

AK. Bem, eu não planejei esse discurso, ele foi um acidente

na minha biografia. A Wikipédia fala que eu fui parlamentar, quer dizer, que eu fui um constituinte, que eu tive mandato. É mentira, então eu poderia fazer uma frase dizendo “a Wikipédia mente”. Não acredite em tudo que aparece lá. Uma pessoa fala “ah, o senhor foi Deputado”, eu disse “nunca fui deputado”, eu tive 10 minutos para subir

¹⁰ Discurso disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ildN6lyXDNE>.

no púlpito e fazer a defesa do capítulo dos direitos indígenas na Constituição. Saí de lá e voltei para minha vida de cidadão comum. Foram 120 mil assinaturas colhidas no Brasil inteiro que me deram um mandato de 10 minutos, tem gente com mandato de vida inteira, com milhares de votos, e que nos envergonham até os ossos.

Então, assim, eu não planejei nada, mas o resultado, o efeito desse gesto na vida das comunidades indígenas me honra muito e eu já escutei de anciãos que eu amo e respeito muito dizendo “Ailton, você já entrou na história, você não precisa ficar preocupado mais de esperar, porque você já entrou na história. São poucas as pessoas do nosso povo indígena que ficaram tão difundidas no meio das outras populações não indígenas como alguém que fez um gesto definitivo. Você já está na nossa história”. Então, se eu já estou na história dos nossos povos, para mim é maravilhoso, eu não tenho nenhuma ambição, nem de escrever um grande livro nem de fazer nenhuma manobra muito radical.

Suprema. Para além de sua participação emblemática na Constituinte, o senhor foi autor de diversos atos de significativa importância democrática. Em 1990, assinou uma carta conjunta¹¹, em nome da UNI, para o Secretário Nacional do Meio Ambiente, que

denunciava invasões garimpeiras à Terra Indígena Yanomami, alvo de disputas econômicas e institucionais. Além disso, o documento recomendava medidas para a solução efetiva do problema, como a desintrusão do território e a execução de um plano permanente de saúde. Nos últimos anos, a crise sanitária e ambiental na Terra Indígena Yanomami voltou a ser destaque midiático, o que levou à adoção de medidas¹² bastante similares às recomendadas nos anos 90 pelo movimento indígena. Em sua opinião, quais seriam os caminhos para que as reivindicações humanitárias do movimento indígena fossem ouvidas de maneira mais eficaz?

AK. Nós teríamos que contar com uma sociedade muito mais evoluída. Não desenvolvida, evoluída. Em algumas regiões do mundo, sociedades evoluídas protegem valores essenciais, como a vida humana, a floresta, os rios. Nós somos uma região do planeta que foi colonizada de uma maneira muito brutal até ontem e continua. Essa coisa de empreendimento ocupando o cerrado, devastando a caatinga, derrubando a Amazônia, o mercúrio, o garimpo, a mineração, essa prioridade da extração, essa economia extrativista

krenak-e-organizacoes-indigenas-e-indigenistas-para-o-secretario-nacional-do-meio-ambiente/.

¹² As referidas medidas foram determinadas em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709.

¹¹ Texto da carta disponível em: <https://cartasindigenasaobrasil.com.br/cartas/de-ailton->

brutal, não permite que a gente se torne uma sociedade com mais equidade, com mais desejo de justiça, ela fica indiferente ao sofrimento alheio. O que eu reclamava na década de noventa eu te digo que piorou muito, não só para os Yanomami, piorou para a Amazônia inteira. O povo Munduruku não pode pescar nos rios afluentes do Tapajós porque tem mercúrio.

O Jorge Bodanzky fez um filme chamado “Amazônia, a nova Minamata?” se referindo à Minamata, que foi contaminada por mercúrio no Japão. Ele considera que, se a gente continuar assim, daqui a pouco, os ribeirinhos não vão poder beber água daqueles rios e comer aquele peixe. Quer dizer, eles estão sendo cuspidos daquele ecossistema por um modo de economia errado, que preda, que envenena o solo.

A gente começou a conversa falando que a água do rio virou veneno como se a gente já estivesse prevendo que a gente ia falar desses rios amazônicos, sendo que alguns deles têm apresentado longos períodos de secagem. O rio seca. Imagina você ver boto fritando na água quente, na água natural do rio? Então parece que a gente está diante de um daqueles cenários distópicos que foi projetado para o ano dois mil e não sei quanto, só que chegou cedo, por isso que eu digo no meu livro “Ideias para adiar o fim do mundo”: qual é o futuro que nós estamos embalando agora para entregar para as futuras gerações? Quando

eles abrirem o pacote, vão se reconhecer neles ou vão dizer feito a Greta Thunberg: “caramba, olha o que os adultos fizeram com o mundo”? São ladrões do futuro. Essa acusação, para essa geração que preda tudo, é uma acusação terrível, mas ela cabe feito uma luva.

Parte 3 - “O Presente é o Óbvio”

Direitos, Judiciário e Conectividade

Suprema. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 231, a responsabilidade da União de demarcar terras indígenas, o que permitiu a algumas comunidades o acesso a esse direito. A exemplo, em 1993, o Supremo Tribunal Federal anulou os títulos de propriedade emitidos ilegalmente sobre a Terra Indígena Krenak, de modo que a posse da extensão total da terra foi recuperada. Na mesma linha, a ADPF 709, foi apresentada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e seis partidos políticos. Esse fato foi uma novidade importante no mundo jurídico, visto que potencializou a participação formal indígena em processos no Supremo Tribunal Federal. Diante desse contexto, como o senhor entende o papel do Judiciário e do STF no processo de concretização de direitos constitucionais reivindicados pela luta indígena?

AK. Eu acho que o papel dessa Corte, historicamente, foi favorável aos direitos dos povos originários, sendo que, nos últimos anos, pós-constituente principalmente, tem havido uma maior preocupação e zelo com aqueles direitos que estão listados na nossa Constituinte e que obrigam a União a proteger a vida também, não só o território. Tem gente que pode falar: “ah, mas está devolvendo a terra para os indígenas, os indígenas não trabalham, não plantam soja, não compram máquina agrícola, que chato o STF fazer isso...”. Ora, a proteção à vida é mais relevante do que qual-

quer especulação financeira. Então o STF tem feito isso e irrita muita gente. Talvez, por irritar muita gente, algumas decisões não são levadas às últimas consequências. Por exemplo, essa última decisão, que deveria reintegrar as

áreas de ocupação tradicional do povo Krenak, não foi cumprida ainda no chão. Tem uma série de ações de embargo, um monte de iniciativas locais, uma lista enorme de *lobbies*, feita, inclusive, por parlamentares mineiros, que impede que a decisão chegue no chão.

Alguém que não entende como que é essa ritualística pode falar “mas tomou uma decisão, está determinado”. Não. Até que isso chegue a uma instância

do Estado, até que seja autorizado pelo Governo do Estado, até que sejam mobilizados os meios e os recursos locais para dar resolução prática a uma questão como desintrusão de área por centenas de proprietários particulares que estão ali ilegalmente, que já foram notificados, mas que entraram com ação na justiça local que impede que essa determinação seja cumprida ali, no chão, na terra... Eu acompanho, então, o roteiro de um debate que acontece na Corte, no STF, até a pedra rolar e bater no chão, e às vezes demora uma eternidade.

Eu acho que o papel dessa Corte, historicamente, foi favorável aos direitos dos povos originários, sendo que, nos últimos anos, pós-constituente principalmente, tem havido uma maior preocupação e zelo com aqueles direitos que estão listados na nossa Constituinte.

Suprema. Na obra “Ideias para adiar o fim do mundo”, o senhor discute o uso do termo “meio ambiente” e a abstração criada a partir dele, que distancia os seres humanos de sua condição de parte

de um organismo vivo e conectado. A partir dessa perspectiva, como o senhor entende que a linguagem impacta na forma que vivemos e agimos? O uso de determinadas palavras, carregadas de sentidos e intenções, é capaz de gerar consequências na vida material? Qual recado o senhor gostaria de deixar, para todos nós e para o Planeta, para encerrar esta entrevista?

AK. A palavra, a maneira que nós nomeamos as coisas e o mundo, determina o mundo que nós vamos compartilhar, que nós vamos experimentar. Nós estamos vivendo nesse momento, globalmente, um efeito corrosivo do uso da palavra para mandar mensagens que têm a capacidade de desestabilizar emocionalmente e de aumentar o diagnóstico de sofrimento mental no planeta inteiro e até de criar uma espécie de suspense sobre o futuro imediato da humanidade.

Eu tenho certeza que não demora nada para gente acabar com esse mundo por pura insanidade. Não é uma mensagem baixo astral, ela é só uma observação de alguém que pode considerar que está olhando o mundo do astral.

Na década de sessenta, com o risco de um colapso nuclear, foi inventado um dispositivo que eles chamavam de relógio do fim do mundo. Esse relógio não é uma piada, é mesmo uma marcação do tempo que avaliava a crescente crise geopolítica global e o risco de um colapso. Agora, com o novo cenário internacional, o relógio voltou a correr.

Nós estamos, nesse relógio que é entendido como médio risco de um conflito generalizado no planeta e uma espécie de colapso, antecipando a questão do clima, quer dizer, nós não vamos esperar o clima inviabilizar a presença dos humanos aqui, nós vamos nos matar antes. Basta um brutamontes meter a mão em um botão e disparar uma

cadeia de mísseis pelo mundo. Nesse mundo de gente insana, com poderes ilimitados, querendo brincar de deuses aqui na Terra, a possibilidade de eles criarem um inferno é mesmo possível.

Relógio do fim do mundo é um aparato, é um dispositivo que mede o risco de extinção, de autoextinção do *Sapiens*. O *Sapiens* produzindo o seu próprio colapso. Eu estou muito preocupado com a ideia de que o planeta, que o clima da Terra vai se tornar insustentável e inviável para

todos nós. Isso pode demorar, mas eu tenho certeza que não demora nada para gente acabar com esse mundo por pura insanidade. Não é uma mensagem baixo astral, ela é só uma observação de alguém que pode considerar que está olhando o mundo do astral.

SUPREMA INTERVIEW/ENTREVISTA¹⁻²

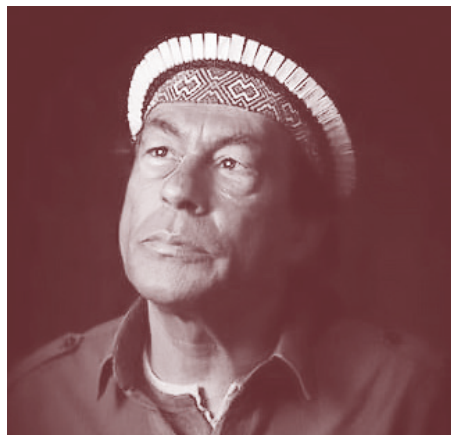
Ailton Krenak

Interviewed by/Entrevistado por:

Patrícia Perrone Campos Mello³

Livia Gil Guimarães⁴

Raquel Beutel Semenzato Proazzi⁵



Source: Photo courtesy of the interviewee (non-copyright restrictions) / Fuente: Fotografía proporcionada por el entrevistado (sin derecho de autor)

Ailton Krenak is a political activist, philosopher, writer, poet, and storyteller. An Indigenous man from the Krenak

Ailton Krenak es un activista político, filósofo, escritor, poeta y narrador de historias. Indígena de la etnia Krenak,

¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; GUIMARÃES, Livia Gil; BEUTEL, Raquel. Interview with Ailton Krenak. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 33-52, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a528>.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; GUIMARÃES, Livia Gil; BEUTEL, Raquel. Entrevista a Ailton Krenak. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 33-52, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a528>.

² We would like to thank the interns Luana Ainoã Viana de Souza and Beatriz de Araujo Roriz for the assistance with the research and collection of information explored in this work. We also thank the proofreader Nathany Dias de Araújo, for transcribing the interview, which was originally conducted via videoconferencing.

Agradecemos a nuestras becarias Luana Ainoã Viana de Souza y Beatriz de Araujo Roriz por su ayuda en la investigación y recopilación de las informaciones exploradas en este trabajo. Agradecemos también a la revisora, Nathany Dias de Araújo, la transcripción de la entrevista, realizada originalmente por videoconferencia.

³ Tenured Professor at Centro Universitário de Brasília (CEUB). Assistant Professor of Constitutional Law at Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Secretary of High Studies at the Federal Supreme Court. PhD and Master in Law at Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Post-Doctoral Studies at Harvard Kennedy School (Ash Center for Democratic Governance and Innovation), USA, and at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Germany. Counsel for the State Government of Rio de Janeiro (2000–2024). Editor-in-Chief of the Brazilian Journal of Public Policy (CEUB) and of *Suprema – Constitutional Studies Law Review* (Federal Supreme Court). Executive Committee Member of the International Association of Constitutional Law (IACL). Curriculum vitae: <http://lattes.cnpq.br/5868299371482978>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2929-5642>. Email: patricia.mello@stf.jus.br. Profesora Doctora Titular del Centro Universitario de Brasília (CEUB). Profesora Adjunta de Derecho Constitucional en la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ). Secretaria de Altos Estudios del Supremo Tribunal Federal. Doctora y Maestra en Derecho por la UERJ. Estudios posdoctorales en la Harvard Kennedy School (Ash Center for Democratic Governance and Innovation, EE.UU.) y en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Alemania). Fiscal del estado de Río de Janeiro (2000-2024). Editora responsable y jefa de la Revista Brasileña de Políticas Públicas (CEUB) y de la Revista Suprema de Estudios Constitucionales (STF). Miembro del

ethnic group, he was born in 1953 in the town of Itabirinha, state of Minas Gerais, on the banks of the Doce River, revered as Watu. At the age of seventeen, he moved to the state of Paraná, where he learned how to read and write and became a graphic producer and journalist. Activism and political struggle have been a constant throughout his life. However, from the 1980s onward, Krenak dedicated himself exclusively to the Indigenous movement. In 1982, he was a founding member of the *União das Nações Indígenas (UNI)*, which he chaired in 1984. In 1985, he founded the *Núcleo de Cultura Indígena*, a nonprofit organization aimed at promoting indigenous culture. Since 1987, he has coordinated the *Aliança dos Povos da Floresta* and, from 2000, he served as the inter-institutional coordinator of the *Rede Digital de Monitoramento Ambiental da Rede Povos da Floresta*.

nació en 1953 en el municipio de Itabirinha, Minas Gerais, a orillas del Río Doce, venerado como Watu. A los diecisiete años, se trasladó al estado de Paraná, donde aprendió a leer y a escribir y se convirtió en productor gráfico y periodista. La historia de activismo y lucha política abarca toda su vida. Sin embargo, a partir de la década de 1980, Krenak se dedicó exclusivamente al movimiento indígena. En 1982 fue miembro fundador de la *União das Nações Indígenas (UNI)*, de la que llegó a ser coordinador en 1984. En 1985, fundó el Núcleo de Cultura Indígena, una organización sin fines de lucro, destinada a promover la cultura indígena. Desde 1987, coordina la *Aliança dos Povos da Floresta*, y a partir del año 2000, se convirtió en el coordinador interinstitucional de la iniciativa *Rede Digital de Monitoramento Ambiental da Rede Povos da Floresta*.

Comité Ejecutivo de la Internacional Association of Constitutional Law (IACL). *Curriculum Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/5868299371482978>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2929-5642>. Correo electrónico: patricia.mello@stf.jus.br.

⁴ PhD and Master in Constitutional Law from Universidade de São Paulo (USP). She is a postdoctoral researcher at the same institution. Voluntary Lecturer at Department of Law, Universidade de Brasília (UnB). Associate Researcher at “Grupo Constituição, Política e Instituições” (Copi) and Coordinator of “Grupo de Pesquisas e Estudos sobre Inclusão na Academia” (GPEIA), both at Universidade de São Paulo (USP). Coordinator of the Coordination of Judicial Research at the Federal Supreme Federal Court’s Secretariat of High Studies, Research, and Information Management. *Curriculum vitae*: <http://lattes.cnpq.br/3072761339331439>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7764-3301>. Email: liviagilguimaraes@gmail.com. Doctora y Maestra en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Estudiante de posdoctorado en la misma institución. Profesora voluntaria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasília (UnB). Investigadora asociada del Grupo de Constitución, Política e Instituciones (Copi) y Coordinadora del Grupo de Investigación y Estudios sobre Inclusión en la Academia (GPEIA), ambos de la USP. Coordinadora de Investigaciones Judiciales de la Secretaría de Altos Estudios, Investigaciones y Gestión de la Información del STF. *Curriculum Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/3072761339331439>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7764-3301>. Correo electrónico: liviagilguimaraes@gmail.com.

⁵ Bachelor in Sociology from Universidade de Brasília (UnB) and in Law from Centro Universitário de Brasília (CEUB). Researcher of the Coordination of Judicial Research, at the Federal Supreme Federal Court’s Secretariat of High Studies, Research, and Information Management. *Curriculum vitae*: <http://lattes.cnpq.br/1458334052231908>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9236-9195>. Email: raquel.proazzi@stf.jus.br.

Licenciada en Sociología por la Universidad de Brasília (UnB). Licenciada en Derecho por el Centro Universitario de Brasília (CEUB). Investigadora de la Coordinación de Investigaciones Judiciales de la Secretaría de Altos Estudios, Investigaciones y Gestión de la Información del STF. *Curriculum Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/1458334052231908>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9236-9195>. Correo electrónico: raquel.proazzi@stf.jus.br.

Krenak had a prominent role in introducing indigenous rights in the 1988 Federal Constitution and, delivered one of the most emblematic speeches in the history of the National Constituent Assembly. His work in defense of human and land rights has been recognized by various institutions, earning him numerous honors, including the Letelier-Moffitt Human Rights Award in Washington, D.C.; the National Human Rights Award – Brazil in the Indigenous Communities category; the Order of Cultural Merit of Brazil; the Prince Claus Award granted by the Dutch Royal Family, and the honorary title of Knight of the National Order of the Legion of Honor of the French Republic.

He became the first indigenous person to be immortalized by the Brazilian Academy of Letters, taking seat number 5 on October 5, 2023. He also holds seat number 24 at Minas Gerais Academy of Letters, recognized for his distinction in the fields of art and literature (2021). He is the author of more than a dozen works, translated into several languages, which led him to win the Juca Pato Award for Intellectual of the Year in 2020. He received an honorary doctorate from the Federal University of Juiz de Fora and the University of Brasília. He currently lives with his family in the Krenak Indigenous Territory, located in Resplendor, a municipality in the state of Minas Gerais.

Krenak fue uno de los principales liderazgos en la lucha por la inclusión de los derechos indígenas en la Constitución de 1988 y pronunció uno de los discursos más emblemáticos en la historia de la Asamblea Constituyente. Su labor en defensa de los derechos humanos y de la tierra ha sido reconocida por diversas instituciones, y ha recibido varias distinciones, como el Premio *Letelier-Moffitt* de Derechos Humanos en Washington; el Premio Nacional de Derechos Humanos - Brasil en la categoría de Comunidades Indígenas; la Encomienda de la Orden del Mérito Cultural de Brasil; el Premio *Prince Claus*, concedido por la Familia Real Holandesa; y el título honorífico de Caballero de la Orden Nacional de la Legión de Honor de la República Francesa.

Se convirtió en la primera persona indígena immortalizada por la Academia Brasileña de Letras, ocupando la Silla número 5 de la institución el 5 de octubre de 2023. Ailton Krenak también ocupa la Silla número 24 de la Academia de Letras de Minas Gerais por su distinción en el campo del arte y de la literatura (2021). Es autor de más de una docena de obras, ya traducidas a varios idiomas, lo que le llevó a ganar el Premio Juca Pato como Intelectual del Año en 2020. Recibió los títulos de Profesor Doctor *Honoris Causa* por la *Universidade Federal de Juiz de Fora* y por la *Universidade de Brasília*. Actualmente, vive con su familia en la Reserva Indígena Krenak, ubicada en el municipio de Resplendor, en el estado de Minas Gerais.

Part 1 - “Where it all began”⁶

Land, identity, and Knowledge

Suprema. Professor, you carry the roots, culture, and resistance of your people in many of your speeches and knowledge, which seem deeply connected to your own history. In public statements, you have mentioned that you have lived in different Brazilian states, and now reside in the Krenak Indigenous Territory, from which you were exiled for a long period due to a violent invasion. How have these experiences of leaving and returning to the land impacted your perception of yourself and the world?

AK. Perhaps this experience, full of shocks and displacements, has heightened my sensitivity to the struggles that human communities face. I believe it has made me more aware of issues such as a convulsing planet with nearly a billion refugees. I mean, in a way, I am also a refugee, even while living in Watu, on the banks of the Doce River, because that river is blocked. The Doce River basin is no longer able to sustain life in its fullest sense. There are no more fish; it is a 630 km hydrographic basin, devastated by mining waste. We, the Krenak and the riverside dwellers, can't even

⁶ The titles given to the sections of this interview were taken from statements made by Ailton Krenak in lectures, speeches, and interviews publicly available.

Parte 1 - “El principio de todo”⁶

Tierra, Identidad y Saberes

Suprema. Profesor, usted lleva consigo las raíces, la cultura y la resistencia de su pueblo en muchos de sus discursos y conocimientos, los cuales parecen estar conectados con su propia historia. En declaraciones públicas, usted ha comentado que ha vivido en diferentes estados y hoy vive en la Tierra Indígena Krenak, de donde estuvo exiliado durante un largo periodo debido a una invasión violenta que sufrió. ¿Cómo estos movimientos de salida y regreso a la tierra han afectado a su percepción de sí mismo y del mundo?

AK. Quizá esta experiencia, llena de sobresaltos y desplazamientos ha ampliado mi sensibilidad hacia los dramas que viven las comunidades humanas. Creo que me ha hecho más sensible para comprender la cuestión, por ejemplo, de un planeta convulsionado, con casi mil millones de refugiados. Quiero decir que, en cierto modo, yo también soy un refugiado, aunque vivo en Watu, a orillas del Río Doce, porque ese río está bloqueado. La cuenca del Río Doce ya no puede sostener la vida en su sentido pleno. Ya no hay peces, es una cuenca hidrográfica de 630 kilómetros abrasada por el lodo

⁶ Los títulos dados a las partes de esta entrevista están tomados de las conferencias, de los discursos y de las entrevistas de Ailton Krenak públicamente disponibles.

touch the river's water. There is a poem by Fernando Brant and Milton Nascimento that says that the river water has turned into poison. It is a tragic poem, but we are living the reality of a river with no fish, no life.

My journeys through other territories have shown me that the suffering of people who are forced to leave their homeland never truly ends. So, I believe that territories of origin are not just places from which we depart while carrying our roots; they are the spaces that sustain our subjectivity, our poetic existence. Without that, we could easily become like androids – without affection, without feeling. We could live anywhere in the world, and there are people who believe this, that they can live anywhere in the world. And I have always been astonished by this idea of voluntarily leaving one's homeland to colonize other parts of the world. As Nêgo Bispo says, I am decidedly counter-colonial, I do not want to colonize others, nor do I want to be colonized. I am counter-colonial.

de la minería. Nosotros, los Krenak y las comunidades ribereñas, no podemos ni siquiera meter las manos en el agua del río. Hay un poema de Fernando Brant y de Milton Nascimento que dice que el agua del río se ha convertido en veneno. Es un poema trágico, pero estamos viviendo la realidad de un río que no tiene peces, que no tiene vida.

Mi recorrido por otros territorios me ha mostrado que el sufrimiento de las personas que son obligadas a abandonar su tierra de origen nunca cesa. Así que, en mi opinión, los territorios de origen no son los lugares de donde partimos llevando nuestras raíces son los lugares que sostienen nuestra subjetividad, nuestra poética de la existencia; sin esto, podríamos ser un android cualquiera, - sin afecto, sin sentimiento. Podríamos establecernos en cualquier lugar del mundo, y hay gente que cree esto, que puede vivir en cualquier parte del mundo. Siempre me ha horrorizado esta idea de abandonar voluntariamente su lugar de origen para colonizar otros sitios del mundo. Soy una persona decididamente anticolonial⁷, como dice Nêgo Bispo. No quiero colonizar a otros y no quiero que me colonicen a mí. Soy anticolonial.

⁷ NT: En portugués, el concepto creado por Nêgo Bispo es “contra-colonial”, que traduce la idea de un concepto orgánico y una posición activa de lucha contra el colonialismo. Para más informaciones: <https://revistas.ufpi.br/index.php/entrerios/article/download/10481/6081>.

Suprema. The 2022 Brazilian Demographic Census⁷ indicated that the self-declared indigenous population in Brazil has surpassed 1.5 million people, marking an increase of approximately 89% compared to the data collected in 2010. Additionally, the information shows that around 63% of this population lives outside indigenous territories. In your opinion, what has changed in the national scenario that, after more than a decade, has led a greater number of people to self-identify as indigenous? Does being inside or outside the indigenous territories impact, in any way, the process of self-recognition as an Indigenous individual?

AK. Well, this question requires at least two or three comments. The first is that this is a consequence of our 1988 Constituent Assembly. I refer to 1987 because that was when I delivered the speech that led to the adoption of indigenous rights, in the 1987–1988 constitutional text. *That chapter on indigenous peoples' rights changed the history of Brazil. Despite all the violence with which it is attacked and the attempts to neutralize it through measures like the Marco Temporal⁸, this constitutional principle*

Suprema. El Censo Demográfico de 2022⁸ indicó que la población autodeclarada indígena en Brasil ha superado la marca de 1,5 millones de personas, un aumento de aproximadamente el 89% en comparación con los datos recogidos en 2010. Además, la información muestra que alrededor del 63% de esta población vive fuera de los territorios indígenas. En su opinión, ¿qué ha cambiado en el panorama nacional para que, más de una década después, un mayor número de personas haya empezado a auto-declararse indígena? ¿Estar dentro o fuera del territorio indígena tiene algún impacto, de alguna manera, en el proceso de autorreconocimiento como indígena?

AK. Bueno, esta pregunta implica al menos dos o tres comentarios. El primero es que se trata del efecto de nuestra Asamblea Constituyente de 1988. Hablo del 87 porque fue cuando pronuncié el discurso que llevó a la adopción de los derechos indígenas en el texto de nuestra Asamblea Constituyente del 87–88. *Ese capítulo sobre los derechos de los pueblos indígenas cambió la historia de Brasil. A pesar de toda la violencia con que se le ataca, del intento de neutralizarlo a través de cosas como el marco temporal⁹,*

⁷ Available at: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/> e <https://censo2022.ibge.gov.br/apps/pgi/#/home>.

⁸ TN: The *Time Frame Thesis* states that Indigenous peoples would only be entitled to the demarcation of lands if they were in possession of them on October 5, 1988, the date of the promulgation of

⁸ En la página web: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/> y <https://censo2022.ibge.gov.br/apps/pgi/#/home>.

⁹ NT: La tesis del marco temporal establece que los pueblos indígenas solo tendrían derecho a la demarcación de tierras si estuvieran en posesión de ellas el 5 de octubre de 1988, fecha de la promulgación

transformed the relationship between the Brazilian State and the indigenous peoples. Previously, indigenous people were demographically counted as a population on the verge of extinction. The IBGE (Brazilian Institute of Geography and Statistics) data on the indigenous population showed a downward trend. I remember this. I was born in the 1950s, and reports predicted that by the year 2000, there would suddenly be no indigenous people in Brazil.

The integrationist idea – the notion of absorbing diversity into a single monoculture – assumed that we would no longer have linguistic diversity or the different realities that shape the lives of our indigenous populations. This was the dominant view. The Constituent Assembly changed this outlook, and I believe that in the future, we might even see a scenario where a minority of this significant self-declared indigenous will live in what we might call natural areas, in the forests, while perhaps up to 90% will inhabit areas with infrastructure that we recognize as urban, becoming what is often called *desaldeados*⁹, which I consider an unresolved term. We do not call white people *desaldeados*, even though, when they arrived here, they lived in villages in Europe, in Portugal.

the Brazilian Constitution. For more information: Marco Temporal | APIB.

⁹ TN: refers to indigenous people not living in indigenous territories.

ese principio constitucional cambió la relación del Estado brasileño con los pueblos originarios. Los indígenas fueron contados demográficamente como una población en vías de extinción. Los datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) mostraban una tendencia a la disminución de la población indígena. Lo recuerdo bien. Nací en los años 50, y los informes predecían que para el año 2000, de repente, ya no habría indígenas en Brasil.

La idea integracionista – la noción de absorber la diversidad en una sola monocultura – significaba que no tendríamos diversidad lingüística ni las distintas realidades que conforman la vida de nuestras poblaciones originarias. Esa era la visión predominante. La Asamblea Constituyente cambió esta perspectiva, y yo creo que, en el futuro, podemos tener incluso un escenario donde una minoría de esa importante población autodeclarada indígena viva, digamos, en áreas naturales, en el campo, en los bosques, y tal vez hasta el 90% de ellos vivan en áreas con infraestructura que nosotros identificamos como urbanas, convirtiéndose en lo que a menudo se llama “*desaldeados*”¹⁰ que me parece un mal término. No llamamos “*desaldeados*” a los blancos, pero cuando vinieron aquí vivían en pueblos en Europa, en Portugal.

de la Constitución brasileña. Para más informaciones: Marco Temporal | APIB.

¹⁰ NT: se refiere a los pueblos indígenas que no viven en territorios indígenas.

Professor Zé Geraldo, from the *Universidade de Brasília*, is a profound scholar of this history, both of the Europeans who came here and of the indigenous peoples who interest him as researcher. He knows that his ancestors lived in villages — back in Portugal, back in Spain. So, we could call white people living in Brazil are *desaldeados*, not just indigenous people. When you say indigenous people are *desaldeados*, you are stripping them of a certain quality, as if they remain fixed in the places where their people historically lived in order to be recognized as human beings.

Suprema. Your evident and extensive knowledge of life, which goes beyond the boundaries of traditional academia, has been recognized and awarded the honorary title of Doctor *honoris causa* by two prestigious Brazilian universities. How do you perceive the academic community's openness to traditional and/or indigenous knowledge? What challenges are faced in incorporating these perspectives into scientific knowledge production within universities?

AK. I believe that scientific observation — particularly applied science, which can navigate between the traditional knowledge of these peoples and industries such as pharmaceutical, food production, and other sectors — has been actively engaging with this knowledge since the late 1980s and 1990s.

El profesor Zé Geraldo, de la *Universidade de Brasília*, es un gran estudioso de esta historia, tanto de los europeos que vinieron aquí como de los pueblos indígenas que le interesan como investigador. Sabe que sus antepasados vivían en pueblos — en Portugal, en España. Entonces, podríamos llamar a los blancos que viven aquí en Brasil de “*desaldeados*”, no solo a los indígenas. Cuando dices que los indígenas están “*desaldeados*”, les estás quitando una cualidad; es como si tuvieran que estar asentados en un lugar donde históricamente ha vivido su pueblo para ser reconocidos como seres humanos.

Suprema. Su evidente y amplio conocimiento de la vida, que trasciende los límites de la academia tradicional, ha sido reconocido y honrado por dos prestigiosas universidades brasileñas con la concesión del título de Doctor *Honoris Causa*. ¿Cómo percibe la apertura de la comunidad académica a los saberes tradicionales y/o indígenas? ¿Cuáles son los desafíos que enfrentan las universidades para incorporarlos a la producción de conocimiento científico?

AK. Creo que la observación científica, especialmente la ciencia aplicada, que puede moverse entre el conocimiento tradicional de estos pueblos y la industria de medicamentos, alimentos y de otros sectores, ha sido muy activa desde finales de los 80 y de los 90. A finales de los años 90, leí un informe que señalaba que 8 mil millones de dólares a nivel

In the late 1990s, I read a report stating that 8 billion dollars globally was generated by products – ranging from cosmetics to herbal medicines – derived from practices linked to traditional knowledge. In fact, there is even an international convention that establishes binding terms regarding traditional knowledge and access to genetic resources.

In many places around the world, indigenous peoples demand financial compensation from pharmaceutical and cosmetic industries, as well as from nanotechnologies that manage to obscure the origins of many of the raw materials used in their products. So, the indigenous people who have cultivated, preserved, and maintained the knowledge about these diverse varieties should be considered partners, but instead, they are being dispossessed. That is why they end up being called *desaldeados*. They are not *desaldeados*. If they are in Brazil, they are at home. We need to find a way for the IBGE to stop calling this indigenous majority *desaldeados* and instead create a more inclusive term that acknowledges the spaces where they are building their sociability and their lives.

Regarding universities and academic institutions embracing indigenous cosmovision, I think that is amazing news. The book *“The Falling Sky: words of a Yanomami Shaman”* by Davi Kopenawa Yanomami is a great example of this, as it has been adopted

mundial provenían de productos desde cosméticos a la fitoterapia, que tienen su origen en prácticas asociadas a los conocimientos tradicionales, es decir, existe incluso una convención que vincula los conocimientos tradicionales y el acceso a los recursos genéticos como términos vinculantes.

Los pueblos originarios, de muchas partes del mundo, están exigiendo compensaciones económicas, debido a que la industria farmacéutica, la industria cosmética y todas estas nanotecnologías que logran ocultar el origen de muchas de las materias primas utilizadas para producir y poner cosas en el mercado. Así, los pueblos originarios que han cultivado, conservado y mantenido el conocimiento sobre estas variedades, todas estas diversidades, deberían ser considerados como asociados, pero son expropiados, por lo que acaban siendo etiquetados como “*desaldeados*”. No son “*desaldeados*”. Si están dentro del territorio brasileño, están en casa. Necesitamos encontrar una forma en que el IBGE, en lugar de llamar “*desaldeados*” a esta mayoría indígena, cree un término que sea más inclusivo que reconozca los espacios donde están teniendo que reconstruir su sociabilidad, sus vidas.

En cuanto a que las universidades y academias acojan esta cosmovisión indígena, creo que es una novedad estupenda, y el libro de Davi Kopenawa Yanomami, “*La caída del cielo*”, es un gran ejemplo de ello, porque ha sido adoptado

by dozens of universities worldwide, including European ones, which tend to be highly selective in adopting authors who are not themselves.

I feel deeply honored to be read across Europe and even Asia, alongside figures like Kopenawa Yanomami. My texts have been translated at Seoul University, in South Korea. I think it is great that Koreans are reading indigenous authors from South America and finding something new in them. I hope we can expand these connections with universities and academia. I believe academic institutions are responding well to this willingness of indigenous thinkers to engage with Western thought, especially because the West is entering into a state of collapse. If it refuses to exchange ideas with others, it will simply head toward the end of the world.

Suprema. You are author of several works, translated into more than ten languages¹⁰, and tens of thousands of copies have been sold in Brazil¹¹ alone. When reading your books, it is evident that your writing is fluid, accessible, and carries traces of orality – features that enhance the read-

por decenas de universidades de todo el mundo, incluidas las europeas, que tienen muchas restricciones para adoptar autores que no sean ellos mismos.

Me siento muy honrado de que, junto con personas como Kopenawa Yanomami, también me lean en universidades de Europa e incluso de Asia. Mis textos han sido traducidos en la Universidad de Seúl, en Corea del Sur. Creo que es bueno que los coreanos lean a autores indígenas de Sudamérica y vean algo nuevo en ello, y espero que podamos ampliar estas relaciones con las universidades y las academias. Creo que acogen con satisfacción la voluntad de los pensadores autóctonos de intercambiar ideas con el Occidente, incluso, porque el Occidente se está entrando en colapso. Si se niega a dialogar con los demás, simplemente se encaminará al fin del mundo.

Suprema. Usted es autor de varias obras, traducidas a más de 10 idiomas¹¹, y solo en Brasil se han vendido decenas de miles de ejemplares¹². Al leer sus libros, es evidente que su escritura es fluida, accesible y contiene rasgos de oralidad, características que potencian en el lector una sen-

¹⁰ Information according to: <https://www.academia.org.br/noticias/abl-na-midia-uol-ailton-krenak-o-primeiro-indigena-integrar-academia-brasileira-de-letras#:~:text=O%20escritor%20de%2070%20anos,para%20mais%20de%2010%20idiomas>.

¹¹ Information retrieved from the official Amazon selling platform website. Available at: <https://www.amazon.com.br/Ideias-para-adiar-mundo-ed%C3%A7%C3%A3o/dp/8535933581>.

¹¹ Información en la página web: <https://www.academia.org.br/noticias/abl-na-midia-uol-ailton-krenak-o-primeiro-indigena-integrar-academia-brasileira-de-letras#:~:text=O%20escritor%20de%2070%20anos,para%20mais%20de%2010%20idiomas>.

¹² Información de la página web oficial de la plataforma de ventas Amazon: <https://www.amazon.com.br/Ideias-para-adiar-mundo-ed%C3%A7%C3%A3o/dp/8535933581>.

er's sense of closeness to both the author and the text itself. How does your writing process unfold? What are your intentions when recording and publishing your ideas?

AK. Definitely not. That would be to ascribe a kind of objectivity to me that I do not cultivate. As the poet Manoel de Barros said, *I have the vocation of a tree. A tree does not plan how it will blossom.* I never thought I would have books listed as best sellers; in fact, I found it quite scandalous when a news article came out saying that I had achieved that status. A friend of mine, who is a member of the Brazilian Academy of Letters, says that a best seller is something that the market wants to sell. In a certain way, that is true. The vast majority of books listed as best sellers are there because the market has decided to turn them into best sellers.

Milton Nascimento was taken to Los Angeles for the Grammy Awards, was snubbed by the same kind of people who produce best sellers, and returned to Brazil somewhat hurt that those snobbish people did not acknowledge him. But he is greater than this best seller nonsense. I hope I will outlive being a best seller.

Suprema. Are there best sellers they want to sell and others that they must sell, even if they don't want to?

AK. Yes, exactly, but I believe there are very few that they must sell. It is quite intriguing. In April, two books that

sación de cercanía tanto con el autor como con el propio texto. ¿Cómo es su proceso de escritura? ¿Cuáles son sus propósitos al registrar y publicar sus ideas?

AK. Definitivamente no. Eso sería atribuirme un tipo de objetividad que no cultivo. Como dice el poeta Manoel de Barros, *tengo la vocación de un árbol. Un árbol no planea cómo va a florecer.* Nunca pensé que tendría libros en la lista de los más vendidos, de hecho, me pareció un escándalo cuando apareció una noticia diciendo que había alcanzado esa condición. Un amigo mío que, por cierto, es miembro de la Academia Brasileña de Letras, dice que un *best seller* es lo que el mercado quiere vender. En cierto sentido, es verdad. La gran mayoría de las obras que aparecen en la lista de *best sellers* están ahí porque el mercado quiso convertirlas en *best sellers*.

Milton Nascimento fue llevado a Los Ángeles para lo premio *Grammy*, fue ignorado por ese mismo tipo de gente que produce *best seller* y regresó a Brasil un poco dolido porque esas personas arrogantes no lo reconocieron. Pero él es más grande que esa tontería de los *best sellers*. Espero sobrevivir a todo esto.

Suprema. ¿Hay *best sellers* que quieren vender y hay otros que tienen que comercializarlos, aunque no quieran?

AK. Sí, exacto, pero creo que son muy pocos los que realmente se ven obligados a vender. Es algo muy

have already been published in Brazil will be launched in France, translated and printed by a publishing house called *Dehors*. I don't speak French, but I found out that it means "outside the door", or something like that. They publish Viveiros de Castro, they publish people who discuss climate change, so I'm in good company. These are two titles by a Brazilian author, released during the Year of Brazil in France, as part of the celebratory events. I think any Brazilian author would love to be on that list, which is different from the bestseller list.

I left something unsaid that I wanted to mention about the question of my process, my writing, and creation. I don't plan it, I never thought about writing or publishing anything, so things happen naturally. "*Ideas to Postpone the End of the World*", which is my most widely circulated book, was born from a conference in Lisbon, a speech at the Teatro Maria Matos, and an interview. These were three different situations that led to the book. I can't say: "Oh, I sat down, meditated, and wrote '*Ideas to Postpone the End of the World*'". Hemingway was the one who did that – he would grab a mojito, a bottle of rum, sit by the window, and gaze at the landscape, and some say that he would write by hand. I don't believe it; I think it's all a myth. In fact, I can't imagine someone stopping, thinking and writing a book like that. I believe that it is an exception.

curioso. Ahora, en abril, serán lanzados en Francia dos títulos traducidos que ya han sido publicados en Brasil y fueron traducidos allá por una editorial llamada *Dehors*. No hablo francés, pero ya me he enterado de que es "fuera de la puerta", me suena algo así. Publican a Viveiros de Castro, publican a las personas que discuten el cambio climático, así que estoy en buena compañía. Se trata de dos títulos de un autor brasileño, publicados durante el Año de Brasil en Francia, como parte de los eventos conmemorativos. Creo que a cualquier autor brasileño le encantaría figurar en esta lista, que es diferente de la lista de los *best seller*.

Me he dejado una coma que te iba a comentar en la pregunta sobre el proceso, la escritura, la creación. No planifico, nunca he pensado en escribir o en publicar nada, así que es así. "*Ideas para aplazar el fin del mundo*", que es mi libro que más se ha difundido por el mundo, nació de una conferencia en Lisboa, una charla en el Teatro Maria Matos y una entrevista. De estas tres situaciones surgieron los textos que dieron lugar al libro. No se puede decir: "Me paré, medité y escribí *Ideas para postergar el fin del mundo*". Hemingway era el que hacía eso, tomaba un mojito, un ron, se iba a la ventana y se quedaba mirando el paisaje, y dicen que seguía escribiendo a mano. Yo no me lo creo, creo que todo es una leyenda. De hecho, no me imagino a alguien que se pare, piense y escriba un libro. Creo que es una excepción.

Part 2 - “Utopia is dreaming of life”

Constituent assembly, Democracy, and Representativeness

Suprema. In 1987, during your speech at the Constituent Assembly¹², you performed a courageous and authentic act that became a milestone in Brazilian history. How did you perceive, at the time, and how do you perceive today, the reactions to that performance, both from the indigenous community and from society in general? When you were preparing the act, did you imagine it would have such a significant impact, both legally and socially?

AK. Well, I didn't plan that speech, it was an accident in my biography. Wikipedia says that I was a congressman, meaning that I was a constituent, that I had a mandate. That's not true, so I could say “Wikipedia lies”. Don't believe everything you read there. Some people say “Oh, you were a congressman”, and I reply “I was never a congressman”. I had ten minutes to step up to the podium and defend the Constitution's chapter on indigenous rights. Then I left and returned to my life as an ordinary citizen. It was 120,000 signatures collected across Brazil that gave me a

¹² Available at: <https://www.youtube.com/watch?v=ildN6lyXDNE>.

Parte 2 - “Utopía es soñar con la vida”

Asamblea constituyente, Democracia y Representatividad

Suprema. En 1987, durante su discurso en la Asamblea Constituyente¹³, usted realizó un acto valiente y auténtico que se convirtió en un hito en la historia de Brasil. ¿Cómo percibió, en aquel momento, y cómo lo percibe hoy, las reacciones a esa actuación, tanto de la comunidad indígena como de la sociedad en general? Cuando preparó el acto, ¿podía imaginar que tendría tanta repercusión, tanto jurídica como social?

AK. Bueno, yo no planeé este discurso, fue un accidente en mi biografía. Wikipedia dice que fui parlamentario, es decir, que fui constituyente, que tuve un mandato. Eso es mentira, así que podría decir “la Wikipedia miente”. No crean todo lo que aparece allí. Alguien dice “ah, usted fue diputado”, yo dije “nunca fui diputado”, **tuve 10 minutos para subir al púlpito y defender el capítulo de los derechos indígenas en la Constitución. Luego salí de allí y volví a mi vida de ciudadano común y corriente.** Fueron 120.000 firmas recogidas en todo Brasil que me dieron un mandato de 10 minutos. Hay

¹³ Discurso en la página web: <https://www.youtube.com/watch?v=ildN6lyXDNE>.

ten-minute mandate. There are people with life-long mandates, with thousands of votes, who shame us to the core.

So, I didn't plan anything, **but the result, the impact of that gesture on the lives of the indigenous communities honors me deeply.** I have heard elders whom I love and respect very much saying "Ailton, you are already part of history. You don't need to struggle anymore, because you have already made your mark. Very few people from our indigenous communities have become so widely known among non-indigenous populations for making such a decisive gesture. You are already in our history." So, if I'm already part of the history of our peoples, that is wonderful for me, I have no ambition to write a great book or to carry out any radical maneuver.

Suprema. Beyond your emblematic participation in the Constituent Assembly, you were the author of several acts of significant democratic importance. In 1990, you signed a joint letter¹³ on behalf of the UNI, to the National Secretary for the Environment, denouncing illegal mining invasions into the Yanomami Indigenous Land, which was the target of economic and institutional disputes. Moreover, the document recommended measures for a lasting solution to the problem,

personas con un mandato vitalicio, con miles de votos, que nos avergüenzan hasta los huesos.

Entonces, yo no planeé nada, **pero el resultado, el efecto de este gesto en la vida de las comunidades indígenas me honra mucho** y ya escuché a ancianos que quiero y respeto mucho decirme: "Ailton, ya hiciste historia, no necesitas preocuparte más ni luchar tanto, porque ya hiciste historia. Hay pocas personas de nuestro pueblo indígena que se hayan difundido tanto entre otras poblaciones no indígenas como alguien que ha hecho un gesto definitivo. Ya estás en nuestra historia." Entonces, si ya estoy en la historia de nuestros pueblos, para mí es espléndido, no tengo ninguna ambición, ni de escribir un gran libro ni de hacer ninguna maniobra muy radical.

Suprema. Mas allá de su emblemática participación en la Asamblea Constituyente, usted fue autor de varios actos de gran importancia democrática. En 1990, firmaste una carta conjunta¹⁴, en nombre de la UNI, dirigida al Secretario Nacional del Medio Ambiente, denunciando las invasiones mineras de la Tierra Indígena Yanomami, objeto de disputas económicas e institucionales. Además, el documento recomendaba medidas para una solución efectiva del problema, como la desocupación

¹³ Available at: <https://cartasindigenasaobrasil.com.br/cartas/de-ailton-krenak-e-organizacoes-indigenas-e-indigenistas-para-o-secretario-nacional-do-meio-ambiente/>.

¹⁴ Texto de la carta en la página web: <https://cartasindigenasaobrasil.com.br/cartas/de-ailton-krenak-e-organizacoes-indigenas-e-indigenistas-para-o-secretario-nacional-do-meio-ambiente/>.

such as the desintrusion of the territory and the implementation of a permanent health plan. In recent years, the health and environmental crisis in the Yanomami Indigenous Land has once again become a major media issue, leading to the adoption of measures¹⁴ very similar to those recommended in the 1990s by the indigenous movement. In your opinion, which paths should be taken to ensure that the humanitarian demands of the indigenous movement are heard more effectively?

AK. We would need a much more evolved society. Not developed, evolved. In some regions of the world, evolved societies protect essential values such as human life, the forest, and rivers. We live in a part of the planet that was brutally colonized until very recently and continues to be. The expansion of enterprises into the *Cerrado*¹⁵, the devastation of the *Caatinga*¹⁶, the deforestation of the Amazon, mercury contamination, illegal mining, large-scale extraction, this brutal economy of extractivism economy prevents us from becoming a society with more equity,

del territorio y la implementación de un plan de salud permanente. En los últimos años, la crisis sanitaria y medioambiental del Territorio Indígena Yanomami ha vuelto a estar en el punto de mira de los medios de comunicación, lo que ha llevado a la adopción de medidas¹⁵ muy similares a las recomendadas en los años 90 por el movimiento indígena. En su opinión, ¿cuáles son las formas en las que las reivindicaciones humanitarias del movimiento indígena podrían ser escuchadas de forma más eficaz?

AK. Tendríamos que contar con una sociedad mucho más evolucionada. No desarrollada, evolucionada. En algunas regiones del mundo, las sociedades evolucionadas protegen valores esenciales como la vida humana, los bosques y los ríos. Somos una región del planeta que fue colonizada de forma muy brutal hasta ayer y sigue siéndolo. Esta cosa de emprendimiento, ocupando la sabana, devastando la vegetación blanca (*caatinga*), talando la Amazonia, el mercurio, la minería ilegal, esta priorización de la extracción, esta brutal economía extractivista, no nos permite ser una sociedad con más equidad, con más deseo de justicia, es indiferente al sufrimiento ajeno. De lo que me quejaba en los años 90, te diré, se ha convertido en algo mucho peor, no solo para los Yanomamis,

¹⁴ The measures were ordered in the Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept n. 709.

¹⁵ TN: The Cerrado is an ecoregion in central Brazil, it consists of forest savanna, wooded savanna, park savanna and gramineous-woody savanna. For more information: Phyto-Environmental Characterization of Brazilian Savanna (Cerrado) and Brazilian Atlantic Forest, With The Research of Stone Lines and Paleosols | PDF | Soil | Savanna.

¹⁶ TN: The Caatinga is an ecoregion in northeastern Brazil. For more information: CPD: South America, Site SA19, Caatinga of North-eastern Brazil, Brazil.

¹⁵ Estas medidas se ordenaron en el contexto del Alegato de Incumplimiento de un Precepto Fundamental n. 709.

with a greater desire for justice. Instead, it fosters indifference to the suffering of others. What I complained about in the 1990s, I can tell you, has gotten much worse, not just for the Yanomami but for the entire Amazon. The Munduruku people can no longer fish in the tributaries of the Tapajós River because of mercury contamination.

Jorge Bodanzky made a film called “*Amazônia, a nova Minamata?*” referring to Minamata, the Japanese city contaminated by mercury. He argues that if we continue like this, soon the riverside dwellers will no longer be able to drink water from those rivers and eat fish. In other words, they are being expelled from their own ecosystem by an economic model that is flawed, predatory and poisons the soil.

We started this conversation talking about how the river’s water has turned into poison, almost as if foreshadowing that we would later discuss these Amazonian rivers, some of which have experienced prolonged drying periods. The river dries up. Imagine seeing Amazon River dolphin sissling in the hot water, in the natural waters of the river? It feels like we are living in one of those dystopian scenarios projected for the year two thousand and something, except that the future has arrived early. That’s why I say in my book “*Ideas to Postpone the End of the World*”: what kind of future are we preparing to hand over to future generations? When they open the package, will they recognize themselves in it, or will they, like Greta Thunberg, say: “Damn, look at what the adults have

sino para toda la Amazonia. El pueblo Munduruku no puede pescar en los afluentes del Tapajós porque están contaminados con mercurio.

Jorge Bodanzky hizo una película titulada “*Amazônia, a nova Minamata?*”, refiriéndose a Minamata, la ciudad contaminada por mercurio en Japón. Cree que, si seguimos así, en poco tiempo los ribereños no podrán beber agua de esos ríos ni comer ese pescado. En otras palabras, están siendo expulsados de su propio ecosistema por la forma de economía equivocada, que daña y envenena el suelo.

Empezamos la conversación diciendo que el agua de los ríos se ha convertido en veneno, como si ya hubiéramos previsto que hablaríamos de estos ríos amazónicos, algunos de los cuales se han estado secando durante largos periodos. El río se seca. ¿Se imaginan ver marsopas friéndose en el agua caliente, en las aguas naturales del río? Así que parece que estamos ante uno de esos escenarios distópicos que se proyectaban para el año dos mil y no sé cuánto, solo que ha llegado antes del tiempo, por eso digo en mi libro “*Ideas para postergar el fin del mundo*”: ¿cuál es el futuro que estamos empaquetando ahora para entregar a las generaciones futuras? Cuando abran el paquete, ¿se reconocerán en él o dirán, como Greta Thunberg: “vaya, miren lo que los adultos han hecho con el mundo?” Son ladrones del futuro. Esa acusación, para esta generación que se aprovecha

done to the world”? They are thieves of the future. That accusation against this generation that devours everything, is a terrible one, but it fits like a glove.

Part 3 - “The present is the obvious”

Rights, the Judiciary and Connectivity

Suprema. Article 231 of the 1988 Federal Constitution establishes the Federal Government’s responsibility to demarcate indigenous lands, which has allowed some communities to access this right. For example, in 1993, the Federal Supreme Court (STF) annulled the property titles that had been illegally issued over the Krenak Indigenous Land, restoring possession of the entire territory. In the same vein, the Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept (ADPF) 709 was filed by the Articulation of Indigenous Peoples of Brazil – APIB and six political parties. This was a significant legal milestone, as it enhanced indigenous formal participation in cases before the Supreme Court. Given this context, how do you perceive the role of the judiciary and the STF in the process of realizing the constitutional rights demanded by the indigenous movement?

AK. I believe that this Court has historically been favorable to the rights

de todo, es una acusación terrible, pero le va como anillo al dedo.

Parte 3 - “El presente es lo obvio”

Derechos, el Poder judicial y la Conectividad

Suprema. El artículo 231 de la Constitución Federal de 1988 establece la responsabilidad de la Unión de demarcar las tierras indígenas, lo que ha permitido a algunas comunidades acceder a este derecho. Por ejemplo, en 1993, el Supremo Tribunal Federal anuló los títulos de propiedad emitidos ilegalmente sobre la Tierra Indígena Krenak, de manera que la posesión de la totalidad de la tierra fue recuperada. En la misma línea, la Argumentación de incumplimiento de preceptos fundamentales (ADPF) 709 fue presentado por la Articulación de los Pueblos Indígenas de Brasil (APIB) y seis partidos políticos. Esto representó una importante novedad en el mundo jurídico, ya que impulsó la participación formal de los indígenas en casos ante el Supremo Tribunal Federal. Teniendo en cuenta este contexto, ¿cómo entiende usted el papel del Poder Judicial y del STF en el proceso de materialización de los derechos constitucionales reivindicados por la lucha indígena?

AK. Creo que el papel de esta Corte ha sido históricamente favorable a los

of indigenous peoples, and in recent years, especially after the Constituent Assembly, there has been greater concern and diligence regarding the rights listed in our Constitution, which obligate the Federal Government to protect life as well, not just territory. Some people might say: “Oh, but they are giving the land back to the indigenous people, and they don’t work, they don’t plant soybeans, they don’t buy agricultural machinery. How annoying that the STF is doing this...”. Well, the protection of life is far more important than any financial speculation. So, the STF has been doing just that, and it irritates many people. Perhaps because it annoys so many, some decisions are not carried out to their full extent. For example, the most recent decision, which was supposed to reintegrate the areas of traditional occupation of the Krenak people, has not yet been implemented on the ground. There’s a series of motions, a lot of local initiatives, a long list of lobbying efforts, even by lawmakers from the state of Minas Gerais, that are preventing the decision from being enforced.

Someone unfamiliar with the procedural rituals of the judiciary might say “But a decision has been made, it’s been ruled”. No. Until it reaches a state authority, until it is authorized by the State Government, until local resources and mechanisms are mobilized to provide a practical resolution to an issue such as the removal of hundreds of private landowners who are there illegally, who have already been notified, but have filed lawsuits in

derechos de los pueblos indígenas. En los últimos años, sobre todo después de la Constitución, ha habido una mayor preocupación y celo por esos derechos que están enumerados en nuestra Constituyente y que obligan a la Unión a proteger también la vida, no solo el territorio. Hay gente que puede decir: “ah, pero están devolviendo la tierra a los indígenas, los indígenas no trabajan, no siembran soja, no compran maquinaria agrícola, qué tedioso que el STF haga eso...”. Bueno, la protección de la vida es más importante que cualquier especulación financiera. Así que el STF ha hecho esto y ha molestado a mucha gente. Tal vez por esa misma razón, algunas decisiones no se llevan hasta sus últimas consecuencias. Por ejemplo, esta última decisión, que debía reintegrar las zonas de ocupación tradicional del pueblo Krenak, todavía no se ha cumplido sobre el territorio. Hay una serie de recursos, muchas iniciativas locales, una enorme lista de *lobbies* hecha, incluso, por parte de parlamentarios del estado de Minas Gerais, que impiden que la decisión se ejecute en la práctica.

Alguien que no entienda cómo funciona este procedimiento ritualista podría decir “pero ya se ha tomado una decisión, ya está decidido”. No. Hasta que esto llegue a un órgano estatal, hasta que sea autorizado por el gobierno del Estado, hasta que se movilicen los medios y recursos locales para dar una resolución práctica a una cuestión como la desocupación de una zona por cientos de propietarios privados que están allí ilegalmente, que ya han sido

the local courts to block enforcement of the ruling, on the ground, on the land... the decision remains stalled. So, I follow the trajectory of a debate that takes place in court, in the STF, from its deliberation to its enforcement, and sometimes, it takes an eternity.

Suprema. In “*Ideas to Postpone the End of the World*”, you discuss the use of the term “environment”, and the abstraction it creates, which distances human beings from their condition as part of a living and interconnected organism. From this perspective, how do you understand the impact of language impacts on the way we live and act? Can the use of certain words, loaded with meanings and intentions, produce real consequences in material life? What message would you like to leave for all of us and for the planet to conclude this interview?

AK. The word, the way we name things and the world, determines the world we will share and experience. Right now, globally, we are witnessing a corrosive effect of how words are used to send messages capable of emotionally destabilizing people, increasing the diagnosis of mental suffering across the entire planet, and even create a kind of suspense about the immediate future of humanity.

In the 1960s, with the risk of a nuclear collapse, a device called the Doomsday Clock was invented. This clock is not a joke, it is a real-time marker that

notificados, pero que han presentado una demanda en los tribunales locales que impide que esta determinación se lleve a cabo allí, sobre el terreno, en la tierra... Así que sigo el guion de un debate que tiene lugar en el tribunal en el STF, hasta que la piedra “rueda y golpea el suelo”, y a veces tarda una eternidad.

Suprema. En “*Ideas para postergar el fin del mundo*”, usted discute el uso del término “medioambiente” y la abstracción creada a partir de él, que aleja a los seres humanos de su condición de parte de un organismo vivo y conectado. Desde esta perspectiva, ¿cómo entiende que el lenguaje impacta en nuestra forma de vivir y actuar? ¿Es el uso de ciertas palabras, cargadas de significados e intenciones, capaz de generar consecuencias en la vida material? ¿Qué mensaje le gustaría dejarnos a nosotros y al planeta al final de esta entrevista?

AK. La palabra, la manera en que nombramos las cosas y el mundo, determina el mundo que compartiremos, que experimentaremos. Actualmente estamos experimentando, a escala mundial, un efecto corrosivo del uso de las palabras para enviar mensajes que tienen la capacidad de desestabilizar emocionalmente y aumentar el diagnóstico de sufrimiento mental en todo el planeta e incluso crear una especie de suspense sobre el futuro inmediato de la humanidad.

En la década de 1960, ante el riesgo de un colapso nuclear, se inventó un

assesses the growing global geopolitical crisis and the risk of a collapse. Now, with the current international scenario, the clock has started ticking again.

We are currently in a phase of this clock that signals a medium risk of a widespread conflict on the planet – a sort of impending collapse – while also anticipating the climate crisis. That is, we are not going to wait for the climate to make human life unviable, we are going to destroy ourselves first. All it takes is one brute force figure pressing a button to trigger a chain of missiles across the world. In this world filled with insane individuals wielding unlimited power, playing gods on Earth, the possibility of them creating hell is very real.

The Doomsday Clock is an apparatus, a device that measures the risk of extinction – of self-extinction – of *Homo sapiens*. The *Homo sapiens* engineering its own collapse. I am deeply concerned about the idea that the Earth's climate will become unsustainable and uninhabitable for all of us. This may take time, but **I am certain that it will take no time at all for us to destroy this world out of sheer insanity. This is not a message to pull you down, it is merely an observation from someone who might consider himself looking at the world from above**¹⁷.

¹⁷ TN: In the original, the author plays with the words "*baixo astral*" (meaning "bad vibes") and "*plano astral*" (meaning "astral plane" or "spiritual plane"), and the translation sought to preserve this connection.

dispositivo al que llamaron el Reloj del Apocalipsis (también llamado reloj del Juicio Final). Este reloj no era una broma, en realidad era un marcador de tiempo que evaluaba la creciente crisis geopolítica global y el riesgo de un colapso. Ahora con el nuevo escenario internacional, el reloj ha vuelto a sonar.

Estamos, en un momento en que ese reloj indica un riesgo mediano de un conflicto generalizado en el planeta y una especie de colapso, anticipándonos a la cuestión climática, es decir, no vamos a esperar a que el clima haga imposible que los humanos estemos aquí, vamos a matarnos primero. Basta con que un bruto presione un botón y dispare una cadena de misiles por el mundo. En este mundo de locos con poderes ilimitados que quieren jugar a ser dioses aquí en la Tierra, la posibilidad de que creen un infierno es realmente factible.

El reloj del juicio final es un aparato, un dispositivo que mide el riesgo de extinción, de la autoextinción del *Homo sapiens*. El *sapiens* provocando su propio colapso. Me preocupa mucho la idea de que el planeta, de que el clima de la tierra se va a volver insostenible e inviable para todos nosotros. Eso puede tardar, pero **estoy seguro de que no pasará mucho antes de que acabemos con este mundo por pura insensatez. No es un mensaje de bajo positividad, es solo una observación de alguien que podría considerarse que mira el mundo desde arriba**¹⁶.

¹⁶ NT: En original, el autor hace un juego de palabras con "*baixo astral*" y "*plano astral*". La traducción buscó preservar el sentido original y esta conexión.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

TRADUÇÃO

A trajetória do Estado de Direito^{i-*}

The life of the Rule of Law

La trayectoria del Estado de Derecho

Kim Lane Scheppeleⁱⁱ

Princeton University (Nova Jersey, Estados Unidos)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7153-6713>

E-mail: kimlane@princeton.edu

Tradução do texto:

**Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolfⁱⁱⁱ
Camila Nascimento de Souza^{iv}**

Revisão da tradução:

Tamara Claudia Coimbra Pastro^{v-vi}

ⁱ SCHEPPELE, Kim Lane. A trajetória do estado de direito. Tradução de Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf, Camila Nascimento de Souza. Revisão da tradução: Tamara Claudia Coimbra Pastro. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 53-84, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a499>.

^{*} O presente artigo foi originalmente publicado em inglês e distribuído sob licença Creative Commons (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>). A versão original foi publicada como: Scheppele, K. L. (2024). The Life of the Rule of Law. *Annual Review of Law and Social Science*, 20(1), 17-33. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-010924-103836>.

ⁱⁱ Professora de sociologia e assuntos internacionais na Princeton School of Public and International Affairs e no University Center for Human Values da Princeton University (Laurance S. Rockefeller Professor). Pesquisadora associada à University of Pennsylvania Law School. Sua principal área de atuação é a sociologia do direito, com especialização em pesquisas etnográficas e arquivísticas sobre tribunais e instituições públicas. Além disso, trabalha com teoria sociológica, sociologia comparativa/histórica, sociologia política, sociologia do conhecimento e direitos humanos.

ⁱⁱⁱ Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB) e graduada em Direito e Relações Internacionais pela mesma instituição. Egressa da Escuela Virtual de Constitucionalismo Transformador em América Latina, do Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha). Egressa do Birkbeck College, da University of London (Londres, Reino Unido). Especialista em Políticas Públicas com Ênfase em Gestão Governamental pela UPIS – Faculdade Integradas. Membro do International Society of Public Law (ICON-S). Membro do Grupo de Pesquisa Cortes Constitucionais, Democracia e Direitos Humanos (CCDDH). Coordenadora de Difusão da Informação no Supremo Tribunal Federal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9758246392638756>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9142-0080>. E-mail: renata82@gmail.com.

^{iv} Mestre em Direito e graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professora da pós-graduação em Direito do CEUB. Egressa do IDEAZ Institute for Intercultural and Comparative Research (Viena, Áustria). Atuou como pesquisadora bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Membro do International Society of Public Law (ICON-S). Membro da Associação Brasileira de Processo Civil (ABPC). Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC). Pesquisadora na Secretaria de Altos

Resumo

O Estado de Direito tornou-se um conceito abrangente, que pode ter significados diferentes para diferentes pessoas, o que justamente dificulta a sua definição. Em vez de seguir esse caminho, este artigo examina o desenvolvimento do Estado de Direito como um conjunto de práticas governamentais específicas, tanto na história do direito comparado quanto nos debates políticos recentes. Enquanto as tradições jurídicas nacionais combinaram ideias a respeito dos efeitos limitadores do direito com concepções normativas quanto à organização política, o debate de políticas públicas tende a despolitizar completamente o direito. Como resultado, possibilitou que autocratas aspirantes, determinados a enfraquecer as restrições jurídicas de natureza normativa, conseguissem manipular o sistema e utilizar a lei para fins autoritários. No entanto, o Estado de Direito está iniciando uma nova fase, por meio de um movimento que busca desparoquializar o direito de perspectivas estritamente nacionais e reinseri-lo em normas transnacionais. Esse Estado de Direito, em sentido amplo, tornou-se um novo parâmetro para responsabilizar o poder político.

Palavras-chave

Estado de Direito; democracia; retrocesso; populismo; constitucionalismo.

Sumário

1. Introdução. 2. A crise global do Estado de Direito. 3. O Estado de Direito no mundo. 4. O Estado de Direito na prática. 5. O Estado de Direito em sentido amplo.

Abstract

The rule of law has become all things to all people, which is precisely why it has been hard to define. Rather than attempt that feat, this article traces how the rule of law has developed as a set of specific governing practices both in the history of comparative law and in recent policy debates. Whereas national legal traditions blended ideas

Estudos do Supremo Tribunal Federal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9749419113405636>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-4081-9647>. E-mail: camilanascimento.s@hotmail.com.

^v Doutora em ciências sociais pela Universidade de Brasília (UnB). Mestra em relações internacionais e em história pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pesquisadora na Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias do Supremo Tribunal Federal (COPJ/SAE – STF). Pesquisadora associada do Núcleo de Pesquisas e Estudos em Direitos Humanos: observatório dos Sistemas Internacional e Regional de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos – UFU. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4479972257949873>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4881-587X>. E-mail: coimbrapastro@gmail.com.

^{vi} O artigo foi integralmente respeitado quanto à referência e às marcas de estilo, mantendo-se, na medida do possível, o paralelismo com conceitos jurídicos nacionais. [N.T.]

about the constraining effects of law with normative ideas about the organization of politics, the policy conversation has tended to depoliticize law altogether. As a result, it became possible for aspirational autocrats determined to undermine normative legal constraints to game the system and use law for autocratic ends. The rule of law is now beginning a new life, however, through a movement to deparochialize law and re-embed it in transnational norms. This rule of law writ large has become a new touchstone for holding political power accountable through law.

Keywords

Rule of Law; democracy; backsliding; populismo; constitutionalism.

Contents

1. Introduction. 2. The global Rule of Law crisis. 3. The Rule of Law in the world. 4. The Rule of Law in the wild. 5. The Rule of Law writ large.

Resumen

El estado de derecho se ha convertido en todo para todos, lo que precisamente dificulta su definición. En lugar de intentar esa tarea, este artículo rastrea cómo el estado de derecho se ha desarrollado como un conjunto de prácticas de gobernanza específicas, tanto en la historia del derecho comparado como en los debates políticos recientes. Mientras que las tradiciones jurídicas nacionales han combinado ideas sobre los efectos restrictivos del derecho con concepciones normativas sobre la organización política, el debate político ha tendido a despolitizar el derecho por completo. Como resultado, se hizo posible que aspirantes a autócratas, decididos a socavar las limitaciones normativas del derecho, manipularan el sistema y utilizaran el derecho con fines autocráticos. No obstante, el estado de derecho está iniciando una nueva etapa a través de un movimiento que busca desprovincializar el derecho y reinsertarlo en normas transnacionales. Este estado de derecho, en un sentido amplio, se ha convertido en un nuevo referente para hacer que el poder político rinda cuentas a través del derecho.

Palabras clave

Estado de Derecho; democracia; regresión; populismo; constitucionalismo.

Índice

1. Introdução. 2. La crisis del Estado de Derecho. 3. El Estado de Derecho global. 4. El Estado de Derecho en la práctica. 5. El Estado de Derecho en sentido amplio.

A trajetória do direito não tem sido pautada pela lógica, mas pela experiência. As necessidades prementes de cada época, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições de políticas públicas – manifestas ou inconscientes – e, até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus concidadãos, tiveram uma influência muito maior na definição das regras que regem a sociedade do que a aplicação do silogismo.

– Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (1881)

1. Introdução

A famosa advertência de Oliver Wendell Holmes acerca de “a trajetória do direito” inspirou o campo dos estudos sociojurídicos. Holmes aconselhou que se olhasse além da doutrina jurídica formal para compreender o que é o direito, bem como considerar o contexto no qual é criado e aplicado, além de levar em conta as perspectivas daqueles que o implementam. Somente assim, ficará claro o que o direito realmente é neste mundo.

O mesmo pode ser dito sobre o Estado de Direito. Assim como os agentes públicos que criam e interpretam a letra da lei, filósofos e juristas têm formulado definições normativas para o Estado de Direito e disputado qual delas deveria prevalecer [Craig 1997, Fuller 1964, Marmor 2004, Raz 1979, Rundle 2023, Tamanaha 2004, Waldron 2023 (2016)]. No entanto, para compreender o que o Estado de Direito é na prática, é preciso analisar os contextos em que é invocado e os propósitos daqueles que o utilizam. Estão explicando características fundamentais do sistema jurídico em que se inserem atualmente? Estão invocando poder, buscando legitimação ou desmascarando as pretensões dos outros? Estão disfarçando a arbitrariedade ou erguendo um escudo contra ela? Estão promovendo valores gerais ou limitando-os? Assim como o direito tem trajetória, o mesmo ocorre com o Estado de Direito.

Na verdade, o Estado de Direito possui vários caminhos. Atualmente, embora haja consenso sobre poucas questões, ainda há concordância quanto ao valor e à importância do Estado de Direito. Contudo, não há um consenso, considerando as enormes diferenças entre aqueles que o exaltam. O conceito é globalmente utilizado, em diversos sistemas jurídicos e políticos para destacar características bastante distintas da relação entre o direito e a política (Costa & Zolo 2007). Ademais, tanto democratas quanto autocratas invocam o Estado de Direito para justificar suas ações (Scheppele 2018), assim como as organizações internacionais

(UN Secr. Gen. 2004), os estados soberanos (Hurd 2017), os defensores de valores transnacionais (Pech 2022, Scheppele *et al.* 2020) e aqueles que enfatizam identidades constitucionais locais específicas (Jacobsohn 2010). É difícil encontrar alguém que discorde do Estado de Direito, mas é fácil perceber que muitos falam sobre o tema sem realmente dialogar entre si.

Diante de tais divergências fundamentais, não surpreende que o Estado de Direito seja amplamente considerado pelos filósofos como um “conceito essencialmente contestado” que, seguindo Gallie (1956), evidencia o desacordo sobre o que constitui o núcleo da própria ideia. Waldron (2021, p. 121, grifo no original) adverte, contudo, que a contestação essencial do Estado de Direito não deve estimular o relativismo. Ele sustenta que “a disputa entre concepções rivais contribui para enriquecer, e não empobrecer, nossa compreensão do legado que tem sido associado, ao longo dos séculos, aos usos jurídicos e políticos do *Estado de Direito*.” Então, por que isso não encerra o debate? O Estado de Direito possui múltiplos significados para diferentes interlocutores, orbitando em torno de um núcleo obscuro.

Duas explicações contraditórias podem ser oferecidas para a proliferação de significados e as controvérsias contínuas em torno da invocação do conceito. Uma delas sugere que, de fato, o Estado de Direito corresponde a algo concreto no mundo, com ampla variedade de características, de modo que se assemelha ao elefante descrito pelos homens cegos^{vii}. A multiplicidade de descrições não nega a existência dos elefantes; apenas indica que os elefantes são complexos, e ninguém deve supor que desaparecem quando uma parte é equivocadamente considerada como o todo. Sob essa perspectiva, os debates centrais sobre o Estado de Direito resultam de filósofos “cegos” que tocam diferentes partes do conceito.

Todavia, sob outra perspectiva, talvez filósofos com visões distintas estejam descrevendo animais diferentes. Em sua viagem ao redor do mundo, no século XIII, Marco Polo declarou ter encontrado um unicórnio. A partir de sua descrição detalhada e da nossa certeza moderna de que unicórnios não existem, podemos agora reconhecer a criatura lendária encontrada como um rinoceronte. Sua taxonomia medieval dos animais classificava todas as criaturas gigantes de um chifre como unicórnios, algo que a ciência moderna não faz. Eco (1998, p. 53), ao analisar o relato de Marco Polo sobre o unicórnio, explicou o dilema do explorador: “viajamos sabendo de antemão o que estamos prestes a descobrir, pois leituras passadas nos indicaram o

^{vii} A expressão faz alusão à parábola “*Blind men and na Elephant*”, a qual diz que a verdade pode ser multifacetada e que diferentes perspectivas, embora parciais, podem conter elementos válidos da realidade. [N.T.]

que deveríamos descobrir.” Talvez o mesmo ocorra com o Estado de Direito. Seriam as diferentes interpretações do Estado de Direito dependentes daquilo que aqueles que o procuram já presumiam existir? Necessitamos de uma taxonomia mais complexa das criaturas que habitam este território, a fim de corresponder ao nosso senso moderno de diversidade jurídica?

Neste artigo, argumento que o Estado de Direito importa para além da filosofia e que acompanhar sua trajetória irá nos ajudar a compreender melhor o seu impacto no mundo. Ao documentarmos as práticas desse princípio, percebemos que a filosofia jurídica anglo-americana, que tem dominado os registros em inglês, criou expectativas específicas sobre o que os falantes desse idioma encontrarão em suas investigações, chegando a moldar o que observamos ao analisarmos sistemas jurídicos que não se originaram do *common law*. Contudo, o Estado de Direito é interpretado de maneira flexível nos sistemas jurídicos que são organizados de formas distintas. Além disso, mostra-se flexível no cenário da prática jurídica, à medida em que é empregado por aqueles que buscam legitimar ou criticar os fatos nos debates sobre políticas públicas. Dessa forma, as discussões sobre o Estado de Direito transcendem um acervo restrito de divergências entre os filósofos que escrevem predominantemente em inglês acerca dos sistemas jurídicos disseminados pelo mundo a partir de raízes inglesas. Dito isso, a variedade de significados encontrada não exige um recurso ao relativismo. Mesmo diante da multiplicidade de interpretações presentes tanto no mundo quanto na prática, pode ser possível aplicar de maneira efetiva uma concepção comum.

Neste trabalho, exploramos juntos a trajetória do Estado de Direito com o intuito de desenvolver uma análise sociojurídica que explique por que os apelos a esse princípio se tornaram tão onipresentes e, ao mesmo tempo, tão difíceis de conciliar. Ademais, revisamos a função desempenhada pelo Estado de Direito e por seus correlatos globais. Primeiramente, examinamos as concepções teórico-jurídicas que variam entre os sistemas jurídicos, em uma seção intitulada “O Estado de Direito no mundo”. Como se observa, diversas culturas jurídicas desenvolveram modos distintos de entender como o direito limita o poder político, em parte porque os sistemas jurídicos mundiais se organizam de maneira bastante heterogênea. Em algumas conceituações, juízes e tribunais ocupam o centro das atenções; em outras, é a própria organização do Estado ou o pluralismo inerente às normas jurídicas que incorpora as restrições do Estado de Direito na política cotidiana. Assim, a forma como cada cultura jurídica concebe o Estado de Direito dependerá de como ela imagina o próprio direito é imaginado.

Em seguida, analisamos as concepções práticas do Estado de Direito, em uma seção intitulada “O Estado de Direito na prática”, que estão sendo adotadas por aqueles que buscam utilizá-lo como ferramenta de formulação de políticas. Como vemos, os debates sobre o Estado de Direito não se resumem a uma cacofonia desordenada que estimula o relativismo, pelo contrário, evidenciam os desafios práticos enfrentados por organizações internacionais e por atores com visão global, pois a organização do direito não pode ser separada de forma tão nítida da organização do Estado e da política. O desenvolvimento de marcos normativos práticos para sustentar o Estado de Direito oferece perspectiva promissora para evitar tanto a manipulação oportunista do direito por atores políticos de má-fé quanto a desorientação conceitual, como será argumentado em seção final sobre o Estado de Direito em sentido amplo. Essa nova concepção nos conduz às atuais aplicações políticas na defesa da democracia contra a autocracia.

Ao parafrasear Holmes, este artigo demonstra que a trajetória do Estado de Direito tem sido pautada não pela lógica, mas pela experiência. Compreender como o referido princípio opera no mundo é tão crucial para entendê-lo quanto para compreender o próprio direito.

2. A crise global do Estado de Direito

Antes de começarmos, no entanto, é importante explicar por que precisamos refletir sobre esse tema no contexto atual. Aqueles que acompanham o assunto concordam que o mundo está vivendo uma crise global do Estado de Direito. Em diversos países, cresce a percepção de que a política está se desvinculando das limitações impostas pelo direito, gerando uma urgência em compreender como o Estado de Direito funciona, qual é a sua finalidade e de que maneira deve responsabilizar a política. Ao rastrear de que forma o Estado de Direito pode desaparecer, podemos aprender mais sobre o que é necessário para fortalecê-lo e garantir sua sobrevivência.

Avaliadores da democracia e do Estado de Direito vêm alertando repetidamente, ao longo das últimas duas décadas, que ambos estão passando por uma crise global. Múltiplos indicadores que medem a saúde dos governos têm apresentado declínio desde o início do novo milênio, com um ritmo de deterioração acelerado nos últimos anos (Freedom House 2023, V-Dem Inst. 2023, World Justice Proj. 2023a). Embora o conceito de “retrocesso democrático” tenha servido de arcabouço teórico para compreender essa crise (Bermeo 2016), uma paralela também se manifesta em relação ao Estado de Direito, o qual – embora geralmente associado à governança

democrática – não se confunde com ela. Como observou recentemente um comentarista do *Brookings Institute*, “os principais fatores que impulsionam esse padrão preocupante [no que diz respeito ao Estado de Direito] são o crescente desrespeito aos direitos humanos, o enfraquecimento dos mecanismos de controle sobre o poder governamental e o mau funcionamento dos sistemas de justiça” (Piccone 2023).

O *World Justice Project* tem sido a principal organização dedicada ao monitoramento quantitativo do respeito ao Estado de Direito e, dado o pluralismo conceitual que caracteriza esse campo, adota sabiamente múltiplas abordagens para avaliação. Em índices distintos, analisa (a) se aqueles que governam estão sujeitos à lei, (b) se a corrupção pública é generalizada, (c) se o governo é aberto e transparente, (d) se os direitos fundamentais são rigorosamente protegidos, (e) se a lei e a ordem pública prevalecem, (f) se a lei é aplicada conforme o texto, (g) se as pessoas comuns podem resolver suas queixas de forma pacífica por meio do direito, e (h) se o sistema de justiça criminal funciona de forma eficaz (World Justice Proj. 2023b). Em praticamente todas essas dimensões, o Estado de Direito enfraqueceu na última década em mais de três quartos dos 140 países estudados. As maiores quedas foram registradas nos indicadores que medem as limitações ao poder governamental, o respeito aos direitos fundamentais e a eficácia dos sistemas de justiça criminal (World Justice Proj. 2023c). Tanto essa organização (e praticamente todas as demais que monitoram a governança ao redor do mundo) reconhecem que os sinais de alerta sobre a observância do Estado de Direito estão piscando.

A crise do Estado de Direito pode estar correlacionada ao retrocesso democrático, mas não se reduz a isso (Krygier 2021). Muitos dos líderes que hoje atacam o Estado de Direito chegaram ao poder por meio de eleições. Esses autocratas aspiracionais, revestidos de um verniz democrático, recorrem frequentemente ao argumento de seu mandato eleitoral para justificar a desestabilização da segurança jurídica, promovendo modificações nas leis que herdaram (Scheppele 2018). No entanto, o fato de a lei ser alterada por meio de procedimentos previamente autorizados não garante, por si só, que o Estado de Direito tenha sido respeitado, pois depende da substância das mudanças e dos efeitos globais. Quando líderes democraticamente eleitos modificam, repetidamente, as leis – sempre que estas lhes impõem limites e atacam os juízes que lhes lembram das normas anteriormente vigentes –, torna-se essencial questionar até que ponto a democracia e o Estado de Direito caminham necessariamente juntos.

Seja qual for a definição exata, o Estado de Direito sempre envolve, em alguma medida, um freio aos interesses democráticos, buscando desacelerá-los, moderar impulsos de mudança e vincular os governantes a padrões mais duradouros do que

seus caprichos momentâneos (Raz 2019). Embora a democracia conceda aos líderes eleitos o poder de governar conforme suas promessas de campanha, o Estado de Direito impõe limites à forma como esses mandatos podem ser exercidos (O'Donnell 2004). Assim, o Estado de Direito e a democracia coexistem sempre em certa tensão.

Para compreender a trajetória do Estado de Direito, é essencial entender como o conceito tem sido empregado tanto para promover quanto para ocultar diferentes projetos políticos muito distintos, bem como diferentes interpretações sobre a relação entre direito e política, em especial a política democrática. Os novos autocratas, que estão atacando suas respectivas democracias ao redor do mundo, conseguem, em parte, enfraquecer o Estado de Direito devido às confusões sobre o que exatamente esse se propõe a proteger. Na multiplicidade das concepções concorrentes, os autocratas podem encobrir as práticas ilícitas que, de forma unânime, comprometem a possibilidade de que o poder político seja moderado pelo direito, justamente porque invocam o mandato democrático para justificar mudanças legais (Krygier 2016). Assim, a questão que se coloca é: que papel o Estado de Direito pode desempenhar, na prática, para proteger um governo democrático e responsável?

3. O Estado de Direito no mundo

Se há um ponto de consenso no debate sobre o significado do Estado de Direito, é que ele diz respeito a própria noção de direito. Na verdade, podemos questionar por que precisamos do conceito de Estado de Direito quando já dispomos de um conceito de direito. Se os autores que mencionam o Estado de Direito apenas exigem a correta aplicação do direito promulgado, não seria suficiente falar daquele direito que já existe? Por que complicar a questão com um conceito adicional? A persistência de uma ideia como o Estado de Direito implica que há mais na legalidade do que simplesmente insistir na aplicação apropriada do direito vigente. Mas o que seria esse elemento adicional?

Um breve levantamento dos sistemas jurídicos ao redor do mundo revela que estes variam amplamente quanto às formas institucionais, de modo que governar de acordo com o direito assume significados concretos distintos em cada sistema. Os juízes têm o poder de criar direito por meio das próprias decisões? O parlamento é supremo, de modo que nenhum outro órgão estatal pode anulá-lo? Os chefes do Executivo podem governar sozinhos, sem autorização parlamentar, seja em emergências ou de forma geral? A Constituição (caso haja consenso sobre o que ela é) pode ser aplicada por tribunais com o poder de anular todos os atos jurídicos que a

contrariam? Se os tribunais têm o poder de anular atos jurídicos inconstitucionais, será que todos exercem esse poder ou ele está concentrado em um único tribunal especializado? Quando há conflito entre diferentes normas, qual prevalece: a norma mais antiga, criada com a intenção de vincular o futuro, ou a mais recente, expressão da vontade democrática atual? Existem limites à velocidade com que o direito pode mudar? O direito internacional é automático e integralmente incorporado ao sistema jurídico nacional ou permanece à margem, aguardando ser convidado a fazer parte dele? Essas e muitas outras questões dividem os sistemas jurídicos em tópicos sobre como a lei é adequadamente criada, aplicada e alterada, bem como o que conta como lei em primeiro lugar.

Não surpreende, portanto, que o conceito de Estado de Direito frequentemente faça referência, de maneira implícita ou explícita, a esses princípios estruturantes quando autores escrevem sobre o tema, ainda que aleguem tratar da questão em termos gerais. Nesta seção, analisamos os filósofos do direito dentro de seus respectivos contextos nacionais (ou adotados), a partir dos quais se torna evidente o quanto as teorias sobre o Estado de Direito se baseiam – ou ao menos pressupõem – uma determinada ordem jurídica de fundo.

No mundo anglófono, cujos sistemas jurídicos possuem a característica singular de considerar as decisões judiciais como fontes do direito (ainda que os juízes possam ser eventualmente sobrepostos por diferentes mecanismos) (Gardbaum 2013), o debate sobre o significado do Estado de Direito tem se concentrado, previsivelmente, na relação entre os poderes Legislativo e Judiciário, especialmente na definição de quem detém a palavra final. Na Inglaterra, a formulação de Dicey [1992 (1885), p. 114] tornou-se icônica: “Entre nós, ninguém está acima da lei [e] todo homem, seja qual for seu status ou condição, está sujeito ao direito comum do reino e à jurisdição dos tribunais ordinários.” Embora Dicey exaltasse a soberania do Parlamento, ele atribuía, em última instância, o fundamento do Estado de Direito às decisões judiciais. Sua visão era consistente com uma concepção do constitucionalismo baseada no *common law*, segundo o qual o Parlamento cria o arcabouço normativo, mas os juízes desempenham um papel central ao interpretar a lei e até mesmo ao preencher lacunas nas quais o direito positivo se mantém silencioso (Walters 2020; 2021, p. 155). Assim, a partir de Dicey, o Estado de Direito, nas jurisdições anglófonas, não surpreendentemente passou a enfatizar o papel dos juízes na garantia do respeito ao direito.

H.L.A. Hart, um gigante da filosofia do direito britânico do século XX, dedicou pouca atenção ao conceito de Estado de Direito, restringindo-o, com sua

concepção geral de direito, ao campo do direito positivo, considerando a justiça e a moral como valores suplementares, justificados por princípios políticos distintos do próprio Estado de Direito (Hart 1958, Lacey 2007). Entretanto, esse ponto de vista padrão da filosofia do direito inglesa, elaborado em sua forma mais pura desde Dicey, conforme exposto por Allan (1994), já estava se modificando à medida que Hart escrevia e foi completamente transformado na época em que Lord (Tom) Bingham (2010), o primeiro Presidente da recém-reconfigurada e renomeada Suprema Corte do Reino Unido, publicou um pequeno livro para educar o público sobre essa ideia. A concepção de Bingham sobre o Estado de Direito enfatizava tanto a importância de um judiciário independente quanto a inserção do Reino Unido no sistema europeu de direitos humanos, sem mencionar, no entanto, o pano de fundo fundamental da governança democrática ou, por outro lado, a supremacia do Parlamento. Ainda que haja diferenças entre os autores que tomam o modelo jurídico britânico como referência, a discussão sobre o Estado de Direito tende, em última instância, a concentrar-se no papel do direito jurisprudencial como importante fonte de liberdades individuais e como mecanismo de contenção do poder político arbitrário.

As explicações de Estado de Direito em outras jurisdições de *common law*, foram inspiradas pelo enquadramento inglês, o que não surpreende, dada a origem comum de seus sistemas jurídicos. Entretanto, como os americanos constitucionalizaram e consolidaram uma parcela maior de sua ordem jurídica em comparação aos britânicos, o debate sobre o Estado de Direito nos Estados Unidos tem se concentrado mais em princípios gerais do direito e em sua expressão em uma constituição (interpretada judicialmente). Dois americanos, em particular, confrontaram Hart quanto à necessidade de um conceito de Estado de Direito mais fundamentado em princípios e menos positivista. Fuller (1964) desenvolveu uma abordagem, amplamente utilizada e quase inteiramente processual, da “moralidade interna” do direito, acompanhando de perto o campo emergente da constitucionalização do procedimento penal nos Estados Unidos (Stuntz 1995). Fuller defendia que o direito deve ser geral, público, prospectivo, não contraditório, inteligível, estável, capaz de ser seguido e aplicado conforme o texto – princípios neutros que, na prática, permitem aos juízes conter a arbitrariedade dos atores políticos.

Dworkin (1970), em um ensaio, pelo qual viria a se tornar famoso, escrito sobre os turbulentos anos 1960 e antecipando o constitucionalismo baseado em princípios, argumentou que o Estado de Direito exige, de forma central, que a minoria política não seja subjugada pela maioria, citando a “ilegalidade oficial” quando os ramos políticos ignoram princípios constitucionais fundamentais como a maior ameaça. Mais tarde, na mesma década, ao revisitar o tema, Dworkin (1977) deslocou seu foco para o papel

central dos juízes na contenção dos atores estatais dentro dos limites constitucionais. Contudo, ao contrário da visão inglesa padrão, o autor via os juízes como expositores de princípios gerais do direito, indo além das meras restrições procedimentais ao exercício do poder político. Ao criticar a “concepção de livro de regras” do Estado de Direito, segundo a qual as normas devem ser estritamente aplicadas conforme estão escritas (crítica a Hart), Dworkin (1977, p. 262, grifo no original) apoiava o que chamou de concepção “dos direitos”, na qual “direitos morais e políticos [são] reconhecidos no direito positivo, de forma que *possam ser exigidos pelos cidadãos* por meio dos tribunais.” Novamente, em sua argumentação, a ordem política subjacente era relegada ao segundo plano, enquanto os juízes ocupavam o centro do debate.

Alguns costumam brincar que o Reino Unido e os Estados Unidos são dois países divididos por uma língua comum, e os defensores ingleses e americanos do Estado de Direito poderiam compartilhar da mesma piada. Todavia, embora se diferenciem quanto aos elementos fundamentais que atribuem ao conceito de Estado de Direito, esses dois sistemas estão mais próximos entre si do que a maioria dos demais sistemas jurídicos do mundo, justamente porque compartilham um ponto cego em comum. O inglês é uma das poucas línguas que não distingue duas concepções de direito (White 2019). Uma identifica o direito como um sistema de princípios ou direitos, representado por termos como *Ius* (latim), *Recht* (alemão e holandês), *Droit* (francês), *Jog* (húngaro), *Pravo* (russo), *Derecho* (espanhol) – e a lista poderia se estender. A outra concepção entende o direito como normas jurídicas positivadas, expressas por termos como *Gesetz* (alemão), *Wet* (holandês), *Lex* (latim), *Loi* (francês), *Törvény* (húngaro), *Zakon* (russo), *Ley* (espanhol), entre outros [Schiavone 2012 (2005)]. Em inglês, a palavra *law* abrange tanto os princípios gerais quanto as normas jurídicas específicas, o que, em parte, explica por que o debate sobre o Estado de Direito provoca confusão, tanto no idioma original quanto em traduções. Em uma das confusões mais memoráveis entre os dois sentidos de *law*, ao serem traduzidos para o inglês, a primeira campanha presidencial de Vladimir Putin, em 2000, prometeu – com elogios da comunidade internacional – instaurar na Rússia a “ditadura da lei” (Partlett 2012). O mundo talvez não tivesse se surpreendido tanto com o que de fato ocorreu se tivesse compreendido que a palavra que ele usou para *law* era *Zakon* (norma positivada) e não *Pravo* (justiça).

A linguagem, portanto, não é simplesmente uma janela transparente pela qual se enxerga o mundo tal como ele é. Ela também funciona como as “leituras passadas [que] nos indicaram o que deveríamos descobrir”, conforme Eco. Então, por que a língua inglesa não desenvolveu dois conceitos para representar, de um lado, os princípios organizadores da ordem jurídica e, de outro, o direito positivo fundamentado

em regras? Por que o direito inglês e muitos de seus descendentes coloniais fundiram duas concepções tão distintas em um único termo, assim como, na Europa medieval, a definição do rei representava simultaneamente o monarca vivo, que poderia morrer, e a instituição do reino que permanecia (Kantorowicz 1957)?

A narrativa sobre a origem do direito nos sistemas de *common law* aponta para um processo gradual de sistematização das decisões judiciais das Cortes ao longo dos séculos, muito antes da promulgação formal e rotineira de leis pelo Parlamento (Baker 2019). Muito antes de um parlamento cada vez mais fortalecido começar a produzir o direito positivo, e de departamentos de polícia, promotores públicos e agências regulatórias serem criados para aplicá-lo, o *common law* já se estabelecera como existente acima do Estado moderno. Precedeu e sobreviveu a diversas crises políticas (Kay 2014) e criou para si a ficção de ter existido desde “tempos imemoriais” (para uma revisão crítica dessa história, ver Constable 1994). Além disso, o *common law*, enquanto sistema jurídico que transcende o Estado, continuou a absorver e harmonizar as normas criadas por um aparato estatal em expansão, de modo que não houve necessidade de inventar um termo completamente novo para designar o novo direito positivo. Como resultado, o conceito único de *law* permanece na literatura de *common law*, abrangendo tanto o direito em geral quanto o próprio conceito de Estado de Direito.

No entanto, ao sair do universo da língua inglesa e das tradições jurídicas associadas, os conceitos afins diferem substancialmente quanto às origens e aos significados essenciais. Na Alemanha, por exemplo, a narrativa sobre a relação entre Estado e direito é distinta, assim como a própria linguagem empregada para descrever a função do direito. Na concepção jurídica alemã, a fundação do Estado precede a promulgação do direito positivo, de modo que não faz sentido discutir Estado de Direito sem considerar a natureza do próprio Estado que o cria. Dessa forma, o termo alemão que é imperfeitamente traduzido como “Estado de Direito” é o *Rechtsstaat*, uma palavra composta que une Estado e direito, no sentido de correto, justo ou imparcial. Logo, a ideia do *Rechtsstaat* não se refere implicitamente ao desenvolvimento generalizado da jurisprudência, mas, sim, a uma qualidade normativa específica do próprio Estado – isto é, um Estado concebido como o criador do direito baseado em princípios, ao qual ele mesmo está vinculado.

O debate do século XIX sobre o *Rechtsstaat* surgiu com uma discussão prática entre reformadores jurídicos, que buscavam responsabilizar o Estado absolutista. Eles defendiam não apenas que o próprio Estado fosse governado pelo direito – aplicável tanto aos governantes quanto aos governados –, mas também que o Estado agisse por

meio do direito em vez de recorrer à coerção (Costa 2007). Von Jhering [1997 (1915)] e Jellinek (1880) romperam o impasse filosófico sobre como isso seria alcançado, ao desenvolverem variações da ideia do Estado autolimitado, segundo a qual o direito funciona como o mecanismo pelo qual o Estado impõe restrições a si mesmo. Weber [1946 (1919)] adotou essa perspectiva ao sustentar que o Estado é a entidade que detém o monopólio do uso da força, sendo necessário que qualquer emprego da violência esteja juridicamente fundamentado para ser considerado legítimo. Contudo, na tipologia weberiana [1978 (1921)] sobre autoridade tradicional, carismática e racional-legal, não há menção à autoridade democrática como uma alternativa viável. Max Weber não foi o único nessa omissão. A concepção alemã de um Estado fundado no direito se desenvolveu em seu primeiro século sem incorporar referências à soberania popular ou à democracia e sem assumir a ideia de que os juízes desempenhariam um papel central na contenção do poder estatal dentro dos limites legais. Em vez disso, a ideia de *Rechtsstaat* representava a proposição de que o Estado deveria ser constituído de forma a vincular-se a si próprio por meio do direito (Meierhenrich 2021).

O período entreguerras do século XX foi marcado por debates em língua alemã sobre como exatamente como o direito poderia cumprir essa função. Em posição radical, Kelsen [1967 (1934)] defendia que o Estado poderia ser concebido como nada além do próprio direito, uma configuração de normas coerentes em uma “teoria pura”, a qual seria analisada sem a necessidade de um conceito separado de Estado. No entanto, a maioria dos juristas da época discordava dessa visão. Alguns juristas argumentavam que a característica definidora do *Rechtsstaat* não era seu caráter puramente jurídico, mas, sim, a realidade histórica e sociológica em que o desenvolvimento do sistema político (garantidor da ordem) e do sistema jurídico (garantidor da liberdade) exigia a separação dos poderes, de modo que cada um pudesse controlar o outro [Neumann 1986 (1936)]. Outros juristas, por sua vez, permaneciam céticos quanto à eficácia da separação de poderes, em desempenhar essa função e aglutinavam considerações políticas e jurídicas em uma única concepção de Estado, animada por uma visão normativa comum do direito [Schmitt 2008 (1928)]. Enquanto a Alemanha Nazista se transformava em um “Estado dual”, alguns indivíduos continuavam a ter direitos legais, outros eram relegados a uma espécie de “terra de ninguém” jurídica [Fraenkel 2010 (1938)]. Os perigos de abandonar garantias estruturais de freios e contrapesos, aplicados pelo direito, logo se tornaram evidentes. Em um Estado puramente normativo, tudo dependia de qual visão normativa triunfaria politicamente. De forma conclusiva, a ascensão nazista ao poder demonstrou o quão perigoso esse modelo poderia ser.

A Alemanha que emergiu, dividida e derrotada ao final da Segunda Guerra Mundial, prometeu um novo *Rechtsstaat*, alicerçado firmemente no princípio da dignidade humana, a partir do qual todas as instituições do Estado estariam vinculadas por uma nova constituição baseada em direitos fundamentais e, resguardada por um poderoso Tribunal Constitucional, encarregado de responsabilizar todo o poder público. Embora existam controvérsias históricas sobre como os juízes interpretaram o papel do Tribunal nessa nova ordem (Scheppele 2013a; mas veja Hailbronner 2014), o novo *Rechtsstaat* do pós-guerra claramente não deixou a definição de seus fundamentos normativos à mercê das vicissitudes da política, mas a incorporou em uma concepção sólida e enraizada de dignidade humana e de direitos fundamentais. Além disso, o *Rechtsstaat* do pós-Segunda Guerra também incorporou múltiplas defesas contra o retorno de um regime de horror, adotando uma robusta concepção de democracia militante (Greenberg 2015).

Não surpreende que tenham sido as variantes do conceito alemão de *Rechtsstaat*, e não a do *Rule of Law* inglês, que caracterizaram o desenvolvimento de concepções paralelas em toda a Europa. Justamente a coevolução entre Estado e direito, baseada em uma fundação comum inspirada no direito romano, foi a norma predominante no continente [Schiavone 2012 (2005)]. Tanto o *État de droit* francês quanto o *Stato di diritto* italiano foram fortemente influenciados pelos debates alemães (Costa 2007, Heuschling 2021), assim como outras concepções europeias continentais.

Mas, evidentemente, o mundo é maior do que a Europa e a América do Norte. A expansão do colonialismo europeu resultou na disseminação global dos modelos europeus de direito e de Estado de Direito, com graus variados de profundidade, dependendo do contexto local. Se não fosse pelo fato de tais modelos serem tomados como certos, as potências europeias frequentemente impuseram, em suas colônias, o vocabulário da metrópole para falar de direito. No entanto, os impérios não introduziram o direito europeu em um vazio jurídico. Em vez disso, sobrepujaram normas e formas jurídicas europeias aos sistemas locais já existentes, criando um resultado de pluralismo jurídico (Benton 2002, 2010; Merry 1988). Dada a complexidade do governo colonial, a ideia de um direito estatal coerente, previsível e igualmente aplicável a todos – características proeminentes de muitas concepções anglo-americanas do Estado de Direito – simplesmente não correspondia àquela realidade jurídica.

Anos de coexistência entre o direito europeu e os sistemas jurídicos preexistentes nas ex-colônias resultaram em uma espécie de mescla de ordens jurídicos distintas, cada uma ocupando nichos jurisdicionais específicos. Esses sistemas combinavam resquícios das tradições jurídicas europeias com produções

normativas locais que sobreviveram ao período colonial. Como consequência, o direito estatal se tornou “não uma única arena em oposição ao direito não estatal, mas sim um composto de jurisdições com autoridade exercida de maneira desigual” (Benton & Ross 2013, p. 7).

Talvez o exemplo mais conhecido da sobreposição de linguagens e práticas de diferentes sistemas jurídicos em um único Estado pós-colonial seja o conceito de *ubuntu* na África do Sul. Embora tenha suas raízes em práticas jurídicas locais, esse conceito foi incorporado à jurisprudência constitucional do país, isto é, às decisões da mais alta corte sul-africana – uma corte que, ao mesmo tempo, se encontra profundamente enraizada nas normas transnacionais de direitos humanos (Cornell & Muvangua 2012). No entanto, a África do Sul não é um caso isolado. Em todo o Sul Global, novas ordens jurídicas estão combinando ideias jurídicas indígenas, pós-coloniais e forjadas transnacionalmente, buscando transformar o Estado de Direito.

Sendo assim, no mundo pós-colonial encontramos tanto resquícios persistentes do direito colonial (Berda 2022) quanto inovações que deram origem, por exemplo, a um “constitucionalismo do Sul Global” (Maldonado 2013), o qual tem se caracterizado por uma atuação ativa das cortes superiores na proteção dos fundamentos da estrutura constitucional – chamada de “proteção da estrutura básica” na Índia e no Quênia (Roznai 2023) ou de proibição da “substituição da Constituição” na Colômbia (Deik 2014). Além disso, esse modelo tem promovido uma aplicação robusta não apenas de direitos civis e políticos, mas também de direitos sociais e econômicos. Em alguns casos, as novas formas constitucionais do Sul Global declararam-se explicitamente transformadoras, deslocando os debates sobre o Estado de Direito de uma concepção tradicionalista, que o vê como um mero limite ao poder, para uma perspectiva voltada ao seu potencial emancipatório (Dann *et al.* 2020). Essas novas concepções aspiracionais do Estado de Direito pouco se assemelham às versões conservadoras anteriores e moldam um novo imaginário político em que o direito se torna instrumento de promoção da igualdade (Kjaer 2022).

Dado que essas diversas concepções do Estado de Direito, naturalmente, tendem a refletir as características dos variados sistemas jurídicos que lhes servem de pano de fundo, parte dos desencontros nos debates comparativos sobre o tema pode ser explicada por diferentes premissas descritivas. Esse fenômeno se manifesta, por exemplo, de maneira ainda mais acentuada no debate sobre os chamados “valores asiáticos” (Shu-Chen 2007; Tay 2007), bem como nas diferentes interpretações da noção de Estado de Direito nos sistemas jurídicos islâmicos (Mohd 2022). Logo, entende-se que qualquer conjunto de exemplos diversos depende das

premissas assumidas nos sistemas jurídicos subjacentes ao debate, e o Estado de Direito adquire mundialmente múltiplos significados porque o próprio direito, em sua diversidade global, também o faz.

4. O Estado de Direito na prática

Dada a variação que acabamos de identificar, alguma concepção do Estado de Direito pode ser útil para lidar com o que hoje é amplamente percebido como uma crise relacionada ao direito em diversos sistemas jurídicos? Nesta seção, analisamos por que os apelos ao Estado de Direito emergiram, nas últimas décadas, tanto como uma panaceia quanto como um sintoma dessa crise. Os realistas jurídicos nos ensinaram que o direito codificado não é o mesmo que o direito na prática (Halpérin 2011, Pound 1910), e essa mesma abordagem pode ser aplicada ao conceito de Estado de Direito.

Quando o Estado de Direito é discutido no âmbito das políticas públicas, ele é apresentado como solução para um problema frequentemente indefinido. Suas inovações práticas prometem remediar algo, assim como um diagnóstico da causa de uma tosse ou de uma dor de cabeça intensa eventualmente leva a um tratamento adequado. Da mesma forma que o Estado de Direito nos apontava para diferentes pressupostos subjacentes por parte daqueles que mobilizam esse conceito, a exploração de seus usos em contexto prático pode nos ajudar a compreender melhor qual problema sua ampliação pretende resolver. Considerar o princípio em questão como um diagnóstico representa um ponto de partida distinto daquele adotado na seção anterior, em que foi tratado como um mecanismo de justificação sistêmica.

Embora o desenvolvimento da ideia de Estado de Direito (ou *Rechtsstaat*) para descrever o conteúdo normativo de uma ordem jurídica remonte, de fato, ao século XIX, a utilização dessa ideia como discurso político para solucionar problemas atuais é muito mais recente. Carothers (1998) situa o “renascimento do Estado de Direito” na década de 1980, quando ondas de democratização derrotaram a autocracia no Sul da Europa, depois na América Latina e, finalmente, na Europa Oriental – espalhando-se, posteriormente, para partes da Ásia. À medida que governos em transformação implementavam economias de mercado, democratizavam a política e passavam a adotar ideais de constitucionalismo liberal, o Estado de Direito tornou-se o marco organizador dentro do qual os esforços externos eram estruturados para auxiliar esses países em suas transições. A ideia geral era que, independentemente de como essas novas democracias optassem por personalizar as reformas, elas

precisavam estabelecer uma “base sólida” na qual “o governo estivesse inserido em um arcabouço jurídico abrangente, seus agentes aceitassem que a lei se aplicaria à sua própria conduta e o governo se comprometesse a cumprir a lei” (Carothers 1998, p. 96). Assim, o Estado de Direito iniciou sua trajetória ativa como política pública, sendo empregado como um discurso de assistência internacional a movimentos nacionais de reforma, em vez de uma reflexão sobre as características essenciais da relação entre Estado e direito.

Como a assistência política em matéria de Estado de Direito acompanhou as revoluções democráticas das décadas de 1980 e 1990, sempre houve certo paradoxo no fato de atores externos instruírem líderes nacionais recém-empoderados sobre como administrar novos governos democráticos. Afinal, a democracia adquire legitimidade porque é endossada por aqueles que serão governados sob seu mandato, o que, à primeira vista, parece estar em tensão com a ideia de que agentes externos têm grande influência. À proporção que governos ocidentais, organizações internacionais e associações de juristas internacionais se mobilizavam para ajudar os governos a superarem os legados autocráticos, o conceito de Estado de Direito foi se desvinculando da defesa normativa de qualquer modelo estatal específico (Neate 2009, Silkenat & Libby 2021).

Em vez de mediar conceitualmente a relação entre direito e política, o Estado de Direito, como discurso de políticas públicas, foi progressivamente reduzido a uma questão estritamente jurídica (Marshall 2014). Em sua concepção mais restrita, ficou concentrada quase exclusivamente no chamado “setor da justiça”. Enquanto consultores internacionais orientavam sobre como estruturar o poder judiciário; selecionar e capacitar juízes; e desenvolver o processo civil, a assistência jurídica e o acesso à justiça, o Estado de Direito foi deliberadamente dissociado de qualquer concepção normativa da política, limitando-se a garantir que as novas leis das novas democracias fossem aplicadas conforme o texto, tornando todo o sistema mais previsível tanto para os agentes internos quanto para os externos (Golub 2006).

Essa nova “indústria do Estado de Direito” (Kleinfeld 2012) surgiu impulsionada por especialistas financeiros vindos do Ocidente vitorioso, que ganharam legitimidade ao apresentarem postura neutra em relação à política, concentrando-se, em vez disso, em desafios concebidos como puramente mecânicos sobre de que modo estabelecer e administrar novas instituições. Nos movimentos de descolonização das décadas de 1950 e 1960, muitos desses especialistas ocidentais já haviam tentado, sem sucesso, promover uma governança melhor em Estados pós-coloniais, quando transplantaram modelos ocidentais para contextos radicalmente distintos,

sem levar em conta as culturas, histórias e normas locais (Schönteich 2013). Com o “renascimento do Estado de Direito”, tornou-se necessário um profundo reexame das abordagens adotadas.

O novo movimento em torno do Estado de Direito, que nasceu na década de 1980, adotou, portanto, uma abordagem diferente. Em vez de transplantar instituições e leis inteiras do Ocidente para os Estados democráticos em formação, os consultores passaram a incentivar que os atores locais, nesse efervescente momento democrático, assumissem a liderança (Kleinfeld 2012). A democracia seria fortalecida ao colocar democratas legitimados localmente à frente do processo. Além disso, a comunidade internacional voltada ao Estado de Direito, até então, havia aprendido que o conhecimento local era essencial para criar uma versão do Estado de Direito capaz de sobreviver em qualquer contexto particular (Scheppelle 2019).

Com essa mudança de foco do conhecimento universal para o local e da simples importação de modelos para uma abordagem mais flexível e adaptativa, o consultor transnacional do Estado de Direito passou de um homem com o plano a um conselheiro itinerante que poderia oferecer ideias, mas que já não aspirava tomar decisões-chave sobre as mudanças jurídicas locais (Dezalay & Garth 2001). Os consultores passaram a fornecer ideias cosmopolitas que, em última análise, precisavam ser ajustadas por aqueles que detinham o conhecimento local sobre lugares específicos. O Estado de Direito reduziu-se a um aconselhamento acerca das características mais apolíticas dos sistemas judiciais, com a contribuição política, local e democrática fornecida por outros.

A fim de reconhecer que o conhecimento local agora era um elemento central em todos os projetos de Estado de Direito, os especialistas transnacionais passaram a usar sua “expertise autolimitada” (Desai 2023) como um emblema de legitimidade democrática, demonstrando que, no fundo, eram democratas na essência, pois já não buscavam impor suas ideias estrangeiras sobre os atores locais legítimos. Essa negação do conhecimento relevante gerou o que Desai (2023) denominou “ignorância especializada” – na qual os especialistas deferiam aos locais o conhecimento contextual, oferecendo apenas abstrações descontextualizadas como diretrizes.

Como os novos reformadores do Estado de Direito passaram a se apoiar em seus interlocutores locais para compreender a herança política e as especificidades do contexto, os líderes nacionais passaram a receber um menu de opções em vez de um modelo único e uniforme. Os especialistas transformaram-se no equivalente global de vendedores ambulantes, oferecendo produtos de um mercado jurídico internacional

que poderiam ser adotados (ou não) pelos consumidores locais. Eles explicavam as variações do modelo padrão de governança democrática (parlamentarismo *versus* presidencialismo, federalismo *versus* Estado unitário, controle difuso *versus* controle concentrado de constitucionalidade, e modelo inquisitorial *versus* adversarial de processo penal) deixando a escolha das alternativas a cargo dos atores locais.

A comunidade de consultoria em Estado de Direito, portanto, prestava apenas um serviço superficial à ideia de que cada governo deve ser responsivo às suas respectivas bases eleitorais em nome da legitimidade democrática. Contudo, qualquer intervenção nesse espaço de governança, por mais que fosse disfarçada de tecnocrática, nunca foi verdadeiramente neutra. O movimento do Estado de Direito esteve sempre imbuído dos valores que prevaleceram ao final da Guerra Fria, incluindo proteção dos direitos civis e políticos, separação e equilíbrio dos poderes, Estados comprometidos com a cooperação transnacional, economias liberalizadas, judiciários independentes e poderosos, além da manutenção da paz interna e externa, entre outros que, como normas venceram a disputa internacional por corações e mentes. Ou como muitos pensavam na época. Todavia, a imposição de um modelo normativo específico colidia com a premissa de que as escolhas democráticas deveriam ser deixadas para os líderes locais. Como resultado, essas ideias gerais foram tidas como certas justamente por serem compatíveis com muitas variações locais, o que revelou tanto a sua força, quanto a sua fraqueza.

Vinte anos após o modelo de reforma do Estado de Direito liderado localmente, no qual a assistência técnica evitava compromissos normativos explícitos, cada vez mais governos nacionais começaram a se afastar do apoio genuíno a esses princípios subjacentes. As razões para o atual ressurgimento autocrático são variadas e contestadas (Bartels 2023, Gibson 2012, Mudde & Kaltwasser 2017, Walter 2022). No entanto, democracia após democracia, autocratas aspiracionais foram eleitos e consolidaram seu poder sob o manto da lei (Scheppele 2018). Ao terem sido reduzidos a meros serviços de assistência técnica sobre como tornar o direito mais efetivo, sem examinar criticamente os objetivos que ele deveria alcançar, o Estado de Direito demonstrou ser pouco eficaz na prevenção dos danos.

Autocratas aspiracionais conseguiram, assim, usar o direito para consolidar o poder, em vez de limitá-lo, pois o leque de alternativas disponíveis revelou-se surpreendentemente fácil de manipular. As democracias mais fortes do mundo, como as nórdicas, caracterizavam-se por um controle judicial fraco e parlamentos unicamerais – por isso, alguns autocratas aspiracionais afirmaram imitar esses modelos enfraquecendo os tribunais de cúpula e abolindo as casas altas para ajudar

a estabelecer seu domínio autocrático. Por exemplo, quando a Constituição de Hugo Chávez, de 1999, na Venezuela, extinguiu o Senado para que o então Presidente pudesse controlar o parlamento com mais facilidade (Corrales 2015), quem poderia afirmar que isso violaria o Estado de Direito? O mesmo ocorreu quando o Equador extinguiu o Senado na revisão constitucional de 2008. Na época, a *United Kingdom's good-government Constitution Unit* realizou uma pesquisa convincente sobre a razoabilidade dos parlamentos unicamerais (Const. Unit UK 1998)! Quando Recep Tayyip Erdoğan utilizou o processo perfeitamente legal de referendo, conforme previsto na Constituição turca, para transformar a Constituição de seu país de um sistema parlamentar para um sistema presidencial, de modo a obter poderes quase ilimitados (Scharfe 2015), quem poderia dizer que o presidencialismo – uma daquelas alternativas razoáveis comercializadas por consultores do Estado de Direito que ofereciam mercadorias globais – era, de fato, uma violação ao Estado de Direito? Quando Putin alterou o sistema eleitoral russo para as eleições da câmara baixa do parlamento, de forma que todos os representantes tivessem que concorrer em listas partidárias nacionais – garantindo, assim, uma supermaioria permanente para seu partido na Duma (Scheppelle 2005) –, quem poderia afirmar que as eleições por listas partidárias, em vez das eleições por circunscrição individual, violariam o Estado de Direito, considerando que há democracias sólidas as quais utilizam justamente esse sistema?

Os novos autocratas aspiracionais aprenderam que articular alternativas perfeitamente razoáveis para alcançar resultados autocráticos locais permitia que passassem nos testes do Estado de Direito. Entretanto, lembrando a criação do monstro por Dr. Frankenstein, a partir de partes outrora normais de diferentes corpos, o resultado foi o que chamei de Frankestado (Scheppelle 2013b, 2018, 2019). Esses novos autocratas misturaram e combinaram leis de países exemplares com fins autocráticos, algo difícil de diagnosticar com base no Estado de Direito, pois não havia nada de errado com os componentes individuais. Contudo, o conjunto final revelava-se monstruoso.

Como mostram as medidas quantitativas do Estado de Direito e da democracia, o mundo retrocedeu perto da virada do milênio, com mais países experimentando um declínio em termos de democracia e Estado de Direito do que os fortalecendo. Em vez de avançarem, um número crescente de democracias, antigas e novas, passou a adaptar os modelos globais certificados internacionalmente para alcançar resultados locais incompatíveis com as normas implícitas do pós-Guerra Fria. Essas normas envolviam a separação e o equilíbrio entre os poderes, a forte proteção dos direitos fundamentais, o poder do direito de conter os governantes e a sustentabilidade da democracia além do mandato do líder em exercício. Isso é o que

muitos agora apontam como a crise do Estado de Direito. O direito deixou de ser um instrumento para apoiar e sustentar governos democráticos, e passou a ser usado de maneira cínica, sob o disfarce de modelos internacionais globalizados, para minar as normas não escritas que se ocultavam sob o véu de uma assistência jurídica despolitizada. Enquanto a consultoria internacional em Estado de Direito permanecesse silente quanto à visão normativa que daria a esse conceito o poder de impedir que os governos concentrem o poder nas mãos dos autocratas e de preservar os direitos e os mecanismos de controle, o Estado de Direito, como discurso político, poderia fazer pouco para frear esse declínio. Não surpreendentemente, os obituários do Estado de Direito se multiplicaram (Marshall 2014, van Lochem 2017).

5. O Estado de Direito em sentido amplo

As diversas culturas do Estado de Direito que identificamos ao redor do mundo demonstraram ser muito mais eficazes em submeter o poder às restrições do direito do que os consultores que, ao desconsiderarem a relação entre direito e política, falharam nesse intento. Diante do evidente fracasso do reavivamento do Estado de Direito e das crescentes preocupações com uma crise global que se seguiu, aqueles que tratam o tema como um problema de política pública agora se perguntam para onde direcionar seus esforços. Um mundo de conceitos de Estado de Direito fragmentados, em que cada concepção local se sustenta por si só, extraída de tradições nacionais que vinculam direito, política e Estado a uma visão normativa defensável no contexto local, suficiente para criar modelos funcionais dentro de diferentes sociedades. No entanto, considerando que os problemas não são meramente locais, mas se desdobram em escala global, os empreendedores normativos vêm buscando cada vez mais infundir esses modelos locais enraizados com conteúdo transnacional.

Ao passo que a crise do Estado de Direito se tornou mais urgente nas últimas duas décadas, novos empreendedores normativos passaram a apontar que países – mesmo, e talvez especialmente, democracias que demonstram sinais de captura autocrática – em determinado momento firmaram tratados transnacionais que os obrigavam a honrar padrões normativos mais amplos como parte do próprio direito interno. Assim, mesmo enquanto o reavivamento do Estado de Direito das décadas de 1980 e 1990 enviava consultores *freelancers* para diversas partes do mundo, o poder e o alcance dos tratados, aplicados por tribunais regionais, expandiam simultaneamente (Alter 2014). Inicialmente, os tribunais regionais de direitos humanos se consolidaram ao validarem as reivindicações de indivíduos contra Estados, servindo de suporte para os sistemas judiciais nacionais; porém, na última década,

observou-se uma mudança rápida na forma como esses tribunais transnacionais entendem seu papel na promoção e defesa de uma visão normativa do direito como limitação ao poder arbitrário e como componente crucial da governança democrática. Em suma, os tribunais regionais tornaram-se um novo espaço para a promoção do Estado de Direito.

Por exemplo, os Estados europeus – ao aderirem à União Europeia e ao Conselho da Europa cada vez mais fortalecidos – passaram a se vincular por meio de laços jurídicos robustos (Bakardjieva Engelbrekt & Groussot 2019). Tanto o Tribunal de Justiça da União Europeia quanto a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu, na última década, uma filosofia do direito a qual exige que as instituições democráticas adotem formas estruturais específicas, sobretudo no que diz respeito à independência judicial no Tribunal de Justiça Europeu e à independência judicial quanto aos padrões de eleições democráticas na Corte Europeia de Direitos Humanos (Scheppele 2024a). Da mesma forma, a América Latina passou por intenso processo de integração jurídica por meio da Organização dos Estados Americanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de outras organizações regionais (Merke *et al.* 2021). Isso levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a deixar de se concentrar exclusivamente em casos individuais de direitos para estabelecer as pré-condições para uma governança baseada em direitos humanos, incluindo não apenas a independência judicial, mas também limites aos mandatos presidenciais e a integridade eleitoral (Scheppele 2024a). O experimento da África com tribunais panafricanos é mais recente, mas já demonstra sinais de crescente durabilidade, originalidade e coragem (Okafor & Dzah 2021). Enquanto isso, países da Ásia começaram a debater a criação de tribunais regionais de direitos humanos como vínculo normativo entre as novas democracias da região, embora o progresso nesse sentido tenha sido mais lento (Baik 2012). Pode-se perdoar os americanos por não terem notado o crescimento explosivo dessa nova filosofia do direito transnacional pro-democracia, uma vez que o excepcionalismo americano tende a limitar a influência das ideias que circulam internacionalmente em seu próprio país.

Apesar disso, o crescimento institucional na filosofia do direito, desenvolvida pelos tribunais transnacionais, oferece uma nova possibilidade de ancorar o significado do Estado de Direito em um ponto intermediário entre, de um lado, a sua concepção como tradição puramente nacional e, de outro, como evangelho apolítico promovido por consultores internacionais independentes. Eu denominei essa terceira concepção de “Estado de Direito em Sentido Amplo” (Scheppele 2024b). Essa concepção parte da observação de que muitos governos nacionais se vincularam a padrões transnacionais por meio de tratados, utilizando os próprios processos

democráticos internos, e, assim, incorporaram em seu direito interno uma Estrela Guia de padrões externos que se comprometeram a seguir. Quando autocratas aspiracionais surgem para corroer tais democracias internamente, essas ameaças podem ser enfrentadas com a aplicação de normas jurídicas de origem transnacional, mas com força vinculante em âmbito nacional. As normas são mais difíceis de manipular, pois não dependem exclusivamente de fatores internos ao Estado em questão. O “Estado de Direito em Sentido Amplo” amplia as tradições nacionais de Estado de Direito ao incorporar uma gama crescente de princípios desenvolvidos transnacionalmente, que se tornam vinculativos no direito interno por meio de decisões democráticas de adesão a diversos tratados. Essa nova dimensão do direito transnacional, assim, fortalece democracias potencialmente frágeis contra retrocessos e cria novas oportunidades para a consolidação do Estado de Direito.

Conforme a crise global do Estado de Direito ganhou maior visibilidade na última década, organizações transnacionais e tribunais associados aceleraram a criação de tipos de direitos capazes, justamente, de prevenir abusos de poder por autocratas aspiracionais. Por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia desenvolveu uma filosofia do direito surpreendentemente robusta em defesa da independência judicial, a fim de enfrentar o fato de que a Polônia e a Hungria haviam comprometido a independência de seus sistemas judiciais (Pech & Kochenov 2021). À medida que os limites de mandato presidencial diminuíram em toda a América Latina, a Corte Interamericana de Direitos Humanos adotou uma opinião consultiva, a pedido da Colômbia, para discorrer acerca da relação entre democracia e o tempo de mandato presidencial (Inter-Am. Court Hum. Rights 2021). Diversos tribunais panafricanos têm atuado para garantir que as eleições nacionais estejam abertas a candidatos não titulares (Gathi & Akinkugbe 2021). Os resultados dessa filosofia do direito transnacional são fragmentados e estão em constante evolução. Entretanto, representam uma nova forma que o Estado de Direito pode assumir – não baseada em critérios abstratos, mas construída progressivamente, a partir da resolução de desafios concretos. A resposta à crise do Estado de Direito em democracias em retrocesso está sendo construída a partir das decisões de tribunais transnacionais, que desenvolvem padrões oriundos de compromissos assumidos em tratados e que podem ser reincorporados ao direito nacional. Essa nova jurisprudência transnacional oferece aos atores nacionais e internacionais ferramentas jurídicas para resistirem aos ataques contra a democracia e o Estado de Direito.

Ao examinar a trajetória do Estado de Direito – como ele se desenvolveu em resposta a desafios históricos específicos e como se adaptou para enfrentar novas formas de abuso de poder –, não tentamos desenvolver uma definição abstrata

dos elementos centrais do Estado de Direito. Em vez disso, acompanhamos como o Estado de Direito é uma força dinâmica, que evolui ao longo do tempo, para enfrentar novos desafios, reinventando-se. À medida que a crise global do Estado de Direito se espalha e assume novas formas, também evoluem os recursos que podem ser empregados para restaurá-lo por meio do próprio direito.

Declaração de divulgação

A autora não tem conhecimento de quaisquer afiliações, associações, financiamentos ou participações financeiras que possam afetar a objetividade desta análise.

Agradecimentos

Gostaria de agradecer às sucessivas turmas de alunos do meu seminário sobre Estado de Direito, ao longo das últimas duas décadas, bem como aos meus frequentes coautores sobre esse tema – John Morijn, Gábor Mészáros, Laurent Pech, Kriszta Kovács, Dan Kelemen, Petra Bárd, Dimitry Kochenov, Barbara Grabowska-Moroz e Gábor Halmai – pelas conversas e pela escrita conjunta que moldaram meu pensamento sobre a questão. Também sou grata pelas conversas, ao longo dos anos, com Martin Krygier, Deval Desai, Manuel Cepeda Espinosa e Rachel Kleinfeld.

Referências

Allan TRS. 1994. *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*. Oxford, UK: Clarendon.

Alter KJ. 2014. *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

Baik T-U. 2012. *Emerging Regional Human Rights Systems in Asia*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press. Bakardjieva Engelbrekt A, Groussot X, eds. 2019. *The Future of Europe: Political and Legal Integration Beyond Brexit*. Oxford, UK: Hart.

Baker J. 2019. *Introduction to English Legal History*. Oxford, UK: Oxford Univ. Press. 5th ed.

Bartels L. 2023. *Democracy Erodes from the Top: Leaders, Citizens, and the Challenge of Populism in Europe*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

Benton L. 2002. *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*. New York: Cambridge Univ. Press.

Benton L. 2010. *A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires, 1400-1900*. New York: Cambridge Univ. Press.

Benton L, Ross RJ, eds. 2013. *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*. New York: NYU Press.

Berda Y. 2022. *Colonial Bureaucracy and Contemporary Citizenship*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Bermeo N. 2016. On democratic backsliding. *J. Democr.* 271:5-19.

Bingham T. 2010. *The Rule of Law*. London: Allen Lane.

Carothers T. 1998. The rule of law revival. *Foreign Aff.* 77:95-106.

Constable M. 1994. *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*. Chicago: Univ. Chicago Press.

Const. Unit UK. 1998. *Checks and balances in single-chamber parliaments: a comparative analysis*. Publ., Const. Unit UK, London. <https://www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/24.pdf>.

Corrales J. 2015. Autocratic legalism in Venezuela. *J. Democr.* 26(2):37-51.

Cornell D, Muvangua N, eds. 2012. *uBuntu and the Law: African Ideals and Post-Apartheid Jurisprudence*. New York: Fordham Univ. Press.

Costa P. 2007. The rule of law: a historical introduction. See Costa & Zolo 2007, pp. 73-149.

Costa P, Zolo D, eds. 2007. *The Rule Of Law: History, Theory And Criticism*. Dordrecht, Neth.: Springer.

Craig P. 1997. Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law* 3:467-87.

Dann P, Reigner M, Bönnemann M, eds. 2020. *The Global South and Comparative Constitutional Law*. Oxford, UK: Oxford Univ. Press.

Deik C. 2014. *Judicial Review of Constitutional Amendments in Colombia*. Saarland, Ger.: LAP Lambert Publ.

Desai D. 2023. *Expert Ignorance: The Law and Politics of Rule of Law Reform*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Dezalay Y, Garth B. 2001. The import and export of law and legal institutions. In *Adapting Legal Cultures*, ed. D Nelken, J Feest, pp. 241-56. Portland, OR: Hart.

Dicey AV. 1982 (1885). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan.

Dworkin RM. 1970. What is the rule of law? *Antioch Rev.* 302:151-55.

Dworkin RM. 1977. Political judges and the rule of law. *Proc. Br. Acad.* 64:258-87.

Eco U. 1998. From Marco Polo to Leibniz: stories of intellectual misunderstandings. In *Serendipities*, transl. W Weaver, pp. 52-75. New York: Columbia Univ. Press.

Fraenkel E. 2010 (1938). *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*. Oxford, UK: Oxford Univ. Press.

Freedom House. 2023. *Freedom in the world 2023*. Rep., Freedom House, Washington, DC. https://freedomhouse.org/sites/default/files/2023-03/FIW_World_2023_DigitalPDF.pdf.

Fuller L. 1964. *The Morality of Law*. New Haven, CT: Yale Univ. Press.

Gallie WB. 1956. Essentially contested concepts. *Proc. Aristot. Soc.* 56:167-98.

Gardbaum S. 2013. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Gathi JT, Akinkugbe OD. 2021. Judicialization of election disputes in Africa's international courts. *Law Contemp. Probl.* 84:181-218.

Gibson E. 2012. *Boundary Control: Subnational Authoritarianism in Federal Democracies*. New York: Cambridge Univ. Press.

Golub S. 2006. A house without a foundation. In *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*, ed. T Carothers, pp. 105-13. Washington, DC: Carnegie Endow. Int. Peace.

Greenberg U. 2015. *The Weimar Century*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

Hailbronner M. 2014. Rethinking the rise of the German Constitutional Court: from anti-Nazism to value formalism. *Int. J. Const. Law* 12:626-49.

Halpérin J-L. 2011. Law in books and law in action: the problem of legal change. *Maine Law Rev.* 64:45-76.

Hart HLA. 1958. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Rev.* 71:593-629.

Heuschling L. 2021. *État du droit*: Gallicization of the *Rechtsstaat*. See Meierhenrich & Loughlin 2021, pp. 69-85.

Holmes OW. 1881. *The Common Law*. Boston: Little, Brown.

Hurd I. 2017. *How to Do Things with International Law*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

Inter-Am. Court Hum. Rights. 2021. *Presidential reelection without term limits in the context of the inter-American system*. Advis. Opin. OC-28/21, June 7, Inter-Am. Court Hum. Rights, San José. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_eng.pdf.

Jacobsohn G. 2010. *Constitutional Identity*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.

Jellinek G. 1880. *Die rechtliche Natur der staatenverträge: Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*. Vienna: Alfred Holder.

Kantorowicz E. 1957. *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

Kay RS. 2014. *The Glorious Revolution and the Continuity of Law*. Washington, DC: Cathol. Univ. Am. Press.

Kelsen H. 1967 (1934). *Pure Theory of Law*. Berkeley: Univ. Calif. Press.

Kjaer PF. 2022. What is transformative law? *Eur. Law Open* 14:760-80.

Kleinfeld R. 2012. *Advancing the Rule of Law Abroad: Next Generation Reform*. Washington, DC: Carnegie Endow. Int. Peace.

Krygier M. 2016. Tempering power. In *Constitutionalism and Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, ed. M Adams, A Meuwese, H Ballin, pp. 34-59. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Krygier M. 2021. Democracy and the rule of law. See Meierhenrich & Loughlin 2021, pp. 406-24.

Lacey N. 2007. H.L.A. Hart's rule of law: the limits of philosophy in historical perspective. *Quad. Fiorent.* 36:1203-24.

Maldonado DB, ed. 2013. *Constitutionalism of the Global South*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Marmor A. 2004. The rule of law and its limits. *Law Philos.* 23:1-43.

Marshall D, ed. 2014. *The International Rule of Law Movement: A Crisis of Legitimacy and the Way Forward*. Cambridge, MA: Harvard Law School Hum. Rights Progr.

Meierhenrich J. 2021. *Rechtsstaat* versus the rule of law. See Meierhenrich & Loughlin 2021, pp. 39-67.

Meierhenrich J, Loughlin M, eds. 2021. *The Cambridge Companion to the Rule of Law*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Merke F, Stuenkel O, Feldmann AE. 2021. *Reimagining Regional Governance in Latin America*. Washington, DC: Carnegie Endow. Int. Peace.

Merry SE. 1988. Legal pluralism. *Law Soc. Rev.* 22:869-96.

Mohd KMH. 2022. An Islamic perspective on the rule of law. *IIUM Law J.* 302:201-25.

Mudde C, Kaltwasser CR. 2017. *Populism: A Very Short Introduction*. Oxford, UK: Oxford Univ. Press.

Neate F. 2009. *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe*. London: Lexis-Nexis.

Neumann F. 1986 (1936). *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Heidelberg, Ger.: Berg.

O'Donnell G. 2004. The quality of democracy: why the rule of law matters. *J. Democr.* 154:32-46.

Okafor OC, Dzah GEK. 2021. The African human rights system as 'norm leader': three case studies. *Afr. Hum. Rights Law J.* 21:669-98.

Partlett W. 2012. Vladimir Putin and the law. *Brookings Institute*, Febr. 28. <https://www.brookings.edu/articles/vladimir-putin-and-the-law/>.

Pech L. 2022. The rule of law as a well-established and well-defined principle of EU law. *Hague J. Rule Law* 14:107-38.

Pech L, Kochenov D. 2021. *Respect for the rule of law in the case law of the European Union: a casebook overview of the key judgments since the Portuguese judges case*. Rep., Swed. Inst. Eur. Policy Stud., Stockholm. <https://sieps.se/en/publications/2021/respect-for-the-rule-of-law-in-the-case-law-of-the-european-court-of-justice/>.

Piccone T. 2023. The compounding rule of law crisis. *Brookings Institution*, Novemb. 10. <https://www.brookings.edu/articles/the-compounding-rule-of-law-crisis/>.

Pound R. 1910. Law in books and law in action. *Am. Law Rev.* 44:12-36.

Raz J. 1979. The rule of law and its virtue. In *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, ed. J Raz, pp. 210-29. Oxford, UK: Clarendon.

Raz J. 2019. The law's own virtue. *Oxford J. Legal Stud.* 391:1-15.

Roznai Y. 2023. We the limited people? On the people as a constitutional organ in constitutional amendments. *Supreme Court Law Rev.* 2d 110:103-31.

Rundle K. 2023. *Revisiting the Rule of Law*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Scharfe P. 2015. Erdogan's presidential dreams, Turkey's constitutional politics. *Origins*, Dec. <https://origins.osu.edu/article/erdo-s-presidential-dreams-turkey-s-constitutional-politics>.

Scheppele KL. 2005. "We forgot about the ditches": Russian constitutional impatience and the challenge of terrorism. *Drake Law Rev.* 53:963-1027.

Scheppele KL. 2013a. Jack Balkin is an American. *Yale J. Law Hum.* 25:23-42.

Scheppele KL. 2013b. The rule of law and the Frankenstate: why governance checklists do not work. *Governance* 26:559-62.

Scheppele KL. 2018. Autocratic legalism. *Univ. Chicago Law Rev.* 85:545-83.

Scheppele KL. 2019. Autocracy under cover of the transnational legal order. In *Constitution Making and the Transnational Legal Order*, ed. G Shaffer, T Ginsburg, T Halliday, pp. 188-233. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Scheppele KL. 2024a. Restoring democracy through international law. *Am. Univ. Int. Law Rev.* In press.

Scheppele KL. 2024b. The rule of law writ large: the European Union and its rogue Member States. In *The Rule of Law Under Threat: A Transnational Challenge*, ed. G Shaffer, W Sandholtz. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press. In press.

Scheppele KL, Kochenov DV, Grabowska-Moroz B. 2020. EU values are law, after all: enforcing EU values through systemic infringement actions by the European Commission and the Member States of the European Union. *Yearb. Eur. Law* 39:3-121.

Schiavone A. 2012 (2005). *The Invention of Law in the West*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.

Schmitt C. 2008 (1928). *Constitutional Theory*, transl. J Selzer. New York: Duke Univ. Press.

Schönteich M. 2013. The rule of law movement: a review of its origins, evolution and ambitions. In *Promoting the Rule of Law: A Practitioner's Guide to Key Issues and Developments*, ed. L Mooney, pp. 27-46. Chicago: Am. Bar Assoc.

Shu-Chen W. 2007. The Chinese legal tradition and the European view of the rule of law. See Costa & Zolo 2007, pp. 615-32.

Silkenat J, Libby G, eds. 2021. *Building the Rule of Law: First-Hand Accounts from a Thirty-Year Global Campaign*. Chicago: Am. Bar Assoc.

Stuntz WJ. 1995. The substantive origins of criminal procedure. *Yale Law J.* 105:393-447.

Tamanaha B. 2004. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Tay AE-S. 2007. "Asian values" and the rule of law. See Costa & Zolo 2007, pp. 565-86.

UN Secr. Gen. 2004. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Rep. S/2004/616, UN Secr. Gen., New York.

van Lochem P. 2017. Legislation against the rule of law—an introduction. *Theory Pract. Legis.* 5(2):95-100.

V-Dem Inst. 2023. *Democracy report 2022: Autocratization changing nature?* Rep., V-Dem Inst., Gothenburg, Swed. https://v-dem.net/media/publications/dr_2022.pdf.

von Jhering R. 1997 (1915). *The Struggle for Law*, transl. JJ Lalor. Union, NJ: Lawbook Exch.

Waldron JJ. 2021. The rule of law as an essentially contested concept. See Meierhenrich & Loughlin 2021, pp. 121-36

Waldron JJ. 2023 (2016). The rule of law. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. EN Zalta, U Nodelman. Stanford, CA: Stanford Univ. <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/>.

Walter BF. 2022. *How Civil Wars Start, and How to Stop Them*. New York: Crown.

Walters MD. 2020. *A.V. Dicey and the Common Law Constitutional Tradition: A Legal Turn of Mind*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

Walters MD. 2021. The spirit of legality: A.V. Dicey and the rule of law. See Meierhenrich & Loughlin 2021, pp. 153-70.

Weber M. 1946 (1919). Politics as a vocation. In *From Max Weber*, transl, ed. H Gerth, CW Mills, pp. 77-128. New York: Free.

Weber M. 1978 (1921). *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, ed. G Roth, C Wittich. Berkeley: Univ. Calif. Press.

White MJ. 2019. How *ius* (right) became distinguished from *lex* (law): two early episodes in the story. *Hist. Political Thought* 40:583-606.

World Justice Proj. 2023a. *The global rule of law recession continues*. World Just. Proj., Washington, DC. <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>.

World Justice Proj. 2023b. *WJP rule of law index factors*. World Just. Proj., Washington, DC. <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2023>.

World Justice Proj. 2023c. *Rule of law index: 2023 insights*. Rep., World Just. Proj., Washington, DC. <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/downloads/WJPInsights2023.pdf>.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

TRADUÇÃO

Constitucionalismo paritárioⁱ⁻ⁱⁱ

Parity Constitutionalism

Constitucionalismo paritario

Rosalind Dixonⁱⁱⁱ

University of New South Wales (Sydney, Austrália)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6613-8032>
E-mail: rosalind.dixon@unsw.edu.au

Marcela Prieto Rudolphy^{iv-v}

Universidad Adolfo Ibáñez (Santiago, Chile)
University of Southern California's Gould School
of Law (Los Angeles, Estados Unidos)
ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-1279-8916>
E-mail: mprieto@law.usc.edu

Tradução do texto:

Gabriela Biazi Justino da Silva^{vi}

Revisão da tradução:

Livia Gil Guimarães^{vii}

ⁱ DIXON, Rosalind; RUDOLPHY, Marcela Prieto. Constitucionalismo paritário. Tradução de Gabriela Biazi Justino da Silva. Revisão da tradução: Livia Gil Guimarães. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 85-100, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a498>.

ⁱⁱ O presente artigo foi originalmente publicado em inglês e distribuído sob licença Creative Commons (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>). A versão original foi publicada como: Dixon R., Prieto Rudolphy M. 2024. Parity constitutionalism. *Global Constitutionalism* 13:210-219, doi:10.1017/S2045381723000230.

ⁱⁱⁱ Professora na Faculdade de Direito da University of New South Wales, Sydney NSW 2052, Austrália. E-mail: rosalind.dixon@unsw.edu.au.

^{iv} Professora associada de Direito e Filosofia na University of Southern California's Gould School of Law, Los Angeles, Estados Unidos. E-mail: mprieto@law.usc.edu.

^v Professora assistente de Direito na Faculdade de Direito da Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile.

^{vi} Doutora em Direito Econômico e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrante do Grupo de Pesquisa e Estudos de Inclusão na Academia (GPEIA – USP). Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1221538244226828>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1811-552X>. E-mail: gabriela.justino@gmail.com.

^{vii} Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Pós-doutoranda na mesma instituição. Professora voluntária na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora associada do Grupo Constituição, Política e Instituições (Copi) e Coordenadora do Grupo de Pesquisas e

Resumo

Em 2021, a Convenção Chilena tornou-se o primeiro órgão constituinte com paridade de gênero. Contudo, a proposta de texto constitucional – que refletiu diversas normas relacionadas a gênero – foi rejeitada por 61,89% dos votantes no plebiscito de saída de 2022. Neste artigo, argumentamos que, embora o constitucionalismo paritário seja promissor e, no caso chileno, tenha se associado a resultados relacionados a gênero no texto constitucional, a promessa da paridade pode não se concretizar. Assim, advertimos contra uma visão ingênua do constitucionalismo paritário como um dos principais legados do processo de elaboração da Constituição chilena que ocorreu entre 2020 e 2022.

Palavras-chave

Constituição chilena; feminismo; direitos de gênero; constitucionalismo paritário; constitucionalismo utópico.

Sumário

1. Introdução. 2. Paridade, democracia e constitucionalismo. 3. Constitucionalismo paritário: promessa e riscos. 4. Constitucionalismo paritário no Chile. 5. Conclusão.

Abstract

In 2021, the Chilean Convention became the first constitution-making body with gender parity. However, the draft – which reflected many gender-related norms – was rejected by 61.89 per cent of voters in the exit plebiscite of 2022. In this article, we argue that although parity constitutionalism has promise and, in the Chilean case, was linked to gender-related outcomes in the constitutional text, parity's promise may fail to materialize. We thus caution against a naïve view of parity constitutionalism as one of the key legacies of the 2020–22 Chilean constitution-making process.

Keywords

Chilean Constitution; feminism; gender rights; parity constitutionalism; utopian constitutionalism.

Contents

1. Introduction. 2. Parity, democracy and constitutionalism. 3. Parity constitutionalism: promise and pitfalls. 4. Parity Constitutionalism in Chile. 5. Conclusion.

Resumen

En 2021, la Convención chilena se convirtió en el primer órgano constituyente con paridad de género. Sin embargo, el proyecto – que reflejaba varias normas relacionadas con el género – fue rechazado por el 61,89% de los votantes en el plebiscito de salida de 2022. En este artículo, argumentamos que, aunque el constitucionalismo paritario es prometedor y, en el caso chileno, se ha asociado con resultados relacionados con el género en el texto constitucional, la promesa de la paridad puede no materializarse. Por lo tanto, advertimos contra una visión ingenua del constitucionalismo paritario como uno de los principales legados del proceso constituyente chileno que tuvo lugar entre 2020 y 2022.

Palabras clave

Constitución chilena; feminismo; derechos de género; constitucionalismo paritario; constitucionalismo utópico.

Índice

1. Introducción. 2. Paridad, democracia y constitucionalismo. 3. Constitucionalismo paritario: promesas y riesgos. 4. El constitucionalismo paritario en Chile. 5. Conclusión.

1. Introdução

“Nunca mais sem nós” reivindicou o movimento feminista chileno em relação ao processo constituinte, e, em 2021, a Convenção Constitucional chilena tornou-se o primeiro órgão constituinte com paridade de gênero. Contudo, a proposta de texto constitucional – que refletiu diversas normas relacionadas a gênero – foi rejeitada por 61,89% dos votantes no plebiscito de saída^{viii} de 2022¹. E embora a maioria das

^{viii} A expressão “plebiscito de salida” é utilizada para designar a fase final do processo constituinte instituído pela Lei 21.200 de 2019, que modificou a Constituição chilena de 1980. A partir dessa reforma, o artigo 142 da referida Constituição passou a prever tal plebiscito, assim denominado para diferenciá-lo do “plebiscito de entrada”, previsto no artigo 130 do texto constitucional. Enquanto o “plebiscito de entrada” visou aferir se os cidadãos chilenos concordavam com a elaboração de uma nova Constituição e qual deveria ser o tipo de órgão incumbido de redigi-la (*Convención Constitucional* ou *Convención Mixta Constitucional*), o “plebiscito de salida” teve como objetivo consultá-los acerca da aprovação ou rejeição da proposta de texto constitucional elaborada pelo órgão competente. Para mais detalhes, ver: CHILE. Lei n. 21.200, de 24 de dezembro de 2019. Modifica o capítulo XV da Constituição Política da República a fim de estabelecer um procedimento para a elaboração de nova Constituição. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Santiago, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2025. [N.T.]

¹ ‘Plebiscito 2022’, Servicio Electoral de Chile, 11 de outubro de 2022, disponível em <https://www.servel.cl/electorado/procesos-electorales/documentos/>.

mulheres tenha votado pela rejeição do texto, elas parecem tê-lo feito em grau consistentemente menor em comparação aos homens da mesma faixa etária (sendo a faixa de votantes abaixo de 34 anos a única exceção)².

Neste artigo, argumentamos que, embora o constitucionalismo paritário seja promissor e, no caso chileno, tenha se associado a resultados relacionados a gênero no texto constitucional, a promessa da paridade pode não se concretizar. No contexto do processo formal de elaboração da Constituição, a paridade enfrenta desafios distintos: ainda que resulte na representação descritiva de mulheres nos órgãos constituintes, o que se traduz posteriormente em resultados relacionados a gênero no texto preliminar da Constituição, este pode deixar de obter um suporte amplo e, nesse sentido, falhar em representar substantivamente a população em geral, incluindo as mulheres. Se estiver desconectada dos partidos políticos e das normas de competição eleitoral, a paridade pode exacerbar a tendência de esforços constituintes adotarem abordagens constitucionais “utópicas” que não angariam suporte da maioria do eleitorado³. Assim, advertimos contra uma visão ingênua do constitucionalismo paritário como um dos principais legados do processo de elaboração da Constituição chilena, que ocorreu entre 2020 e 2022. O constitucionalismo paritário pode ter vindo para ficar, e de formas que são benéficas à justiça de gênero. Entretanto, para que possa fazer os objetivos de uma mudança constitucional democrática bem-sucedida avançar, o constitucionalismo paritário também requer refinamento quanto à relação com estruturas partidárias e à capacidade de contribuir para compromissos democráticos.

O restante do artigo segue como descrito a seguir. A parte 2 discute algumas justificativas para o constitucionalismo paritário e sua conexão com noções de representação. A parte 3 explora a promessa e os riscos do constitucionalismo paritário, tanto da perspectiva da igualdade de gênero como da perspectiva de reformas constitucionais democráticas. A parte 4 ilustra tais benefícios e riscos a partir do processo constituinte chileno, que ocorreu entre 2020 e 2022. A parte 5 conclui a discussão.

² G Espinoza, ‘Los apabullantes datos y cifras que dejó el Plebiscito de salida,’ *El Mostrador*, 7 de setembro de 2022, disponível em <https://www.elmostrador.cl/dia/2022/09/07/los-apabullantes-datos-y-cifras-que-dejo-el-plebiscito-de-salida>.

³ R Dixon and D Landau, ‘Utopian Constitutionalism’ (no prelo).

2. Paridade, democracia e constitucionalismo

Na maioria das democracias, as mulheres constituem cerca de metade do eleitorado⁴ e são igualmente – e às vezes de forma desproporcional – afetadas por certas decisões governamentais. Assim, recentemente, as preocupações com a justiça de gênero têm sido expressas em termos de preocupações relativas à representação das mulheres nos cargos públicos, isto é, representação descritiva – a qual se imagina traduzir-se em representação substantiva das mulheres – a representação dos interesses das mulheres⁵.

A representação descritiva nem sempre resulta na substantiva. O feminismo é um projeto político em disputa e as divergências são tanto externas (por exemplo, projetos antifeministas) quanto internas ao feminismo (por exemplo, divergências no feminismo referentes ao papel e o poder da agência das mulheres, especialmente no contexto do sexo e da violência sexual, bem como de decisões acerca do cuidado e da reprodução)⁶. Desse modo, algumas mulheres eleitas podem rejeitar a ideia de que possuem alguma responsabilidade especial por fazer avançar os interesses das mulheres, enquanto outras podem ser escolhidas como candidatas precisamente devido à capacidade de legitimar políticas que prejudicam interesses de mulheres⁷. Além disso, alguns estudos demonstram que, em uma “massa crítica”^{ix},

⁴ ‘Population, female (% of total population)’, The World Bank, 2022, disponível em <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL.FE.ZS>.

⁵ H Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation* (University of California Press, Berkeley, 1972); K Celis, ‘Substantive Representation of Women (and Improving It): What It Is and Should Be about?’ (2009) 7(1) *Comparative European Politics* 95.

⁶ R Dixon, ‘Feminist Disagreement (Comparatively) Recast’, 31 *Harvard Journal of Law and Gender* 277 (2008).

⁷ R Dixon, ‘Abusive Feminism’, Blog do International Journal of Constitutional Law, 6 de abril de 2022, disponível em <http://www.iconnectblog.com/2022/04/abusive-feminism/>.

^{ix} O conceito de “massa crítica” é empregado para examinar os efeitos da presença das mulheres em espaços de poder, especialmente no âmbito da representação política, avaliando se e como a proporção dessa participação transforma as relações de poder, influencia as dinâmicas institucionais e impacta a formulação de políticas. Conforme destaca Daniela Leandro Rezende, “a análise das mulheres enquanto minoria no legislativo tem como referência pioneira a teoria da massa crítica, desenvolvida por Dahrelup (1993). Segundo a autora, tratar as mulheres como grupo minoritário significa considerá-las enquanto minoria numérica que ocupa uma posição subalterna ou desprivilegiada. A questão que se coloca diz respeito, então, à massa crítica necessária para que essa minoria numérica consiga potencializar e mobilizar recursos para transformar a arena legislativa ou à constituição de uma minoria suficiente para influenciar o processo decisório. [...] Porém, como lembra a autora, os números seriam condição necessária, mas não suficiente: as mulheres constituiriam uma massa crítica apenas potencialmente, uma vez que, além da formação de uma ‘grande minoria’, há questões relativas à ação coletiva e às preferências das legisladoras, que podem minar as possibilidades de uma atuação concertada.” REZENDE, D. L. *Desafios à representação política de mulheres na Câmara dos Deputados*. Revista Estudos Feministas, v. 25, n. 3, p. 1199–1218, set. 2017. [N.T.]

parlamentares mulheres falam menos do que quando estão em minoria evidente⁸, pois, ao falarem, podem enfrentar *backlash*⁹. Por fim, mulheres divergem sobre o que são os interesses das mulheres – discordância essa que tem se tornado uma questão metodológica fundamental para defini-los e avaliar se representantes mulheres são mais propensas a fazê-los avançar¹⁰.

Não obstante, as evidências sugerem que a representação descritiva de mulheres pode fazer a substantiva aumentar¹¹ e que ter uma massa crítica de mulheres nos órgãos legislativos tende a promover o aumento de gastos em determinadas áreas, de forma que não são lineares – isto é, que vão além do aumento proporcional que seria esperado como decorrência de pequenos acréscimos na representação feminina legislativa¹². Devido à relação entre representação descritiva e substantiva e a outras razões relacionadas à justiça de gênero, a sub-representação descritiva de mulheres na maioria das legislaturas ao redor do mundo parece particularmente preocupante. Hoje, somente 26% dos parlamentares ao redor do globo são mulheres¹³ e somente cinco países têm representação feminina igual ou acima de 50% na legislatura nacional¹⁴. Muitos países têm respondido a essa lacuna de gênero na representação adotando medidas para aumentar a participação política feminina. Algumas objetivavam encorajar mulheres a concorrerem a cargos políticos; outras focam na reserva de assentos ou em metas ou cotas de gênero (obrigatórias ou não) em partidos políticos ou chapas de candidatos. E alguns países têm gradualmente mudado de cotas de gênero para efetiva paridade de gênero na representação legislativa.

O conceito de “democracia paritária” foi introduzido inicialmente na Europa, em 1992, em uma declaração no *European Summit of Women in Power*, que conclamava

⁸ H Bäck and M Debus, ‘When Do Women Speak? A Comparative Analysis of the Role of Gender in Legislative Debates’ (2019) 67(3) Political Studies 576 <https://doi.org/10.1177/0032321718789358>.

⁹ S Grey, ‘Numbers and Beyond: The Relevance of Critical Mass in Gender Research’ (2006) 2(4) Politics & Gender 492.

¹⁰ K Celis, ‘Gendering Representation’ in Politics, Gender, and Concepts: Theory and Methodology, edited by G Goertz and AG Mazur (Cambridge University Press, Cambridge, 2008) 89.

¹¹ Para um excelente *survey* transnacional e discussão, ver S Franceschet, ML Krook and JM Piscopo (eds) *The Impact of Gender Quotas* (Oxford University Press, New York, 2012).

¹² KD Funk, HL Paul and AQ Philips, ‘Point Break: Using Machine Learning to Uncover a Critical Mass in Women’s Representation’ (2022) 10(2) Political Science Research and Methods 372; S Wang, ‘Do Women Always Represent Women? The Effects of Gender Quotas on Substantive Representation’ [2022] Political Behaviour, <https://doi.org/10.1007/s11109-022-09808-z>.

¹³ ‘Facts and Figures: Women’s Leadership and Political Participation’, UN Women, setembro de 2022, disponível em <https://www.unwomen.org/en/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures>.

¹⁴ Ibid.

por “igualdade [de gênero] na representação e na administração das Nações”¹⁵. Desde então, ganhou também tração em diversos contextos nacionais. Na América Latina e Europa, tem havido notável aumento do apoio aos requisitos de paridade de gênero em comparação às cotas de gênero (minoritárias) para mulheres nas políticas eleitorais¹⁶. Essas tendências têm também ecoado nos processos de elaboração democrática de constituições, particularmente em órgãos constituintes eleitos. Por exemplo, em 2011, o órgão responsável por elaborar o projeto de regras para as eleições da Assembleia Constituinte tunisiana adotou um requisito de “paridade vertical”, que, ao final, conduziu a um corpo com 31% de representação feminina¹⁷.

A paridade de gênero na composição da Convenção Constitucional do Chile, contudo, foi historicamente sem precedentes, tanto para um órgão constituinte quanto para órgãos eleitos o Chile, em que mulheres ainda são sub-representadas no Congresso¹⁸ e que, até recentemente, ficou abaixo da média regional de 28,4%¹⁹, mesmo após a introdução de cotas de gênero em 2015²⁰. Ainda assim, em março de 2020, o Senado votou de forma expressiva a favor de uma lei que assegurava paridade de gênero na composição da assembleia constituinte²¹. A medida foi resultado do amplo consenso político²²; da relevância de movimentos feministas em protestos sociais desde 2018; da coordenação entre mulheres de diversos setores do espectro

¹⁵ J Smith, ‘Athens Declaration (1992)’, EuroGender, disponível em <https://epthinktank.eu/2019/03/05/spotlight-on-women-in-politics/>.

¹⁶ ‘Gender and Elections’, Ace Project, disponível em <https://aceproject.org/ace-en/topics/ge/ge2/ge22/the-shift-from-quotas-to-parity-democracy>.

¹⁷ N Tamaru, O Holt-Ivry and M O’Reilly, *Beyond Revolution: How Women Influenced Constitution Making in Tunisia* (United Nations Development Programme, March 2018), disponível em https://www.inclusivesecurity.org/wp-content/uploads/2018/03/Beyond-Revolution_Constitution-Making-in-Tunisia.pdf.

¹⁸ Nuevo Mapa del Poder y Género en Chile (1995–2018) (United Nations Development Programme, Santiago, 10 de março de 2020) 45. Ver também ‘Listado de Diputadas y Diputados’, Cámara de Diputadas y Diputados, disponível em <https://www.camara.cl/diputados/diputados.aspx>. Para o seu homólogo do Senado, ver ‘Listados A– Z’, República de Chile Senado, disponível em <https://www.senado.cl/apssenado/index.php?mo=senadores&ac=listado>.

¹⁹ *Women in Parliament in 2017: The Year in Review* (Inter-Parliamentary Union, Geneva, 2018).

²⁰ Ley No. 20.480: Sustituye el Sistema Electoral Binominal por uno de Carácter Proporcional Inclusivo y Fortalece la Representatividad del Congreso Nacional 2015 (Chile), disponível em <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1077039>.

²¹ Ley No. 21.216: Modifica la Carta Fundamental Para Permitir la Conformación de Pactos Electorales de Independientes y Garantizar la Paridad de Género en las Candidaturas y en la Integración del Órgano Constituyente que se Conforme Para la Creación de una Nueva Constitución Política de la República 2020 (Chile), disponível em <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143661>.

²² P Figueroa Rubio, ‘Históricas: Nada Sin Nosotras. Paridad y Nueva Constitución: El Caso de Chile’ (2021) 8(2) *Revista Culturas Jurídicas* 21; P Figueroa Rubio, ‘El Largo y Sinuoso Camino Hacia La Convención Constitucional Paritaria’ in *Mujeres En Tiempos de Esperanza, Crisis y Pandemia*, editada por BB Polloni (Ediciones Biblioteca Nacional del Congreso, Santiago, 2021) 290.

político, com organizações de mulheres da sociedade civil e da academia²³; além da liderança política de algumas mulheres-chave²⁴. Além disso, a opinião pública permaneceu, de forma expressiva, a favor da paridade de gênero no processo constituinte²⁵. A eleição dos *convencionales*^x ocorreu em 2021, resultando em uma Convenção Constitucional composta por 77 mulheres e 78 homens.

A lei chilena e a eleição subsequente parecem ter anunciado um novo modelo de processo constituinte democrático, definido pelo compromisso com a paridade de gênero no processo constituinte. Denominamos isso de modelo de “constitucionalismo paritário”.

O constitucionalismo paritário pode variar em escopo e amplitude. Por exemplo, é possível aplicá-lo apenas aos delegados com assento no plenário de um órgão constituinte ou ao órgão como um todo e a vários outros subórgãos envolvidos na redação da Constituição, incluindo comissões técnicas e temáticas. Outrossim, pode ser aplicado somente aos processos formais de elaboração e alteração do texto constitucional ou estendido a outros contextos institucionais – incluindo tribunais, órgãos legislativos e instituições do “quarto ramo”^{xi} – envolvidos em processos de mudanças e

²³ Marcela Ríos Tobar, ‘Paridad: Cuando La Movilización Finalmente Logra Acceso al Poder’ in BB Polloni (ed), *Mujeres En Tiempos de Esperanza, Crisis y Pandemia* (Chile: Ediciones Biblioteca Nacional del Congreso, 2021) 297; J Suárez-Cao, ‘Blessing in Disguise? How the Gendered Division of Labor in Political Science Helped Achieved Gender Parity in the Chilean Constitutional Assembly’ (2022) *Politics & Gender* 1–6.

²⁴ P Figueroa Rubio, ‘Históricas’ (n 25); Tobar (n 23) 295; C Reyes-Housholder and B Roque, ‘Chile 2018: Desafíos al Poder de Género Desde la Calle Hasta La Moneda’ (2019) 39(2) *Revista de Ciencia Política* 191.

²⁵ P Morales and S Valenzuela, ‘Nunca Más Sin Nosotras: La Importancia De La Paridad En El Proceso Constituyente’, *La Tercera*, 30 de setembro de 2020, disponível em <https://www.latercera.com/paula/nunca-mas-sin-nosotras-la-importancia-de-la-paridad-en-el-proceso-constituyente>.

^x Esta tradução preservou o uso do vocábulo espanhol “convencionales” para manter-se fiel ao seu uso no artigo original. A Constituição chilena expressamente denominou os integrantes da Convenção Constitucional como *Convencionales Constituyentes* (artigo 131). Chile. Constituição Política da República do Chile. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 3 mar. 2025. [N.T.]

^{xi} A noção de instituições do “quarto ramo” (no original, *fourth branch institutions*) é empregada em certos estudos de Direito Constitucional para se referir a órgãos que possuem autonomia em relação aos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Nesse sentido, Rosalind Dixon e Mark Tushnet assim discorrem: “as instituições do quarto ramo são algumas das inovações mais importantes no desenho constitucional dos últimos 20 anos. Elas combinam a independência dos tribunais com a expertise de agências governamentais especializadas e a possibilidade de uma abordagem mais flexível da divisão entre direito e política. Comissões de igualdade e direitos humanos também estão entre os órgãos do quarto ramo mais comuns encontrados em sistemas constitucionais ao redor do mundo” (tradução livre). DIXON, Rosalind; TUSHNET, Mark. *Democratic Constitutions, Poverty and Economic Inequality: Redress Through the Fourth Branch Institutions?*. *Federal Law Review*, v. 51, n. 3, p. 285–295, set. 2023. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/federal-law-review/article/abs/democratic-constitutions-poverty-and-economic-inequality-redress-through-the-fourth-branch-institutions/B1B2B9803786B75593A4401D1578F225>. Acesso em: 2 mar. 2025. [N.T.]

desenvolvimento constitucionais^{xii}. Um determinado modelo poderia ser considerado limitado ou “superficial” em sua natureza; outro, mais amplo ou “profundo” em seu escopo. Independentemente dessas diferenças de escopo, o constitucionalismo paritário é constituído por duas ideias fundamentais: mulheres e homens deveriam ter parcela igual de poder político; e tal igualdade deveria começar por um processo constituinte democrático, por meio de normas mandatórias de representação igualitária de gênero entre os elaboradores do texto constitucional.

3. Constitucionalismo paritário: promessa e riscos

O constitucionalismo paritário possui diversas vantagens, ainda que possam variar quanto à força, dependendo do contexto e do escopo do modelo. Lacunas de representação de gênero podem ter causas diferentes (e potencialmente sobrepostas). Normas de paridade podem lidar com algumas dessas causas, particularmente às referentes a atitudes e vieses de gênero acerca da “adequação” das candidatas para eleições em oposição à dos homens, às redes e estruturas “generificadas”^{xiii} nos partidos políticos e à violência e assédio de gênero.

Diversos estudos constataam que requisitos de paridade ajudam a desafiar as normas sociais e atitudes acerca de como “legisladores” ou políticos se parecem e soam, ou sobre quais atributos tornam uma pessoa adequada para um cargo eletivo²⁶. Da mesma forma, esses estudos demonstram que cotas eleitorais podem ajudar a

^{xii} A passagem “processos de mutações e desenvolvimento constitucionais” constante neste parágrafo corresponde ao seguinte trecho do artigo original: “processes of small-c constitutional change and development”. Como explica David S. Law, a noção de constituições “small-c” se refere a “conjuntos de regras, práticas e entendimentos, escritos ou não, que descrevem como o poder estatal é efetivamente atribuído e exercido”, enquanto a noção de constituições “large-c” se refere a “documentos jurídicos formais que proclamam seu próprio status de lei fundamental ou superior” (traduções livres). LAW, David S. Constitutions. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Washington U. School of Law Working Paper No. 10-02-05. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1555382>. Acesso em: 3 mar. 2025. [N.T.]

^{xiii} O vocábulo foi adotado para traduzir o termo *gendered*, empregado no artigo original. Embora não conste em dicionários de português contemporâneo, assim como a noção de “generificação”, é amplamente utilizado em estudos de gênero redigidos em língua portuguesa. Em síntese, afirmar que algo é generificado significa indicar que sua constituição e/ou funcionamento são atravessados por normas, estereótipos e hierarquias associados ao marcador social de gênero, produzindo e reforçando diferenças e desigualdades socialmente construídas. Ver, por exemplo: BONELLI, M. DA G. Profissionalismo, generificação e racialização na docência do Direito no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 2, p. e2126, 2021. [N.T.]

²⁶ Ver, por exemplo, TD Barnes and MR Holman, ‘Gender Quotas, Women’s Representation, and Legislative Diversity’ (2020) 82(4) *Journal of Politics* 1271; DZ O’Brien, ‘Gender Quotas and Women’s Political Leadership’ (2016) 110(1) *American Political Science Review* 112.

remodelar normas internas de partidos e redes de poder e até forçar partidos a se transformarem e expandirem suas abordagens para o recrutamento de candidaturas²⁷.

Como apontado acima, também há evidências que sugerem uma correlação entre uma massa crítica de mulheres nos parlamentos e uma abordagem sensível a gênero para formulação de políticas, o que inclui a atenção a áreas como saúde e educação – e isso pode se estender para políticas elaboradas para acomodar responsabilidades de cuidado, tanto de modo geral como no parlamento em si²⁸. Há também evidências de que ter uma massa crítica de mulheres, em qualquer espaço de trabalho, tende a reduzir o risco de formas de assédio e violência baseadas em gênero²⁹.

Esses efeitos podem também se materializar no processo constituinte. Nesse contexto, também é possível que o constitucionalismo paritário desempenhe um papel importante ao desconstruir noções de gênero acerca de quem são os constituintes adequados em um contexto geralmente compreendido como o exercício máximo de poder democrático constituinte. Além disso, a elaboração de constituições frequentemente envolve jornadas longas e trabalhos noites adentro, o que é capaz de implicar em riscos de assédio e desafios para combinar representação e cuidado, tornando ainda mais importantes as transformações que emergem de uma massa crítica.

Finalmente, a paridade – ou seja, a representação descritiva – também pode conduzir à representação substantiva no texto constitucional e possivelmente à sua implementação. Isto é, a paridade na elaboração do texto pode estar associada a formas “mais profundas” de constitucionalismo paritário, o que envolve consagrar compromissos de paridade na estrutura de uma gama de instituições criadas pela constituição.

Também há, contudo, riscos enfrentados pelo modelo de constitucionalismo paritário. Alguns desses desafios são comuns a estruturas legislativas. Em primeiro lugar, como apontado anteriormente, a representação descritiva nem sempre se traduz em representação substantiva; além disso, não há um acordo acerca do que são os interesses das mulheres. Se alguém está comprometido com um texto constitucional

²⁷ Barnes and Holman (n 26).

²⁸ R Dixon, ‘Women in Our Democracy: Here’s the Good News, and the Not So Good’, Sydney Morning Herald, 14 de outubro de 2022, disponível em <https://www.smh.com.au/politics/nsw/women-in-our-democracy-here-s-the-good-news-and-the-not-so-good-20221012-p5bpb3.html>.

²⁹ SD Jonsdottir et al., ‘Risk Factors for Workplace Sexual Harassment and Violence Among a National Cohort of Women in Iceland: A Cross-Sectional Study’ (2022) 9(7) The Lancet Public Health e763, disponível em [https://doi.org/10.1016/S2468-2667\(22\)00201-8](https://doi.org/10.1016/S2468-2667(22)00201-8).

feminista, ou seja, com uma conceituação específica de interesses das mulheres – os riscos de fracasso são substanciais: não apenas há um perigo de que o aumento na representação descritiva não se traduzirá em representação substantiva, como também de que a representação descritiva será utilizada como arma pelos oponentes do feminismo, de modo que mulheres de destaque sejam nomeadas com o objetivo explícito de corroer ganhos de igualdade de gênero ou até mesmo a própria democracia³⁰.

Em segundo lugar, como deveríamos refletir sobre compromissos com a paridade, considerada uma abordagem feminista interseccional sensível aos interesses das mulheres com diferentes trajetórias? Evidentemente, é insuficiente para a legitimidade democrática de um órgão constituinte ter uma massa crítica de mulheres. Ele deve incluir um número suficiente de mulheres com trajetórias e experiências diversas, incluindo experiências de marginalização racial e econômica e representantes com orientações sexuais e identidades de gênero diversas. Compromissos com a paridade de gênero nem sempre andam de mãos dadas com esse tipo de compromisso interseccional mais amplo com a inclusão e a representação – especialmente no que tange à representação de pessoas não binárias³¹.

Alguns desafios, entretanto, são mais característicos do processo constituinte. Uma questão é um texto constitucional ser feminista em sua natureza – como sugerimos que o texto chileno o foi –, mas outra bastante diferente é se tornar vinculante, ser implementado ou ganhar aprovação majoritária.

Alterações formais de constituições geralmente acontecem dentro de certas janelas de oportunidades e, se uma janela foi perdida, pode-se levar um longo período para a mudança se materializar. Cada vez mais, mudanças constitucionais democráticas também requerem que votantes aprovem o texto por meio de plebiscito ou referendo nacionais³². Se a paridade encoraja ou culmina em um texto que vai além, em termos de mudança política e social, do que a maioria dos votantes está disposta a endossar, poderia, em última instância, contribuir para alguma forma de reforma constitucional democrática fracassada³³.

³⁰ Ver, por exemplo, Dixon, 'Abusive Feminism' (n 7).

³¹ S Knispel, 'Women Quotas in Politics Lead to Unintended Consequences', University of Rochester New Center, 12 May 2020, available at <https://www.rochester.edu/newscenter/gender-electoral-quotas-unintended-consequences-432792>.

³² Ver R Albert and R Stacey (eds), *The Limits and Legitimacy of Referendums* (Oxford University Press, New York, 2022).

³³ R Dixon and D Landau, 'Utopian Constitutionalism' (n 3).

4. Constitucionalismo paritário no Chile

Alguns benefícios e riscos podem ser observados. Nesse contexto, o constitucionalismo de paridade resultou em um texto sensível a gênero, o que possivelmente refletiu perspectivas interseccionais, assim como as demandas de várias organizações feministas chilenas³⁴.

Em primeiro lugar, o texto empregou linguagem inclusiva de modo consistente. Em segundo lugar, a base da ordem constitucional incluiu os princípios da igualdade de gênero e da “democracia com paridade de gênero”, além de requisitos de paridade na composição de determinados órgãos estatais³⁵. Em terceiro lugar, o texto incluiu a necessidade de uma “perspectiva de gênero” (sem defini-la) e/ou “abordagem interseccional” (compreendida como casos nos quais múltiplas categorias de subordinação se sobrepõem)³⁶ em disposições relacionadas à participação política e desenho institucional³⁷ e a direitos fundamentais³⁸. É especialmente notável a exigência de uma perspectiva de gênero e de uma abordagem interseccional no exercício jurisdicional e na formação de funcionários da administração da justiça³⁹. Em quarto lugar, a extensa lista de direitos constitucionais do texto incluiu diversos direitos relacionados a gênero, tais como a igualdade de gênero e a não discriminação⁴⁰, direitos sexuais e reprodutivos⁴¹ e direitos relacionados ao trabalho de cuidados⁴². Em quinto lugar, o texto evidenciou um compromisso com a erradicação da violência de gênero, explicitamente mencionado como o direito a viver uma vida livre de violência do Estado ou de agentes privados⁴³ e equacionado em diversas disposições referentes ao escopo de direitos fundamentais e ao papel e deveres do Estado

³⁴ Ver, por exemplo, as propostas de Corporación Humanas con ContextoCL+: ‘Hacia una Constitución Feminista: 15 puntos mínimos’, 3 de março de 2021, disponível em <https://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2021/04/Constitucion-Feminista.pdf>; Por un Reglamento Feminista (Articulación Territorial Feminista Elena Caffarena, 2021), disponível em <https://nadasinnosotras.cl/wp-content/uploads/2019/08/Reglamento-Feminista.3.0.pdf>.

³⁵ ‘Propuesta: Constitución Política de la República de Chile’ (2022) ch 1, arts 1, 6, 10 14, disponível em https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/86241/1/Texto_Definitivo_CPR_2022.pdf.

³⁶ Ibid art 25(5).

³⁷ Ibid arts 6, 165, 193, 296.

³⁸ Ibid arts 25, 35, 37, 44, 50, 61, 89.

³⁹ Ibid arts 311, 312, 343.

⁴⁰ Ibid arts 19, 25.

⁴¹ Ibid art 61.

⁴² Ibid arts 45, 50, 56.

⁴³ Ibid art 27.

e de seus órgãos⁴⁴. Por fim, o texto adotou uma série de atributos estruturais que incorporaram normas de paridade profunda – isto é, incorporou a promoção ou o requisito de paridade de gênero em diversos órgãos políticos futuros, incluindo o Legislativo⁴⁵, as instâncias de tomada de decisão da polícia e das forças armadas⁴⁶, o Judiciário⁴⁷, os órgãos constitucionais autônomos⁴⁸ e uma nova Assembleia Constituinte no caso de emendas ou mudanças constitucionais⁴⁹, entre outros⁵⁰.

Esses resultados sugerem que o constitucionalismo paritário – isto é, a representação descritiva – resultou na representação substantiva dos interesses das mulheres. Na realidade, um recente estudo sobre o impacto da paridade de gênero nos resultados da votação da Convenção concluiu que embora tanto mulheres quanto homens tenham sido mais leais às coligações políticas do que a seus gêneros, mulheres foram mais leais ao próprio gênero do que homens, especialmente no que tange a temas relacionados a gênero, cultura e ciência e sistemas políticos⁵¹. O estudo também sugere que resultados de votação teriam sido diferentes sem a paridade de gênero, com aproximadamente 28 normas não aprovadas nesse cenário, incluindo aquelas relacionadas a pessoas indígenas (que incluíram a natureza plurinacional do Estado)⁵² e às maiores mudanças no modelo ambiental e de desenvolvimento, gênero, descentralização e forma do Estado⁵³. Certamente, como muitos nesse campo, tal estudo levanta a questão do que significa uma pessoa ser “leal a seu gênero” – ou, em outras palavras, do que pode ser considerado como interesse das mulheres.

Ao mesmo tempo, alguém poderia questionar se a paridade de gênero contribuiu para a natureza “utópica” do texto constitucional proposto, e, assim, para

⁴⁴ Ibid arts 27(2), 312, 35, 37, 40, 51, 61, 162, 172.

⁴⁵ Ibid art 252.

⁴⁶ Ibid arts 297, 299.

⁴⁷ Ibid art 312.

⁴⁸ Ibid art 350.

⁴⁹ Ibid art 387.

⁵⁰ Ibid arts 161, 162, 305, 342.

⁵¹ United Nations Development Programme and Telar, Paridad de Género y Representación Sustantiva de Las Mujeres. Análisis del Impacto de la Paridad de Género en Las Votaciones de la Convención Constitucional en el Periodo de Discusión de Normas Constitucionales (United Nations Development Programme and Telar, junho de 2022) 4, disponível em <https://www.estudiospnud.cl/informes-desarrollo/paridad-de-genero-y-representacion-sustantiva-de-las-mujeres-analisis-del-impacto-de-la-paridad-de-genero-en-las-votaciones-de-la-convencion-constitucional-en-el-periodo-de-discusion-de-normas-consti>.

⁵² Ibid 8.

⁵³ Ibid 9.

a sua derrota final no referendo constitucional de 2022⁵⁴. Enquanto delegados da convenção geralmente representam pontos de vista mais polarizados que o votante mediano, isso pode ser especialmente verdadeiro para delegados sem filiação partidária ou eleitos como parte dos assentos reservados. Adicionalmente, 65,1% dos *convencionales* tinham um perfil nitidamente “feminista”⁵⁵, o que sugere que a paridade pode ter contribuído para deslocar o delegado mediano da convenção mais para a esquerda, comparado com o eleitor mediano no Chile⁵⁶.

Landau, por exemplo, sugere que algumas das disposições constitucionais relacionadas a gênero, como aquelas sobre direitos reprodutivos e interrupção voluntária da gravidez, podem ter cumprido papel de “pauta única” nas votações⁵⁷. Uma pesquisa de 2021, realizada junto a chilenos, revelou que, embora 73% dos respondentes fossem a favor do aborto, apenas 41% pensavam que o ato deveria ser completamente livre⁵⁸, ao passo que a proposta de texto constitucional submetida aos votantes chilenos não continha uma limitação clara para os direitos reprodutivos ou a interrupção voluntária da gravidez⁵⁹. E a natureza plurinacional do Estado, que gerou um *backlash* considerável vindo do eleitorado, também foi uma demanda de organizações feministas⁶⁰.

A natureza independente de muitos *convencionales* pode também ter tornado menos provável a intenção, ou a capacidade, de se comprometer com um texto que

⁵⁴ R Dixon and D Landau, ‘Utopian Constitutionalism’ (n 3). Outros fatores são a exclusão das forças políticas majoritárias e a marginalização dos partidos políticos tradicionais. Ver, por exemplo, D Landau, ‘Introduction: Symposium on the Chilean Constitutional Referendum’, Blog of the International Journal of Constitutional Law, 23 de setembro de 2022, disponível em <https://www.iconnectblog.com/introduction-symposium-on-the-chilean-constitutional-referendum/>; JM Piscopo and PM Siavelis, ‘Chile’s Constitutional Chaos’ (2023) 34(1) Journal of Democracy 151; S Issacharoff and S Verdugo, *The Uncertain Future of Constitutional Democracy in the Era of Populism: Chile and Beyond* (NYU Law and Economics, New York, 11 de janeiro de 2023).

⁵⁵ Observatorio Nueva Constitución, ‘Observación No. 4: Género y Nueva Constitución’ (Observatorio Nueva Constitución, 13 de julho de 2021) 18, disponível em <https://www.ccs.cl/html/CAC-documents/Observatorio-Nueva-Constitucion/Observaciones/ObservacionN04.pdf>.

⁵⁶ GN Negretto, ‘Deepening Democracy? Promises and Challenges of Chile’s Road to a New Constitution’ (2021) 13(2) Hague Journal on the Rule of Law 339.

⁵⁷ Landau, ‘Introduction: Symposium’ (n 54).

⁵⁸ ‘73% de Los Chilenos y Chilenas Está a Favor del Aborto’, Ipsos, 23 de setembro de 2021, disponível em <https://www.ipsos.com/es-cl/73-de-los-chilenos-y-chilenas-esta-favor-del-aborto>.

⁵⁹ Landau, ‘Introduction: Symposium’ (n 54).

⁶⁰ A Mascareño et al, ‘Apruebo y Rechazo en septiembre 2022. Expectativas, decepciones y horizontes comunes para el nuevo proceso constitucional’, CEP Chile, 24 de janeiro de 2023, disponível em <https://www.cepchile.cl/investigacion/apruebo-rechazo-septiembre-2023-expectativas-decepciones-horizontes-para-el-nuevo-proceso-constitucional>.

poderia ganhar suporte de cidadãos comuns⁶¹. Constituintes mulheres (e homens) não alinhados e independentes podem ter menos incentivos para engajarem-se em acordos do que seus equivalentes homens e mulheres sujeitos à disciplina partidária. Independentes não têm os mesmos incentivos para seguir atitudes da maioria e podem considerar uma decisão nesse sentido como um descolamento de seus mandatos como independentes eleitos para representarem uma comunidade específica de interesses.

Ao considerar tais fatores, talvez não tenha sido uma surpresa que 61,89% dos votantes chilenos rejeitaram o projeto de Constituição no plebiscito de saída⁶². Desse modo, embora o constitucionalismo paritário tenha muitos benefícios, especialmente o de desafiar estereótipos de gênero sobre quem pode ser constituinte, e possa resultar em um texto “feminista”, é possível que este, ainda assim, deixe de obter amplo apoio popular. Isto é, a representação descritiva pode não resultar em efetiva representação substantiva de todas as mulheres – e da maioria de votantes.

5. Conclusão

O constitucionalismo paritário é um dos mais importantes legados do processo chileno de elaboração da Constituição, que ocorreu entre 2020 e 2022. Ele prometeu introduzir novas perspectivas de elaboração constitucional e de constituintes e proclamar um texto sensível a gênero.

Ainda que tenha enfrentado o fracasso da proposta do texto constitucional, o Chile embarcou em um novo processo constitucional, liderado pelos partidos políticos. Um dos traços memoráveis desse novo processo, e um legado notável da elaboração constitucional que ocorreu entre 2020 e 2022, é que mantém o recente compromisso com o constitucionalismo paritário, ao menos nos órgãos encarregados de elaborar, discutir e aprovar o texto de Constituição⁶³.

⁶¹ Negretto, ‘Deepening Democracy?’ (n 56).

⁶² ‘Plebiscito 2022’ (n 1). Equally, it is important to note that the gender provisions were cited as decisive to their vote by 5 per cent of voters. See A Mascareño et al, ‘Apruebo y Rechazo’ (n 60).

⁶³ ‘Acuerdo por Chile: Definen Consejo Constitucional, Comité de Expertos e Itinerario Para Nuevo Proceso Constituyente’, Republica de Chile Senado, 12 de dezembro de 2022, disponível em <https://www.senado.cl/comunicaciones/noticias/acuerdo-por-chile-definen-consejo-constitucional-comite-de-expertos-e>.

Ao mesmo tempo, o constitucionalismo paritário desconectado de partidos políticos funcionais e representativos e de responsividade aos pontos de vista do eleitor mediano⁶⁴ pode conduzir a transformação substantiva limitada. Isso pode contribuir com uma forma de política constitucional “utópica”, na qual constituintes adotam um projeto que é visto como extremo demais para angariar o apoio da maioria democrática. A reforma democrática constitucional pode, assim, nascer fracassada.

Para que o constitucionalismo paritário sobreviva, pode ser necessário repensá-lo de maneiras a conectá-lo mais estreitamente, em relação ao caso chileno, a estruturas partidárias e a compromissos com a responsabilidade e a responsividade democráticas. Ao invés de estar “acima” ou além de estruturas partidárias, normas de paridade deveriam ser elaboradas de modo a incentivar os partidos a lançarem candidatas mulheres diversas para assentos ou posições alcançáveis em listas partidárias. Isso também poderia ajudar a evitar os riscos duplos do constitucionalismo abusivo e utópico⁶⁵.

Como outros já notaram, essa pode ser a lição geral do processo constituinte chileno. A participação popular pode ser crucial para a legitimidade democrática, mas há também um papel importante das elites democráticas em assegurar estabilidade e mudanças democráticas⁶⁶. Sem o apoio dos partidos políticos, que possuem experiência e incentivos para atrair eleitores comuns, os processos de elaboração constitucional democrática correm o risco de se tornarem demasiado ambiciosos e contramajoritários, falhando, assim, em alçar voo.

⁶⁴ Ver S Issacharoff, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts* (Cambridge University Press, New York, 2015); S Issacharoff, *Democracy Unmoored: Populism and the Corruption of Popular Sovereignty* (Oxford University Press, New York, 2023).

⁶⁵ R Dixon and D Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press, Oxford, 2021) 71–74. Ver também R Dixon, ‘Constitutional Rights as Bribes’ (2018) 50(3) *Connecticut Law Review* 767.

⁶⁶ Ver, por exemplo, A Sethi, ‘Looking Beyond the Constituent Power Theory: The Theory of Equitable Elite Bargaining’ (documento em posse do autor), no prelo.



Los enemigos de la institucionalidad uruguaya: sobre la justificación de las medidas prontas de seguridad (1968-1972)¹

Os inimigos das instituições uruguaias: sobre a justificativa de medidas prontas de seguridad (1968-1972)

The enemies of the uruguayan institutionalality: on the justification of medidas prontas de seguridad (1968-1972)

Ramiro Castro Garcia²

Universidad de la República Uruguay (Montevideo, Uruguay)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-5875-2797>

E-mail: ramirocastrogarcia@gmail.com

Resumen

Este trabajo dialoga con los estudios relacionados con la violencia represiva estatal, pues pretende abordar algunos aspectos del estado de excepción previo a la dictadura civil-militar uruguaya que comenzó en 1973; mediante el estudio de la legislación y el uso de fundamentos teóricos e instrumentos represivos aplicados por el Estado entre 1968 y 1972, para analizar cómo se construyó el estado de excepción entre 1968 y 1972, implica considerar algunos de los aspectos trascendentes de la justificación de las medidas prontas de seguridad (M.P.S.), a saber, los sujetos individuales o colectivos a los que el Estado identificó como los causantes de la conmoción interna. Por lo tanto, debemos referirnos a los estudios de la academia jurídica acerca de los poderes de emergencia del Estado, para luego desplazarnos hacia la producción histórica sobre la violencia estatal que propone una mirada desde las prácticas represivas y los trabajos que analizan los discursos que las justificaron – principalmente – a partir de las acciones de los movimientos armados como los únicos causantes del caos institucional, para demostrar que no fueron los únicos destinatarios de las medidas.

¹ CASTRO GARCIA, Ramiro. Los enemigos de la institucionalidad uruguaya: sobre la justificación de las medidas prontas de seguridad (1968-1972). *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 101-135, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a378>.

² Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Udelar, docente e investigador. Actualmente maestrando de la Maestría en Ciencias Humanas/Opción: Historia Rioplatense en la FHCE (Udelar). Secretario de redacción de la Revista Ruptura y co-editor de la Revista ContraArgumento.

Palabras clave

Violencia represiva estatal; autoritarismo; movimiento obrero; gremios estudiantiles; grupos armados.

Sumario

1. Introducción. 2. Historia y Derecho: las medidas prontas de seguridad y los poderes de emergencia desde la academia jurídica. 3. La violencia represiva estatal desde la historiografía. 3.1 La violencia represiva estatal en la larga duración. 3.2 La violencia represiva estatal en la corta duración. 4. Los enemigos de la inmaculada institucionalidad uruguaya. 5. Conclusiones.

Resumo

Este trabalho dialoga com os estudos relacionados à violência repressiva estatal, pois pretende abordar alguns aspectos do estado de exceção anterior à ditadura civil-militar uruguaia iniciada em 1973. Para isso, apoia-se no estudo da legislação e no uso de fundamentos teóricos e instrumentos repressivos aplicados pelo Estado entre 1968 e 1972, com o objetivo de analisar como o estado de exceção foi construído nesse período. Isso implica considerar alguns aspectos relevantes da justificativa das *Medidas Prontas de Seguridad* (M.P.S.), nomeadamente, os sujeitos individuais ou coletivos que o Estado identificou como responsáveis da comoção interna. Portanto, é necessário recorrer aos estudos da academia jurídica acerca dos Poderes Emergenciais do Estado, para em seguida avançar para a produção histórica sobre a violência estatal, que propõe um olhar a partir das práticas repressivas e dos trabalhos que analisam os discursos que as justificaram – principalmente – a partir das ações dos movimentos armados como se fossem os únicos causadores do caos institucional, para demonstrar que eles não foram os únicos destinatários das medidas.

Palavras-chave

Violência estatal repressiva; autoritarismo; movimento trabalhista; grêmios estudantis; grupos armados.

Sumário

1. Introdução. 2. História e Direito: as *medidas prontas de seguridad* e os Poderes Emergenciais segundo a academia jurídica. 3. A violência repressiva do Estado a partir da historiografia. 3.1 Violência repressiva do Estado no longo prazo. 3.2 Violência repressiva do Estado no curto prazo. 4. Os inimigos das imaculadas instituições uruguaias. 5. Conclusões.

Abstract

This article dialogues with studies related to state repressive violence, as it aims to address some aspects of the state of exception prior to the Uruguayan civil-military dictatorship that began in 1973. Through an examination of legislation and the use of theoretical foundations and repressive instruments implemented by the State between 1968 and 1972, the study analyses how the state of exception was established during that period. This involves considering some significant elements regarding the justification of the *Medidas Prontas de Seguridad* (M.P.S.), namely, the individual or collective subjects identified by the State as being responsible for internal commotion. Consequently, it is necessary to draw upon legal academy on the State's emergency powers, and then shift toward the historical research on state violence, which proposes an approach focused on repressive practices and on the works that examine the discourses that justified them - primarily - based on the actions of the armed movements as though they were the sole cause of institutional chaos, to demonstrate that they were not the only targets of these measures.

Keywords

State repression; authoritarianism; labor movement; student unions; armed groups.

Summary

1. Introduction. 2. History and Law: *Medidas Prontas de Seguridad* and Emergency Powers from the perspective of legal academy. 3. State repressive violence from historiography. 3.1. State repressive violence in the long term. 3.2. State repressive violence in the short term. 4. The enemies of the immaculate Uruguayan institutions. 5. Conclusions.

1. Introducción

Este trabajo dialoga con los estudios relacionados con la violencia represiva estatal, pues pretende abordar algunos aspectos del estado de excepción previo a la dictadura civil-militar uruguaya que comenzó en 1973. En ese sentido, referirnos brevemente a la historia de los poderes de emergencia desde la perspectiva del derecho, así como a la violencia represiva estatal en el siglo XX desde el enfoque historiográfico, con el fin de analizar quiénes eran los destinatarios de las fuentes elegidas: las medidas prontas de seguridad (en adelante M.P.S.) adoptadas a partir del 13 de junio de 1968. No obstante, no podemos limitarnos a la periodización escogida, puesto que las M.P.S., la legislación y la utilización de fundamentos teóricos e instrumentos represivos aplicados por el Estado entre 1968 y 1972 se constatan durante todo el siglo XX en Uruguay y la región.

La singularidad de las M.P.S. establecidas por el Presidente Jorge Pacheco y algunos de sus ministros a través del Decreto N° 383 del 13 de junio de 1968, radicó en su carácter permanente – pese a los breves períodos en que fueron levantadas – y en la función de justificación para la sanción de otros decretos que, en su fundamentación, se remitían a estas medidas. Ejemplo de ello son los decretos que establecieron la congelación de precios e ingresos, los que resolvieron las intervenciones de los directorios y la militarización de los funcionarios de algunos entes autónomos, o aquellos que volvieron a poner en vigor las medidas después de haber sido levantadas por el Poder Legislativo. En otras palabras, el Decreto N° 383/68 y los que reimplantaron las medidas en dos ocasiones, fueron fundamentales para estructurar el estado de excepción que precedió a la dictadura.

Consideraremos a la construcción autoritaria instaurada durante el período 1968-1972 por el gobierno de Jorge Pacheco como un estado de excepción, según el enfoque propuesto por el filósofo italiano Giorgio Agamben. Entendemos que su existencia no implica necesariamente una dictadura, sino que basta que un gobierno considere que el orden jurídico está en peligro y, para conservarlo, suspenda total o parcialmente la vigencia de las normas constitucionales, con el fin de emplear, sin límites jurídicos y de forma discrecional, la fuerza del aparato represivo estatal contra aquellos individuos o grupos percibidos como una amenaza para la seguridad nacional³. En este sentido, complementaremos la propuesta del filósofo italiano

³ AGAMBEN, G. (2019). *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora.

con las consideraciones que realiza Carl Schmitt en *Legalidad y legitimidad*⁴, acerca de los distintos tipos de estructura que puede asumir el Estado – el legislativo, el judicial o el administrativo – para explicar cómo es posible compatibilizar el autoritarismo con la democracia.

Schmitt reconoce tres formas del Estado en virtud de que la decisión política final se encuentre en el Parlamento, el Poder Judicial o el Poder Ejecutivo. En el Estado legislativo imperan las normas jurídicas cuyo contenido es delimitable, determinable e impersonal, las cuales son aplicadas por órganos distintos de aquel que las creó. Sin embargo, en un Estado jurisdiccional, la preponderancia del poder coercitivo y la toma de decisiones finales recaen en el Poder Judicial, dado que deja de limitarse a la mera aplicación de las normas, como sucede en los Estados legislativos.

Por su parte, el Estado administrativo se contrapone al Estado legislativo, habida cuenta de que se identifica con el ejercicio del poder político personal y autoritario del presidente, mediante normas jurídicas como decretos y resoluciones que se dictan para atender situaciones específicas de un período determinado.

Por lo tanto, analizar cómo se construyó el estado de excepción entre 1968 y 1972 implica considerar algunos de los aspectos trascendentes de la justificación de las M.P.S., a saber, los sujetos individuales o colectivos a los que el Estado identificó como causantes de la conmoción interna o del ataque exterior que, conforme al artículo 168, numeral 17, de la Constitución, habilita la adopción de estas medidas.

Es pertinente explicitar que, cuando nos referimos a la noción de violencia represiva estatal, aludimos al conjunto de dispositivos y recursos utilizados por el Estado u organizaciones no estatales vinculadas y financiadas por este, para controlar o castigar a ciertos individuos o colectivos que puedan poner en riesgo las relaciones de poder vigentes en una comunidad determinada. La adopción de este concepto se justifica porque posibilita trascender la periodización elegida y el enfoque nacional de los mecanismos represivos utilizados por distintos gobiernos de la región, a fin de elaborar una mirada de los estudios sobre la violencia estatal sin prescindir de los distintos tiempos y espacios en los que fue ejercida (1).

Por lo tanto, debemos remitirnos a los estudios de la academia jurídica sobre los poderes de emergencia del Estado, para luego desplazarnos hacia la producción

⁴ SCHMITT, C. (1971). *Legalidad y legitimidad*. Traducción de Jose Diaz Garcia. Imprenta: Madrid, Aguilar.

histórica sobre la violencia estatal, con el fin de conocer las fuentes y los métodos utilizados por quienes investigan estos campos de estudio.

Los estudios historiográficos que consideraremos acerca de la violencia represiva estatal proponen una mirada desde las prácticas represivas y en los trabajos que analizan los discursos que las justificaron. A partir de dichos estudios, ordenaremos los aportes combinando las perspectivas espacial y temporal, comenzando por los trabajos elaborados a escala regional hasta llegar a la escala local, que serán considerados según si abordan la violencia estatal en la larga o en la corta duración.

Cuando hagamos referencia a los estudios sobre la violencia represiva estatal en la larga duración, aludimos a aquellos cuya periodización comprenda lapsos superiores a cinco años y cuyo contenido posibilite reconocer la perdurabilidad y las similitudes de las medidas represivas aplicadas durante el siglo XX en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay. En cambio, consideraremos de corta duración los estudios que abarcan un período menor a cinco años y cuyo contenido permita profundizar en el tema a escala local.

2. Historia y Derecho: las medidas prontas de seguridad y los poderes de emergencia desde la academia jurídica

La historia del derecho que hoy conocemos dista mucho de aquella que en sus inicios era escrita mayormente por juristas y que se dedicaba a contar el progreso de la legislación o los paradigmas que orientaban la producción jurídica de ciertas épocas. En definitiva, la historia del derecho escrita por abogados se limitaba a narrar la evolución de las instituciones jurídicas. El contacto con la historiografía significó romper el monopolio de los expertos del derecho para dar lugar a los historiadores, que se interesaron por la materia al compartir objetos de estudio, fuentes y problemas, lo que influyó en la apertura de las investigaciones jurídicas e historiográficas para incorporar otras preocupaciones como el empleo de las leyes, la producción y utilización de los discursos en las prácticas jurídicas, así como el interés por la organización de la justicia.

Sin embargo, la relación entre la historiografía y el derecho no ha sido aprovechada por la academia jurídica uruguaya, pues salvo en ocasiones puntuales, la historia del derecho se constriñe al desarrollo de las instituciones de forma

acrítica y lineal, sin considerar las condiciones sociales, políticas o institucionales del momento en que surgieron (2).

Los poderes de emergencia establecidos por la Constitución de 1830 aún subsisten en el sistema jurídico uruguayo. El más recurrente fue la aplicación de las M.P.S., que se decretaron por primera vez en junio de 1832 y para 1898 ya se habían adoptado en cuarenta oportunidades. El siglo XX no fue la excepción, pues entre 1902 y el 13 de junio de 1968 el Poder Ejecutivo recurrió en al menos en cuarenta y siete ocasiones⁵.

A partir de junio de 1968 la adopción de las M.P.S., que es uno de los poderes de emergencia que la Constitución le otorga al Poder Ejecutivo para circunstancias excepcionales que pongan en peligro la institucionalidad, aunque guarden ciertas diferencias, pueden compararse con los mecanismos contemplados en otras Cartas Fundamentales, denominadas, por ejemplo, estado de defensa, estado de sitio o zonas de emergencia. Según el experto en Derecho Constitucional, el Dr. Miguel Ángel SEMINO, en el marco del Decreto N° 383 del 13 de junio de 1968, se dictaron aproximadamente doscientas cincuenta medidas que regulaban los aspectos económicos, sociales y políticos del país⁶. Tal es así que, en marzo de 1972, cuando finalizó la presidencia de Pacheco y el Poder Ejecutivo volvió a abrirse al diálogo con el Poder Legislativo, fue necesaria la creación de una comisión parlamentaria especial para organizar el levantamiento de las M.P.S.⁷.

Por su parte, la suspensión de la seguridad individual, a diferencia de las M.P.S. fue utilizada tan solo en tres ocasiones: en julio de 1842, en abril de 1848 y en agosto de 1970. No obstante, desde 1934 ambos institutos están estrechamente vinculados, debido a las modificaciones realizadas por la Convención Constituyente a los artículos que las establecen⁸.

La extensa tradición de los gobiernos uruguayos respecto al uso de los poderes de emergencia, particularmente de las M.P.S., ha motivado diversos estudios en la academia jurídica que abordaron la constitucionalidad de su aplicación y su

⁵ SEMINO, M. Á. (1996). *Medidas Prontas de Seguridad*. (pp. 23-26). Montevideo: Ed.: F.C.U.

⁶ SEMINO, M. Á. *Medidas Prontas de Seguridad*. p. 27.

⁷ PRAT, J., SILVA CENCIO, J. (1972). *Vigencia de las Medidas Prontas de Seguridad*, Revista de Derecho Público, Vol. I, N° 1, Montevideo: Ed.: F.C.U., pp. 25-37.

⁸ SEMINO, M. Á. (1970). La suspensión de la seguridad individual en el derecho constitucional uruguayo, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Vol. 69. pp. 153-166.

compatibilidad con otros institutos excepcionales, como la declaración de guerra, el estado de sitio o el habeas corpus. En efecto, en 1950, a pocos años de que finalizara la Segunda Guerra Mundial, a la que Uruguay se unió declarándole la guerra a Alemania y Japón en febrero de 1945, el Dr. Alberto R. REAL analizaba las facultades del Poder Ejecutivo y de la Asamblea General para hacerlo, la cooperación entre las fuerzas represivas estatales impuestas por un régimen de M.P.S. adoptado a causa del estado de guerra, el alcance de las medidas y su carácter preventivo⁹.

En cuanto al estado de sitio, Alberto R. REAL, cuestionaba el uso abusivo y sistemático de las M.P.S. para regular todos los aspectos de la vida civil, mediante *“una verdadera mutación de la sustancia del régimen constitucional; una constitución consuetudinaria, paralela a la constitución escrita”*¹⁰, que se combinaría desde el 10 de julio de 1972 con la Ley de Seguridad del Estado y orden público N° 14.068. Sus efectos consistieron en la creación de un estado de guerra interno por oposición al estado de guerra internacional, – que es el único que reconoce la Constitución de la República de 1967 – la extensión de la jurisdicción militar para los civiles acusados de cometer aquellos delitos considerados contra la nación o la Constitución por el Código Penal Militar, así como también la limitación y/o suspensión de las garantías individuales que ya se habían puesto en práctica con las M.P.S.¹¹.

La afectación de las libertades a causa de la adopción de las M.P.S., generó cuestionamientos de los juristas en torno a la procedencia del recurso de habeas corpus durante la vigencia de estas medidas. Consecuentemente, el Profesor de Derecho Constitucional y miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Dr. Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, define qué son y en qué consisten estas medidas, las distingue de otros institutos similares en el constitucionalismo extranjero, analiza el habeas corpus y las limitaciones que éste tiene cuando el Ejecutivo emplea sus poderes excepcionales¹².

En lo que refiere específicamente a las M.P.S. decretadas a partir del 13 de junio de 1968, el Dr. Sergio DEUS abordó su concepto y alcance, las situaciones – de

⁹ REAL, A. R. (1950). La declaración de guerra y sus consecuencias en el derecho público interno, Revista de Derecho Público y Privado N° 143, Montevideo. pp. 3-22.

¹⁰ REAL, A. R. (1972). Lineamientos de una reglamentación legal del estado de sitio, La Justicia Uruguaya, N° 33, Montevideo. p. 59.

¹¹ REAL, A. R. Lineamientos de una reglamentación legal del estado de sitio. p. 57-70.

¹² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1975). Recurso de Habeas Corpus y Medidas Prontas de Seguridad, La Justicia Uruguaya, N° 71, Montevideo. pp. 127-134.

ataque exterior o conmoción interior – que las justificaron, su constitucionalidad, el rol de los poderes estatales frente a su adopción y la legalidad de los efectos respecto a las personas comprendidas en su ámbito de aplicación¹³.

Los estudios de los juristas sobre los poderes de emergencia presentan un enfoque crítico, aunque estrictamente jurídico, pues prescinden de las circunstancias sociales, políticas y económicas que lo causaron; salvo cuando se cuestionan si las huelgas o las movilizaciones de trabajadores y estudiantes podían enmarcarse de los casos graves e imprevistos de conmoción interna que se requieren para la adopción de las medidas. Sin embargo, no todos los trabajos se limitan a estudiar la aplicación simultánea de los distintos poderes de excepción, sino que algunos han destacado que el Poder Ejecutivo apeló a las disposiciones del Código Penal durante la vigencia de las M.P.S.¹⁴.

Por lo tanto, la convergencia de la aplicación de los poderes de emergencia entre sí y el complemento de estos con las normas penales exponen otro rasgo común. La reforma de los artículos de la Constitución que establecen la suspensión de la seguridad individual y las M.P.S., llevadas a cabo en 1934, así como la reforma del Código Penal del mismo año, fueron trascendentes en la transformación del enfoque de la política represiva del Estado uruguayo.

En 1931, Felipe GIL y Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, durante un seminario correspondiente al primer curso de Derecho Penal de la Facultad de Derecho que dictaba el Prof. Alfredo GARIBALDI ODDO, realizaron un estudio sobre el concepto de Estado peligroso a partir de las escuelas penales, para conocer qué influencia tuvieron algunas de estas en el Derecho Penal. El trabajo destaca los inconvenientes que ocasionaría la puesta en práctica de esta doctrina, sobre todo por su carácter preventivo y predelictivo, que posibilitaría a las fuerzas represivas estatales determinar la peligrosidad de las personas y proceder a su aprehensión sin la necesidad de que cometieran un delito¹⁵, tal como sucedió con la aplicación de muchas de las M.P.S. que se decretaron a partir de la década de 1930.

¹³ DEUS, S. (1969). *Medidas Prontas de Seguridad. Análisis del régimen constitucional*, Montevideo: Ediciones del Nuevo Mundo.

¹⁴ SEMINO, M. Á. La suspensión de la seguridad individual en el derecho constitucional uruguayo. p. 165.

¹⁵ GIL, F.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1932). *Sobre la Teoría del Estado Peligros*, Montevideo: Ed.: Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho.

3. La violencia represiva estatal desde la historiografía

3.1 La violencia represiva estatal en la larga duración

Los historiadores han aportado a la historia del derecho nuevos métodos para el análisis de las leyes y los discursos en la práctica jurídica¹⁶ (4). En este sentido, los trabajos historiográficos que estudian la violencia represiva estatal en la larga duración dan cuenta de que fue una práctica recurrente de todos los gobiernos de la región.

En el caso de Argentina, la historiadora Marina FRANCO, mediante el abordaje de textos legales, discusiones parlamentarias y la prensa, analiza un conjunto de medidas de excepción de los poderes Ejecutivo y Legislativo destinadas a resolver los conflictos obreros y sociales en la primera década del siglo XX. De esta manera, demuestra quién decide la aplicación de la legislación de excepción y cómo se justifica a través de la construcción de enemigos internos, a los que se les atribuye la capacidad de distorsionar el orden público, al punto que el gobierno de turno se vea obligado a apelar a los poderes de emergencia¹⁷.

El historiador Rodrigo PATTO SÁ MOTTA, aborda la violencia política en Brasil en el período comprendido entre 1889 y 1988, centrándose en la legislación e instituciones represivas estatales más influyentes y en la distinción de los conceptos de violencia estatal y violencia política, lo que la fundamentó y permitió diferenciar a los enemigos de la sociedad de los enemigos políticos. En efecto, destaca algunos rasgos permanentes y estructurales de la violencia represiva, como la creación de instituciones especializadas para la represión política o su justificación a partir de nociones como la amenaza extranjera al orden social o a la seguridad nacional, así como el recurso al anticomunismo, que, por amplio e indeterminado, tenía la capacidad de identificar como enemigos a inmigrantes, trabajadores, revolucionarios o cualquier proyecto crítico que promoviera un cambio social¹⁸.

¹⁶ PALACIO, J. M. (2012). La política desde el estrado (De cómo los historiadores de la ley y la justicia no podemos evitar hacer historia política), Revista PolHis N° 10, Segundo Semestre, Año 5, Buenos Aires.

¹⁷ FRANCO, M. (2019). El estado de excepción a comienzos del siglo XX: de la cuestión obrera a la cuestión nacional, Avances del Cesor, V. XVI, N° 20, Rosario, junio. pp. 29-51.

¹⁸ PATTO SÁ MOTTA, R (2020). La violencia política en el Brasil republicano: un análisis de las leyes y de las instituciones represivas (1889-1988), Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, N° 53, Buenos Aires, julio-diciembre. pp. 124-150.

En el caso chileno, la historiadora Verónica VALDIVIA, analiza los mecanismos de represión estatal utilizados por el gobierno trasandino entre 1918 y 1973, mediante el estudio de la reforma constitucional de 1925 y sus consecuencias en la transformación del aparato represivo estatal, el rol de la Policía y las Fuerzas Armadas, las leyes de residencia para prohibir la entrada de ciertos extranjeros, así como los decretos-ley de seguridad que tipificaban la huelga como delito político. Estos no solo posibilitarían la represión del movimiento obrero y social, sino también ampliar las facultades de la justicia militar y complementar – en algunas ocasiones – a los poderes de emergencia con la aplicación de las normas del Código Penal¹⁹.

En la producción académica uruguaya, Magdalena BORQUETAS y Nicolás DUFFAU brindan un estudio sobre la violencia estatal en la larga duración, a través del análisis de un conjunto de fuentes legislativas, medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo y la prensa, que ayudan a comprender que las situaciones declaradas por el Estado como excepcionales necesitaron de la creación de enemigos internos para legitimar la suspensión total o parcial del orden jurídico²⁰. Los mecanismos utilizados habitualmente por el Estado para combatir los conflictos con organizaciones obreras y sociales movilizadas fueron las M.P.S. combinadas con la aplicación de leyes que limitaban los derechos fundamentales, legitimaban el uso de la violencia estatal y la suspensión de las garantías individuales (6).

Respecto a las transformaciones de las instituciones represivas, contaron con un aparato teórico que las fundamentaba. En este sentido, los trabajos de Magdalena BROQUETAS, Mariana IGLESIAS y Leandro KIERZSENBAUM ofrecen una mirada de la actuación de los técnicos (médicos y abogados) vinculados al Estado, lo cual demuestra su acentuada impronta científica basada en la criminología positivista de fines del siglo XIX, que inspiró y legitimó en la década de 1930 el Código Penal (1934), las leyes migratorias de 1932, 1936 y 1941 (7), así como los decretos de 1933 y 1934 sobre el contralor económico y sanitario de la inmigración.

Desde el punto de vista discursivo, la historiadora Magdalena BROQUETAS coordinó un novedoso trabajo sobre la historia del anticomunismo en Uruguay entre 1947 y 1985. A partir de fuentes iconográficas de circulación global, este

¹⁹ VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE (2020), V. Subversión, coerción y consenso, Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, N° 53, Buenos Aires, julio-diciembre, pp. 180-204.

²⁰ BROQUETAS, M.; DUFFAU, N. (2020). Una mirada crítica sobre el “Uruguay excepcional” Reflexiones para una historia de larga duración sobre la violencia estatal en el siglo XX, Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, N° 53, Buenos Aires, julio-diciembre. pp. 151-179.

estudio analiza las apropiaciones locales y regionales, los orígenes del movimiento anticomunista, los diversos actores sociales que lo impulsaron y participaron, su utilización para justificar políticas autoritarias, y la descalificación de individuos o grupos sociales – como los movimientos anarquistas, obreros y estudiantiles, los partidos políticos, miembros de grupos guerrilleros, etc. – que fueron estereotipados como enemigos del orden social para fundamentar la violencia represiva estatal²¹.

Los trabajos que consideran a la violencia represiva estatal en la larga duración, nos han permitido observar, a escala regional, el uso de los poderes de emergencia del Estado para reprimir al movimiento obrero, a los inmigrantes y a cualquier proyecto de cambio social que cuestionara el orden establecido. En consecuencia, se constata que en la región se promulgaron, de manera complementaria, leyes de residencia para prohibir el ingreso o la permanencia de los extranjeros, decretos-ley de seguridad nacional, la transformación de los aparatos represivos y la creciente participación de las Fuerzas Armadas en la seguridad interior. Pero, sobre todo, todos los historiadores destacaron la necesidad de justificar la violencia represiva estatal mediante la creación de enemigos internos que según las distintas épocas se les cambiaba el nombre, pese a cumplir la misma función legitimante.

3.2 La violencia represiva estatal en la corta duración

Los estudios sobre la violencia represiva estatal en la corta duración se considerarán a escala local y se enfocarán en los últimos años de la década de 1960. La actitud e instrumentos represivos adoptados por el Estado uruguayo a partir del año 1968 presentan características muy particulares. En este sentido, resultan relevantes los estudios del historiador Carlos DEMASI, que brindan una explicación sobre la singularidad de 1968, analizando fuentes legislativas, la prensa, documentos de las Fuerzas Armadas y la Convención Nacional de Trabajadores. Dichas fuentes muestran cómo el gobierno de Pacheco enfrentó el complejo contexto marcado por la convergencia de la crisis económica y financiera, la fragmentación político-partidaria, los cambios de las jerarquías del Ejército y la acción del movimiento obrero y social²².

²¹ BROQUETAS, M. (coord.). (2021). Historia visual del anticomunismo en Uruguay (1947-1985), Montevideo: CSIC-FHCE.

²² DEMASI, C. (2019). 1968: del Neobatllismo al Autoritarismo, Revista Encuentros Uruguayos, N° 7, Montevideo, 2001. pp. 11-44. DEMASI, C. El 68 uruguayo. El año que vivimos en peligro, Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

El deterioro interno de los partidos políticos se profundizó en el Partido Colorado cuando Pacheco, que había asumido la presidencia en diciembre de 1967 tras la muerte de Gestido, renovó el gabinete sustituyendo a los políticos de carrera por técnicos vinculados a los sectores empresariales, lo cual le dificultó conseguir apoyo parlamentario para la aprobación de las primeras iniciativas de su mandato. Pese a estas adversidades, Pacheco aprovechó las circunstancias para construir su figura como la de un presidente que – supuestamente – aislado y carente de respaldo, tendría que gobernar solo²³.

Sin embargo, la aportación de Ana Laura DE GIORGI, quien critica la supuesta carencia del respaldo legislativo del Presidente, demuestra - a través del estudio de las discusiones parlamentarias – que a Pacheco no le faltó apoyo, sino que contó con su sector, la Lista 15 (liderada por Jorge Batlle) y algunos grupos de la oposición, como los herreristas. Consecuentemente, ese respaldo se tradujo en las ausencias de los legisladores durante las sesiones de la Asamblea General, para evitar el quórum requerido con el fin de rechazar la implantación y la reimplantación de las M.P.S. durante todo su mandato²⁴ (8).

La adopción de las M.P.S. de junio de 1968 tuvo como destinatarios al movimiento obrero y estudiantil, al igual que las medidas dispuestas por los gobiernos nacionalistas precedentes. En este sentido, Hugo CORES ofrece una mirada de las relaciones del movimiento obrero con la crisis económica y política de 1968, lo cual contribuye a la perspectiva de uno de los protagonistas del período: el sindicalismo²⁵.

No obstante, tras mayo del 1968, otros actores – los estudiantes y el Movimiento de Liberación Nacional (M.L.N. Tupamaros) – asumieron el protagonismo conjuntamente con el movimiento obrero a raíz del conflicto por el aumento del costo del boleto, la muerte del estudiante Líber Arce y el influjo del contexto internacional respecto del papel de los jóvenes en el proceso de transformación social. Dichos factores convirtieron sus reivindicaciones sectoriales en preocupaciones que trascendieron al movimiento, conforme a la situación económica y política que atravesaba el país²⁶.

²³ DEMASI, C. El 68 uruguayo. El año que vivimos en peligro.

²⁴ DE GIORGI, A. L. (2006). ¿Sólo con mi pueblo?, Cuadernos de Historia Reciente, tomo VI, Montevideo: Ediciones de la banda Oriental, pp. 15-24.

²⁵ CORES, H. (1997). El 68 uruguayo, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental.

²⁶ MARKARIÁN, V. (2022). El 68 uruguayo. El movimiento estudiantil entre molotovs y música beat, Montevideo: Estuario editora.

El papel que desempeñaron los estudiantes en el período fue estudiado – entre otros – por Gonzalo VARELA PETITO, quien aporta un enfoque sociológico de la política por medio del estudio de los procesos de poder que tuvieron lugar entre 1968 y 1973. En este marco, analiza el movimiento estudiantil y la acción directa del M.L.N., el giro conservador de la opinión pública, la función a la que quedó relegado el Parlamento durante el gobierno de Pacheco, el lugar de enunciación desde el cual se justificaron las M.P.S. y la necesidad de un gobierno autoritario²⁷ (9).

En lo que respecta al M.L.N., Clara ALDRIGHI contribuye desde una perspectiva sustentada en entrevistas y un vasto cuerpo documental, para demostrar la estructura de la organización, sus diversas direcciones, el proceso de toma de decisiones, las normas que regían la acción directa, así como la indagación en las vertientes ideológicas que confluían dentro del movimiento y su construcción como el enemigo interno que justificaba la violencia represiva ejercida por el Estado uruguayo²⁸ (10).

En cuanto a la asistencia norteamericana para la transformación del aparato represivo estatal, Clara ALDRIGHI presenta un estudio sobre documentos desclasificados de la *National Archives and Records Administration* (N.A.R.A.), el cual nos permite apreciar cómo el gobierno estadounidense colaboró con el uruguayo para la implementación de un programa de asistencia policial, conocido como el *Programa de Seguridad Pública*. Dicho programa se desarrolló a partir de 1965 para modificar los servicios de inteligencia y coordinar – por primera vez – la participación conjunta de policías y militares para afrontar las movilizaciones sociales²⁹.

Debido a que las prácticas represivas estatales no pueden prescindir de un aparato discursivo que las legitime, resultan relevantes las investigaciones centradas en los discursos producidos desde el Estado, con el objetivo de conocer la estructura y los efectos de los instrumentos utilizados para justificar la violencia y la legislación de excepción.

²⁷ VARELA, G. (1988). De la República liberal al Estado miliar, Uruguay 1968-1973, Montevideo: Ediciones del Nuevo Mundo.

²⁸ ALDRIGHI, C. (2001). La izquierda armada. Ideología, ética e identidad en el MLN-Tupamaros, Montevideo: Ediciones Trilce.

²⁹ ALDRIGHI, C. (2019). Estados Unidos y el 1968 uruguayo. Armas, adiestramiento y recursos financieros para sofocar la protesta social, Revista Huellas de Estados Unidos. Estudios y debates desde América Latina, N° 17, Buenos Aires, octubre. pp. 5-32.

Los estudios de Francisco PANIZZA sobre los conflictos generados dentro del orden político-administrativo, ocasionados por las dificultades de los partidos políticos para atender y mediar las demandas de la sociedad, brindan una mirada acerca de la necesidad de reelaborar las reglas de juego formales de la administración pública³⁰, estructurando la explicación de la crisis a partir del binomio crisis-orden³¹.

En lo referente a las prácticas discursivas gubernamentales, Álvaro RICO demuestra cómo actúan mediante la combinación de sus aspectos económicos, políticos y jurídicos. En efecto, explica que mientras el aspecto económico estaba dirigido a la sociedad con la finalidad de justificar los problemas y las medidas para superar la crisis, el aspecto político cumplía la función de excluir del sistema al movimiento obrero, responsabilizado por el Estado como causante de la crisis.

No obstante, la investigación de RICO contribuye a vislumbrar la función del aspecto jurídico del discurso estatal, demostrando que la legitimación de las prácticas represivas que complementaban a las políticas económicas del gobierno uruguayo a partir de 1968 fue posible gracias al uso de normas jurídicas. Estas permitieron reformular el contenido del aspecto político del discurso, basado en el orden y la seguridad; es decir, en un discurso autoritario sostenido desde el binomio amigo-enemigo.

En síntesis, los trabajos de Francisco PANIZZA y Álvaro RICO posibilitan conocer las prácticas discursivas empleadas por el gobierno de Jorge Pacheco y su efectividad, vinculada a la actuación de los emisores privilegiados – economistas y abogados – de la administración pública. Estos aprovechaban la posición preferencial que tiene el Estado para producir, favorecer y restringir discursos (11).

4. Los enemigos de la inmaculada institucionalidad uruguaya

Tanto los estudios jurídicos como los historiográficos acerca de los poderes de emergencia del Estado y la violencia represiva estatal en la corta y larga duración, demuestran que las políticas autoritarias y represivas llevadas a cabo por los

³⁰ PANIZZA, F. (2002). Discurso e instituciones en la reforma de la Administración Pública uruguaya, *Revista Uruguaya de Ciencia Política* N° 13, Montevideo.

³¹ RICO, Á. (1989) *Del liberalismo democrático al liberalismo conservador*, Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

gobiernos de la región en distintos momentos son indisociables de la identificación de un enemigo (interno o externo) que las justifique.

Desde la perspectiva jurídica, se advierte en el texto constitucional que faculta al Poder Ejecutivo a decretar las M.P.S. en casos graves e imprevistos de conmoción interna o ataque exterior. Mientras tanto, el enfoque historiográfico, demuestra que las prácticas represivas estatales, al utilizar los poderes de emergencia, se sustentan en la construcción e identificación de individuos o colectivos como enemigos del orden social, a quienes se les atribuye la capacidad de comprometer la institucionalidad. En este sentido, el período 1968-1972 se caracterizó por la aplicación permanente de las medidas excepcionales, encontrando en distintos actores sociales enemigos que legitimaran la violencia represiva estatal.

Para estudiar a los agentes sociales que el gobierno de Pacheco identificó como enemigos, recurriremos a algunas normas jurídicas trascendentes para el sostenimiento del estado de excepción entre 1968-1972. Concretamente, el Decreto N° 383/1968 que instauró el régimen de M.P.S., los Decretos N° 289/1969 y N° 437/1971 que reimplantaron las medidas, además de las Resoluciones del Poder Ejecutivo y la Asamblea General de los días 9 y 10 de agosto de 1970, que dispusieron la suspensión de la seguridad individual.

Los años 60 se caracterizaron por la inestabilidad política, económica y social. La fragmentación interna de los partidos dificultó la administración del gobierno, que simultáneamente debía lidiar con la fuga de capitales, la inestabilidad monetaria, la caída de los salarios, el cierre de bancos que evidenciaba maniobras fraudulentas (12), el cierre de las importaciones y las sequías prolongadas que, además de afectar a las actividades agropecuarias, generaron grandes dificultades energéticas, entre otros factores que agravaron la situación que atravesaba el país. En este contexto la conflictividad gremial también fue intensa: se unificó el movimiento obrero con la creación de la Convención Nacional de Trabajadores y se recurrió, por parte de los gobiernos de la década, a las M.P.S. como una forma de afrontar la movilización sindical.

El triunfo de la fórmula integrada por Óscar Gestido y Jorge Pacheco en las elecciones de 1966 significó el retorno del Partido Colorado al poder luego de dos legislaciones lideradas por los colegiados Blancos, heredando un país en crisis puso en aprietos al presidente Gestido, durante su corto período de gobierno. Las medidas propuestas por el Presidente adoptaban los lineamientos económicos del Fondo Monetario Internacional y eran hostiles con el movimiento sindical, por lo que se

produjo una crisis ministerial inmediatamente después de la adopción de las M.P.S. de octubre de 1967, orientadas a responder a las acciones gremiales tomadas por la Asociación de Bancarios del Uruguay, las cuales, a criterio del gobierno, profundizaban los problemas de la economía nacional (13).

No obstante, las M.P.S. tomadas por Gestido y algunos ministros de su gabinete no se distinguían en su objetivo de las adoptadas por los gobiernos colegiados del Partido Nacional en 1959, 1963 y 1965, en cuanto a que pretendían controlar al movimiento sindical³², sin que ello implicara que estas medidas fueran mantenidas por tiempo indeterminado, como sucedió al año siguiente en el gobierno de Pacheco.

Pacheco asumió la presidencia de la República en diciembre de 1967 a causa de la muerte de Óscar D. Gestido. El mandato de aquél se inauguró decretando la proscripción y censura de los partidos y los medios de izquierda que se consideraban vinculados a movimientos etiquetados como subversivos. Entre los destinatarios se encontraban el Movimiento Revolucionario Oriental, el Partido Socialista, la Federación Anarquista del Uruguay, el Movimiento de Izquierda Revolucionaria, el Movimiento de Acción Popular Uruguayo, el Grupo Independiente de Época y el semanario El Sol.

La actitud que el gobierno de Pacheco adoptó desde su asunción se intensificó en 1968. En enero fue reprimida una manifestación de los trabajadores del Frigorífico Anglo en Fray Bentos, y lo mismo sucedió en febrero tras la ocupación de la fábrica FUNSA. El mes de marzo tampoco estuvo exento de estas prácticas, puesto que los trabajadores de General Electric padecieron la represión policial en un conflicto que duró aproximadamente dos semanas³³. Paralelamente, había estallado el conflicto estudiantil a causa de la suba del precio del boleto, que alcanzó niveles considerables, y se gestó un movimiento de jóvenes de Secundaria y de la Universidad, caracterizado tanto por ocupar los locales de enseñanza como por las manifestaciones violentas en las calles.

Finalmente, en el mes de junio sobrevinieron las primeras M.P.S. del gobierno de Pacheco, con un alcance nunca antes visto, ya que se extendieron hasta

³² BROQUETAS, M. (2015). La trama autoritaria. Derechas y violencia en Uruguay (1958-1966), Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 2ª edición. pp. 213, 214, 217, 220 y 221; IGLESIAS, M. (2011). La excepción como práctica de gobierno en Uruguay, 1946-1963, Contemporánea Historia y Problemas del Siglo XX, Vol. II, Montevideo. p. 146; KIERZSENBAUM, L. (2012). Estado peligroso y medidas prontas de seguridad: violencia estatal bajo democracia (1945-1968), Revista Contemporánea, Año III, Vol. III, Montevideo, FHCE. p. 108.

³³ CORES, H. El 68 uruguayo. pp. 127, 128, 131, 138 y 139.

el 15 de marzo de 1969 y fueron reimplantadas el 24 de junio del mismo año, transformando en habitual el régimen excepcional inaugurado con el Decreto N° 383 del 13 de junio de 1968.

De acuerdo con lo que establece en el artículo 168, numeral 17 de la Constitución, el Poder Ejecutivo puede adoptar M.P.S. mediante la promulgación de decretos que, por su excepcionalidad, deben tener una motivación y un alcance concreto; por ende, no pueden emplearse para establecer un régimen general y permanente de limitación o supresión de garantías individuales, ni para la ampliación injustificada de las facultades discrecionales del Poder Ejecutivo³⁴.

Independientemente de la excepcionalidad de los hechos que motivan las medidas y de sus efectos, existen otras características que ambas deben cumplir. Respecto a la primera, serán procedentes cuando estén causadas por una situación imprevista de conmoción interna o ataque exterior, de tal entidad que amenace la institucionalidad. No obstante, persiste la duda acerca de los criterios que el Poder Ejecutivo emplea para considerar cuándo se está ante una situación de conmoción, pues se trata de una decisión discrecional otorgada por la Constitución al gobierno y no limitada por la naturaleza de las causas que pueden originarla, por lo cual debe adoptarse un criterio amplio que abarca sin mayores dificultades, las motivaciones de carácter económico como la que fundamentó el Decreto N° 383/68.

La función de contralor de ese acto que la doctrina jurídica califica de *gobierno* está a cargo del Poder Legislativo. Este, a diferencia del Ejecutivo – obligado a someter las medidas en 24 horas a la consideración de la Asamblea General – no tiene plazo para expedirse. La ausencia de consecuencias jurídicas desfavorables fue muy bien aprovechada por los legisladores alineados con el presidente Pacheco, quienes no concurrían o se ausentaban de las sesiones destinadas a aprobar o rechazar las medidas, evitando así el quórum requerido para su rechazo o admisión³⁵.

En lo referente a los efectos y la aplicación de las medidas, la Constitución resulta clara y precisa, ya que solo autoriza arrestar o trasladar a las personas comprendidas dentro de su ámbito de aplicación siempre y cuando estas no opten por salir del país.

³⁴ DEUS, S. Medidas Prontas de Seguridad. Análisis del régimen constitucional. pp. 12 y 13.

³⁵ DE GIORGI, A. L. *¿Sólo con mi pueblo?* pp. 18 y 19.

En cuanto a los actores sociales que fueron identificados por el gobierno uruguayo como los causantes de la conmoción interna, los *vistos, resultando y considerandos* del Decreto N° 383/68, demuestran que los destinatarios de las medidas eran los trabajadores de la Banca Oficial, quienes según el decreto:

han hecho totalmente imposible el funcionamiento normal de los Bancos Central, de la República, de Seguros, Hipotecario y Caja Nacional de Ahorro y Descuentos”; [los funcionarios públicos agrupados en la Asociación de Funcionarios Públicos habían] “afectado el funcionamiento normal de las siguientes oficinas de la Administración Central: personal civil del Ministerio de Defensa Nacional; personal administrativo, obrero y de servicio de Telecomunicaciones; de INVE; personal de los Ministerios de Transporte, Comunicaciones, y Turismo y de Industria y Comercio; oficinas centrales del Consejo del Niño y otras dependencias del Ministerio de Cultura; Tesorería y Contaduría General de la Nación; personal de Vialidad, Arquitectura, Topografía e Hidrografía del Ministerio de Obras Públicas³⁶.

De la misma manera, se consideraban como agentes distorsionantes del orden los estudiantes, la prensa y cualquier persona que ejerciera su derecho de protesta o difundiera convocatorias a huelgas o paros. Esto se debe a que el texto del segundo párrafo del *considerando IIIº* y el artículo 1º de la parte dispositiva del Decreto N° 383/68, fue redactado de tal forma que le permitía al gobierno ir más allá de los límites de concreción requeridos por la Constitución de la República para estas medidas, tanto en lo referente a su duración como en lo relativo a las personas y colectivos alcanzados (14). A pesar de la dificultad que supone la generalidad de los términos del segundo párrafo del *considerando IIIº* y del artículo 1º del Decreto N° 383/68 para excluir a algún actor individual o colectivo de su ámbito de aplicación, brillan por su ausencia las referencias directas al movimiento armado o a los estudiantes que se manifestaban en las calles protagonizando duros enfrentamientos con la policía.

En 1968, el movimiento obrero, así como las huelgas de los bancarios y los funcionarios de la Administración Central, constituían la principal preocupación del Poder Ejecutivo, puesto que las acciones del movimiento armado se intensificaron después de la adopción de las M.P.S. y del estado de excepción permanente que estas generaron.

³⁶ Decreto N° 383/1968, Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, pp. 326.

Por su parte, la falta de referencia directa al movimiento estudiantil - que sí había sido un protagonista importante durante 1968 - obedece a que el gobierno diferenciaba dos tipos (15). En la Sesión de la Asamblea General que se desarrolló entre el 25 y 26 de junio de 1968, la distinción entre la parte del movimiento estudiantil que protestaba en las calles y la parte que prefería ocupar los locales de enseñanza, fue utilizada por el Ministro del Interior, Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, como fundamento de la exclusión de los organismos de enseñanza, pero solo con respecto a la ocupación de locales:

El Poder Ejecutivo distingue, claramente, el conflicto estudiantil en sí, incluida la ocupación de locales estudiantiles, con la proyección de esos conflictos en la calle. Tuvo en cuenta, expresamente, en el decreto [...] los desórdenes callejeros promovidos que dieron, como factor determinante, la aplicación de las Medidas. Pero creemos que el procedimiento de las Medidas no es el adecuado para el conflicto estudiantil en sí, de ocupación de locales³⁷.

Por lo tanto, a lo que se refiere – indirectamente – el 2º párrafo del considerando III al enunciar: *“A ello se agrega el desusado clima de violencia callejera y de perturbación del orden público que se ha desatado en los últimos días en la ciudad de Montevideo y que ha causado ingentes daños a terceros”* (Decreto N° 383/1968, Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, pp. 327), alude a la acción estudiantil en las calles, posicionándolos como los principales destinatarios de las M.P.S., junto a los trabajadores y funcionarios afiliados a la Asociación de Empleados Bancarios del Uruguay y la Asociación de Funcionarios Públicos.

La justificación de las medidas y la identificación de los trabajadores y los estudiantes como los enemigos del orden, se fundamentaba en su peligrosidad, señalando como abusivo el ejercicio del derecho de huelga en los paros indeterminados. A estos se les atribuía la capacidad de ocasionar un grave perjuicio para la economía, al obstaculizar el ingreso de divisas provenientes del comercio exterior y, asimismo, de entorpecer el funcionamiento del Estado. Según el gobierno, tales acciones generaban *por sí mismas* el estado de conmoción interna del que habla el artículo 168, numeral 17 de la Constitución. Conforme con el *considerando II*:

La paralización de actividades vitales de la Administración Central crea igualmente, y por sí sola, la situación de conmoción interior a que

³⁷ Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, pp. 367.

se refiere el artículo 168, inc. 17 de la Constitución de la República, según se ha reconocida en una larga serie de decisiones del Poder Ejecutivo a partir del Decreto de fecha 11 de setiembre de 1952³⁸.

En toda la extensión del segundo párrafo del *considerando III*, se observa el lugar de enunciación desde el cual el gobierno de Pacheco estructuró el discurso que fundamentó las M.P.S., basándose en el argumento de que el Estado estaba siendo atacado y, por ende, debía actuar en (legítima) defensa de la Constitución y de las instituciones democráticas³⁹. Dicho discurso no habría sido posible sin la identificación del movimiento sindical y estudiantil como *subversivo*, pues se los acusaba de pretender acceder – mediante el uso abusivo del derecho de huelga – a supuestos privilegios económicos:

El Poder constitucional no puede ni debe tolerar su desplazamiento, porque ello equivaldría a corroer la estructura legal. Respetar la organización sindical, con todos sus atributos, y es partidario, como lo ha demostrado, del diálogo con esas organizaciones, a fin de determinar las retribuciones más justas [...] Pero cuando sectores dentro de ella, se singularizan por exigir un tratamiento de excepcional privilegio, que resulta imposible financiar, y se enfrenta al Estado de Derecho, buscando plasmar de facto, es imprescindible que el Poder Ejecutivo elimine esa acción desorbitada, afirmando la plena vigencia del sistema constitucional y asegurando la continuidad de los servicios públicos esenciales [...] Ante tal emergencia, el Gobierno defenderá la vigencia del orden jurídico y, con ella, la efectividad de nuestras libertades⁴⁰.

La posición del Poder Ejecutivo consistió en argumentar que el ejercicio desmedido del derecho de huelga por parte del movimiento sindical no era nuevo ni la solución propuesta por el Estado (16). Esto se debía a que consideraba que, en esta ocasión como en 1952⁴¹, los trabajadores empleaban medidas de lucha que implicaban paros sorpresivos y por tiempo indeterminado en los servicios públicos. El Ministro del Interior, Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, calificaba tales acciones como “*formas abusivas, demasiado nocivas para el servicio público, por cuanto impiden*

³⁸ Decreto N° 383/1968, Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, pp. 327.

³⁹ KIERSZENBAUM, L. Estado peligroso y medidas prontas de seguridad: violencia estatal bajo democracia (1945-1968). p. 101.

⁴⁰ Decreto N° 383/1968, Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, p. 327.

⁴¹ Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, págs. 339 y 367.

*que éstos puedan prever de antemano y atender debidamente los intereses de la colectividad afectados por estas medidas*⁴². A su vez, afirmaba que las movilizaciones violentas de un sector del movimiento estudiantil “constituyeron la conjunción de factores que convenció al Poder Ejecutivo a fin de garantizar los derechos y bienes de la población y cumplir, debidamente, con lo que constituye la función primordial de todo gobierno, que es asegurar el orden público y la tranquilidad interior”⁴³.

Los legisladores Enrique Rodríguez Fabregat (del Frente I. de Liberación), Zelmar Michelini (de la Lista 99), Amílcar Vasconcellos (de la Lista 315) y Rodney Arismendi del Partido Comunista del Uruguay, cuestionaron al gobierno refutando que la intensidad del movimiento social fuera capaz de causar una situación de conmoción interna, discutieron el uso abusivo del derecho de huelga y sostuvieron la inconstitucionalidad del Decreto N° 383/68. Las críticas sobre la entidad del movimiento social como causante de la conmoción interna apelaron a hechos de público conocimiento y a la efectiva repercusión de las acciones de lucha de los sectores movilizados:

nadie que conozca en serio la realidad social de este país puede creer por un solo minuto que el conflicto promovido por esa organización fantasma – la Asociación Nacional de Funcionarios Públicos – fuese capaz de poner al país al borde del infortunio colectivo o de crear las condiciones de conmoción externa o agresión exterior [...] No se puede decir – salvo que se haya perdido el sentido de la REALidad en toda su dimensión – que las manifestaciones estudiantiles, con sus derivaciones, que cada uno puede juzgar como quiera, significan la pérdida del control de la situación nacional por parte del Gobierno⁴⁴.

Desde esta perspectiva, los hechos que fundamentaban las medidas no representaban la situación de emergencia que requiere el artículo 168, numeral 17 de la Constitución, sino que denunciaban que el Poder Ejecutivo:

utiliza al movimiento sindical que lucha por justas reivindicaciones, para reajustes y contra reajustes en los elencos ministeriales, y si no, como pasó en el mes de octubre, para sacar del Gobierno del país al sector que representaba una cierta resistencia a las directivas del

⁴² Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, p. 363.

⁴³ Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, p. 366.

⁴⁴ Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, p. 337.

Fondo Monetario Internacional, implantando en su lugar al grupo de Charlone, de Jorge Batlle y de Manini Ríos, adictos incondicionalmente a las directivas de dicho Fondo y a la esclavización económica, política y cultural que significa la sumisión a Washington⁴⁵.

Por lo tanto, los legisladores que se oponían a las M.P.S. entendían que la incertidumbre en torno a la implementación de medidas de huelga y su duración no era suficiente para causar una amenaza que avalara la determinación del estado de conmoción interno y la promulgación del Decreto N° 383/68. En este sentido se expresaba el legislador Arismendi:

el hecho constitucional, la autorización constitucional para la adopción de las Medidas de Seguridad en el caso de agresión exterior o conmoción interior y con el nombre de Medidas Extraordinarias el Poder Ejecutivo debía justificarlo, pero no lo hizo [...] Va transformando, borrando las fronteras, porque cambia en conmoción o estado similar a la agresión exterior, cuando ella no existe en el país, la situación de la República. Las utiliza como elemento político, proclama la necesidad de la continuación de ciertos servicios, en la hora presente, cuando es bien visible que no hay razones para ellas. ¿Dónde está el límite entre el régimen institucional que hace de las medidas, por la supresión de las garantías constitucionales, un régimen excepcional y la transformación de éste en un régimen permanente, en un plano de dictadura consentida?⁴⁶.

Después de dos días de debates, las M.P.S. fueron aprobadas por la Asamblea General el 26 de junio de 1968 y posteriormente levantadas por el Poder Ejecutivo en marzo de 1969. No obstante, apenas tres meses después fueron reimplementadas mediante el Decreto N° 289 del 24 de junio de 1969, cuya fundamentación remitía al Decreto N° 383/68 y se expresaba en los mismos términos, aunque se aprecian algunas diferencias en la valoración de la crisis realizada por el gobierno de Pacheco un año antes. En este sentido, el *considerando II* del Decreto N° 289/69 establece:

Que los fundamentos que tuvo el Poder Ejecutivo el 13 de junio de 1968, en oportunidad de adoptar análogas medidas a las que consigna el presente decreto, se agrega ahora, como elemento determinante de

⁴⁵ Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, p. 338.

⁴⁶ Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, pp. 373 y 375.

una mayor gravedad, una acción coordinada de los actores laborales públicos y privados para detener la actividad del país [...] Por si los elementos citados precedentemente no fueran suficientes para constituir una situación de conmoción interior, debe tenerse en cuenta el clima de violencia callejera y agresión insólita con los daños consecuentes a la propiedad privada⁴⁷.

El texto indica que la reimplantación de las M.P.S. obedeció a las mismas razones que las decretadas en junio de 1968: contener la movilización obrera, social y estudiantil, que a pesar de la represión estatal seguía manifestándose en contra de las medidas del gobierno implementadas desde entonces. No obstante, las referencias del Decreto N° 289/69 al “*clima de violencia callejera*”, que al igual que los fundamentos de las M.P.S. precedentes alude a las tendencias violentas que fueron adoptando ciertos sectores de los colectivos movilizados frente a la virulencia de la represión policial, vuelve a destacarse la ausencia de mención al movimiento armado en el nuevo diagnóstico sobre la gravedad de las circunstancias que ensayaba el Poder Ejecutivo.

A pesar de que los orígenes del Movimiento de Liberación Nacional data de los primeros años de la década de 1960, la efectividad y el esplendor de sus acciones – como los secuestros de jerarcas, jueces, fiscales y diplomáticos extranjeros, la toma de ciudades como Pando y los asesinatos selectivos como el del funcionario estadounidense Dan Mitrione – fueron constatables luego de la aplicación de las M.P.S.. En 1970, ante los secuestros del juez Daniel Pereira Manelli el 28 de julio y los de Aloysio Gomide Dias y Dan Mitrione el 31 del mismo mes, las autoridades intensificaron las acciones para liberarlos, entre las cuales se destaca la suspensión de la seguridad individual, que no se había aplicado desde el año 1848.

El 9 de agosto de 1970, el Poder Ejecutivo solicitó la anuencia de la Asamblea General para suspender la seguridad individual, de forma complementaria a las M.P.S. del 24 de junio de 1969, que se encontraban plenamente vigencia. La resolución del Ejecutivo, en su parte expositiva, argumentaba la pertinencia de aplicar el artículo 31 de la Constitución, catalogando las acciones del M.L.N. como un supuesto de conspiración contra la patria. En este sentido, el texto de la resolución afirmaba:

⁴⁷ Decreto de medidas prontas de seguridad N° 289 del 24 de junio de 1969, en: <https://www.impo.com.uy/diariooficial/1969/06/27/2>.

Visto: la acción que está desarrollando la Policía a efectos de procurar la liberación de las personas recientemente secuestradas por grupos delictivos. Considerando: I) Que es imperativo ineludible del Estado emplear todos los medios a su alcance para lograr el objetivo primordial antes referido; II) Que en las actuales circunstancias la acción de grupos delictivos se caracteriza, tal como resulta de una abundante jurisprudencia, por su propósito de conspiración contra la patria, y que en tal caso corresponde la aplicación del Art. 31 de la Constitución de la República⁴⁸.

El 10 de agosto, la Asamblea General concedió la anuencia solicitada por el Poder Ejecutivo el día anterior para suspender, por 20 días, la seguridad individual. Por lo tanto, estos documentos evidencian que la mayoría de los legisladores que votaron a favor de la aplicación del artículo 31 de la Constitución no solo consideraba al movimiento obrero, social y estudiantil como un peligro para el orden social, sino que percibía al movimiento armado como una amenaza y lo catalogaba conspirador contra la patria. Esta visión es reforzada desde el gobierno mediante la apelación a los artículos 132 a 137 del Código Penal, incluidos en el capítulo titulado: *Delitos contra la patria*⁴⁹.

Si bien en uno de los estudios mencionados en el capítulo sobre la violencia estatal en la corta duración, Ana Laura DE GIORGI demostró que al presidente Pacheco no le faltó apoyo parlamentario, ello no implica que las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo se desarrollaran sin inconvenientes, ya que el paso del Estado legislativo al administrativo supuso la aplicación constante de decretos y resoluciones que vulneraban el principio de legalidad. En este sentido, uno de los conflictos más destacables entre ambos Poderes se desató en 1970, a causa de la falta de apoyo para la aprobación de la Ley de Seguridad del Estado, que no fue sancionada por el Parlamento hasta la legislatura siguiente, después de la asunción presidencial de Juan María Bordaberry.

En este contexto de desgaste de las relaciones entre los Poderes estatales, el 14 de julio de 1971 el Parlamento decidió levantar las M.P.S. adoptadas por el Decreto N° 289/69, así como todas aquellas que afectaban el ejercicio de las garantías individuales. Como respuesta, el Poder Ejecutivo las reimplantó al día siguiente mediante el Decreto N° 437 del 15 de julio de 1971, que, en su parte dispositiva, contaba de un

⁴⁸ SEMINO, M. Á. La suspensión de la seguridad individual en el derecho constitucional uruguayo, p. 165.

⁴⁹ SEMINO, M. Á. La suspensión de la seguridad individual en el derecho constitucional uruguayo, p. 165.

único artículo destinado únicamente a restablecer las medidas dejadas sin efecto. No obstante, en su parte expositiva, el Decreto N° 347/71 insistía en la necesidad de mantenerlas por el agravamiento de la crisis institucional y la existencia de pruebas que lo demostraban:

I) Que los hechos delictivos producidos contra la seguridad del estado y de sus instituciones y los atentados contra la libertad y la vida de las personas físicas, que dieron lugar, dada la conmoción interior que causaron la adopción por parte del Poder Ejecutivo [...] no solo han continuado produciéndose sino que nuevos elementos y documentaciones que obran en poder de los organismos competentes, constituyen prueba fehaciente del designio de ciertos grupos y organizaciones de destruir las instituciones republicano-democráticas y de atacar los derechos inherentes a la persona humana” II) Que los hechos delictivos producidos recientemente y los propósitos criminales de las mencionadas organizaciones, son hechos notorios de una extrema gravedad⁵⁰.

Las resoluciones del Poder Ejecutivo y de la Asamblea General del 09 y 10 de agosto, en relación con la solicitud y concesión de la autorización requerida para la suspensión de la seguridad individual, así como la reimplantación de las M.P.S. a través del Decreto N° 347/71, evidencian a partir de 1970 la ampliación del enemigo interno. Este ya no se identificaba en las justificaciones de las normas que decretaban la aplicación de los poderes de emergencia solamente con el movimiento obrero, social y estudiantil, sino que incluía también al movimiento armado.

Si bien el trabajo se ha enfocado en la justificación de las M.P.S., no podemos prescindir del contenido de su parte dispositiva. En efecto, el Poder Ejecutivo, gracias a su posición privilegiada para producir, restringir o prohibir otros discursos, se preocupó de establecer – directa o indirectamente – en todas las medidas la prohibición de difundir, por cualquier medio, noticias, anuncios y convocatorias relacionadas a paros, huelgas y toda clase de actividades que el gobierno considerara que podían favorecer a los grupos sociales movilizados.

Por consiguiente, la prensa que circulaba durante el gobierno de Pacheco tendía a alinearse con sus políticas, pues, de lo contrario, los ejemplares cuyos contenidos se consideraran comprendidos dentro de las prohibiciones eran

⁵⁰ Decreto de medidas prontas de seguridad N° 437 del 15 de julio de 1969, consultado en: <https://www.impo.com.uy/diariooficial/1971/07/19/2>.

clausurados. Tal fue el caso – por ejemplo – del *Semanario Marcha*, tras la resolución amparada en el Decreto N° 383/68 de los Ministerios del Interior y Defensa Nacional, de fecha 21 de agosto de 1968. En este sentido, Clara ALDRIGHI, demuestra cómo influyó la prensa en la polarización política y en la exclusión no solo del M.L.N., sino de toda la izquierda⁵¹.

Según lo demuestran los estudios sobre la historia iconográfica del anticomunismo, los procesos de construcción de sentidos negativos acerca de la actividad sindical y estudiantil consistieron en calificarlos como ajenos a la nación, o considerarlos como marionetas al servicio del comunismo internacional, etc. Lo mismo sucedió con la campaña reeleccionista del Pacheco en 1971 y el desprestigio del recientemente formado Frente Amplio, puesto que se emplearon idénticas prácticas para robustecer el imaginario de una comunidad nacional, acechada por agentes foráneos que se infiltraban a través de su participación de las organizaciones opositoras al gobierno⁵².

5. Conclusiones

En este trabajo nos propusimos reflexionar sobre un aspecto de las justificaciones de los distintos poderes de emergencia que aplicó el Estado uruguayo entre 1968 y 1972. Para ello, fue necesario recurrir a los estudios sobre las medidas de excepción establecidas en la Constitución uruguaya desde la academia jurídica, además de apoyarnos en los estudios historiográficos sobre la violencia represiva estatal en la larga y corta duración.

Los aportes de juristas e historiadores demostraron que la utilización de los poderes de emergencia y la violencia represiva estatal no son nuevas, pues se constatan a lo largo de todo el siglo XX tanto en el Uruguay como en la región. Además, los estudios exponen que las prácticas represivas del Estado, cuando empleó sus poderes excepcionales, no se limitaron a estas, sino que se complementaron entre sí, como en el caso de la aplicación simultánea de las M.P.S. y la suspensión de la seguridad individual, y se vieron reforzadas por las normas del Código Penal. Todo ello sin perjuicio del proceso discursivo tendente a justificar su implementación mediante la creación circunstancial de un enemigo interno capaz de poner en peligro el orden social.

⁵¹ ALDRIGHI, C. La izquierda armada. Ideología, ética e identidad en el MLN-Tupamaros, pp. 37 y 38.

⁵² BROQUETAS, M. (coord.). Historia visual del anticomunismo en Uruguay (1947-1985), pp. 129, 139, 161, 180, 187, 207, 211, 214, 216 y 218.

En cuanto a la creación del enemigo, fue posible apreciar su imperiosa necesidad para la aplicación de la M.P.S., o la suspensión de la seguridad individual, ya que ambas requieren una situación grave, imprevista o de carácter conspirativo contra la patria para poder imponerse. En este sentido, el Estado se valió de la crisis económica y política, así como de la acción de determinados agentes sociales cuyas actividades se consideraban una amenaza para la institucionalidad, con el objetivo de neutralizar y excluir a los sectores sociales movilizados.

Los actores sociales identificados como el enemigo interno durante el gobierno de Pacheco fueron cambiando, pues si bien el M.L.N. operaba desde principios de los 60, en 1968 aún no era visibilizado como una amenaza de la magnitud que representaban el movimiento obrero, social y estudiantil. En efecto, conocemos, a través del artículo de Clara ALDRIGHI sobre el programa de asistencia policial, conocido como *Programa de Seguridad Pública*, que se desarrolló a partir de 1965 para el adiestramiento de las fuerzas represivas, cuáles eran las preocupaciones del Estado: cómo afrontar las movilizaciones sociales, no al movimiento armado⁵³.

Sin embargo, el éxito de algunos comandos del M.L.N. entre 1969 y 1970 se convirtió en un grave problema para el gobierno, que empezó a considerarlos como enemigo y, por ende, objetivo de las prácticas represivas. En consecuencia, la irrupción del movimiento armado influyó decisivamente en la retórica del Poder Ejecutivo, porque le permitía justificar el paso del Estado legislativo al administrativo reforzando su discurso autoritario sobre la grave amenaza que significaba para la institucionalidad y la necesidad de aplicar las medidas excepcionales, que, salvo, durante un breve período de aproximadamente 100 días, se mantuvieron durante toda la presidencia de Pacheco.

Por otra parte, la justificación de las M.P.S. por sí sola no bastaba para legitimarlas, por lo que el Poder Ejecutivo, en tanto emisor privilegiado de discursos, estableció la prohibición de aquellos que se opusieran a sus intereses, permitiendo la emisión y circulación de opiniones favorables a la posición del gobierno. Dichas opiniones, al mismo tiempo, contribuían a estigmatizar a los distintos actores sociales (reformistas o revolucionarios) que osaran cuestionarlo.

Por lo tanto, el análisis de las fuentes seleccionadas nos permite advertir que la creación de un enemigo interno, imprescindible para la legitimación de las prácticas

⁵³ ALDRIGHI, C. Estados Unidos y el 1968 uruguayo. Armas, adiestramiento y recursos financieros para sofocar la protesta social.

represivas estatales, se caracterizó por un dinamismo influido por el contexto económico, político y social, más que por su identificación precisa. Esto se debía a que su amplitud y, en ocasiones, vaguedad, facilitaron abarcar a todos aquellos actores sociales que incomodaban al Estado en determinados momentos, mediante una serie de prácticas que prohibían algunos discursos y fomentan otros, de acuerdo con los intereses de los gobernantes de turno.

NOTAS

1. Conforme a Marina FRANCO y Ernesto BOHOSLAVSKY, la violencia represiva estatal es: *«el conjunto de mecanismos y recursos desplegados por instituciones estatales dotadas de autoridad legítima o de facto y dirigida al control y la sanción a través del empleo de la coerción – o la amenaza de usarla – contra individuos o grupos a los que se considera desafiantes de las relaciones de poder existentes (a partir de González Calleja, 2006). No obstante, cualquier estudio sobre el Estado no puede desatender la presencia de acciones represivas desplegadas por actores y organizaciones formalmente no ligados al Estado pero sí vinculados y financiados por él, como son los grupos para-militares o para-policiales»*. (BOHOSLAVSKY Ernesto, FRANCO Marina, 2020).
2. A modo de ejemplo: BARBAGELATA Héctor Hugo (1995); CORREA FREITAS Rúben (2002); KORSENIAC José (2008).
3. Como por ejemplo: FESSLER Daniel (2012); o DUFFAU Nicolás (2014).
4. En este sentido, Carlo GINZBURG, en su obra *El juez y el historiador* expresa: *“En algunos ensayos he intentado indagar sobre las implicaciones metodológicas y (en sentido lato) políticas de una serie de elementos comunes a las dos profesiones: indicios, pruebas, testimonios. En este punto me ha parecido una confrontación más profunda”* (GINZBURG C., 1993).
5. El enemigo del Estado uruguayo durante el siglo XX se construyó mediante la identificación como agentes perturbadores de la seguridad interna, a la conflictividad obrera y las movilizaciones sociales que amenazaban los intereses de las élites, que se asociaban al interés nacional y por ende, al orden social. En este sentido, la construcción del estereotipo del enemigo y su relación con la aplicación de medidas represivas regulares en la primera mitad de los años 60, fue abordada en profundidad en el tercer capítulo de: BROQUETAS Magdalena (2015a), pp. 118-122. Véase también: BROQUETAS Magdalena y CAETANO Gerardo (coord.), pp. 153-169.

6. En este sentido, el trabajo de BROQUETAS y DUFFAU muestra que desde 1901 se han desplegado acciones policiales destinadas a la creación y profesionalización de sus divisiones de investigación y de los mecanismos de identificación civil, para controlar los conflictos obreros mediante la clausura de locales y la disolución de reuniones sindicales, que en ocasiones contó con el apoyo de los militares para tareas de control y patrullaje. (BROQUETAS Magdalena, DUFFAU Nicolás, pp. 168-171).
7. Con respecto a la Ley 10.071 de 1941, véase: ROVIRA Alejandro (1960).
8. Con respecto al recurrente mecanismo de ausentarse de las sesiones parlamentarias por parte de los legisladores, Clara ALDRIGHI demostró que: *«aunque manteniendo formalmente sus funciones, las mayorías parlamentarias renunciaron al control del Poder Ejecutivo por la vía de omisión. La aplicación de la legislación de emergencia, por ejemplo, podía haber sido suspendida. Entre junio de 1968 y marzo de 1969, la Asamblea General fue citada 83 veces sin lograr quórum para sesionar. Con esta actitud, dictada no por la irresponsabilidad sino por un cálculo preciso, los ausentes apoyaban tácitamente la política del Poder Ejecutivo»*. (ALDRIGHI C. 2019, pp. 5-32).
9. Por su parte, María Eugenia JUNG aporta una mirada sobre la perspectiva de las derechas acerca de la Universidad de la República en: JUNG María Eugenia, en: BROQUETAS Magdalena y CAETANO Gerardo (coord.), 2022a, pp. 171-187.
10. Véase también: COSTA BONINO L., 1985. Y de Julián González respecto del proceso de transformación de las Fuerzas Armadas en el período previo a la dictadura en: González Guyer Julián, 2022 en: BROQUETAS Magdalena y Caetano Gerardo (coord.) 2022b, pp. 223-235.
11. Es pertinente aclarar que los tecnócratas tuvieron mayor influencia a partir de octubre de 1967, cuando el Presidente Gestido realizó la primera renovación del gabinete, sustituyendo a los políticos de carrera por técnicos vinculados a los sectores empresariales.
12. Nos referimos a la situación del Banco Transatlántico.
13. Conforme al Decreto N° 684/1967 (<https://www.impo.com.uy/diariooficial/1967/10/13/2>).

14. En este sentido, Sergio DEUS, citando a GROS ESPIEL expresa: “las medidas pueden consistir en actos regla como en decisiones particulares, pero siempre con la precisión y salvedad de que no es posible establecer por medio de ellas, una situación general de garantías, de alteración genérica de competencias y atribuciones, sino que solo es factible la adopción de medidas específicas y concretas, referidas únicamente a las situaciones reguladas en el decreto que las adopta” (DEUS Sergio, 1969b).
15. “En 1968, en el curso de la movilización, se prefirió en ella una tendencia estudiantil que, a falta de otro nombre, fue identificada sencillamente como la tendencia o la línea dura. Privilegiaba las manifestaciones de masas y el enfrentamiento directo con la policía [...] Sucedió entonces un incidente. La CESU obtuvo la promesa de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto de que no se concretaría el aumento del boleto, pero a continuación el intendente de Montevideo declaró que el boleto subiría de todas formas. Las manifestaciones renacieron, tomando un giro violento. Cuando se tuvo la certidumbre de que el boleto efectivamente no subiría –lo que era todo un éxito- ya era demasiado tarde. La movilización marchaba por sí misma, sin necesidad de justificaciones inmediatas. Los liceos continuaron ocupados...” (VARELA Gonzalo, 1988b, pp. 56, 58 y 59).
16. Esta postura fue defendida principalmente por Eduardo Jiménez de Aréchaga y los ministros que lo acompañaron en su comparecencia ante la Asamblea General, sin perjuicio que legisladores como por ejemplo Carlos Fleitas y Juan Singer, se plegaron al discurso del Ministro del Interior (conforme a Diario de Sesiones de la Asamblea General, Tomo 49, pp. 369, 372 y 373).

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, G. (2019). *Estado de excepción*. (6ª edición). Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.

AGAMBEN, G. (2020). *Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda*. (3ª edición) Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.

ALDRIGHI, C. (2001), *La izquierda armada. Ideología, ética e identidad en el MLN-Tupamaros*, Montevideo, Ediciones Trilce.

ALDRIGHI, Clara (2007). *El caso Mitrione. La intervención de Estados Unidos en Uruguay*. Montevideo: Ediciones Trilce.

ALDRIGHI, Clara (2019). *Estados Unidos y el 1968 uruguayo. Armas, adiestramiento y recursos financieros para sofocar la protesta social*, Revista Huellas de Estados Unidos. Estudios y debates desde América Latina, N° 17, Buenos Aires, octubre, pp. 5-32.

ALONSO ROSA y DEMASI, Carlos (1986). *Uruguay 1958-1968: crisis y estancamiento*, Montevideo: EBO.

BARBAGELATA, H. H. (1995), *Derecho del Trabajo*. (2ª edición). Montevideo: F.C.U.

BOHOSLAVSKY, E., FRANCO, M. (2020). *Elementos para una historia de las violencias estatales en la Argentina en el siglo XX*. Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, N° 53, Buenos Aires, julio-diciembre, pp. 205-227.

BROQUETAS, M. (2015). *La trama autoritaria. Derechas y violencia en Uruguay (1958-1966)*. (2ª edición). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

BROQUETAS, M., DUFFAU, N. (2020), *Una mirada crítica sobre el “Uruguay excepcional” Reflexiones para una historia de larga duración sobre la violencia estatal en el siglo XX*, Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, N° 53, Buenos Aires, julio-diciembre, pp. 151-179.

BROQUETAS, M. (coord.). (2021). *Historia visual del anticomunismo en Uruguay (1947-1985)*. Montevideo: CSIC-FHCE.

BROQUETAS, M. (2022). *Conservadurismo social y anticomunismo durante los “colegiados blancos” (1959-1967)*. In BROQUETAS, M. y CAETANO, G. (coord.). *Historia de los conservadores y las derechas en Uruguay. Guerra Fría, reacción y dictadura*, Montevideo: E.B.O., pp. 153-169.

CAETANO G., RILLA J., MIERES P. y ZUBILLAGA C. (1985). *De la tradición a la crisis. Pasado y presente de nuestro sistema de partidos*. Montevideo: CLAEH/EBO.

CORES, H. (1997). *El 68 uruguayo*, Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

DE GIORGI, A. L. (2006), *¿Sólo con mi pueblo?*. Cuadernos de Historia Reciente, tomo VI. Montevideo: Ediciones de la banda Oriental, pp. 15-24.

DEMASI, C. (2001). *1968: del Neobatllismo al Autoritarismo*. Revista Encuentros Uruguayos, N° 7. Montevideo. pp. 11-44.

DEMASI, C. (2019). *El 68 uruguayo. El año que vivimos en peligro*. Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

DEUS, S. (1969). *Medidas Prontas de Seguridad. Análisis del régimen constitucional*, Montevideo: Ediciones del Nuevo Mundo.

DUFFAU, N. (2014). *Armar al bandido. Prensa, folletines y delincuentes en el Uruguay de la modernización: el caso de El Clinudo (1882-1886)*. Montevideo: Ed.: CSIC (UdelaR).

FRANCO, M. (2019). *El estado de excepción a comienzos del siglo XX: de la cuestión obrera a la cuestión nacional*. Avances del Cesor. V.XVI, Nº 20. Rosario, junio, pp. 29-51.

GIL, F., JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1932). *Sobre la Teoría del Estado Peligros*, Montevideo: Ed.: Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho.

GINZBURG, C. (1993). *El juez y el historiador. Consideraciones al margen del proceso Sofri*, Madrid: Ed.: Anaya & Mario Muchnik.

IGLESIAS, M. (2009). *En procura del orden interno: sentidos y estrategias en torno a la sanción de medidas de excepción en el Uruguay de Medios del siglo XX*. Nuevo Mundo Nuevos Mundos. Disponible en <http://nuevomundo.revues.org/index56848.html>.

IGLESIAS, M. (2011). *La excepción como práctica de gobierno en Uruguay, 1946-1963*. Contemporánea Historia y Problemas del Siglo XX. Vol. II. Montevideo. pp. 137-155.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1975). *Recurso de Habeas Corpus y Medidas Prontas de Seguridad*. La Justicia Uruguaya, Nº 71, Montevideo. pp. 127-134.

JUNG, M. E. (2022). *La universidad de la República Bajo la lupa de las derechas (1958-1973)*. In BROQUETAS, M. y CAETANO, G. (coord.). *Historia de los conservadores y las derechas en Uruguay. Guerra Fría, reacción y dictadura*, Montevideo: E.B.O., pp. 171-187.

KIERZSENBAUM, L. (2012). *Estado peligroso y medidas prontas de seguridad: violencia estatal bajo democracia (1945-1968)*. Revista Contemporánea. Año III. Vol. III. Montevideo: FHCE. pp. 97-114.

KIERZSENBAUM, L. (inédito), *Orígenes del orden represivo uruguayo: usos y percepciones de la violencia (1945-1968)*.

MARKARIÁN, V. (2022). *El 68 uruguayo. El movimiento estudiantil entre molotovs y música beat*. Montevideo: Estuario editora.

PANIZZA, F. (1990). *Uruguay: batllismo y después. Pacheco, militares y tupamaros en la crisis del Uruguay batllista*. Montevideo: EBO.

PANIZZA, F. (2002). *Discurso e instituciones en la reforma de la Administración Pública uruguaya*. Revista Uruguaya de Ciencia Política. N° 13. Montevideo.

PALACIO, J. M. (2012, segundo semestre). *La política desde el estrado (De cómo los historiadores de la ley y la justicia no podemos evitar hacer historia política*. Revista PolHis (10), Año 5, 43-49.

PATTO SÁ MOTTA, R. (2020, julio-diciembre). *La violencia política en el Brasil republicano: un análisis de las leyes y de las instituciones represivas (1889-1988)*. Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, 53, 124-150.

PRAT, J. SILVA CENCIO, J. (1972). *Vigencia de las Medidas Prontas de Seguridad*, Revista de Derecho Público. 1 (1), 25-37, Montevideo: Ed.: F.C.U.

REAL, A. R. (1950). *La declaración de guerra y sus consecuencias en el derecho público interno*. Revista de Derecho Público y Privado, (143), 3-22.

REAL, A. R (1972). *Lineamientos de una reglamentación legal del estado de sitio*. La Justicia Uruguaya, (33).

RICO, Á. (1989). *Del liberalismo democrático al liberalismo conservador*. Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

RICO, Á. (2005). *Cómo nos domina la clase gobernante. Orden político, obediencia civil en la democracia. Uruguay (1985-2005)*. Montevideo: Ediciones Trilce.

ROVIRA, A. (1960). *El estado peligroso en la legislación uruguaya. Estudio de la Ley 10.071 del 22 de octubre de 1941, sobre vagancia, mendicidad y estados afines*. Montevideo.

SCHMITT, C. (1971). *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Imprenta Aguilar.

SEMINO, M. Á. (1970). *La suspensión de la seguridad individual en el derecho constitucional uruguayo*. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, 69, 153-166.

SEMINO, M. Á. (1996). *Medidas Prontas de Seguridad*. Montevideo: Ed.: F.C.U.

VARELA, G. (1988). *De la República liberal al Estado miliar, Uruguay 1968-1973*. Montevideo: Ediciones del Nuevo Mundo.

VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE, V. (2020, julio-diciembre). *Subversión, coerción y consenso*. Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, 53, 180-204.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a366>

Data de submissão: 24/3/2024

Data de aprovação: 7/10/2024

Litígios estruturais e controle judicial de políticas públicas no Brasil: do monólogo ao diálogo¹

Structural reform litigation and judicial review in Brazil: from monologue to dialogue

Litigios estructurales y control judicial de las políticas públicas en Brasil: del monólogo al diálogo

Bianca M. Schneider van der Broocke²

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4741-2988>

E-mail: biaschneider@hotmail.com

Katya Kozicki³

Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2388-0499>

E-mail: katyakozicki@gmail.com

¹ BROOCKE, Bianca M. Schneider van der; KOZICKI, Katya. Litígios estruturais e controle judicial de políticas públicas no Brasil: do monólogo ao diálogo. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 137-173, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a366>.

² Advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná (OAB/PR). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC), mestrado em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro (UCAM) e doutorado em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), na linha de pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos, em que foi bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), com dedicação exclusiva à pesquisa científica. Integra o Centro de Estudos da Constituição (CCONS) da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e o Coletivo Todas da Lei. É membra da Comissão da Mulher Advogada e da Comissão do Pacto Global da OAB/PR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2024172243486607>.

³ Professora titular de Teoria do Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), programas de graduação e pós-graduação em Direito. Pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Coordenadora do Centro de Estudos da Constituição (CCONS/PPGD/UFPR). Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8804746815321094>.

Resumo

O texto apresenta uma análise crítica, situada sobre o sistema jurídico brasileiro em relação aos litígios estruturais, voltando o olhar para o cenário do controle judicial de políticas públicas e destacando algumas iniciativas recentes do Supremo Tribunal Federal (STF), que indicam a abertura a novas técnicas decisórias nesse campo. Mediante a utilização do método lógico dedutivo, busca-se demonstrar os desafios e as perspectivas para a tutela jurisdicional de direitos de cunho coletivo e interesse público em sede de litígios estruturais. O emprego de mecanismos participativos e deliberativos para a implementação das medidas estruturais na fase pós-julgamento é a peça-chave para que processos dessa natureza sejam eficazes. Diante desse quadro, têm-se observado algumas novidades de viés dialógico no âmbito do STF; no entanto, a necessária guinada procedimental para o enfrentamento de problemas complexos que envolvem políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais perpassa espaços de participação social ainda incipientes.

Palavras-chave

Litígios estruturais; políticas públicas; Supremo Tribunal Federal; ativismo dialógico.

Sumário

1. Introdução. 2. Controle judicial de políticas públicas e proteção dos direitos fundamentais prestacionais no Brasil: da justiça individual à coletiva. 3. Litígios estruturais e transformação social: parâmetros para um processo coletivo estrutural brasileiro. 4. Processos estruturais no STF e perspectivas para uma nova racionalidade procedimental: por uma abordagem judicial dialógica. 5. Conclusão.

Abstract

The text presents a critical and situated analysis of the Brazilian legal system in relation to structural reform litigation, looking at the scenario of judicial review of public policies and highlighting some recent initiatives by the Brazilian Federal Court of Justice (STF), which indicate openness to new techniques decision-making in this field. Using the logical deductive method, we seek to demonstrate the challenges and perspectives for the judicial protection of rights of a collective nature and public interest, in structural reform litigation. The use of participatory and deliberative mechanisms for the implementation of structural injunction remedies in the post-trial phase is the key to making processes of this nature effective. Given this situation, some novelties of a dialogical bias have been glimpsed within the scope of the STF, however, the necessary procedural shift to face complex problems

involving public policies for the realization of fundamental rights permeates spaces of social participation that are still incipient.

Keywords

Structural reform litigation; judicial review; Brazilian Federal Court of Justice; dialogical activism.

Contents

1. Introduction. 2. Judicial review and protection of fundamental rights in Brazil: from individual to collective justice. 3. Structural reform litigation and social transformation: parameters for the Brazilian structural adjudication. 4. Structural adjudication in the STF and perspectives for a new procedural rationality: through a dialogical judicial approach. 5. Conclusion.

Resumen

El texto presenta un análisis crítico y situado del sistema jurídico brasileño en relación a las disputas estructurales, analizando el escenario del control judicial de las políticas públicas y destacando algunas iniciativas recientes del Supremo Tribunal Federal (STF), que indican apertura a nuevas técnicas de toma de decisiones en este campo. Utilizando el método lógico deductivo, buscamos demostrar los desafíos y perspectivas para la protección judicial de derechos de carácter colectivo y de interés público, en casos estructurales. El uso de mecanismos participativos y deliberativos para la implementación de medidas estructurales en la fase posterior al juicio es la clave para hacer efectivos procesos de esta naturaleza. Ante esta situación, se vislumbran algunas novedades de sesgo dialógico en el ámbito del STF, sin embargo, el necesario giro procesal para enfrentar problemas complejos que involucran políticas públicas para la realización de derechos fundamentales permea espacios de participación social aún incipientes.

Palabras clave

Litígios estruturais; políticas públicas; Supremo Tribunal Federal brasileiro; ativismo dialógico.

Índice

1. Introdução. 2. Controle judicial de las políticas públicas y protección de los derechos fundamentales en Brasil: de la justicia individual a la colectiva. 3. Litígios estruturais y transformación social: parámetros para un proceso estrutural brasileiro. 4. Procesos estruturais en el STF y perspectivas para una nueva racionalidad procesal: a través de un enfoque judicial dialógico. 5. Conclusión.

1. Introdução

A nomenclatura “litígio estrutural” tem sido empregada para indicar controvérsias judiciais em que há a identificação de uma reiterada violação aos direitos fundamentais de um número plural de pessoas, decorrente da inércia, ineficiência ou inadequação do agir estatal e institucional na concretização de políticas públicas, que exija a adoção de medidas complexas (ou estruturais) para a sua superação.

A constatação desse tipo de demanda judicial no Brasil é um dado fático e tem cada vez mais chamado a atenção de uma parcela da doutrina, preocupada com a forma como deve se desenvolver a atividade jurisdicional, que acarreta ingerências nas esferas de competência das autoridades representativas, no intento de promover desbloqueios políticos e burocráticos. O tema também tem feito parte da agenda legislativa e, inclusive, ensejado algumas iniciativas pontuais na jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal. Essas perspectivas acerca de um modelo de processo de viés coletivo diferenciado tomam como ponto de partida os estudos das experiências do direito comparado no enfrentamento aos mesmos desafios.

No Brasil, assim como em boa parte da América Latina, a constitucionalização de direitos e liberdades fundamentais, aliada ao fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade, deu azo ao fenômeno da “judicialização da política”, passando questões de grande repercussão política ou impacto social ao Poder Judiciário e não ao Estado-Legislator ou ao Estado-Administração, enquanto representantes eleitos do povo.

As circunstâncias que ensejam a reiterada omissão e ineficiência estatal na proteção e promoção da faceta prestacional de direitos humanos fundamentais, assim como acontece em outros contextos do Sul Global, giram em torno do custo político da tomada de certas decisões, da não identificação da necessidade de disposição a respeito de certo tema no âmbito administrativo e, mais especificamente na realidade brasileira, da centralização de recursos, bem como da falta de coordenação no compartilhamento de competências e da complexidade das tarefas distribuídas entre os vários órgãos da Administração Pública.

Nesse campo, em relação a obrigações de caráter prestacional, derivadas dos direitos fundamentais, o Estado-juiz tem sido provocado em ações que se dirigem à efetivação e implementação das políticas estatais que não estão se concretizando de forma plena e satisfatória, como, por exemplo, nos casos que envolvem a “judicialização da saúde” (fornecimento de medicamentos, vagas em hospitais, fila de transplantes

etc.), a disponibilização de vagas em creches e escolas municipais e a falência da política pública carcerária. Diante desse cenário, contudo, demandas individuais ou coletivas por prestações pontuais podem resolver algumas das consequências, mas não a causa do quadro de inconstitucionalidade. Quando as falhas persistentes de política pública, que contribuem para a violação de direitos fundamentais, decorrem de ações inadequadas ou omissões reiteradas por parte do Poder Público, mostra-se necessária uma mudança na dinâmica organizacional dos entes envolvidos que permita a institucionalização de um novo estado de coisas.

Para tanto, os instrumentos processuais empregados na prática decisória habitual, em sede de revisão judicial de políticas públicas, revelam-se insuficientes, já que são direcionados a soluções definitivas e compensatórias que se exaurem por meio de ordens de dar, pagar, fazer ou não fazer. Uma demanda estrutural exige decisões voltadas para o futuro, o que requer criatividade e protagonismo do juiz no gerenciamento de um processo de execução complexo, que necessariamente conte com espaços de diálogo e deliberação.

Destarte, o objetivo do presente estudo é situar o sistema jurídico brasileiro em relação aos litígios estruturais, voltando-se o olhar para o cenário do controle judicial de políticas públicas no país, e analisar algumas iniciativas recentes do STF, que indicam a sua abertura a novas técnicas decisórias nessa esfera. A questão que se coloca é como pode ser concretizada, no âmbito dessa corte constitucional, a busca por soluções contextualizadas quanto aos desafios que a tutela jurisdicional de direitos de cunho coletivo e interesse público enfrenta em sede de litígios estruturais, especialmente no que tange à necessidade de uma gestão judicial ativa e dialógica, como demonstra a experiência alienígena.

Partindo dessa perspectiva e empregando o método lógico dedutivo, a presente pesquisa tem por base a investigação da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, utilizando principalmente material bibliográfico. Em um primeiro momento, realizar-se-á a contextualização do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, com especial ênfase à revisão judicial de políticas públicas que instrumentalizam a concretização da faceta prestacional de direitos fundamentais, para então partir à análise das possibilidades e dos parâmetros para um processo coletivo estrutural pátrio. Após, destacam-se algumas iniciativas recentes do STF que indicam os primeiros passos para uma nova racionalidade procedimental, preocupada com a efetivação do conteúdo da decisão judicial estruturante e a abertura do processo à participação social, assim como à pluralização e democratização da tomada de decisão.

Embora o atual regime processual civil permita interpretações harmônicas com as necessidades dos provimentos de natureza estrutural, a criação de instrumentos, que possibilite o diálogo e a deliberação para a construção conjunta de soluções eficientes e adequadas à complexidade das demandas de reforma estrutural depende da mudança de postura dos tribunais no controle de constitucionalidade das políticas públicas brasileiras, a começar pela mais alta corte do país.

2. Controle judicial de políticas públicas e proteção dos direitos fundamentais prestacionais no Brasil: da justiça individual à coletiva

No Brasil, a Constituição de 1988 adveio como uma forma de reação aos graves retrocessos vivenciados durante vinte e um anos de ditadura militar, assim como uma resposta às aspirações relativas à superação da profunda desigualdade socioeconômica produzida ao longo da história do país. Para tanto, entre outras mudanças, trouxe a proibição da tortura, restabeleceu o voto direto e secreto, fixou penas severas contra as restrições às liberdades civis, dispôs sobre o acesso à justiça, incluiu mecanismos de participação política e estabeleceu um amplo rol de liberdades e direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, definindo, inclusive, os seus modos de concretização. Além disso, para o monitoramento eficiente do Estado enquanto concretizador de políticas públicas e da justiça distributiva, o texto constitucional consagrou um Supremo Tribunal Federal ativo e independente, armado com um sistema misto de controle de constitucionalidade, a fim de que exercesse o papel de guardião da Constituição.

Além do reconhecimento das funções de órgão de cúpula do Poder Judiciário e do foro especializado para o julgamento de altas autoridades, o STF teve as suas atribuições de corte constitucional reestruturadas com o estabelecimento de novos instrumentos processuais e a ampliação do rol de atores legitimados nessas demandas⁴. A essas transformações no *judicial review* brasileiro, promovidas pela nova

⁴ O tribunal passou a ter competência originária para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo federal ou estadual, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a ação constitucional de reclamação para a preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões e o mandato de injunção em face de omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos fundamentais. Além do Procurador-Geral da República, que era o único legitimado no regime anterior, passaram a poder propor a ADI o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa das Assembleias Legislativas, o Governador de Estado, o

ordem constitucional, somaram-se iniciativas do próprio Poder Legislativo, que deram ainda mais amplitude ao processo de concentração do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, com o consequente fortalecimento institucional do Supremo, como as Emendas Constitucionais (ECs) 03/1993 e 45/2004 e as Leis 9.868, de 10 de novembro de 1999, e 9.882, de 03 de dezembro de 1999⁵.

Tais “competências superlativas” fizeram da nova arquitetura institucional do STF um modelo propício ao processo de acentuada expansão da sua autoridade em detrimento das esferas representativas de poder, a que Oscar Vilhena Vieira denominou de “supremocracia”⁶. O fortalecimento do controle de constitucionalidade, aliado à adoção de um extenso catálogo constitucional de direitos, trouxe como consequência a judicialização da política no país⁷, dando azo, no início do século XXI, a uma mudança comportamental por parte dos integrantes do Tribunal na resolução das questões de grande repercussão política ou social que lhes passaram a ser submetidas a partir de 1988 e, desde então, são tratadas mediante atitudes de passivismo judicial⁸.

Com efeito, às reformas processuais promovidas no final do século XX e início do século XXI somaram-se a ascensão de um regime governamental de esquerda, com agenda promocional de pautas sociais e importante renovação no tribunal, dada a aposentadoria de vários ministros entre 2003 e 2006, o que colaborou

Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

⁵ A EC 03/1993 criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, além de regulamentar o instrumento da ADPF (BRASIL. Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Brasília: Presidência da República, [1993]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 26 nov. 2024). A EC 45/2004, por sua vez, deu ensejo a uma ampla reforma do Judiciário, que terminou por consolidar o STF como jurisdição constitucional concentrada, bem como permitiu maior controle da agenda e ampliação dos impactos das decisões. Em síntese, essa emenda aumentou o rol de legitimados para propor ADC nos moldes do que já acontecia em relação à ADI e previu a eficácia vinculante das decisões em ADI (já existente para ADC), além de ter criado a figura da “súmula vinculante” e previsto o instituto da “repercussão geral” como requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário no âmbito do controle difuso (BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília: Presidência da República, [2004]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 26 nov. 2024).

⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/9674>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁷ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/10648>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

para a conformação de um novo regime jurisprudencial progressista⁹, alinhado à “aspiração normativo-transformativa”¹⁰ da nova ordem constitucional. Verificou-se uma mudança jurídico-cultural na doutrina e na prática discursiva do STF consonante com a concepção do Judiciário como agente de transformação social, superada a ideia de eficácia limitada das normas constitucionais que consagraram os direitos de cunho socioeconômico e os debates acerca da sua aplicabilidade imediata.

A previsão de novos instrumentos processuais e a abertura do controle de constitucionalidade a atores não governamentais tiveram o condão de incentivar a mobilização social em torno da concretização de direitos fundamentais, levando ao Judiciário reivindicações antes ignoradas no debate político. Diante desse cenário, desenvolveu-se o que Carlos Alexandre de Azevedo Campos classifica como “ativismo judicial de direitos”¹¹, em que se observa o avanço do papel sociopolítico do STF na garantia da liberdade e da igualdade social. Especificamente no que tange à faceta prestacional dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira, como explica o autor, o tribunal passou a determinar ao Estado a realização de condutas positivas em dois campos distintos, mas correlatos, quais sejam: “a realização de deveres de proteção aos direitos fundamentais para avançar posições de igualdade e dignidade; a formulação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos dirigidos a assegurar a validade concreta dos direitos sociais e econômicos”¹².

Nesse contexto, a decisão monocrática proferida em 2004 na ADPF 45/DF, acerca do direito à saúde, de lavra do Ministro Celso de Mello, merece destaque no que concerne ao posicionamento do STF em relação à proteção e à promoção de direitos sociais, econômicos e culturais, já que estabeleceu os fundamentos e os limites ao exercício desse tipo de intervenção judicial substantiva¹³.

⁹ KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos CEBRAP**, n. 96, p. 82-83, jul. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>. Acesso em: 26 nov. 2024.

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. p. 271.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. p. 322.

¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. p. 328.

¹³ Cabe mencionar que, embora essa demanda tenha sido extinta sem julgamento de mérito, não possuindo o voto do Min. Relator Celso de Mello qualquer caráter vinculante, o teor da decisão foi utilizado como fundamento em outros julgados do STF, como por exemplo: RE 410.715-AgR/SP. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 27 nov. 2024); STA 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.2008 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Suspensão de Tutela Antecipada 241/RJ**. Relator: Ministro Presidente, 10 de outubro de 2008. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe>.

Partindo da premissa de que o caráter programático (ou dependente de desenvolvimento progressivo) das regras inscritas no texto da Constituição, das quais derivam direitos individuais e/ou coletivos a prestações positivas do Estado, “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente”¹⁴, o tribunal inaugurou o seu posicionamento pela legitimidade do controle e da intervenção do Poder Judiciário na esfera das políticas públicas enquanto instrumentos para a concretização desses direitos. O Supremo afirmou a sua competência para fiscalizar, controlar e monitorar a atuação estatal a fim de tornar efetivos os direitos sociais, bem como de intervir no caso de uma violação positiva ou negativa do Poder Público que venha a comprometer a dignidade da pessoa humana e, portanto, a integridade da própria ordem constitucional.

No entanto, a ideia de um controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, como elucidada Ana Paula Barcellos, não se refere a um fenômeno em singular ou a um conjunto uniforme de situações, podendo variar em função especialmente de dois elementos, quais sejam, o objeto específico a ser controlado (qual conduta ou bem será exigido, de quem e sob que fundamento) e a modalidade de controle (o ambiente processual no qual a discussão será posta e consequentemente os efeitos objetivos e subjetivos das decisões proferidas)¹⁵.

asp?incidente=2620579. Acesso em: 27 nov. 2024); STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.2010 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE**. Relator: Ministro Presidente, 17 de março de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 27 nov. 2024); RE 567.985/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18.04.2013 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 567.685/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 27 nov. 2024); RE 271.286-8 AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8/RS**. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 27 nov. 2024); RE 628.159-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 25.06.2013 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 628.159**. Relatora: Min^a. Rosa Weber, 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4323920>. Acesso em: 27 nov. 2024); RE 634.643-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 26.06.2012 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 634.643**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2533792>. Acesso em: 27 nov. 2024); RE 642.536-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05.02.2013 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>. Acesso em: 27 nov. 2024).

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 27 nov. 2024.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano

Quanto aos objetos que podem ser alvo de controle jurisdicional, a autora aponta no mínimo cinco possibilidades: i) em abstrato, o controle da fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público, no que tange a direitos fundamentais; ii) em concreto, o controle do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor; iii) a quantidade de recursos a ser investida na promoção dos direitos fundamentais; iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade¹⁶.

O escopo maior de todas essas espécies de controle é influenciar o resultado a ser alcançado por meio das políticas públicas e aproximar a ação estatal daquilo que almeja a Constituição. Contudo, ao que se vê, os dois primeiros objetos de controle se ocupam do conteúdo das políticas públicas em si, enquanto os três últimos pretendem controlar aspectos do processo de decisão e execução das políticas públicas, isto é, deveres instrumentais impostos ao Estado (o dever de investir determinada quantidade de recursos, o dever de prestar contas e o dever de eficiência mínima). Ademais, as duas primeiras modalidades referidas são as que interferem de forma mais invasiva no espaço de discricionariedade do Legislativo e do Executivo. Isso porque, em relação ao conteúdo das políticas públicas, o controle incide diretamente sobre o resultado final esperado, seja previamente, no momento do estabelecimento das metas, seja posteriormente, quando verificado o não cumprimento dessas metas. Destarte, para que tais controles jurisdicionais sejam levados a efeito, caberá ao Estado-juiz definir qual é o resultado necessário das políticas públicas quanto aos diferentes direitos fundamentais trazidos à lide¹⁷.

É nesse âmbito do controle do resultado final das políticas públicas que a jurisprudência brasileira em geral vem se desenvolvendo, com frequentes decisões que condenam o Poder Público, por exemplo, a custear medicamentos e tratamentos médicos não disponíveis na rede pública de saúde, ou a criar vagas em redes de ensino infantil ou fundamental gratuito. Além disso, embora os controles de conteúdo possam ser levados a cabo nas esferas das ações individuais, coletivas ou no controle abstrato de constitucionalidade das leis ou de atos do Poder Público, é a

Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 122-123.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. p. 124-126.

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. p. 130-132.

primeira modalidade a mais usualmente utilizada no país, priorizando-se a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais em detrimento da objetiva.

Essa prevalência de decisões que se limitam a adjudicar bens públicos individualizados ao invés de adequar (ou readequar) o agir institucional a fim de dar efetividade a políticas públicas que instrumentalizam o cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, possibilitando a proteção dos interesses de uma coletividade, subverte a lógica redistributiva inerente aos direitos socioeconômicos¹⁸. Isso porque a procedência de demandas judiciais individuais ocasiona a realocação de recursos muitas vezes escassos e indispensáveis para a implementação da política pública, em favor de apenas uma ou algumas pessoas. Além disso, no contexto brasileiro de pobreza e profunda exclusão social, a tutela jurisdicional individual dos direitos fundamentais viola a isonomia ao privilegiar apenas aqueles que detêm condições financeiras para efetivamente ter acesso à Justiça.

Por outro lado, como ressalta Barcellos, a ideia de “macro-justiça” não pode estar desvinculada da realidade e das pessoas concretamente consideradas no âmbito da “micro-justiça” (ou justiça individual):

Assim, se determinados bens são considerados indispensáveis para a dignidade humana em uma dada sociedade, a atribuição de tais bens às pessoas – as múltiplas “micro-justiças” – formarão necessariamente um dos conteúdos obrigatórios da “macro-justiça”, de tal modo que, se esta última não incluir tais prestações em seu bojo, haverá uma injuricidade em sua concepção¹⁹.

De fato, as discussões acerca da proteção de direitos sociais, sua efetividade e justiciabilidade devem levar em conta os efeitos transformadores que as intervenções judiciais têm de operar na atuação estatal a partir de uma perspectiva realista da função judicial em sociedades desiguais. Nesse sentido, o controle jurisdicional de viés coletivista (e não individualista) do resultado esperado das políticas públicas favorece uma solução geral e isonômica, além de permitir uma discussão mais concreta sobre os recursos disponíveis e o planejamento estatal como um todo. Ademais, abre espaço para novas técnicas decisórias, a fim de superar a falta de capacidade

¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 160-162.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. p. 139.

técnico-institucional dos tribunais para operacionalizar essas decisões. No entanto, o bem ou serviço exigível no interesse da coletividade, além de se constituir em um resultado necessário das políticas públicas, também se perfaz em um direito subjetivo, ao qual não pode ser negada proteção jurisdicional.

Existe um estudo comparativo do ano de 2008, empreendido por Daniel Brinks e Gauri Varun, com base em dados extraídos de litígios relacionados a prestações de saúde pública no Brasil e em mais quatro países do Sul Global (Índia, Indonésia, Nigéria e África do Sul)²⁰, em que ficou comprovado que as cortes as quais trabalharam para modificar as condições necessárias a fim de que esses direitos se realizassem em uma perspectiva coletiva, dando tratamento sistêmico ao problema, converteram-se efetivamente em parte integrante de projetos de transformação social. O êxito dessa abordagem deveu-se ao desenvolvimento de espaços de diálogo em torno do seu cumprimento. Contudo, verificou-se que, somente no contexto brasileiro, tinham prevalência demandas que solicitavam uma prestação direta do Estado, com a consequente concessão, em geral, de meios judiciais individuais e limitados. Diante disso, destoando dos demais países analisados, o comportamento dos juízes no Brasil nessa seara caracterizou-se, ainda, pelo modelo clássico e dicotômico de comando-e-controle, limitando-se a impor a obrigação de prover determinado bem (no caso, medicamento ou serviço médico) por meio de ordens unilaterais.

Como observam os autores, em todos os países examinados se verificou uma grande variedade de abordagens judiciais, desde estilos monológicos, como *top-down*, até enfoques mais dialógicos, *“pero a la hora de abordar temas complejos y costosos las intervenciones judiciales más eficazes se ubican en las áreas más dialógicas del espectro”*²¹. Esse diálogo contribui, de forma substancial, para melhorar a prestação de contas dos atores públicos e privados que afetam mais profundamente a fruição dos direitos socioeconômicos por parte da população, possibilitando que os tribunais passem a ser um espaço transformador para o debate das políticas públicas²².

²⁰ GAURI, Varun; BRINKS, Daniel. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge Press, 2008.

²¹ “Mas quando se trata de abordar questões complexas e dispendiosas, as intervenções judiciais mais eficazes localizam-se nas áreas mais dialógicas do espectro”. (tradução nossa) GAURI, Varun; BRINKS, Daniel. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 308.

²² GAURI, Varun; BRINKS, Daniel. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. p. 308.

A partir de 2009, no entanto, tendo em vista o crescente número de ações judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde em sua dimensão individual de atendimento, o STF passou a adotar uma nova postura, de viés timidamente dialógico, mediante a convocação de várias audiências públicas, com o propósito de esclarecer questões técnicas, administrativas, econômicas e jurídicas relacionadas à concretização desse direito fundamental. Foram convocadas ao todo seis audiências para ouvir especialistas em matéria de saúde pública: gestores públicos e os membros da magistratura do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, dos Estados e dos Municípios, além de acadêmicos, entidades e organismos da sociedade civil²³.

A partir das experiências e dos dados coletados nessas audiências públicas, o tribunal pôde definir os contornos do dever de proteção estatal no que se refere à dimensão subjetiva do direito à saúde, fixando critérios e parâmetros de atuação para o Poder Judiciário na concessão direta de medicamentos e tratamentos²⁴. Diante do que foi constatado, o CNJ expediu a Recomendação 31, de 30 de março de 2010, aconselhando os tribunais e juízos inferiores a adotarem medidas que visam subsidiar os magistrados e demais operadores do direito para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Entre essas medidas, está a criação dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs), compostos por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quando da apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes nas ações relativas à saúde.

Em algumas situações, todavia, a resolução do caso individual – sem considerar o contexto em que ele se insere – não dá resposta efetiva para a garantia do direito em lide e, caso persistam as condições institucionais que permitiram a negativa de acesso a determinados direitos fundamentais, a sua violação ou limitação, essa irá se repetir e se perpetuar no tempo. Nesses casos, o mandato de proteção para os órgãos jurisdicionais torna-se mais complexo, devendo levar em consideração os dois pilares de sustentação da ordem constitucional, quais sejam, os direitos fundamentais e a organização do poder.

²³ Em 2015 o STF fixou tese de repercussão geral sobre o tema, no Recurso Extraordinário (RE) 855.178/SE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em: 27 nov. 2024).

²⁴ Esses critérios foram estabelecidos no Acórdão que decidiu o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, estipulado inclusive que, em todos os casos, é vedado à Administração Pública fornecer medicamento que não possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (STF, STA-AgR 175/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Presidente, j. 17 mar. 2010).

Alguns países do Sul Global, como, por exemplo, Colômbia, Argentina e África do Sul, têm se valido de sentenças estruturais para dar conta desse tipo de controle de cunho coletivo do resultado esperado quanto às políticas públicas. Destarte, recentemente a doutrina e a jurisprudência brasileiras, mais atentas às tendências do direito comparado, passaram a se debruçar com afincos sobre as lições dos tribunais alienígenas na superação do dilema entre a consagração constitucional dos compromissos com a igualdade material e o desafio de construir respostas institucionais adequadas à inobservância desses preceitos. Um dos caminhos é o dos processos estruturais e das formas dialógicas de provimentos jurisdicionais desenvolvidas em seu bojo a fim de revestir de maior efetividade a adjudicação dos direitos fundamentais prestacionais no âmbito das organizações burocráticas.

3. Litígios estruturais e transformação social: parâmetros para um processo coletivo estrutural brasileiro

Os denominados litígios estruturais ou *structural reform litigation*²⁵ foram pioneiramente identificados no contexto das reformas institucionais que se seguiram à paradigmática decisão *Brown v. Board of Education*²⁶ a fim de adequar quadros de inconstitucionalidade existentes e persistentes aos valores públicos fundamentais contidos na Constituição dos Estados Unidos e aos novos significados que passaram a lhes ser atribuídos em virtude das transformações advindas do *New Deal*, em especial no que tange à igualdade na proteção das minorias social e politicamente marginalizadas. Nesse contexto, os juízes federais das Cortes Distritais passaram a se deparar com demandas complexas que envolviam a reestruturação a longo prazo e o monitoramento de organizações burocráticas como escolas, presídios, hospitais psiquiátricos etc. Nesse diapasão, além de prolatarem sentenças bastante minuciosas, os juízes passaram a desempenhar uma função gerencial no momento da

²⁵ FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7>. Acesso em: 26 nov. 2024.

²⁶ Nessa *class action* (ação coletiva), em 17 de maio de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a segregação no sistema público de ensino do Sul causava danos psicológicos e negava iguais oportunidades educativas aos negros, ferindo a *Equal Protection Clause* contida na Décima Quarta Emenda à Constituição. Referida decisão objetivava o fim de uma opressão intolerável e, ao longo dos anos, teve desdobramentos emblemáticos na jurisdição constitucional norte-americana, orientados por um ativismo judicial considerado progressista, a partir de interpretação dessa cláusula de proteção no sentido de uma igualdade procedimental e também substancial, a ser norteada por ações afirmativas em busca da invalidação das consequências prejudiciais da dominação hierárquica de alguns grupos sociais sobre outros (WEST, Robin. *Progressive and conservative constitutionalism*. *Michigan Law Review*, v. 88, p. 693-695, Feb. 1990. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol88/iss4/2/>. Acesso em: 26 nov. 2024).

execução dessas decisões, com o escopo de suplantar falhas estruturais, decorrentes de ações ou omissões persistentes. Esse modelo de “gestão judicial ativa”, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade nos Estados Unidos, não por acaso, foi denominado por Judith Resnik de “*managerial judging*”²⁷.

A partir da década de 1990, em casos como o denominado *Prison Reform Litigation*²⁸ e em outros contextos institucionais, o papel dos juízes estadunidenses nos litígios estruturais passou de uma abordagem *top-down*, ou seja, de uma intervenção corretiva com regime de regras fixas, do tipo comando-e-controle, para um modelo de gestão processual catalisador, que enfatiza a deliberação entre as partes interessadas, a eficiência e a transparência²⁹. E, no final do século 20 e início do século 21, após a terceira onda de democratização³⁰ e a propagação do modelo estadunidense de *judicial review*, litígios de reforma estrutural também começaram a aparecer e até mesmo a prosperar em outros lugares, especialmente em Cortes de países do Sul Global.

As decisões judiciais que buscam solucionar esse tipo de demanda mostraram-se como um poderoso instrumento para levar a cabo processos de transformação social, em contextos de desigualdade e déficit de proteção de direitos fundamentais, tornando-se uma das mais extremadas manifestações da judicialização da política na atualidade, em países como África do Sul, Índia, Argentina e Colômbia³¹.

²⁷ RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 374-448, Dec. 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hlr96&i=392>. Acesso em: 26 nov. 2024.

²⁸ Um dos casos mais emblemáticos de reforma estrutural que se sucedeu a Brown foi a *class action* denominada *Holt v. Sarver*, que questionava a constitucionalidade do sistema prisional do Estado do Arkansas, com base na cláusula que proíbe punições cruéis e iníquas, contida na Oitava Emenda à Constituição estadunidense. Nessa demanda e nas que se seguiram a ela, os pedidos versavam precipuamente sobre as punições corporais e as condições de isolamento disciplinar dentro das prisões, todavia os juízes acabaram por se verem confrontados com provas da existência de ambientes brutais e insalubres, não apenas nas solitárias, mas em todas as instalações dessas instituições, passando então a adotar a emissão de *structural injunctions* (medidas estruturais), a fim de ver reparada a violação massiva e generalizada dos direitos constitucionais dos presos. Assim teve início uma intervenção judicial maciça no sistema prisional de boa parte dos estados do país, que ficou conhecida como *Prison Reform Litigation* (VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 307-333).

²⁹ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 138, p. 805-912, 1990. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3706/. Acesso em: 26 nov. 2024.

³⁰ HUNTINGTON, Samuel P. Democracy's third wave. *Journal of Democracy*, v. 2, n. 2, p. 13-34, Spring 1991. Disponível em: <https://www.ned.org/docs/Samuel-P-Huntington-Democracy-Third-Wave.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

³¹ CUNHA, Eduarda; CASIMIRO, Matheus (org.). **Processos estruturais no Sul Global**. Londrina: Thoth, 2022.

No Brasil, além de algumas iniciativas pontuais em Ações Civis Públicas de cunho estruturante, no âmbito do controle concreto e difuso de constitucionalidade, que ficarão fora do escopo do presente estudo, houve em 2015 a “migração constitucional”³² do procedimento adotado pela Corte Constitucional colombiana em litígios estruturais, a partir da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) do sistema carcerário pátrio, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, na ADPF 347³³.

Ademais, o recente cenário de excepcionalidade desencadeado pela crise resultante da pandemia de covid-19 levou às portas do STF diversas demandas de cunho estrutural, trazendo consigo graves problemas sociais que há muito enfrentam quadros de desídia e omissão do Poder Público, como a proteção dos povos indígenas e dos quilombolas; a violência policial; a proteção da saúde em geral; o funcionamento do SUS frente à pandemia da covid-19; e a proteção da saúde das pessoas privadas de liberdade. Tais questões resultaram nas ADPF 709/2020, 742/2020, 635/2020, 822/2021, 866/2021, respectivamente, e em pedidos cautelares incidentais na mencionada ADPF 347/2015. Diante de tal cenário, a Corte Constitucional está dando os primeiros passos em direção ao desenvolvimento de um processo estrutural pátrio, como será visto a seguir.

Seguindo a concepção de Owen M. Fiss, doutrinador estadunidense que foi pioneiro na identificação de “medidas estruturais” (*structural injunction* remedy)³⁴, no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, o processo judicial de caráter estrutural distingue-se do modelo tradicional de adjudicação, de cunho liberal-individualista, pensado para resolver litígios privados, porque, além do caráter constitucional dos valores sociais em lide, envolve um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais importantes para alguns setores da sociedade³⁵.

³² Aqui utilizando o conceito de Virgílio Afonso da Silva, no sentido da migração (ou “empréstimo”) de ideias constitucionais, que propicia a integração horizontal entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre tribunais, ou seja, do livre câmbio de experiências, ideias, teorias (SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 519-524. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2010-Diologo_e_integracao.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024).

³³ BROOCKE, Bianca M. Schneider van der. *Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo*: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas. Londrina: Thoth, 2021.

³⁴ FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. p. 25.

³⁵ FISS, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 17-18, nov. 1979. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/The_Forms_of_Justice.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

Afirma Fiss que essa forma de atividade jurisdicional (*adjudication*), por ele denominada de *structural reform litigation*, inova ao ocasionar a mudança de postura do juiz e uma relação de longa duração entre ele e a instituição envolvida, mediante uma série de *structural injunctions*, que buscam adequar o procedimento às especificidades da causa, o que exige o constante aprimoramento ou modificação das decisões previamente emitidas, o incentivo à participação de terceiros interessados na construção de soluções, bem como a criação de novas agências para ajudar no controle do cumprimento da decisão judicial³⁶. Assim, o tipo de processo que a reforma estrutural traz a lume se distingue pelo caráter constitucional dos valores públicos envolvidos e pela promoção de um encontro entre o judiciário e as burocracias estatais.

Destarte, litígio estrutural é aquele no qual o juiz, exercendo a função de conferir significado concreto e aplicação aos preceitos constitucionais na operacionalização de políticas públicas, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.

Como elucida Edilson Vitorelli, é o modo de operacionalização de uma estrutura burocrática que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem a um litígio estrutural e a sua solução exige a reestruturação do funcionamento dessa estrutura³⁷. Quando esta for buscada pela via judicial, o processo apropriado para a tutela dos direitos materiais violados detém particularidades que o caracterizam como estrutural (processo estrutural). Contudo, a técnica processual tradicional extraída do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de permitir a tutela jurisdicional dos direitos afetados por litígios coletivos em geral, não é adequada para a resolução dessas demandas, marcadas pela fluidez e mutabilidade que a realidade complexa e multifacetada em que se inserem lhes impinge³⁸.

O foco da reforma estrutural não são os eventos particularizados e isolados que ferem direitos de determinados indivíduos, mas, sim, a dinâmica organizacional que viola, de forma continuada e reiterada, os preceitos constitucionais, ameaçando as condições da vida social de um grupo mais amplo³⁹, ou seja, esses litígios são

³⁶ FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. p. 92-93.

³⁷ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 43, n. 284, p. 340, out. 2018.

³⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 369-422.

³⁹ FISS, Owen M. *The forms of justice*. p. 22-23.

caracterizados pela verificação de situações de violação sistemática de direitos fundamentais, causada por um conjunto de práticas e dinâmicas institucionalizadas que impedem a adequação do agir estatal às promessas constitucionais.

A constatação dessas condições contextuais que anunciam a causalidade que subjaz a lide estrutural e que tornam inócua a adoção de medidas pontuais as quais visem à eliminação ou repreensão de condutas isoladas, e não à resolução do problema de fundo, é juridicamente simples, isto é, pouco controversa. O que de fato irá particularizar esse tipo de litígio é o modelo de procedimento judicial (ou adjudicação) a ser empregado para a sua resolução, isso porque, como pontua Jordão Violin, o que diferencia o processo estrutural do processo tradicional é o “policentrismo extra-jurídico” relevado pelas inúmeras possibilidades de implementação⁴⁰. Com efeito, “a complexidade que torna estrutural um litígio está na multiplicidade de critérios extraleais para definir o cumprimento e de meios para implementar a decisão”⁴¹.

Assim, é no momento pós-julgamento de mérito que a atividade do Poder Judiciário na solução desses conflitos se distancia do procedimento comum, pressupondo a adoção de medidas estruturais que busquem remover os bloqueios políticos e institucionais que geram o mau funcionamento organizacional. Isso porque não basta que a fase decisória contemple uma decisão condenatória a que se siga uma obrigação de pagar, ou uma decisão mandamental ou executiva, a que se siga uma ordem de fazer ou não fazer, acompanhada da ameaça de coerção, ou tampouco uma sentença declaratória ou constitutiva, com consequências exclusivamente jurídicas que se exaurem com a própria decisão⁴².

A intervenção judicial que conforma um processo estrutural exige atuações pouco convencionais, que demandam um grande esforço institucional por parte das entidades responsáveis. Como afirma Violin, “a resolução de litígios estruturais exige protagonismo do juiz no processo, na condução do debate, na definição dos

⁴⁰ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. p. 82. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: https://laprocon.ufes.br/sites/laprocon.ufes.br/files/field/anexo/violin_jordao._processos_estruturais_em_perspectiva_comparada.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁴¹ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 83.

⁴² VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 102.

standards de cumprimento e no acompanhamento da implementação⁴³. Tal conjuntura encontra uma sintetização precisa na obra do colombiano Andrés Mauricio Gutierrez Beltrán que, ao edificar uma teoria geral dos litígios estruturais a partir do estudo de casos provenientes dos Estados Unidos, da Colômbia, da África do Sul e da Índia, descreve os contornos do processo de execução que os caracteriza na contemporaneidade nos seguintes termos:

Por lo general, dicho proceso debe ser realizado con la participación de varios actores entre los que frecuentemente se encuentran los titulares del derecho; en la medida en que su ejecución no puede llevarse a cabo mediante un único acto, sino por la ilación ordenada de una serie de decisiones, requiere la realización de labores de planificación previa y de determinación de los objetivos de mediano y largo plazo; suele demandar la inversión de importantes recursos cuya aprobación no depende de una única autoridad; en atención a que su ejecución se planea con base en cronogramas que marcan la evolución prevista, es posible incorporar instrumentos que permitan medir dicho progreso, como también la introducción de mecanismos de enmienda o de corrección cuando no se cumplan los objetivos trazados⁴⁴.

Uma das tarefas fundamentais com que os juízes devem se comprometer nos litígios estruturais consiste em determinar a forma pela qual o remédio judicial deve ser executado, e tal medida deverá ser arquitetada de acordo com a realidade que pretendem transformar. O nível de protagonismo assumido por eles nessa fase, no entanto, pode variar, sendo que os diferentes tipos de medidas judiciais e de modelos de supervisão é que virão a definir uma intervenção monológica ou dialógica na execução dos julgados.

⁴³ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 87.

⁴⁴ “Geralmente, este processo deve ser realizado com a participação de vários atores, entre os quais frequentemente estão os titulares dos direitos; na medida em que a sua execução não pode ser realizada através de um único ato, mas sim através da sequência ordenada de uma série de decisões, exige um planejamento prévio e a determinação de objetivos de médio e longo prazo; geralmente requer o investimento de recursos importantes cuja aprovação não depende de uma única autoridade; dado que a sua execução é planejada com base em cronogramas que marcam a evolução esperada, é possível incorporar instrumentos que permitam medir esse progresso, bem como a introdução de mecanismos de alteração ou correção quando os objetivos estabelecidos não são cumpridos” (tradução nossa). BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutierrez. **El amparo estructural de los derechos**. Tese aprovada no Doutorado em Direito e Ciência Política da Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, p. 37. GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. **El amparo estructural de los derechos**. 2016. p. 37. Tesis (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10486/676669>. Acesso em: 26 nov. 2024.

Nesse sentido, Beltrán reconhece que o grau de intervenção judicial durante o processo de implementação de decisões estruturais pode tomar várias formas. Segundo ele, essa variação vai desde uma postura meramente declaratória – em que o juiz somente assinala a ocorrência de uma grave violação de direitos fundamentais cuja reparação exige a adoção de medidas estruturais, sem impor nenhuma prescrição concreta orientada a remediar a situação, deixando a cargo das entidades responsáveis a adoção das ações que considerem adequadas para alcançar dito fim – até uma postura judicial prescritiva, em que o detalhamento das ordens de implementação das medidas estruturais pode se dar de forma unilateral ou dialógica⁴⁵.

Afirma o autor colombiano, contudo, que o enfoque das intervenções estruturais deve promover um grau mínimo de ingerência do Poder Judiciário nas esferas de competência dos órgãos representativos. Assevera ele que o modelo ideal para conseguir uma alta legitimidade democrática se encontra nas sentenças dialógicas, que possibilitam o restabelecimento dos direitos infringidos por meio da recuperação da capacidade institucional das autoridades responsáveis⁴⁶.

É o processo que conta com a abertura ao diálogo e à deliberação que caracteriza e legitima esses remédios judiciais extraordinários, os quais, ao invés de buscarem a reparação dos direitos subjetivos infringidos, se ocupam do conteúdo das políticas públicas, dirigindo-se a eliminar as causas estruturais do mau funcionamento de instituições relevantes, que ameaçam direitos fundamentais de um número considerável de pessoas. A promoção do diálogo e da deliberação interinstitucional e social legitima a intervenção judicial em matéria de política pública, permitindo a participação dos demais Poderes, de especialistas e da comunidade na construção conjunta de soluções, em atenção às distintas capacidades institucionais de cada um.

A transformação da realidade política e social, por meio de reformas estruturais, tem o condão de criar as condições necessárias para o funcionamento da democracia, quando a realização progressiva de direitos fundamentais visa assegurar as condições materiais necessárias para que os cidadãos tenham um mínimo de igualdade, a fim de exercer a sua garantia de liberdade individual. Nesse contexto, a pergunta relevante em relação a direitos que implicam cargas prestacionais significativas para o Estado é em que condições deve o juiz intervir e como deve se materializar a sua intervenção. Recentemente, no julgamento de alguns litígios estruturais, o Supremo Tribunal Federal vem construindo uma resposta.

⁴⁵ GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. *El amparo estructural de los derechos*. p. 38-60.

⁴⁶ GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. *El amparo estructural de los derechos*. p. 161-162.

4. Processos estruturais no STF e perspectivas para uma nova racionalidade procedimental: por uma abordagem judicial dialógica

Recentemente tem-se vislumbrado uma mudança de postura no âmbito do STF, no controle jurisdicional de políticas públicas, que reflete o compromisso da corte constitucional brasileira com o desenvolvimento de uma nova racionalidade procedimental, preocupada com a efetivação do conteúdo da decisão judicial nos casos concretos, a partir de um modelo cooperativo e democrático de processo para a implementação de direitos, especialmente no que tange a demandas estruturais. Nessa toada, para os fins e diante das limitações do presente trabalho, merecem destaque duas recentes intervenções de cunho estrutural do STF, nas já mencionadas ADPF 709/2020 e ADPF 347/2015.

Na primeira, busca-se o equacionamento de graves violações a preceitos fundamentais da Constituição Federal brasileira, relacionadas a um conjunto de atos comissivos e omissivos do Estado no combate à pandemia causada pelo novo coronavírus, os quais implicavam alto risco de contágio e extermínio de diversos povos indígenas. A linha de ação empregada pelo STF na resolução desse litígio estrutural veio a indicar os passos iniciais para um novo formato de gestão processual de viés dialógico.

Em um primeiro momento, foi reconhecida a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB para propor a Arguição, na condição de “entidade de classe” de âmbito nacional⁴⁷, embora em outras ocasiões a jurisprudência do tribunal já tivesse limitado essa configuração apenas àquelas entidades representativas de pessoas que desempenham a mesma atividade econômica ou profissional. A superação de tal interpretação restritiva tomou por base a ideia de abertura do controle de constitucionalidade concentrado às associações defensoras de direitos humanos, bem como a representação judicial direta dos interesses dos indígenas, com respeito à sua forma de organização social.

⁴⁷ A Arguição, protocolizada em 1º de julho de 2020, foi formulada com o apoio da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UERJ) e assinada, em conjunto, pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e seis partidos políticos com representação no Congresso Nacional – Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PcdoB), Rede Sustentabilidade (REDE), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Essa abertura do controle de constitucionalidade a minorias que geralmente ficam de fora do processo legislativo pode representar um fator determinante à eficácia do *judicial review*, já que, como pontua Jorge Ernesto Roa Roa, ao se potencializar o número de legitimados para interagir com uma Corte Constitucional, contribui-se para aumentar o grau de deliberação desse tribunal, possibilitando-se a ampliação do debate e da participação, fazendo-se possível considerar o maior número de perspectivas sobre os problemas trazidos à agenda judicial⁴⁸.

Em segundo lugar, entre as premissas que expressamente fundamentaram a decisão judicial proferida na ADPF 709/2020⁴⁹, encontra-se a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição, além da imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos dos povos indígenas. Nesse passo, ao reconhecer a necessidade de diálogo institucional, o Ministro Relator asseverou que as providências requeridas, por envolverem “a mobilização de múltiplas instituições e agentes, com *expertise* técnica e experiência em suas respectivas áreas de atuação”, demandariam capacidades institucionais que o STF não detém. E, diante disso, comprometeu-se a buscar, “tanto quanto possível, atuar como um *facilitador* de decisões e de medidas que idealmente devem envolver diálogos com o Poder Público e com os povos indígenas”.

Essa opção pela via do diálogo ficou clara ao determinar-se que a União construísse os respectivos planos de ação⁵⁰ de forma consensual, contando com a participação dos entes públicos competentes, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, dos representantes das comunidades indígenas, bem como com o apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco), na condição de consultores *ad hoc*.

⁴⁸ ROA ROA, Jorge Ernesto. **Control de constitucionalidad deliberativo**: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 311-335.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 05 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 27 nov. 2024.

⁵⁰ A decisão do STF determinou que a União elaborasse e implementasse: a) um Plano de Barreiras Sanitárias para a proteção e a promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato; e b) um Plano Geral de Enfrentamento da covid-19 para os Povos Indígenas brasileiros. Ficou estabelecido que este último plano deveria contemplar, inclusive, a avaliação da viabilidade de retirada de invasores de terras indígenas, ou medidas alternativas à remoção, e o exame da viabilidade e do eventual planejamento da expansão do atendimento do Subsistema de Saúde Indígena para indígenas não aldeados.

Foi estipulada também a criação de Grupo de Trabalho Técnico, integrado pelas equipes da Abrasco e da Fiocruz e sob a coordenação do Juízo, voltado à produção de um Termo de Referência que delimitasse objetivamente os elementos que deveriam ser observados pelos planos e ações da União, de modo a fornecer subsídios para que o Relator pudesse decidir sobre a matéria com celeridade e objetividade. Além disso, ficou consignado que a execução dos planos deveria ser monitorada por todos os referidos atores governamentais e não governamentais em conjunto. O elemento principal dessa abordagem dialógica foi a ordem para instalar uma “Sala de situação” para a gestão da epidemia entre os povos indígenas brasileiros, com a participação dos atores governamentais e não governamentais acima mencionados e da Procuradoria-Geral da República (PGR), da Defensoria Pública da União (DPU), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e de um observador indicado pelo Ministro Relator.

A intervenção estrutural dialógica estabelecida no âmbito do processo e do julgamento da ADPF 709/2020, na época da pandemia, no entanto, não obteve êxito. O planejamento da ação governamental emergencial para a proteção da saúde dos povos indígenas brasileiros diante da emergência decorrente da covid-19, que deveria ser construído de forma consensual e participativa, mostrou-se insuficiente, revelando a falta de coordenação e capacidade técnica dos entes governamentais envolvidos. Os planos apresentados foram sistematicamente devolvidos com apontamentos e sugestões levantados pelos atores não-governamentais e acatados pelo Ministro Relator, persistindo, entre idas e vindas, a ausência de elementos concretos, critérios objetivos, metas, quantitativos, indicadores, cronograma de execução e resultados esperados que pudessem implicar a efetiva assunção de um compromisso pela União e permitissem seu monitoramento⁵¹.

Ademais, ficou evidente a resistência política e institucional do governo anterior ao diálogo. Houve apenas três reuniões da Sala de Situação, todas coordenadas pelo Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e conduzidas por militares, em um ambiente de constrangimento e intimidação, em que se buscava apenas a convalidação das ações governamentais já decididas previamente⁵².

⁵¹ Sobre o tema: OLSEN, Ana Carolina Lopes; BROOCKE, Bianca M. van der. Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, n. 3, p. 550-580, dez. 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7790/pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁵² GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e sala de situação: diálogo ilusório. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 3, p. 2174-2205, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/61730>. Acesso em: 26 nov. 2024.

Tal experiência serviu de lição e, no recente julgamento de mérito da ADPF 347/2015, o STF pôde “calibrar” melhor o processo estrutural a partir de uma atuação mais proativa. Nessa demanda, em 2015, por ocasião do julgamento da medida cautelar, foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro em razão do quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos, decorrente de ações e omissões, falhas estruturais e da inércia e incapacidade dos órgãos e das entidades governamentais para superá-lo.

Em 04 de outubro de 2023, no julgamento do mérito da ADPF 347/2015, seguindo o voto do Ministro Relator, além de reafirmar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), o Supremo expressamente reconheceu estar diante de um litígio estrutural e, a partir dessa constatação, delimitou os contornos do seu modo de intervenção. Como destacou o Ministro Luís Roberto Barroso, trata-se de um litígio em que a atuação do Poder Judiciário não se esgota na prolação de uma decisão:

A sua solução geralmente envolve a necessidade de reformulação de políticas públicas. Tais processos, portanto, comportam uma solução bifásica, dialógica e flexível. Bifásica porque são duas fases, são duas etapas. Uma primeira etapa é o reconhecimento do estado de desconformidade constitucional e a indicação dos fins a serem buscados. E uma segunda etapa, o detalhamento das medidas homologação e monitoramento da execução judicial⁵³.

Primeiramente, identificou-se a necessidade de um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvendo uma pluralidade de autoridades públicas, levando-se em conta que a solução das graves violações a direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema carcerário e de políticas públicas ineficientes e resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição das pessoas privadas de liberdade e de grupo social minoritário, impopular e marginalizado.

Nesse sentido, ficou consignado, na decisão, que não cabe ao STF substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias, mas, sim, que “o Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 27 nov. 2024.

dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade”⁵⁴.

Destarte, no intuito de incentivar a formulação e implementação das políticas públicas, sem, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas e os detalhes dos meios a serem empregados, coordenando as capacidades institucionais dos outros Poderes, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente, o Supremo definiu parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual com o fito de alcançar respostas efetivas às violações de direitos no sistema carcerário brasileiro. Em um primeiro momento, foram apresentados os três grandes problemas que precisam ser enfrentados: a) a quantidade e a qualidade das vagas existentes; b) o descontrole na entrada; e c) a falta de controle na saída do sistema.

Para a superação de tais questões, mediante a reformulação de políticas públicas, foi determinada a elaboração de um plano-base nacional e de planos estaduais que enfrentem os problemas específicos de cada Unidade da Federação dentro de sua esfera de autonomia. A confecção do Plano Nacional no prazo de seis meses, foi atribuída conjuntamente ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) e ao Governo Federal, devendo o primeiro ser responsável pelo planejamento das medidas que envolvam a atuação do Poder Judiciário, enquanto o segundo deve realizar o planejamento nacional das medidas materiais de caráter executivo.

Ficou definido que o Plano Nacional deve contemplar o marco lógico de uma política pública estruturada, com os vários órgãos e entidades envolvidos, bem como observar os seguintes objetivos e medidas: (i) controle da superlotação dos presídios, melhoria da qualidade e aumento de vagas; (ii) fomento às medidas alternativas à prisão; e (iii) aprimoramento dos controles de saída e progressão de regime. Ademais, o plano deve definir indicadores de monitoramento, avaliação e efetividade, bem como os recursos necessários e disponíveis para sua execução e os riscos positivos e negativos a ele associados.

E, diversamente do que aconteceu no julgamento da ADPF 709/2020, restou fixada a competência do DMF/CNJ, sob a supervisão do STF, para o monitoramento da execução dos Planos, além da regulamentação necessária a tal fim, havendo a retenção de competência do STF em casos de impasse ou de atos que envolvam reserva de jurisdição. Nesse sentido, a atuação do STF deverá se estender ao longo de

⁵⁴ STF, ADPF 347/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 4 out. 2023, p. 55.

toda a execução do julgado e, portanto, dos planos, cabendo-lhe, inclusive, proferir decisões específicas e complementares em caso de óbices institucionais a sua concretização ou descumprimentos e resistências que venham a se mostrar insuperáveis na via administrativa.

Em relação à necessidade de diálogo institucional e social, houve apenas uma recomendação para que outras instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública e as organizações da sociedade civil fossem ouvidos sobre os planos nacional, estaduais e distrital, sendo externada a preocupação de não estender excessivamente a tramitação do processo. Sem muita ênfase, ficou consignado que o DMF e a União devem propor uma estrutura dialógica e deliberativa, “levando em conta os benefícios do diálogo, mas sem desconsiderar os ônus de eventual alongamento do feito”. Nesse passo, nem sequer são mencionadas audiências públicas ou algum outro tipo de reunião a fim de viabilizar essa participação, não obstante haja quinze entidades habilitadas no processo como *amicus curiae*, dentre as quais diversas Defensorias Públicas Estaduais e Organizações da Sociedade Civil, como o Instituto Pro Bono, a Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Carcerário (Faespo), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Organização não Governamental Conectas Direitos Humanos e o Sindicato Nacional das Empresas Especializadas na Prestação de Serviços em Presídios e em Unidades Socioeducativas (SINESPS).

De fato, um dos maiores desafios para o processo coletivo estrutural brasileiro é a abertura do Poder Judiciários ao diálogo e à deliberação por meio da introdução de mecanismos efetivamente participativos, bem diferentes da atual configuração das audiências públicas, previstas como expediente meramente informativo, no qual os julgadores buscam esclarecer dúvidas ou ouvir a opinião de especialistas na matéria *sub judice*⁵⁵. Na forma como tem sido regulamentada e na maioria das vezes concretizada atualmente, esse tipo de audiência jurisdicional serve apenas para a arrecadação de informações técnicas ou científicas indispensáveis à tomada de decisão, não possibilitando a oitiva e o debate com os potenciais afetados, mesmo que por meio de representantes.

⁵⁵ As audiências públicas no âmbito do STF foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para convocá-las a fim de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante debatidas no Tribunal.

Como observa Livia Gil Guimarães, as audiências públicas “refletem, incorporam e personificam a judicialização da política”⁵⁶, devendo se converter em uma arena de disputas de argumentos em torno dos significados constitucionais e de efetiva participação social a fim de se entender por legítima a intervenção judicial que assume os contornos de um processo legislativo ou administrativo, atrelado às circunstâncias fáticas e não à norma abstrata.

Nesse sentido, tomando por base a experiência norte-americana, Vitorelli propõe, como estratégia viável para o processo estrutural brasileiro, a transformação dessas audiências judiciais em “*town meetings*”, termo cunhado por Stephen Yeazell em 1977, ao descrever o modelo de intervenção judicial empregado pela corte federal distrital de *downtown Los Angeles* para a reforma estrutural nas escolas a fim de promover a dessegregação racial⁵⁷.

Tais audiências funcionariam como um estágio de consulta dos vários grupos e atores sociais envolvidos na demanda acerca da solução que se pretende adotar, possibilitando ao juízo levar em conta todos os fatores que serão impactados pela sua decisão, consoante exige o perfil do conflito a ser decidido⁵⁸. Como explica Vitorelli:

O Juiz, nesse modelo, toma a frente da direção do processo, delimitando as questões relevantes e conduzindo a produção de provas, para fomentar ocasiões de diálogo ampliado com a sociedade impactada, nos moldes da atuação de órgãos administrativos ou legislativos. Realizam-se audiências e eventos públicos para permitir a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados. [...] Os eventos podem servir para registrar insatisfações, verificar se a solução pretendida é razoavelmente factível, apontar falhas nas propostas ou indicar alternativas. Além disso, o modelo também permite que os fatos sejam constantemente reanalisados, já que os contextos dos litígios estruturais são, por natureza, mutáveis⁵⁹.

⁵⁶ GUIMARÃES, Livia Gil. **Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**: discurso, prática e lobby. 2017. p. 37. Dissertação (Mestrado em direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/D.2.2017.tde-04122020-015457>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁵⁷ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. **UCLA Law Review**, v. 25, n. 2, p. 244-260, Dec. 1977. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/uclalr25&i=260>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁵⁸ VITORELLI, Edilson. **Litígios estruturais**: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. p. 398-399.

⁵⁹ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 546.

Na Corte Constitucional da Colômbia, precursora da doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional⁶⁰ encampada pelo STF na ADPF 347/2015, essa ideia de “*town meetings*” se faz presente e colhe bons frutos. Foi na paradigmática *sentencia* T-025 de 2004, concernente à emergência humanitária causada pelo deslocamento forçado de mais de três milhões de pessoas em meio ao conflito armado colombiano, que se obteve maior êxito na resolução de um litígio do tipo estrutural, e isso foi resultado do seu caráter essencialmente dialógico.

Nesse caso, a Corte determinou os parâmetros gerais, deixando para o Poder Público a formulação das políticas públicas para o amparo dessa população vulnerável, bem como reteve a jurisdição e determinou a realização de audiências públicas periódicas para o monitoramento e a deliberação contínuos sobre as medidas tomadas e o sucesso da sua implementação⁶¹.

O “ativismo dialógico”⁶² da Corte Constitucional colombiana ganhou contornos com o desempenho da função de supervisionar, de forma ativa, a implementação das suas ordens, mediante dois tipos de mecanismos participativos, quais sejam, as audiências públicas e as sessões técnicas, que são complementados por decisões de monitoramento (*autos de seguimiento*)⁶³. As audiências públicas funcionam como

⁶⁰ Cabe mencionar que é a partir da constatação fática de algumas circunstâncias indicativas que a Corte colombiana define se, no litígio estrutural, está configurado um ECI, sendo que os principais fatores a serem avaliados, estabelecidos pela sua própria jurisprudência, são os seguintes: i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, que afeta um número significativo de pessoas; ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento das suas obrigações para garantir os direitos; iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; v) a existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; e vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorressem à *acción de tutela* para obter a proteção dos seus direitos, haveria uma maior congestão judicial. (conforme se extrai da fundamentação da *Sentencia* T-302/2017, disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>. Acesso em 11/02/2023).

⁶¹ No curso de sete anos, foram convocadas vinte e uma audiências públicas de monitoramento, nas quais houve a participação de uma grande variedade de atores governamentais e não-governamentais, sendo que a Corte tomou mais de cem decisões de monitoramento (*autos de seguimiento*), mediante as quais restaram ajustadas as suas ordens às necessidades esboçadas pelas informações recebidas sobre o avanço no cumprimento da sentença (RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp). **Por una justicia dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 230-233).

⁶² RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Juicio a la exclusión**: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015. p. 233. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_758.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁶³ Os *autos de seguimiento*, de um modo geral, servem para monitorar o cumprimento das ordens emanadas pela Corte e solicitar ações específicas, contendo informações dos atores públicos e privados sobre os progressos e as

mecanismo de prestação de contas para o governo e espaço para o debate sobre os resultados das políticas de *desplazamiento* à luz das ordens da Sentença T-025 e dos *autos de seguimiento*. Nelas intervêm os magistrados da Corte, os representantes do governo, as ONGs e os organismos internacionais, líderes de organizações representativas dos *desplazados*, o público em geral e os meios de comunicação⁶⁴.

As sessões técnicas, que podem ser regionais ou informais, por sua vez, “*son una consecuencia del próprio proceso de aprendizaje de la Corte y su estrategia de innovación*”⁶⁵. Quando regionais, parecem-se com as audiências públicas de monitoramento, tendo por objetivo também discutir em público o cumprimento das ordens exaradas pela Corte. No entanto, são realizadas em distritos e cidades fora de Bogotá, e as pessoas convocadas são funcionários públicos da administração local e associações de deslocados internos que trabalham na região. As sessões técnicas informais são diferentes das audiências públicas, já que convocadas para discutir de maneira privada um assunto concreto com funcionários públicos e atores específicos.

Ao que se vê, tomando como base lições do direito comparado, as inovações procedimentais estampadas nos julgamentos das ADPF 347/2015 e 709/2020 indicam uma mudança de postura por parte da mais alta Corte brasileira diante de um litígio do tipo estrutural que, em razão da sua complexidade, exige técnicas especiais de efetivação processual e intervenções jurisdicionais diferenciadas, tais como flexibilidade de procedimento, consensualidade, negociações processuais e atipicidade das medidas executivas e das formas de cooperação judiciária. Contudo, ao trazer em seu bojo instrumentos consonantes com os ideais do diálogo constitucional e da deliberação democrática para a construção de soluções efetivas e de uma verdadeira transformação social, essa nova forma de gestão processual ainda caminha a passos lentos em direção à realização de “*town meetings*” em versão brasileira, como propõe a experiência alienígena, a fim de garantir a efetiva participação de todos os interessados.

questões técnicas envolvidas nos desdobramentos da implementação dos direitos (RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Juicio a la exclusión**: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. p. 144).

⁶⁴ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Juicio a la exclusión**: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. p. 145-146. Como relatam os autores, até setembro de 2013, haviam sido realizadas vinte audiências públicas nas instalações da Corte Constitucional da Colômbia.

⁶⁵ “São uma consequência do próprio processo de aprendizagem do Tribunal e da sua estratégia de inovação” (tradução nossa) RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Juicio a la exclusión**: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. p. 146.

5. Conclusão

Os litígios estruturais carregam consigo demandas que ultrapassam a tradicional configuração do processo judicial individual. Além de veicularem valores sociais e envolverem centros de interesse concorrentes, a sua complexidade exige soluções que vão além da imposição de uma simples ordem de fazer ou não fazer, entregar coisa ou pagar quantia, como acontece comumente no processo civil brasileiro.

Todavia, vislumbra-se um hiato em relação à forma como deve se desenvolver a atividade jurisdicional que acarreta ingerências nas esferas de competência das autoridades representativas, com o propósito de induzir a ação pública e promover a transformação da realidade social do país. Visões e ferramentas tradicionais não fornecem a tutela jurisdicional adequada para dar conta dos complexos e imprevisíveis problemas jurídicos que a discussão de políticas públicas alberga, especialmente em litígios estruturais. Verifica-se a necessidade de uma nova racionalidade procedimental, preocupada com a efetivação do conteúdo da decisão judicial nos casos concretos, a partir de um modelo cooperativo e democrático de processo para a implementação de direitos.

Uma iniciativa institucional que reflete a assunção desse compromisso por parte do Judiciário brasileiro se vê estampada na Resolução 790, de 22 de dezembro de 2022, da então Presidenta do Supremo Tribunal Federal, Ministra Rosa Weber, que dispõe sobre a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do STF (Cesal/STF), cuja composição abarca o Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (Cadec/STF).

Consoante se depreende do texto da Resolução, essa unidade foi criada para auxiliar a resolução das demandas estruturais e dos litígios complexos de competência da Suprema Corte. Os processos assim qualificados são aqueles voltados a reestruturar determinado estado de coisas constitucionalmente desconforme e os que exigem, para a concretização dos direitos correspondentes, técnicas especiais de efetivação processual e intervenções jurisdicionais diferenciadas.

Não por acaso, a primeira demanda encaminhada ao Cadec/STF, em abril de 2023, a pedido da Procuradoria-Geral da República, foi o litígio estrutural atinente ao Recurso Extraordinário (RE) 1.366.243, que versa sobre o fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Tema recorrente e complexo, já amplamente debatido nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, e, que deu azo a importantes mudanças procedimentais no controle jurisdicional de viés

coletivista (e não individualista) do resultado esperado das políticas públicas que norteiam a concretização do direito fundamental à saúde, favorecendo a busca por uma solução geral e isonômica a partir de uma discussão mais concreta sobre os recursos disponíveis e o planejamento estatal como um todo, conforme exposto no item 2 do presente artigo.

Ainda no âmbito do STF, na atual gestão, houve a criação do Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (Nupec), com a finalidade de apoiar a atuação dos Gabinetes na identificação e no processamento de ações estruturais e complexas, podendo elaborar pareceres, emitir notas técnicas sobre os temas discutidos nessas ações, participar de reuniões de mediação, juntamente ao Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (Nusol), compor as Salas de Monitoramento, criadas para acompanhar ações estruturais específicas e auxiliar na construção de indicadores para monitoramento, avaliação e efetividade das medidas. Entre os processos estruturais monitorados por esse Núcleo, encontram-se as ADPF 347/2015 e 709/2020.

O Poder Legislativo, por sua vez, promoveu uma importante atualização dos contornos da atividade jurisdicional, com a incorporação de um sistema amparado em coparticipação, cooperação e consensualidade no modelo de organização processual vigente. O Código de Processo Civil (CPC), vigente desde 2015 (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), e a nova redação conferida à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 13.655/2018) incorporaram uma sistemática processual amparada na responsabilidade decisória e na cooperação, que comporta essa guinada para novas técnicas decisórias, especialmente quando estão em lide demandas que implicam alta complexidade e conflituosidade na desestabilização e abertura de organizações burocráticas.

É o que se depreende da leitura do art. 190 do CPC, ao trazer uma cláusula geral de negociação processual, priorizando a autonomia privada e a consensualidade. Ao versar sobre o processo quanto aos direitos que admitam autocomposição, podem as partes “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Ademais, a responsabilidade decisória se viu ampliada para além da declaração do direito da parte, incumbindo ao juiz dirigir o processo e determinar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (art. 139, IV), bem como determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer (art. 536).

Outrossim, de forma diretamente relacionada a litígios do tipo estrutural, há a clara previsão da participação dos destinatários do provimento na formação da decisão, com poder de influenciá-la, em demandas de natureza complexa, nos termos do art. 357, § 3º, do CPC. A recente atualização da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, promovida pela Lei 13.655/2018, seguiu a mesma linha, prevendo a inclusão de novas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, que permitem interpretações harmônicas com as necessidades do processo estrutural.

Diante desse quadro, mecanismos procedimentais dialógicos, como a construção conjunta de planos de ação, a criação de espaços de diálogo e deliberação institucional e social, bem como a previsão do monitoramento do cumprimento das medidas estruturais empregadas, observados nas ADPF 709/2020 e 347/2015, embora ainda sem grandes resultados concretos para análise, demonstram o início de uma mudança de comportamento por parte do STF, consonante com uma abordagem mais flexível e pragmática da jurisdição constitucional.

Tais iniciativas têm o potencial de colocar efetivamente em prática e disseminar para as outras esferas da jurisdição uma perspectiva dialógica na resolução de litígios estruturais no país, caracterizada pela combinação de uma negociação deliberativa entre os atores governamentais e não-governamentais envolvidos, com a fixação de regras mais flexíveis e provisórias, sujeitas a processos (participativos) de reavaliação e revisão contínuos, além de medidas de *accountability* – o que, de certa forma, já norteia o espírito da nova sistemática processual. Entretanto, a pedra de toque desse novo modelo ainda está por ser lançada e reside no âmbito das audiências públicas. É a transformação desse espaço, ou seja, dessas audiências judiciais, em efetivos “*town meetings*” o que permitirá a metamorfose almejada.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/10648>. Acesso em: 26 nov. 2024.

BROOCKE, Bianca M. Schneider van der. **Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo**: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas. Londrina: Thoth, 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CUNHA, Eduarda; CASIMIRO, Matheus (org.). **Processos estruturais no Sul Global**. Londrina: Thoth, 2022.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7>. Acesso em: 26 nov. 2024.

FISS, Owen M. 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: 26 nov. 2024.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel. **Courting social justice**: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. Cambridge: Cambridge Press, 2008.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e sala de situação: diálogo ilusório. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. 3, p. 2174-2205, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/61730>. Acesso em: 26 nov. 2024.

GUIMARÃES, Livia Gil. **Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal**: discurso, prática e lobby. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/D.2.2017.tde-04122020-015457>. Acesso em: 26 nov. 2024.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. **El amparo estructural de los derechos**. 2016. Tesis (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10486/676669>. Acesso em: 26 nov. 2024.

HUNTINGTON, Samuel P. Democracy's third wave. **Journal of Democracy**, v. 2, n. 2, p. 13-34, Spring 1991. Disponível em: <https://www.ned.org/docs/Samuel-P-Huntington-Democracy-Third-Wave.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos CEBRAP**, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>. Acesso em: 26 nov. 2024.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; BROOCKE, Bianca M. van der. Litígios estruturais e a proteção dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia de Covid-19: contribuições do ICCAL. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, n. 3, p. 550-580, dez. 2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7790/pdf>. Acesso em: 26 nov. 2024.

RESNIK, Judith. Managerial Judges. **Harvard Law Review**, v. 96, p. 374-448, Dec. 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hlr96&i=392>. Acesso em: 26 nov. 2024.

ROA ROA, Jorge Ernesto. **Control de constitucionalidad deliberativo: el ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_758.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2010-Diologo_e_integracao.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 138, p. 805-912, 1990. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3706/. Acesso em: 26 nov. 2024.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/9674>. Acesso em: 26 nov. 2024.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 303-352.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: https://laprocon.ufes.br/sites/laprocon.ufes.br/files/field/anexo/violin_jordao._processos_estruturais_em_perspectiva_comparada.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 369-422.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

WEST, Robin. Progressive and conservative constitutionalism. **Michigan Law Review**, v. 88, p. 641-721, Feb. 1990. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol88/iss4/2/>. Acesso em: 26 nov. 2024.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. **UCLA Law Review**, v. 25, n. 2, p. 244-260, Dec. 1977. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/uclalr25&i=260>. Acesso em: 26 nov. 2024.

Jurisprudência Citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 628.159**. Relatora: Min^a. Rosa Weber, 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4323920>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8/RS**. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 634.643**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2533792>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE**. Relator: Ministro Presidente, 17 de março de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 567.685/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 855.178/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de março de 2015. Disponível em: [paghttps://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671). Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 05 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 27 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Suspensão de Tutela Antecipada 241/RJ**. Relator: Ministro Presidente, 10 de outubro de 2008. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2620579>. Acesso em: 27 nov. 2024.

Legislação Citada

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993**. Brasília: Presidência da República, [1993]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>. Acesso em: 26 nov. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Brasília: Presidência da República, [2004]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 26 nov. 2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867
<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a334>

Data de submissão: 24/3/2024

Data de aprovação: 26/8/2024

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 do 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.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867
<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a342>

Data de submissão: 3/3/2024

Data de aprovação: 13/8/2024

Processo estrutural: mecanismo de equilíbrio e fortalecimento dos direitos fundamentais¹

Structural injunctions: mechanism for balancing and strengthening of fundamental rights

Proceso estructural: mecanismo de equilibrio y fortalecimiento de los derechos fundamentales

Henrique Alves Pinto²

Centro Universitário de Brasília (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5475-5308>

E-mail: henrikiobrien@hotmail.com

Giselle Borges Alves³

Universidade de Brasília (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5065-7199>

E-mail: giselleborges_direito@hotmail.com

Resumo

O estudo apresenta o atual Estado Constitucional de Direito, marcado pela ascensão institucional do Poder Judiciário como ambiente decisivo de concretização dos direitos fundamentais, notadamente quando se está diante do déficit de

¹ PINTO, Henrique Alves; ALVES, Giselle Borges. Processo estrutural: mecanismo de equilíbrio e fortalecimento dos direitos fundamentais. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 203-231, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a342>.

² Doutor e Mestre em Direito Público e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Possui graduação em Direito e pós-graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. É advogado, ex-professor adjunto da UFU, *campus* Uberlândia – MG, e atualmente é professor da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai – FACTU – MG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8562146244385242>.

³ Mestra em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, com pós-graduações *lato sensu* em Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Gestão Ambiental, Direitos da Natureza e Ecologia Jurídica Integral. Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior Cenecista – CNEC Unai. Foi professora e coordenadora do curso de Direito da Faculdade CNEC Unai. Atualmente exerce o cargo de Gestora Ambiental na Fundação Estadual do Meio Ambiente no Estado de Minas Gerais – FEAM, é advogada, professora de graduação em Direito na FACTU e professora de pós-graduação em Direitos da Natureza e Ecologia Jurídica Integral da Escola Superior de Ecologia Integral, Justiça e Paz Social – EJPSP. É pesquisadora atuante no Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade da Universidade de Brasília – GERN/UnB. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7121637604274295>.

implementação dos direitos sociais. Para tanto, foram adotados o método hipotético-dedutivo e a pesquisa bibliográfica na doutrina e jurisprudência, os quais possibilitaram verificar que, desde o final do século XX, a atividade jurisdicional foi colocada diante de questões cada vez mais complexas, decorrentes dos avanços econômicos e tecnológicos, que trouxeram novos aspectos de desigualdades com implicações sociais e culturais, problemas ambientais e desrespeito aos direitos humanos. Assim, foi exigido um novo olhar sobre as regras processuais clássicas para a resolução desses conflitos e para a garantia do mínimo existencial. Nesse contexto, o processo estrutural se sobressai como *locus* de cooperação, e a decisão estrutural deve ser vista como um instrumento de efetivação de políticas públicas que demandam soluções complexas.

Palavras-chave

Processo estrutural; decisão estrutural; direitos fundamentais; direitos sociais.

Sumário

1. Introdução. 2. Jurisdição constitucional e a ascensão do Poder Judiciário no contexto político. 3. Processo e decisão estrutural: vetores de implementação de direitos fundamentais. 3.1 A garantia do mínimo existencial dos direitos sociais pelas decisões estruturais. 4. Mediação de tensões: a decisão judicial estrutural na sociedade hipercomplexa. 5. Conclusão.

Abstract

The research presents the current Constitutional State of Law, marked by the institutional rise of the Judiciary as a decisive environment for the implementation of fundamental rights, especially when faced with a deficit in the implementation of social rights. For this purpose, the hypothetical-deductive method and bibliographical research on doctrine and jurisprudence were adopted, which made it possible to verify that since the end of the 20th century adjudication activity was faced with increasingly complex issues arising from economic and technological advances, which brought new aspects of inequalities with social and cultural implications, environmental problems, and disrespect for human rights. Therefore, a new interpretation about the classic procedural rules for resolving these conflicts and guaranteeing the existential minimum was required. In this context, the structural process stands out as a locus of cooperation, and the structural decision must be studied as an instrument for implementing public policies that require complex solutions.

Keywords

Structural injunctions; structural process of law; fundamentals rights; social rights.

Contents

1. Introduction. 2. Constitucional adjudication and the rise of the Judiciary in the political context. 3. Structural Injunctions: Fundamentals rights implementations vectors. 3.1 The guarantee of the minimum of social rights through structural injunctions. 4. Conflicts mediation: the structural injunction in the hypercomplex society. 5. Conclusion.

Resumen

El estudio presenta el actual Estado Constitucional de Derecho, marcado por el ascenso institucional del Poder Judicial como ámbito decisivo para la implementación de los derechos fundamentales, especialmente cuando se enfrenta a un déficit en la implementación de los derechos sociales. Para ello, se adoptó el método hipotético-deductivo y la investigación bibliográfica sobre doctrina y jurisprudencia, lo que permitió comprobar que desde finales del siglo XX la actividad jurisdiccional se enfrentó a cuestiones cada vez más complejas derivadas de los avances económicos y tecnológicos, que trajo nuevos aspectos de las desigualdades con implicaciones sociales y culturales, problemas ambientales y de irrespeto a los derechos humanos, que exigieron una nueva mirada a las reglas procesales clásicas para resolver estos conflictos y garantizar el mínimo existencial. En este contexto, el proceso estructural se destaca como un locus de cooperación y la decisión estructural debe ser vista como un instrumento para implementar políticas públicas que requieren soluciones complejas.

Palabras clave

Proceso estructural; decisión estructural; derechos fundamentales; derechos sociales.

Índice

1. Introdução. 2. La jurisdicción constitucional y el ascenso del Poder Judicial en el contexto político. 3. Proceso estructural y decisión: vectores para la implementación de derechos fundamentales. 3.1 La garantía del mínimo existencial de derechos sociales a través de las decisiones estructurales. 4. Mediación de tensiones: decisión judicial estructural en una sociedad hipercompleja. 5. Conclusión.

1. Introdução

O déficit na concretização dos direitos fundamentais, inclusive sob o prisma da igualdade, tanto individual quanto coletiva, não é um problema atual. Apesar de a origem normativa e tutelar dos direitos fundamentais estar no pressuposto das lutas pela liberdade humana frente ao arbítrio, os avanços experimentados em nível global, seja sob o prisma tecnológico, seja econômico, por exemplo, acentuaram a desigualdade na concretização e na prestação desses direitos aos cidadãos. A insuficiência da concretização dos direitos fundamentais explicitados nas constituições democráticas, ou pela via administrativa ou pela legislativa, conduziu à maior busca pela participação do Poder Judiciário, inclusive em relação às pretensões relacionadas às políticas públicas de promoção de direitos sociais.

Nesse sentido, este estudo possui como pressuposto a ênfase no processo estrutural enquanto mecanismo de consolidação e realização concreta dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, previstos na Constituição Federal de 1988, bem como a identificação do papel do Poder Judiciário como mediador entre os demais poderes do Estado e outras esferas da sociedade brasileira para o encontro do equilíbrio entre possíveis tensões econômicas, políticas, sociais, culturais e ambientais.

Para tanto, o problema de pesquisa se apresenta da seguinte forma: em que medida os processos estruturais podem contribuir para o fortalecimento dos direitos fundamentais no contexto de um Estado Democrático de Direito? Tal questionamento também atrai o debate realizado neste estudo, por meio do método hipotético-dedutivo, acerca da importância da atuação do Poder Judiciário, notadamente da jurisdição constitucional em seu papel jurídico-político, na concretização dos direitos fundamentais e enquanto norteador de políticas públicas, de modo a viabilizar e garantir a diminuição do descompasso existente entre a previsão normativa e a efetivação dos direitos fundamentais na sociedade brasileira.

No contexto do constitucionalismo democrático contemporâneo, as normas constitucionais são normas jurídicas centrais, as quais foram dinamizadas pela supremacia judicial na concretização dos valores e fins constitucionais. Com fundamento nesse pressuposto, este estudo parte da premissa de que o processo estrutural, diante de demandas que não comportam soluções simples pelo Poder Judiciário, revela-se um espaço democrático para o encontro de soluções que sejam justas e que verdadeiramente possam efetivar e fortalecer os direitos fundamentais

sociais, garantindo, inclusive, melhor identificação do que seria o mínimo existencial quando estiverem em discussão políticas públicas que deveriam ser implementadas pelos demais Poderes estatais.

2. Jurisdição constitucional e a ascensão do Poder Judiciário no contexto político

O Estado Legislativo de Direito, pautado pela ideia de que a Constituição deve ser compreendida como um documento político, não podendo ser aplicada diretamente por depender da iniciativa do legislador ou do administrador, gradativamente, começou a conviver ao lado de uma nova concepção que se expandiu após a Segunda Guerra Mundial. Esse novo entendimento é conhecido como Estado Constitucional de Direito, marcado pela ascensão institucional do Poder Judiciário em nível global⁴, uma vez que a Carta Magna deixa de ser vista apenas como um documento jurídico que estabelece forma e limites materiais e passa a representar o principal instrumento que compele o Estado em direção a deveres de atuação propositiva.

A partir da concepção do Estado Constitucional de Direito, aprimorou-se a preocupação com o controle de constitucionalidade das leis, a ser exercido por um tribunal constitucional ou por uma suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais, o que se expandiu para diversos países do mundo, independentemente de serem adeptos do sistema romano-germânico ou de *common law*⁵. Assim, é no âmbito do Estado Constitucional de Direito que surge o conceito de jurisdição constitucional, no sentido de que tal jurisdição, ao aplicar diretamente a Constituição conforme as situações nela contempladas, almeja que os direitos explicitados deixem sua tradicional zona de conforto, que seria a conservação de conquistas um importante instrumento promovedor de avanços sociais⁶.

⁴ Destacam-se as considerações e a expressão “expansão global do Poder Judiciário”, criada pelo famoso estudo de TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

⁵ Sobre a expansão dos mecanismos de controle de constitucionalidade por diversos países do mundo durante os séculos XIX e XX e início do século XXI, recomenda-se: BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, p. 176, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/10648/9641>. Acesso em: 14 nov. 2024.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 18.

Nesse contexto, o Poder Judiciário passou a ser convocado para uma atuação mais incisiva na concretização dos direitos fundamentais, inclusive em nível de implementação de políticas públicas, o que implica, muitas vezes, maior interferência no campo de atuação de outros poderes, mesmo em situações de ausência de confronto, ou seja, com o objetivo de “mera ocupação de espaços vazios”⁷. Sob tal perspectiva, quando o juiz atribui sentido ao caso posto à sua análise, ele não pode se afastar da realidade ao proferir a sua decisão. Se a percepção das novas situações advindas dos avanços cultural e tecnológico da sociedade passa a ser essencial para a atribuição de sentidos aos casos que não estão na agenda do Judiciário, com maior razão, o modo como o julgador apreenderá os novos fatos sociais “é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos”⁸. E é exatamente por esse motivo que as novas manifestações fenomenológicas da vida social conferem ao juiz legitimidade na construção de novos casos, assim como na reconstrução do significado dos já existentes.

Trata-se da reinterpretação de um velho dogma para adaptá-lo ao Estado Constitucional de Direito que, sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e tudo isso não apenas pela ação legislativa dos parlamentos ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais⁹.

Diante desses breves aspectos apontados a respeito do atual papel do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional dentro do Estado Constitucional de Direito, evento também associado à constitucionalização do direito infraconstitucional, no qual estão incluídas as regras processuais, pode-se dizer sinteticamente que a linear promessa de proteção a direitos com base na ideologia igualizante do Estado Liberal – vocacionada para a solução de conflitos lineares e individuais – é totalmente deficitária diante do surgimento dos novos fatores econômicos e sociais que passam a depender de uma postura mais ativa dos poderes públicos. No ambiente proporcionado por esses novos fatores, identificam-se as mais diversas posições ideológicas que, em uma constante oscilação, fazem com que o cenário político se torne cada vez mais plural, o que favorece a reconstrução do tradicional discurso do

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 92.

⁹ COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 97.

direito processual a fim de que ele possa ser aprimorado como meio hábil na árdua tarefa de promoção da justiça social, promessa encontrada na maioria dos textos constitucionais democráticos.

O Judiciário passou a atuar progressivamente em casos mais complexos, dotados de elevado impacto social, em que se torna indispensável que a doutrina e a jurisprudência criem mecanismos capazes de melhor atender à crise jurídica que envolve a implementação de direitos fundamentais a partir de uma via mais apropriada. É nessa nova perspectiva que se inserirá a figura das decisões estruturais.

O professor Owen Fiss¹⁰, em seu estudo, identifica formas pelas quais a jurisdição norte-americana começou a ampliar sua atuação, buscando maior afirmação de valores constitucionais contidos na Lei Maior daquele país, que não podiam aguardar uma ação mais contundente por parte da política majoritária. Afinal, se antigamente era suficiente o tradicional modelo de solução de controvérsias, o qual pressupunha uma sociedade essencialmente harmoniosa e gerida por um conjunto de direitos e obrigações concedido aos seus indivíduos, atualmente, devido ao crescente pluralismo que reside nos conflitos de massa impulsionados pela chama ascendente dos direitos humanos, o aludido modelo é totalmente deficiente.

Foi nesse contexto que o Judiciário, após a Segunda Guerra Mundial, em âmbito global, deixou de ser um poder constitucional coadjuvante, sendo conduzido, então, para o centro do debate político ao lado dos poderes Legislativo e Executivo, dada a relevância assumida pelos direitos fundamentais nas Constituições mundiais a partir da segunda metade do século XX. Logo, Owen Fiss introduz a ideia de reforma estrutural (decisão estrutural), ao abordar os direitos contidos nas Constituições como entes autônomos da atividade humana, devendo obediência apenas à justiça¹¹, conferindo um novo papel à atuação jurisdicional que, nas últimas décadas, tem sido influenciada pelos cânones da expansão do constitucionalismo moderno.

Para Fiss¹², por ser a jurisdição (*adjudication*) um constante processo de atribuição de significado concreto na aplicação dos valores constitucionais, a jurisdição

¹⁰ FISS, Owen M. 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: 14 nov. 2024. Ver, também, FISS, Owen M. *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003. p. 48.

¹¹ FISS, Owen M. A autonomia do direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 62.

¹² FISS, Owen M. The forms of justice. p. 1-18.

constitucional – ao produzir as decisões estruturais – não pode ter como foco a resolução de transações ou incidentes particulares, devendo voltar seus olhos para situações que ameacem constantemente importantes valores constitucionais, tais como o respeito aos direitos humanos dos presos e o direito à saúde, ao meio ambiente equilibrado, a uma adequada educação escolar, entre outros, de maneira que a dinâmica das relações sociais possa ser mais equânime, com uma melhor distribuição de riquezas entre seus pares.

Perante tal quadro, é possível asseverar que, em países adeptos ao constitucionalismo democrático, os mecanismos de intervenção processual têm se adaptado a essa nova realidade pluralista, que se aprofunda de modo contundente, em especial por efeito dos avanços tecnológicos da comunicação experimentados pelas populações nas últimas décadas. Por mais estranho que isso possa parecer “aos dogmas do direito processual civil clássico”¹³, situações da vida que não trazem avanços às conquistas proporcionadas pelos direitos fundamentais geram uma nova forma de atuação das leis processuais por meio da atividade judicial, de modo que elas possam se adaptar contínua e sucessivamente ao cumprimento do referido desiderato.

É nesse cenário que o processo e as medidas estruturais ou estruturantes (*structural injunctions*)¹⁴ vieram modificar as relações jurídico-processuais cartesianas e clássicas, precipuamente em litígios que envolvem soluções complexas.

3. Processo e decisão estrutural: vetores de implementação de direitos fundamentais

Uma das principais inovações trazidas pelo constitucionalismo moderno, especialmente a partir da virada do século XX, foi a possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais. No passado, podiam ser encontrados, na teoria constitucional, vários fatores que limitavam a atuação jurisdicional à defesa de direitos fundamentais, como a impossibilidade de os juízes operarem hermeneuticamente além do texto legal, e o fato de que as

¹³ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 359.

¹⁴ MENEGAT, Fernando. A nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do carvão”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n. 1, p. 241, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/88642>. Acesso em: 14 nov. 2024.

prestações sociais, mesmo previstas no texto constitucional, só poderiam ser judicialmente exigidas quando estivessem delineadas pelo legislador infraconstitucional, que era o agente incumbido de definir legalmente os padrões por meio dos quais o poder público poderia atendê-las. Esse tradicional ponto de vista começa a sofrer algumas excepcionais mitigações por decisões judiciais que acabam determinando a prestação efetiva de tais direitos ao encará-los não mais como meras promessas programáticas contidas na Constituição, mas como direitos fundamentais dotados também de uma dimensão objetiva, que, por sua vez, impõe ao Estado tanto deveres de respeito e de proteção quanto de promoção.

A consequência desse raciocínio é o fato de que o sujeito, sob o aspecto jurídico, não mais se apresenta apenas a partir da lógica bipolar entre Estado e cidadão, mas, sim, por meio de um sistema multipolar, no qual as instituições sociais irão desempenhar um papel mais atuante, daí a necessidade de diferenciar a dimensão subjetiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais subjetivos são o poder atribuído pela norma jurídica para que o sujeito possa agir contra as arbitrariedades do Estado – direitos de defesa – além de criarem obrigações jurídicas para os órgãos estatais. Conquanto sobressaia em tais direitos a sua pretensão negativa, não menos importante é o lado positivo que, de igual modo, pode ser encontrado em seu conteúdo. Isso se relaciona à atualização das liberdades neles garantidas mediante a qual a Constituição ganha vida. Consequentemente os direitos fundamentais subjetivos convertem-se em um importante instrumento de participação democrática no controle da atividade estatal ao se transformarem em fontes de direitos subjetivos aos particulares, que podem ser opostos ao poder público. Para Marcelo Schenk Duque, “trata-se de um reconhecimento que representou um avanço na história e, como tal, não pode ser rechaçado”¹⁵.

O resultado dessa nova configuração foi que os direitos fundamentais passaram a ter, além da dimensão subjetiva, uma ordem objetiva baseada na recusa da ideologia liberal, para a qual a liberdade jurídica, que conduziria à prosperidade e justiça, só poderia ser alcançada sem a ação do Estado. Logo, é reconhecida a obrigação estatal de agir, na medida do possível, para a realização de direitos. É de acordo com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que será assegurada, ao seu titular, uma pretensão jurídica imediata contra o Estado, e os direitos fundamentais, enquanto elementos integrantes de um sistema valorativo, acabam atuando como fundamento material de todo o sistema jurídico. A dimensão objetiva é o conteúdo

¹⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 122.

jurídico central dos direitos da coletividade, “fruto do reconhecimento de que não basta o reconhecimento de um direito em si, já que decisivo (para a afirmação da pessoa) é, também, a sua proteção e efetivação concreta”¹⁶. Nesse sentido, afirma-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais estaria ligada diretamente à sistemática eficaz¹⁷.

Contudo, para a realização concreta e efetiva dos direitos fundamentais constitucionais dentro dessa sociedade pós-moderna e hipercomplexa, foi preciso repensar as regras processuais clássicas e os mecanismos decisórios. No contexto atual, já não é possível agregar conceitos ortodoxos de direitos de ação e demanda, nem mesmo restringir o processo a um dualismo entre as partes. As próprias modificações inseridas no Código de Processo Civil, de 2015, e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por meio da Lei n. 13.655/2018, trouxeram um novo olhar para o processo e a atuação dos órgãos judicantes como estruturadores e garantidores dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, com o objetivo de que esses sejam implementados de forma coordenada e participativa com todos os envolvidos¹⁸.

O crescimento de demandas multipolares e coletivas, bem como a complexidade dos problemas jurídicos contemporâneos que chegam às portas do Poder Judiciário, impõe ao juiz o dever de estabelecer medidas tendentes à estruturação de procedimentos específicos e, inclusive, à necessidade de revisão de decisões durante o curso do processo para o alcance da real efetividade¹⁹. Nesse contexto, a concepção de processo estrutural ganha destaque e preocupações expostas na doutrina jurídica processualista atual²⁰.

¹⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. p. 127.

¹⁷ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 298; PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

¹⁸ MENEGAT, Fernando. A nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do carvão”. p. 240-241.

¹⁹ A concepção de complexidade, que, na visão de Edilson Vitorelli, advém da própria conflituosidade do litígio coletivo, estabelece uma nova forma de pensar o processo, que não permite uma aplicação simplória do direito. Exige-se do órgão julgador que as análises também estejam voltadas à implementação dos princípios da eficiência, da economia processual, da proporcionalidade e do que o autor denomina de “desejabilidade” de uma solução. VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023. p. 40.

²⁰ Entre os trabalhos de maior destaque, podem ser mencionados os seguintes: BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012; JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro**: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**: RPC, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

De modo sintético e sob uma perspectiva finalística, pode-se dizer que o processo estrutural é um processo coletivo, em que se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural²¹. Como via garantidora da concretização de direitos fundamentais, tanto em nível individual quanto coletivo, o processo estrutural também vem se fortalecendo como mecanismo de preservação dos bens fundamentais ao ser utilizado para viabilizar direitos socioambientais, assim como para implementar e efetivar políticas públicas.

Especialmente no âmbito das políticas públicas sociais, verifica-se que a própria efetivação dessas implica uma complexidade de atos para sua implementação e avaliação de forma coordenada entre os órgãos do Executivo e do Legislativo. Entretanto, nem sempre as ações desses poderes concretizam os comandos constitucionais, e o Judiciário é chamado ao controle externo dessas políticas, o que também é feito, muitas vezes, pelos Tribunais de Contas²².

Assim, o que se observa atualmente é que a função do Poder Judiciário, enquanto órgão estruturante, vai além da mera interpretação literal da legislação infraconstitucional e das normas constitucionais de direitos fundamentais. Para garantir a efetividade de suas decisões, inúmeras vezes são necessárias formulações, modificações, anulações e expedições de novos comandos sobre políticas públicas existentes²³. Essas ações advêm diretamente do papel que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Poder Judiciário brasileiro, bem como do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que informa a necessidade de uma postura propositiva e, ao mesmo tempo, ativa, inclusive diante de conceitos jurídicos indeterminados, o que

Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%20Sérgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 13 nov. 2024; ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*: RePro, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 13 nov. 2024. No direito comparado, como exemplo de estudos centrais que inspiraram a doutrina pátria e que são de leitura obrigatória para aqueles que pretendem se debruçar sobre esse tema, estão os escritos de Owen Fiss, com especial destaque ao seu artigo: FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/>. Acesso em: 14 nov. 2024.

²¹ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*: teoria e prática. 2. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 60.

²² MENEGAT, Fernando. A nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do carvão”. p. 238.

²³ MENEGAT, Fernando. A nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do carvão”. p. 238.

faz com que haja uma ampliação das competências dos órgãos jurisdicionais na prestação do serviço público que lhes é inerente, frente às crescentes demandas sociais e às omissões da Administração Pública²⁴.

Na perspectiva latino-americana, conforme assinalado por Abramovich e Courtis, há falta de mecanismos processuais compatíveis para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, visto que as ações judiciais, na maioria das vezes, estão vocacionadas à tutela dos direitos civis e políticos clássicos, e as sentenças condenatórias encontram dificuldades em sua execução, inclusive por ser o Estado titular de algumas vantagens processuais – ora justificáveis, ora prejudiciais a uma das partes envolvidas por conta da disparidade de armas disponibilizadas aos litigantes. Todavia, a simplória conclusão de ausência de instrumentos para a efetividade do direito posto já não faz tanto sentido quando se entende que a diferenciação entre direitos civis, políticos e fundamentais sociais está muito mais ligada ao seu surgimento histórico e a sua positivação do que propriamente à possibilidade ou impossibilidade de tutela judicial desses direitos²⁵.

Portanto, as dificuldades processuais existentes na implementação dos direitos fundamentais, especialmente os de caráter social, “estão longe de constituir uma barreira insuperável para discutir judicialmente a violação de direitos econômicos, sociais e culturais”²⁶. No sistema jurídico brasileiro, por exemplo, existem importantes avanços processuais que, combinados com a Constituição Federal de 1988, podem ser considerados instrumentos mais adequados ao combate das grandes violações coletivas dos direitos fundamentais em geral.

Desde a criação da ação civil pública (Lei n. 7.347, de 1985), que passou a tutelar o interesse dos consumidores, a proteção do meio ambiente e, mais recentemente, a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (incluída pela Lei n. 12.966, de 2014) e ao patrimônio público social (incluído pela Lei n. 13.004, de 2014), bem como o microssistema de processo coletivo previsto a partir do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor; incluindo-se nessa categoria o próprio Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 2015), por meio de sua nova

²⁴ MENEGAT, Fernando. A nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do carvão”. p. 238-239.

²⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 48.

²⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 162.

principiologia – baseada na jurisdição constitucional (do art. 1º ao art. 15º) –, tem-se a demonstração da utilidade desses diplomas normativos para a solução de casos que envolvam a deficiência de fato de direitos fundamentais.

A natureza instrumental do direito processual impõe que sejam seus “institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial”²⁷, em que “a eficácia do sistema processual será medida em função da sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social”²⁸. É exatamente sob tal perspectiva que a flexibilização da técnica processual, proporcionada por cláusulas gerais adjetivas, está melhor preparada para a solução dos casos que envolvam a efetivação deficitária de direitos fundamentais, especialmente os sociais. Uma de suas vantagens é que, por meio dela, o corpo social começa a ter mais participação (arts. 5º e 6º do CPC/2015) no processo perante o Judiciário, proporcionando maior legitimidade às suas decisões, sem lhe conferir a qualidade de poder majoritário, já que se trata de poder contramajoritário, vocacionado para garantir interesses de grupos menos articulados na sociedade.

Diante de tais considerações, verifica-se que as decisões estruturais configuram mecanismos mais adequados à realização fática dos direitos fundamentais, pois, em virtude da multiplicidade significativa desses, combinados com a redefinição de parâmetros da função judicial e a criação de técnicas processuais mais apropriadas ao trato de direitos da coletividade, não há nada que impeça sua dedução em juízo.

3.1 A garantia do mínimo existencial dos direitos sociais pelas decisões estruturais

Em continuidade à discussão realizada na seção anterior a respeito da possibilidade de deduzir, em juízo, pretensões cujo objetivo maior é a realização prática de direitos fundamentais por meio de decisões estruturais, propõe-se, a partir deste momento, um recorte temático sob a perspectiva da efetivação dos direitos sociais fundamentais. A justificativa para o enfoque a partir dos direitos sociais está na necessidade de que possa ser observado o conteúdo essencial de tais direitos e as indagações provenientes desses, tendo em vista que, sempre que o Poder Judiciário é chamado à efetivação concreta dos direitos sociais, surgem questões

²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 14.

²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. p. 14.

sobre os custos de implementação. Em outras palavras, considerando que os direitos fundamentais sociais, para serem realizados materialmente, demandam um custo maior do que o exigido em relação aos direitos civis e políticos, qual seria, de fato, o seu grau de exigibilidade?

Nesse sentido, uma premissa básica para o desenvolvimento do raciocínio é que, dada a inviabilidade econômico-financeira do Estado em conseguir garantir uma fruição máxima do catálogo de direitos fundamentais sociais, previstos nas Constituições democráticas do pós-guerra, aos indivíduos que vivem sob sua égide, é necessária a definição de um patamar mínimo na determinação do conteúdo essencial dessa categoria de direitos fundamentais. Não obstante, é exatamente esse conteúdo mínimo que poderá ser requisitado do Estado enquanto sujeito passivo. Tal conteúdo, quando dotado de normatividade suficiente que justifique a imediata justiciabilidade a ser assegurada pelo Poder Judiciário, é aquilo que pode ser definido brevemente como o mínimo existencial.

O direito fundamental ao mínimo existencial, em uma noção mais atualizada, configura-se como um conjunto de prestações, por parte do Estado, que visa garantir a cada sujeito uma vida mais digna, baseada na concepção de que qualquer pessoa necessitada e que não tenha condições de, por si só, ou com o auxílio de sua família, prover o seu sustento terá direito de ser amparada por parte do Estado e da sociedade. O mínimo existencial, nessa perspectiva, relaciona-se à noção de caridade e de combate à pobreza²⁹, mas com elas não se confunde, ideia relevante para a doutrina social, que “passou a se afirmar ao longo de século XIX, muito embora a assistência aos desamparados tenha constado na agenda da Igreja e de algumas políticas oficiais já há bem mais tempo”³⁰.

²⁹ No início do Estado Moderno, dar assistência aos pobres era incumbência da Igreja, que, para tanto, tinha direito aos dízimos eclesiásticos. Mudança importante ocorreu com o absolutismo esclarecido: passou a responsabilidade para o Estado garantir o bem-estar dos súditos, separando-se, como defendia von Justi, a felicidade eterna (*ewige Glückseligkeit*), a ser alcançada pela religião, da felicidade temporal (*zeitliche Glückseligkeit*), objetivo do Estado. Essas ideias iluministas penetraram em Portugal e no Brasil na época pombalina, aliviando o Estado da tributação do mínimo existencial, que assumiu, por sua vez, a função paternalista de garantir a felicidade geral e a assistência aos pobres e, ambigualmente, reforçando os privilégios financeiros da nobreza e do clero (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 31, jul./set. 1989. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46113>. Acesso em: 14 nov. 2024).

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucionais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 477.

Independentemente do modo como evoluiu a noção de direito à subsistência e correspondente dever do Estado de amparar pessoas em situações de abandono – ao longo da história da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais –, a cada dia que passa, consolida-se a ideia de que a pobreza e a exclusão social são temas que, em alguma medida, deixam de ser um assunto exclusivo dos Poderes Legislativo e Executivo e incluem o Judiciário, fenômeno que acontece, inclusive, em Estados marcados pela ideologia liberal³¹.

No plano do direito internacional dos direitos humanos, o mínimo existencial está previsto no artigo XXV da Declaração da ONU, de 1948, atribuindo a todas as pessoas o direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, o que está ligado diretamente não só ao direito à vida, como também ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na visão de Luís Roberto Barroso, o mínimo existencial “identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade”, sendo que, aquém desse patamar, mesmo que “haja sobrevivência, não há dignidade”³².

A despeito das várias concepções encontradas no tocante ao mínimo existencial³³, nesta breve análise, seguiu-se a orientação que tem prevalecido no direito brasileiro, influenciada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, ou seja, a de que o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital ou de sobrevivência. Ambos os conceitos configuram manifestações do núcleo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, porém, no que concerne às suas diferenças, pode-se pontuar que o mínimo vital é a porção de dignidade humana relacionada à própria sobrevivência física do indivíduo, com garantias de proteção da vida humana, “colocando tal direito além do limite da pobreza absoluta”³⁴, isto é, trata-se de concepção

³¹ Por todos ver RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Interesse Público*, v. 3, n. 11, p. 69, jul./set. 2001.

³³ Uma vez que a abordagem das teorias que envolvem as concepções do mínimo existencial demandaria estudo específico e para além do escopo da abordagem aqui empreendida, recomenda-se, para compreensão das teorias absoluta e relativa e seus desdobramentos práticos, a leitura de COSTA, Susana Henrique da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo social: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 400-401.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 2, p. 121, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594/28767>. Acesso em: 14 nov. 2024.

mais restrita da dignidade ligada ao seu aspecto mais fisiológico. Já o mínimo existencial é aquele considerado como o conjunto de garantias materiais para uma vida digna, “sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”³⁵, não tendo ele, como objetivo maior, o estabelecimento de uma dignidade por si mesma, mas, sim, o de protegê-la e promovê-la.

No mínimo existencial, há uma eficácia jurídica positiva e as prestações que o compõem podem ser diretamente exigidas na via judicial. Nesse sentido, deve ser observado que a noção de dignidade da pessoa humana somente estará protegida, no que concerne às condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade, “onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável”³⁶. O mínimo existencial é uma dimensão mais ampla da dignidade da pessoa humana, em que se busca uma inserção social combinada a uma crescente participação das pessoas na vida política e cultural do país. Assim, será ele não só um pré-requisito, como também o limite na construção de uma sociedade mais democrática, principalmente quando se vive no âmbito de um Estado Social de Direitos.

A importância da garantia do mínimo existencial na salvaguarda dos direitos sociais, sobretudo em países do chamado Sul Global, tem se revelado pela abrangência dos estudos promovidos ao longo dos anos na América do Sul e, em especial, no Brasil, com a crescente quantidade de obras doutrinárias, artigos científicos e pesquisas. Inserem-se nesse contexto, ainda, as contribuições dadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para o melhor desenvolvimento e delineamento do tema, que se iniciou a partir do final da década de 1990 por meio de decisões que determinaram ao poder público a entrega de medicamentos aos portadores do vírus HIV, como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS, da relatoria do Min. Celso de Mello, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 255.627/RS, da relatoria do então Min. Nelson Jobim, além da paradigmática decisão monocrática, igualmente proferida pelo Min. Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 45, em que foi destacada a dimensão política da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando se tratar da implementação da garantia do mínimo existencial.

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 304.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 59.

Ainda a título exemplificativo, merece destaque a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, proferida no ARE n. 745.745 AgR/MG, em 2 de dezembro de 2014, também da relatoria do Min. Celso de Mello, que possibilita maior aprofundamento jurisprudencial na definição do que pode ser entendido por mínimo existencial. A decisão teve como objeto a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente como dever estatal resultante de direito fundamental constitucional, reconhecendo uma omissão inconstitucional municipal. No acórdão, foi delineado que não pode ser reconhecida a questão da reserva do possível quando a sua invocação comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

Assim, com base em uma compreensão atinente à fundamentação jurídico-constitucional e à garantia ao mínimo existencial, destaca-se que é impossível estabelecer previamente, de forma taxativa, um catálogo de elementos nucleares domiciliados no princípio da dignidade da pessoa humana, como se fosse um rol fechado e configurador de direitos subjetivos prestacionais (positivos) e não prestacionais (negativos) equivalentes ao mínimo em comento³⁷. Todavia, tal compreensão ainda continua sendo indispensável na investigação do que pode ser entendido como mínimo existencial, já que ela não afasta e não nega as várias conquistas já consolidadas por essa concepção e que, *a priori*, sem excluir qualquer possibilidade, funciona como um plano de trabalho a orientar o estudioso e, de modo geral, todos os demais órgãos igualmente predispostos à realização fática dessa garantia fundamental social. São justamente tais noções a respeito do mínimo existencial que possibilitam sua tutela jurisdicional imediata, “sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, ao criar condições práticas para sua possível efetivação, sem ter que se sujeitar à cláusula da reserva do possível”³⁸⁻³⁹.

³⁷ Apesar das tentativas de enunciação legal do que vem a ser o mínimo existencial, como ocorreu, por exemplo, após a publicação da Lei n. 14.181/2021 (BRASIL. **Lei n. 14.181, de 1º de julho de 2021**. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14181.htm. Acesso em: 18 nov. 2024), que alterou o Código de Defesa do Consumidor para tratar das situações de superendividamento, e a regulamentação trazida pelo Decreto n. 11.150/2022 (BRASIL. **Decreto n. 11.150, de 26 de julho de 2022**. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11150.htm. Acesso em: 18 nov. 2024), notadamente no art. 3º, não se pode conceber uma configuração exaustiva e taxativa do citado conceito.

³⁸ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 218.

³⁹ Para elucidar o pensamento do professor Kazuo Watanabe num plano jurisprudencial, cita-se novamente o julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 745.745/MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 2 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=290205659&ext=.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2024, que revela exatamente a possibilidade de afastar a reserva do possível quando se trata da baixa ou da ausente efetividade de direitos fundamentais sociais em virtude da negligência do poder público em atendê-los de modo minimamente razoável.

Dentro do cenário delineado acerca do mínimo existencial e dos direitos fundamentais sociais prestacionais, percebe-se a clara aproximação entre esses direitos e as decisões de caráter estrutural. Isso ocorre porque o juiz, ao decidir questões a respeito dessa matéria, não o faz na perspectiva de direitos subjetivos individuais ou coletivos; pelo contrário, seja de modo mais ou menos enfático e detalhado, ele aponta para “determinados caminhos e medidas que devem ser levadas a efeito pelos atores estatais, seja na esfera legislativa, seja na esfera de atuação do Poder Executivo e, inclusive, se for o caso, ao próprio Poder Judiciário”⁴⁰.

Dado o teor altamente prospectivo das decisões estruturais, nas quais são impostas determinadas medidas a serem gradativamente cumpridas pelos demais órgãos estatais, assumindo, então, uma dimensão mais ou menos ampla na conciliação de provimentos jurisdicionais de natureza distinta, é necessário um alto grau de conhecimento por parte dos atores envolvidos na sua implementação, principalmente de conteúdos relacionados a áreas alheias ao universo jurídico. Não se pode negar que tudo isso gera um significativo impacto sobre o erário público, o que, por sua vez, ocasiona, a depender da hipótese concreta, o aumento da carga tributária. No entanto, na maioria das vezes, ocorre realocação de recursos públicos, agora voltados a investimentos em educação, saúde, creches escolares, transporte, melhores condições carcerárias, entre outros direitos fundamentais sociais que, eventualmente, necessitam de um olhar mais sensível por parte dos poderes constitucionais.

A despeito das consequências orçamentárias na implementação do mínimo existencial por meio das decisões estruturais serem razoavelmente dispendiosas, não podem ser um dos motivos, ou quiçá a única razão, para se impedir o uso de tal instrumento. Em vez disso, as decisões estruturais devem ser entendidas como o ônus de se viver sob um sistema pautado pelo constitucionalismo. Em outras palavras, se a Constituição promete que as instituições do Estado serão operadas de certa maneira, o próprio Estado deve criar as condições necessárias para cumprir essa promessa, sob pena de o texto constitucional tornar-se letra vazia dentro do arcabouço jurídico.

Assim, não se pode concordar com o corriqueiro argumento de que a questão da efetivação do mínimo existencial está centrada na reserva do possível, devido à alegada insuficiência dos recursos públicos para atender às necessidades sociais. Tal argumento implica que ao Estado é sempre imposta a tomada de decisões difíceis, já que o Judiciário se mostra despreparado para julgar demandas relacionadas à

⁴⁰ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. p. 221.

efetivação de direitos fundamentais sociais, por ser destituído de conhecimento específico para instituir políticas públicas e avaliar o impacto de determinadas decisões que dizem respeito a questões técnicas e extrajurídicas complexas. Entende-se, ainda, que juízes e tribunais, por sua vez, devem ser autocontidos e deferentes aos outros poderes em assuntos técnicos difíceis ou que envolvam a formulação e a implementação de políticas públicas.

Por isso, pode-se inferir que as decisões estruturais se baseiam não na crença de que uma atividade estatal é mais digna do que a outra, mas, sim, no fato de que todas as instituições estatais devem operar dentro de mínimos e dignos limites determinados pela própria Constituição, sob pena de retroação de importantes conquistas em matéria de direitos humanos. Ademais, os direitos fundamentais, ao menos dentro de um plano teórico, “são direitos que vinculam o legislador e, dessa forma, estabelecem limites ao processo democrático de tomada de decisões políticas”⁴¹. Sendo assim, é dever do legislador, assim como do Poder Executivo, o pleno e prévio respeito ao rol das tarefas proporcionadas pelos direitos fundamentais de modo geral, sob pena de cometer desvios funcionais que acabam gerando a negligência no tocante à implementação prática desses direitos.

Ademais, apesar da incipiente justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, por meio das decisões estruturais no Brasil, ser módica, pode ela ser considerada um grande legado transformador e emancipatório que tem gerado, gradativamente, a ruptura da visão conservadora e formalista do Poder Judiciário. Nessa acepção, faz-se necessário o avanço de novas estratégias de âmbito regional e nacional que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade de direitos fundamentais sociais, colocando-os na condição de verdadeiros direitos públicos subjetivos por meio do *empowerment* da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo⁴².

Com efeito, partindo do pressuposto de que as decisões estruturais são uma forma mais adequada de efetivação de fato de direitos fundamentais sociais destinados à garantia de uma vida mais digna para cada pessoa, que prevalece em face da reserva do possível e da separação dos poderes, nada mais justo do que reinventar a relação da sociedade com o Poder Judiciário, mediante uma base mais dialógica, ao converter esse “Poder em um *locus* de afirmação de direitos, que dignifique a

⁴¹ PULIDO, Carlos Bernal. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. *Revista de Direito de Estado*: RDE, v. 5, n. 19/20, p. 19, jul./dez. 2010.

⁴² PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67.

racionalidade emancipatória dos direitos sociais e econômicos como direitos humanos nacional e internacionalmente garantidos”⁴³.

4. Mediação de tensões: a decisão judicial estrutural na sociedade hipercomplexa

Apesar de todo o desenvolvimento vivenciado nos últimos anos pelos direitos fundamentais sociais, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, pode-se enunciar que a sua nova dinâmica não esteve, por completo, isenta de críticas. Para o direito constitucional liberal, o Judiciário deveria apenas aplicar as normas legais que disciplinam o modo como os direitos fundamentais sociais devem ser promovidos pelo Estado, pois a esse poder é vedado determinar a execução de políticas públicas. São discordâncias de cunho democrático que partem da premissa de que a concretização judiciária dos direitos fundamentais sociais seria um ato antidemocrático por ser realizada mediante agentes políticos que não passaram por uma votação popular e que, ao conferir tal tarefa à atividade judicial, estaria permitindo aos juízes a execução de projeto particular ideológico que caberia apenas à deliberação majoritária. Há, além disso, desaprovação de cunho financeiro, ao argumentar que decisões judiciais que versam sobre direitos fundamentais sociais, na maioria das vezes, não são passíveis de cumprimento em face da escassez de recursos públicos.

Do ponto de vista prático, não obstante o avanço das ideias que orbitam as decisões estruturais, as críticas anteriormente relatadas também estão sendo transportadas para essa modalidade de tutela jurisdicional. Uma das principais seria que tais deliberações violam a teoria da tripartição dos poderes por atribuir aos juízes competências que não lhes são próprias, como a atividade executiva. Ademais, diante de suas limitações, o processo que permite a concessão de decisões estruturais recorrentemente não conseguiria cumprir o objetivo ao qual se dispôs. Por conseguinte, os esforços e toda a discussão em torno dos temas a eles veiculados seriam desviados da arena política para a mesa do Judiciário, com isso, desestimulando a organização de grupos que poderiam ser favorecidos. Edilson Vitorelli é um dos pesquisadores que destaca tal assertiva: “Dito de outro modo. Se não houvesse possibilidade de buscar mudança social pela via jurisdicional, os grupos sociais mobilizar-se-iam para consegui-la politicamente”⁴⁴.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. p. 67.

⁴⁴ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 377.

Trazendo um exemplo dos Estados Unidos, de acordo com estudos estatísticos feitos por Gerald Rosenberg, a dessegregação racial em escolas de Ensino Fundamental e Médio não ocorreu necessariamente em virtude do julgamento de *Brown v. Board of Education*, em meados da década de 1950. Para esse cientista político, a dessegregação racial que ocorreu em tal período esteve muito mais relacionada aos movimentos em prol dos direitos humanos, durante a década de 1960, do que à atividade judicial ativamente da Suprema Corte estadunidense no julgamento do caso apontado⁴⁵.

Dessa forma, apesar da solidez das críticas feitas às decisões estruturais, com elas não se pode concordar na íntegra, pois, se ao juiz não fosse possível desconfiar do legislador e do executivo em temas essenciais aos avanços da sociedade, principalmente aqueles ligados à implementação de direitos fundamentais sociais, tais como saúde, moradia, educação, trabalho, meio ambiente, apenas para citar alguns deles, a coletividade estaria muito aquém daquilo que tem sido por ela experimentado atualmente. O fato é que o Judiciário, enquanto um poder constitucional notadamente reconhecido pela maioria das Cartas constitucionais modernas, não pode mais ficar alheio a esse debate, mormente quando os dois outros poderes, nas últimas décadas, vêm agindo de maneira negligente ou veementemente omissiva no trato da implementação de direitos fundamentais sociais mínimos e em outras matérias necessárias para a construção de uma sociedade mais justa e com foco no equilíbrio ambiental.

A despeito da análise feita por uma corrente mais pessimista, a doutrina moderna tem considerado o provimento estrutural, ainda que dotado de algumas incorreções, um mecanismo indispensável para a realização de mudanças sociais na implementação de políticas públicas que até hoje não saíram do papel. Apesar de ser reconhecido o fato de que, de certo modo, juízes e tribunais não possuem a devida *expertise* para implementação de direitos sociais mediante políticas públicas, e que será do administrador a escolha final diante da escassez de recursos a serem aplicados nessas demandas, não se pode afastar o Judiciário do debate de tais questões, porque a esse poder constitucional foi atribuído, mais do que a qualquer outro, a tarefa de preservar a unidade do direito e o estabelecimento de seu respectivo remédio. Sendo assim, separar o direito do seu correspondente remédio, convertendo o juiz em um mero declarador de direitos, faz com que a atribuição de formular o mais adequado antídoto passe para as mãos de outro órgão ou agência governamental. Uma vez investido de tal poder, pode-se dizer que esses órgãos não judiciais estarão em plenas condições de viciar ou prejudicar os direitos declarados pela Corte.

⁴⁵ ROSENBER, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008. p. 70-71.

Como exemplo, é possível imaginar a situação na qual um governador de determinado estado da federação receba o poder exclusivo de determinar o modo mais eficaz de lidar com determinadas demandas, como acabar com a tortura em presídios; decidir sobre a disponibilização ou não de creches escolares para crianças de até cinco anos de idade; determinar quais serão os tratamentos de saúde cobertos pelo Sistema único de Saúde (SUS); definir de que maneira o direito à saúde no Brasil gozará, de fato, de cobertura universal, ou, ainda, de que modo o meio ambiente servirá às presentes e futuras gerações, entre outras questões. Em tais hipóteses, seria concedido a um agente de governo, com determinado projeto político, grande poder de repudiar o entendimento judicial a respeito de quais questões configuram, ou não, ampla violação aos direitos fundamentais do Estado brasileiro, fato que reduziria o Poder Judiciário a um mero ator coadjuvante no cenário descrito pela teoria da separação dos poderes, em que seria aniquilado um de seus mais importantes papéis no constitucionalismo moderno, que é o de agir contra a “tirania das majorias”⁴⁶, identificado na sua função contramajoritária⁴⁷.

Salienta-se ainda que, diante da hipercomplexidade derivada da sociedade atual, cujos problemas não comportam soluções simplicistas ou fáceis, se reforça a ideia de um Estado Prestacional, difundida por Peter Häberle, a partir de um Estado Social e Democrático de Direito. Nesse contexto, todos os direitos sociais fundamentais não podem ser vistos apenas abstratamente ou como meros programas submetidos às vontades de governantes eleitos e seus projetos de governo, tendo em vista que geram direitos de prestações estatais, as quais têm custos, mas também são essenciais aos cidadãos, tanto em nível individual como coletivo⁴⁸.

Um Estado Social e Democrático, conforme a visão prestacional de Häberle, é aquele em que a Constituição estrutura “as formas de organização e procedimento do direito prestacional, que o Estado e a sociedade atribuem uns aos outros”⁴⁹. Nesse sentido, os direitos fundamentais previstos na Carta Política de um país permitem,

⁴⁶ Expressão utilizada por John Stuart Mill: “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida [...]” (tradução nossa). (MILL, John Stuart. *On liberty*. Kitchener, Ontario: Batoche Books, 2001. p. 75. Disponível em: <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2024).

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Direito e Práxis*: revista, v. 9, n. 4, p. 2198, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 13 nov. 2024.

⁴⁸ HÄBERLE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. p. 26.

dentro de um Estado Prestacional, a “interpretação constitucional aberta”, que observa e se desenvolve conforme a teoria constitucional democrática a fim de se posicionar diante das novas demandas e desafios de uma sociedade tecnológica. Essa tarefa “está especialmente na agenda onde existem déficits em direitos fundamentais sociais e desigualdades, os quais não podem ser tolerados numa ordem decente de liberdade constituída para todos”⁵⁰. Portanto, para a garantia de efetividade dos direitos fundamentais, é essencial que as prestações sociais sejam realizadas de forma cooperativa entre todos os poderes instituídos e a sociedade. O Judiciário, por sua vez, detém a possibilidade de diminuir as tensões existentes com a finalidade de concretizar os pilares constitucionais mínimos de dignidade.

Nessa perspectiva, o processo estrutural é o mecanismo que pode garantir, ao contrário do que muitos pensam, a própria efetivação do princípio democrático, com potencialidade de afastar os questionamentos sobre um suposto ativismo judicial, uma vez que é construído dentro de um debate processual participativo. Um dos diferenciais do processo estrutural é justamente um novo formato processual em que o juiz não impõe unilateralmente obrigações e prazos sob a ótica da rigidez do processo civil clássico, mas, sim, “[...] planeja e dimensiona no tempo, com a cooperação das partes e de diversas categorias de terceiros interessados (em destaque, o que serão impactados com a decisão), um cronograma ótimo para implementação das obrigações”⁵¹.

Advirta-se, por oportuno, que conquanto não se possa concordar integralmente com as críticas expostas ao processo estrutural, notadamente para a garantia da efetivação dos direitos fundamentais, é possível reconhecer que elas acabam contribuindo com a fixação de parâmetros mais razoáveis na implementação, por exemplo, dos direitos sociais a partir da atividade judicial quando analisadas em longo prazo. Esses parâmetros se relacionam diretamente com as características das decisões estruturais enquanto vetores de efetivação de direitos fundamentais que não foram bem-sucedidos na sociedade pelos demais poderes constitucionais. Outrossim, tendo em vista que as decisões estruturais são munidas de eficácia prospectiva, proferida a decisão principal, seguir-se-ão várias outras que objetivam, primordialmente, resolver os problemas decorrentes de realização das decisões anteriores. Afirma-se, portanto, que esse será o cenário perfeito no qual o Judiciário intervirá no objeto de processos cuja pretensão imediata será a realização, de fato,

⁵⁰ HÄBERLE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. p. 26.

⁵¹ MENEGAT, Fernando. A nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do carvão”. p. 242.

de direitos fundamentais sociais, tais como moradia, educação, equilíbrio ambiental, melhores condições carcerárias, saúde, ordem social e econômica etc.

Nesse sentido, exige-se atualmente uma mudança de paradigma na articulação entre os poderes estatais para diminuir as desigualdades existentes na sociedade e realizar a promessa constitucional. Em vez de considerar o sistema de freios e contrapesos dentro da teoria da separação entre os poderes do Estado apenas sob um aspecto proibitivo, faz-se necessário implementar e ampliar visões, instrumentos e regras que possibilitem a diminuição de tensões entre os participantes da relação processual por meio da cooperação a fim de se compreender limites e possibilidades de real concretização dos direitos fundamentais sociais.

5. Conclusão

O questionamento inicialmente apresentado neste estudo, que buscou verificar em que medida os processos estruturais poderiam contribuir para o fortalecimento dos direitos fundamentais no contexto de um Estado Democrático de Direito, passa pela percepção de que o projeto comum de igualdade de direitos por meio da implementação daqueles relacionados à liberdade não se realizou nem se realizará sem a intervenção e atuação cooperativa efetiva dos poderes estatais. O processo estrutural se revela como um mecanismo importante para uma articulação negociada entre os atores envolvidos (*locus* de cooperação) em problemas que não pressupõem soluções simples. Para que essa efetivação ocorra, o órgão julgador não pode estar adstrito às concepções emolduradas em regras processuais que não garantem soluções justas, tanto em âmbito individual quanto coletivo.

Ressalte-se que não se trata de suplantar preceitos e princípios processuais básicos, como a ampla defesa e o contraditório, pois todos os pressupostos essenciais do devido processo legal continuarão a ser observados. O processo estrutural, a partir de uma concepção aberta de interpretação e cooperação processual das partes, pressupõe que todas as garantias fundamentais também sejam observadas dentro de uma conjuntura de razoável duração do processo e de uma eficiência procedimental. Além disso, apresenta um cenário o qual permite que o juiz seja não apenas um articulador, mas também um condutor de soluções viáveis, avaliáveis e, caso necessário, realocáveis conforme o cenário complexo atualmente existente para a efetivação das prestações sociais mínimas garantidas pela Constituição.

Em análise acerca da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais e na implementação efetiva de políticas públicas que garantam o mínimo existencial mediante processo estrutural, verifica-se que esse mecanismo processual pode se revelar, conforme o caso concreto submetido ao crivo de uma decisão estrutural, um instrumento verdadeiramente capaz de traçar um arcabouço de diretrizes voltadas à resolução de demandas sociais. Isso se mostra possível por meio de um planejamento conjunto entre todos os envolvidos no litígio e aqueles que possam ser impactados pela demanda. Assim, o processo estrutural pode representar um meio de diminuição de desigualdades substanciais em diversos aspectos, incluindo o econômico, o social, o político e o acesso à justiça efetiva, ponderando interesses.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo: RePro**, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 13 nov. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado: RPC**, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20Sérgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 13 nov. 2024.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis: revista**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 13 nov. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Interesse público**, v. 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-34.

BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/10648/9641>. Acesso em: 14 nov. 2024.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Susana Henrique da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 397-421.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISS, Owen M. A autonomia do direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 57-70.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/>. Acesso em: 14 nov. 2024.

FISS, Owen M. 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: 14 nov. 2024.

FISS, Owen M. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Direitos fundamentais no estado prestacional**. 2. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENEGAT, Fernando. A nova LINDB e o processo estrutural como método de controle judicial de políticas públicas no Brasil: o exemplo da “ACP do carvão”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 282, n.1, p. 233-260, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/88642>. Acesso em: 14 nov. 2024.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Kitchener, Ontario: Batoche Books, 2001. Disponível em: <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2024.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 355-382.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 51-68.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PULIDO, Carlos Bernal. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. **Revista de direito do Estado**: RDE, v. 5, n. 19/20, p. 17-35, jul./dez. 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSENBER, Gerald N. **The hollow hope**: can courts bring about social change? 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucionais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 469-500.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594/28767>. Acesso em: 14 nov. 2024.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46113>. Acesso em: 14 nov. 2024.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 369-422.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2023.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 213-224.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 745.745/MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 2 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=290205659&ext=.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2024.

Legislação citada

BRASIL. **Decreto n. 11.150, de 26 de julho de 2022**. Regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11150.htm. Acesso em: 18 nov. 2024.

BRASIL. **Lei n. 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114181.htm. Acesso em: 18 nov. 2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a371>

Data de submissão: 26/3/2024

Data de aprovação: 22/7/2024

Processo estrutural no controle da Administração Pública: entre a autocontenção e o ativismo¹

Structural injunctions in the judicial review of Public Administration acts: between self-restraint and activism

Proceso estructural en el control de la Administración Pública: entre la autocontención y el activismo

Fernando Menegat²

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1066-8007>

E-mail: menegat@manicamenegat.com.br

Marcos Augusto Perez³

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2303-7696>

E-mail: marcos.perez@usp.br

Resumo

O presente artigo enfrenta a temática dos processos estruturais no que concerne ao controle judicial da Administração Pública. Metodologicamente baseado na revisão bibliográfica de artigos, normas jurídicas e decisões judiciais, com caráter de pesquisa explicativa, o artigo propõe a utilização do método estrutural como ferramenta processual útil e efetiva para o controle jurisdicional de casos complexos.

¹ MENEGAT, Fernando; PEREZ, Marcos Augusto. Processo estrutural no controle da administração pública: entre a autocontenção e o ativismo. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 233-281, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a371>.

² Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito do Estado e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. *Galileo Master Certificate* em *Carbon Finance* pelo *Renewable Energy Institute/European Centre of Technology*. Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo – UP/PR. Diretor Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Regulatório – IBDRE. Sócio fundador do Mânica Menegat Advogados, em Curitiba/PR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5888796050492074>.

³ Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Livre-Docente, Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Sócio fundador do Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados em São Paulo/SP. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1894308368013716>.

Utilizadas de forma adequada, as técnicas estruturais permitem um controle equilibrado, superando a dicotomia “autocontenção” *versus* “ativismo” em direção a um parâmetro de controle deferencial incremental.

Palavras-chave

Processo estrutural; casos complexos; ativismo judicial; deferência; Chevron e Loper Bright.

Sumário

1. Introdução: o “processo estrutural”. 2. O controle jurisdicional da Administração Pública: entre a “autocontenção” e o “ativismo”. 3. O que Chevron e Loper Bright têm a ver com processos estruturais? 4. A inafastabilidade do controle jurisdicional – mesmo nos casos complexos. 5. A necessidade de criação de parâmetros para balizar o controle. 6. O método estrutural como parâmetro processual para o controle jurisdicional de casos complexos. 7. Conclusão: o controle jurisdicional da Administração Pública como controle deferencial incremental.

Abstract

This article addresses the issue of structural injunctions in the judicial review of Public Administration acts. Methodologically based on the bibliographical review of articles, legal standards and court decisions, with an explanatory research character, the article proposes the use of the hereby called “structural method” as a useful and effective procedural tool for the judicial review of complex cases. Properly used, structural injunction techniques allow balanced control, overcoming the “self-restraint” *versus* “activism” dichotomy, towards an incremental deferential control parameter.

Keywords

Structural injunctions; complex cases; judicial activism; self-restraint; Chevron and Loper Bright.

Contents

1. Introduction: the “structural injunctions”. 2. Judicial review of public administration: between “self-restraint” and “activism”. 3. What does Chevron and Loper Bright have to do with structural injunctions? 4. The indefeasibility of judicial review – even in complex cases. 5. The need to create parameters to operate judicial controlling. 6. The structural method as a procedure parameter for judicial review of complex cases. 7. Conclusion: judicial review of public administration as incremental deferential control.

Resumen

Este artículo aborda el tema de los procesos estructurales, específicamente en el control judicial de la Administración Pública. Basado metodológicamente en la revisión bibliográfica de artículos, normas jurídicas y decisiones judiciales, con carácter de investigación explicativa, el artículo propone el uso del método estructural como una herramienta procesal útil y eficaz para el control jurisdiccional de casos complejos. Las técnicas estructurales, utilizadas adecuadamente, permiten un control equilibrado, superando la dicotomía “autocontrol” versus “activismo”, hacia un parámetro de control incremental y deferente.

Palabras clave

Proceso estructural; casos complejos; activismo judicial; deferencia; Chevron y Loper Bright.

Índice

1. Introducción: el “proceso estructural”. 2. El control jurisdiccional de la administración pública: entre “autocontención” y “activismo”. 3. ¿Qué tienen que ver Chevron y Loper Bright con los procesos estructurales? 4. La inafastabilidad del control jurisdiccional – incluso en casos complejos. 5. La necesidad de crear parámetros para el control. 6. El método estructural como parámetro procesal para el control jurisdiccional de casos complejos. 7. Conclusión: el control jurisdiccional de la administración pública como control deferencial incremental.

1. Introdução: o “processo estrutural”

A expressão processo estrutural (tradução mais comumente utilizada para a expressão *structural injunction*) foi cunhada pelo direito norte-americano, há décadas, na tentativa de explicar uma nova postura e forma de atuação do Poder Judiciário. A locução tenta explicar aqueles casos em que o juiz é chamado a intervir em situações de ampla e reiterada violação de valores constitucionais, principalmente por instituições públicas que, mediante ações ou omissões sistemáticas, ofendem ou deixam de concretizar direitos fundamentais.

O caso apontado como pioneiro em retratar essa técnica jurídica é o chamado *Brown x Board of Education of Topeka*⁴, especialmente *Brown II*⁵, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) na década de 1950, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas estadunidenses e, em razão disso, orientou-se e supervisionou-se a reestruturação de todo o sistema educacional do país.

Brown x Board of Education passou a ser a matriz a partir da qual são identificados os chamados *hard cases*. Em razão de diversos fatores (históricos, socioeconômicos, jurídicos, políticos), o controlador jurisdicional se depara com a necessidade de intervir na inércia da burocracia estatal quando fortemente institucionalizada – para além, por vezes, de uma cultura social arraigada –, em um complexo contexto de descumprimento inercial de direitos fundamentais, notadamente dos chamados direitos fundamentais sociais.

Diante disso, a atuação e a decisão jurisdicional (dir-se-ia, entre os administrativistas, mais amplamente “decisão controladora”) não pode se limitar a olhar para os fatos passados ou presentes e, definindo quem está certo e quem está errado, declarar determinada situação como legal ou ilegal, para ordenar sua imediata correção. Ao invés disso, nesses casos, deve o controlador olhar também para o futuro, criando técnicas que lhe permitam intervir de maneira efetiva com o intuito de alterar a realidade institucional das estruturas reprodutoras da prática ilícita.

Nos processos estruturais, a fase de conhecimento (*liability stage*) costuma ser simples se comparada à implementação da sentença de mérito lançada ao seu término (*remedy stage*): em muitos casos, reconhecer a ilegalidade da situação de fundo é infinitamente mais fácil do que ordenar sua remediação. Tomando por exemplo a histórica decisão adotada no caso *Brown*, foi muito menos complicado para o Judiciário declarar a inconstitucionalidade da segregação racial nos estabelecimentos de ensino – para tanto, 13 folhas de papel bastaram – e muito mais árduo conseguir com que, na prática, escolas deixassem de ser segregacionistas. A complexidade que caracteriza os litígios estruturais muitas vezes não reside no mérito da discussão, mas na escolha (e posterior monitoramento) da(s) alternativa(s) mais eficaz(es) para implementar a decisão adotada.

⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483. May 17, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

⁵ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294. May 31, 1955. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

Com o uso da locução “processo estrutural”, destarte, pretende-se essencialmente sublinhar uma formatação não ortodoxa para se pensar o desenvolvimento da relação jurídico-processual e o manejo das técnicas jurídicas em concreto. Isso porque a compreensão clássica liberal de processo, pautada na iniciativa das partes e na visão adversarial e (bi)polarizada da lide, adstringe a atuação do juiz de maneira estrita aos pedidos deduzidos pelo autor da ação, dentro dos estreitos limites do debate processual travado entre as partes. Ocorre que tal configuração da relação jurídico-processual e da atuação do controlador não funciona com efetividade para casos complexos, em que os efeitos da sentença serão multilaterais e irão se irradiar extra-processualmente, atingindo outras esferas e inúmeros interesses que não se fizeram representar no litígio.

Nesses casos complexos, a tutela não pode ser meramente retrospectiva e ressarcitória (voltada a analisar fatos passados e ressarcir danos ocorridos), devendo ser prospectiva e inibitória (alinhada para evitar que ilegalidades se mantenham e sejam reproduzidas no futuro). O controlador não se apresenta como um mero terceiro, neutro e desinteressado, devendo participar ativa e estrategicamente na condução do caso; e a estrutura subjetiva não é bipolar e adversarial, como se houvesse apenas duas partes, situadas em dois polos delimitados e opostos, duelando até que um vença e o outro perca.

Ademais, processos estruturais demandam intensa articulação entre as partes e o controlador, com forte incentivo ao diálogo e à formação de consensos para superar as eventuais irregularidades detectadas. Nos EUA, a doutrina tentou vivamente compreender os pontos nevrálgicos da transformação propiciada por esse novo modelo de adjudicação e das técnicas processuais de tutela passíveis de utilização pelos juízes nos casos concretos, partindo dos estudos seminais de Owen Fiss⁶ e Abraham Chayes⁷.

⁶ FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/>. Acesso em: 5 ago. 2024; FISS, Owen M. Foreword: the forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr93&id=19&print=section&div=12&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

⁷ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4789038&forceview=1>. Acesso em: 5 ago. 2024; CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the burger court. **Harvard Law Review**, v. 96, n. 1, p. 4-60, Nov. 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr96&id=22&print=section&div=13&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

No Brasil, Sérgio Arenhart⁸ destaca a importância de que, em processos estruturais: (i) seja superada a visão bipolar e adversarial tradicional dos processos judiciais; (ii) o juiz não esteja adstrito aos pedidos formulados pelas partes (princípio da demanda/congruência), não estando obrigado a decidir em favor de um ou outro, como se o processo tivesse vencedores e perdedores, dentro da lógica “procedência/improcedência”; (iii) a implementação ocorra de maneira planejada, dialógica e incremental, com provimentos judiciais em sequência, que vão gradualmente solucionando aspectos da lide – “provimentos em cascata” –, com uma “decisão-núcleo” seguida de ampla cadeia de decisões, em uma lógica de “tentativa-erro-acerto”; (iv) o cumprimento da sentença seja constantemente monitorado, com ampla margem de “gestão da decisão judicial”; e (v) haja flexibilização procedimental, inclusive com possibilidade de descentralização de funções judiciais, de modo que o juiz conte com o apoio de *experts* para auxiliá-lo a conduzir e gerir o processo; dentre outros temas⁹.

A noção de processo estrutural, portanto, demanda a superação de diversas premissas que marcaram o desenvolvimento original do processo civil. Instaura-se uma nova lógica e desenham-se diversas técnicas processuais heterodoxas, tanto para o conhecimento, como para a execução jurisdicional de *casos complexos*¹⁰.

⁸ 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/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.

⁹ Sobre a noção de processo estrutural, no Brasil e no mundo, aprofundar em: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021; ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017; JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023; PUGA, Mariela Gladys. **Litigio estrutural**. 2013. Tese (Doutorado) – Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em: 6 ago. 2024; VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66023>. Acesso em: 6 ago. 2024; VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPODIVM, 2013; VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

¹⁰ Fugiria ao escopo do presente artigo verticalizar o que se reputa “caso complexo” para fins de incidência e aplicação das técnicas processuais estruturais. Aprofundar em: MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**. p. 179-204.

2. O controle jurisdicional da Administração Pública: entre a “autocontenção” e o “ativismo”

A essa altura, parece claro que os processos estruturais possuem íntima relação com o tema do “controle da Administração Pública”. Não à toa, Lon Fuller¹¹ apontou, ao tratar do conceito de *policentrismo*, que “é no campo do Direito Administrativo que os problemas lidados por este artigo se tornam mais agudos”, visto que é nesse ramo que a solução de problemas policêntricos, por intermédio do Poder Judiciário, foi mais tentada.

Nesse diapasão, as ponderações que se desenvolveram acerca do controle judicial da Administração Pública nas últimas décadas, no Brasil e no mundo, repousaram basicamente sobre uma construção dicotômica autoexcludente. Para uns, em respeito à separação de Poderes e demais aspectos relacionados ao desenho constitucional, haveria necessidade de se impor grandes restrições ao controle judicial da atividade administrativa (e legislativa); para outros, dado o papel do Judiciário na interpretação e aplicação do Direito, deveria o controle jurisdicional realizar-se sem qualquer tipo de obstáculo, da forma mais larga possível.

Enquanto a primeira concepção foi enquadrada sob a denominação de “autocontenção judicial”, a segunda foi rotulada como “ativismo judicial”¹² – no Brasil, ganhou fama também a expressão “judicialização da política” para se referir à

¹¹ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 355, dec. 1978. Disponível em: https://classactionsargentina.com/wp-content/uploads/2020/07/fuller_the-forms-and-limits...-policc3a9ntricos.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.

¹² A expressão “ativismo” surgiu pela primeira vez em um artigo jornalístico de 1947, de autoria de Schlesinger Jr., e ganhou fôlego nos EUA sobretudo por parte dos críticos de uma atuação judicial mais intensa, defensores da autocontenção. Sobre o tema, conferir: KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, Oct. 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2024; MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1217-1256, Fall 2002. No Brasil, o ministro Luís Roberto Barroso sustenta que o ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição”, associando-se a “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, postura essa que se manifesta de diversas maneiras – aplicação direta da Constituição, declaração de inconstitucionalidade, imposição de condutas ou abstenções ao Estado, sobretudo em matéria de políticas públicas etc. (BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*: REDE, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 5 ago. 2024). A doutrina nacional já se empenhou com grande atenção ao tema: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014; JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Ativismo judicial e suas múltiplas definições. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, p.

postura jurisdicional contrária à autocontenção, sobretudo em casos envolvendo controle da Administração Pública e da atuação do Legislativo.

O duelo entre autocontenção e ativismo no controle judicial da atividade administrativa não é novo nem exclusivo da realidade brasileira: nos EUA, momentos históricos como o surgimento da teoria do controle judicial da constitucionalidade de leis (no caso *Marbury v. Madison*¹³), a análise jurisdicional de atos praticados no contexto do *New Deal* (a exemplo de *Panama Refining Co. v. Ryan*¹⁴ e daqueles que ficaram conhecidos como *Gold Clause Cases*¹⁵) e, ainda, a atuação judicial em casos envolvendo reformas estruturais (principalmente no setor prisional, como *Holt v. Sarver*¹⁶) também provocaram intensas discussões entre os partidários de uma ou outra postura.

Ao longo do tempo, com a maturação dos debates e dos sistemas constitucionais, consensos foram sendo criados entre as duas correntes, a ponto de serem criadas algumas *zonas de certeza de controle jurisdicional*.

No que toca ao controle da Administração Pública, o conceito doutrinário de *ato vinculado*, aliado ao princípio da legalidade, desempenhou importante papel: toda

710-731, set./dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/62269>. Acesso em: 5 ago. 2024.

¹³ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137. February 24, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

¹⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388. January 7, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/388/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

¹⁵ A locução abrange casos em que se discutiu a possibilidade do governo estadunidense regular aspectos do sistema monetário nacional, tais como a circulação de ouro e a previsão de “cláusulas ouro” em contratos públicos e privados: ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 294 U.S. 240. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/240/>. Acesso em: 7 ago. 2024; ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Nortz v. United States*, 294 U.S. 317. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/317/>. Acesso em: 7 ago. 2024; e ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Perry v. United States*, 294 U.S. 330. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/330/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

¹⁶ *Holt v. Sarver* refere-se, em verdade, a um conjunto de seis casos, dos quais os mais famosos são ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. *Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969). June 20, 1969. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/300/825/1820796/>. Acesso em: 7 ago. 2024; ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. *Holt v. Sarver*, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970). February 18, 1970. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>. Acesso em: 7 ago. 2024; ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. *Holt v. Hutto*, 363 F. Supp. 194 (E.D. Ark. 1973). August 13, 1973. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/363/194/2254773/>. Acesso em: 7 ago. 2024 e ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. *Holt v. Hutto*, 363 F. Supp. 194 (E.D. Ark. 1973). August 13, 1973. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/363/194/2254773/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

atuação administrativa que fosse estritamente vinculada à lei deveria ser praticada conforme os ditames legais, sob pena de, em casos desviantes, autorizar a incidência do controle jurisdicional para corrigi-la. Após a afirmação da competência do Judiciário para controlar atos e normas contrárias à Constituição (ou seja, a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade de leis e atos normativos), o reconhecimento do controle judicial de atos administrativos ilegais era mesmo uma questão de tempo.

O problema é que, para além dessa zona de certeza, a doutrina e a jurisprudência depararam-se (e se deparam até os dias de hoje) com muitas *zonas de incerteza*, relativas a casos em que não se sabe qual é a viabilidade, a possibilidade e a intensidade do controle judicial a ser exercido sobre a atuação administrativa. A zona de incerteza mais marcante reporta-se àqueles atos administrativos que, de acordo com a classificação doutrinária acima, não se enquadram como atos vinculados – ou seja, os *atos discricionários*.

Em verdade, é impossível contextualizar o estado da arte do controle judicial da Administração Pública no Brasil sem recorrer às discussões acerca do *controle da discricionariedade*, assunto que figurou como objeto de incontáveis estudos, provocando as mais intensas discussões entre os partidários da autocontenção ou do ativismo judicial.

Mais uma vez, partidários da autocontenção judicial viram nos atos discricionários um dos signos mais relevantes a caracterizar a necessidade de restrição do controle jurisdicional sobre a atuação administrativa. A discricionariedade era apontada, em uma visão mais radical, como estandarte a demandar total impedimento para o escrutínio judicial do caso: diante de um ato administrativo discricionário, o juiz deveria abster-se por completo de exercer jurisdição, dado que tais atos, por envolverem ponderações relativas à oportunidade e conveniência para sua prática (o “mérito administrativo”), seriam de competência exclusiva da Administração Pública.

De outro lado, defensores de uma postura judicial mais ativa afirmavam que o juiz não poderia, nem deveria, furtar-se à análise de atos administrativos, mesmo que discricionários, tendo enquanto premissa elementos como a inafastabilidade da jurisdição, a competência judicial para analisar atos conforme a Constituição, a eficácia normativa de princípios e outros fatores. O neoconstitucionalismo exerceu grande influência no desenvolvimento dessa corrente.

Ademais, relacionado ao tema do controle da discricionariedade, veio a reboque a discussão sobre o controle judicial de uma das posturas mais discricionárias

que a Administração Pública poderia ter no território dos direitos fundamentais (sobretudo sociais): a elaboração de *políticas públicas*¹⁷. Assim, enquanto, de um lado, defensores da autocontenção apregoam a absoluta impossibilidade de interferência do Judiciário no exame de políticas públicas, porquanto elas envolvem questões dotadas de elevadíssima discricionariedade; de outro lado, partidários do “ativismo” advogam não apenas a possibilidade, mas até mesmo o dever de o magistrado aferir a compatibilidade de políticas públicas face à Constituição e aos princípios constitucionais.

Veja-se que, em uma visão mais limítrofe, não apenas a correta execução de políticas públicas já existentes seria passível de controle jurisdicional (até porque, aqui, provavelmente estar-se-á diante de atos mais vinculados do que discricionários), mas a própria *concepção* de políticas públicas poderia ser alvo de escrutínio pelo magistrado – como maneira de concretizar os ditames constitucionais, o juiz estaria plenamente habilitado a determinar não apenas a correção de uma política pública aplicada de modo deficiente ou ineficiente, mas também a criação de uma política até então inexistente ou a alteração de aspectos de seu regime.

O refinamento teórico das discussões, nos países de *civil law*, desdobrou-se na verticalização de diversos pontos problemáticos: o que caracteriza um ato administrativo como vinculado ou discricionário? Quais elementos integram a discricionariedade do ato administrativo? Considerando que todo ato administrativo (mesmo os discricionários) possui elementos vinculados e, no vetor oposto, que atos vinculados podem ter algum aspecto de discricionariedade, como parametrizar os casos em que o juiz estaria ou não impedido de atuar, de acordo com a postura de autocontenção?

As doutrinas italiana e francesa, em destaque, aprofundaram, com ampla proficiência, o estudo do tema, abordando questões como a “discricionariedade técnica”, o controle de “atos políticos”, a relação entre o conceito de discricionariedade e a interpretação de “conceitos jurídicos indeterminados”, dentre outros que auxiliaram a complexificar cada vez mais o debate¹⁸.

¹⁷ Ainda que as categorias não sejam sinônimas, há grande relação entre elas: a concepção e implantação de políticas públicas pela Administração Pública envolve uma ampla cadeia de atos administrativos predominantemente discricionários. Além disso, ambos os temas comungam a preocupação com a legitimidade democrático-institucional e a capacidade técnica de juízes para decidir casos que deveriam, em tese, ser concebidos e decididos pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.

¹⁸ Esses temas são enfrentados com profundidade em: PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 75-172 e p. 231-247.

Na doutrina e jurisprudência brasileiras, ao menos até a década de 90 do século XX, a corrente da autocontenção judicial dominou o cenário no que toca ao controle de atos discricionários. Foi quase unânime na jurisprudência, por muito tempo, o entendimento, repetido como mantra, de que não competiria ao Poder Judiciário, que não exerce função administrativa, controlar o mérito do ato administrativo¹⁹.

Mais recentemente, a partir da última década do século XX e início do século XXI, esse mantra começou a ser entre nós superado, com decisões judiciais admitindo a possibilidade de controle judicial de atos discricionários (e de políticas públicas). A paradigmática decisão do STF no julgamento da ADPF 45, proferida em 2004, atesta o fato, tendo sido reafirmada pela Corte em 2023 no julgamento do Recurso Extraordinário 684.612 (Tema 698).

3. O que Chevron e Loper Bright têm a ver com Processos Estruturais?

É interessante traçar aqui um paralelo. Fora do direito administrativo europeu continental, os países de *common law* também travaram discussões similares acerca da relação entre o Poder Judiciário e a atuação da Administração Pública. No entanto, isso ocorreu sem o recurso ao conceito de “discricionariedade” como referencial teórico.

Nos EUA, por exemplo, a problemática envolvendo o controle judicial de atos discricionários foi envolvida em outro debate, de igual riqueza teórica e jurisprudencial, realizado no contexto do controle judicial de atos e normas regulatórias expedidas por agências administrativas independentes (equivalentes às agências reguladoras brasileiras), responsáveis pela regulação de setores econômicos. Discute-se em que medida tais autoridades poderiam expedir atos com características normativas – tema que recebeu especial atenção da doutrina brasileira – e, principalmente, qual é a capacidade e competência de tais entidades no momento de interpretar as normas jurídicas editadas pelo Legislativo, que criavam suas respectivas estruturas e funções. Note-se que o debate reside não apenas na análise do “poder normativo” (capacidade de editar normas) da Administração, mas também de seu “poder hermenêutico”, ou seja, na aferição da capacidade e

¹⁹ Análise detida dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que conformaram a evolução da teoria da imunidade jurisdicional do mérito administrativo é feita em: PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 91-121.

competência das agências para interpretar o ordenamento jurídico, bem como na definitividade de tal interpretação e na possibilidade de o Judiciário controlá-la.

Disseminaram-se, nesse contexto, processos judiciais cujo objeto envolvia discutir se agências reguladoras haviam afrontado ou não os limites de sua competência legalmente definida e se a interpretação por elas feita acerca de normas legais que pautavam sua atuação era ou não razoável. Em tais casos, o Poder Judiciário deparava-se com normas administrativas que, de acordo com os autores que as questionavam, seriam ilegais à medida que a agência teria feito indevida interpretação ou aplicação dos *standards* definidos pelo legislador.

A definição desse relacionamento entre Jurisdição e Administração, analisando-se o *grau de deferência* devida e os parâmetros para o controle judicial de atos normativos da Administração, inspirou inúmeros autores a trabalharem, em um contexto mais geral, a relação entre as competências interpretativas e normativas dos Poderes Legislativo e Executivo em cotejo com a legitimidade e o alcance do *judicial review* sobre tais competências²⁰. Ademais, o tema pautou inúmeros debates nos EUA, sendo um dos mais profícuos relacionado à hipótese da chamada “ossificação”, uma espécie de “paralisia regulatória” propiciada por um controle judicial intenso e não deferente sobre as agências, que as desincentivaria a atuar de maneira informal e mais flexível, fazendo com que as agências tendessem a uma atuação rígida, formalista e nem sempre eficiente²¹.

²⁰ Aprofundar em: PIERCE JR., Richard J. *Chevron and its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions*. *Vanderbilt Law Review*, v. 41, n. 2, p. 301-314, Mar. 1988. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol41/iss2/4/>. Acesso em: 6 ago. 2024; PIERCE JR., Richard J. *Judicial review of agency actions in a period of diminishing agency resources*. *Administrative Law Review*, v. 49, n. 1, p. 61-94, Winter 1997; PIERCE JR., Richard J. *What do the studies of judicial review of agency actions mean*. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 1, p. 77-98, 2010. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/856/. Acesso em: 6 ago. 2024; MOGENT, Eben; PIERCE JR., Richard J. *Sunstein's new canons: choosing the fictions of statutory interpretation*. *University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 4, p. 1203-1246, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss4/4/>. Acesso em: 6 ago. 2024; PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A. *Political and judicial review of agency action*. *Texas Law Review*, v. 59, n. 7, p. 1175-1222, Oct. 1981; SUNSTEIN, Cass R. *Deregulation and the hard-look doctrine*. *Supreme Court Review*, p. 177-214, 1983; SUNSTEIN, Cass R. *Law and administration after Chevron*. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, Dec. 1990. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12341&context=journal_articles. Acesso em: 6 ago. 2024; SUNSTEIN, Cass R. *On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action*. *Duke Law Journal*, n. 3, p. 522-537, June 1989. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol38/iss3/2/>. Acesso em: 6 ago. 2024; MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. *The real world of arbitrariness review*. *University of Chicago Law Review*, v. 75, n. 2, p. 761-814, 2008. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5669&context=uclrev>. Acesso em: 6 ago. 2024; SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. *University of Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

²¹ MCGARITY, Thomas O. *Some thoughts on deossifying the rulemaking process*. *Duke Law Journal*, v. 41, n. 6, p. 1385-1462, June 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent>.

Tamanho a importância desse tema para o direito administrativo estadunidense que, de acordo com diversos autores, os julgamentos da Suprema Corte acerca das possibilidades e dos limites do controle judicial de atos das agências consubstanciam as decisões mais importantes da história da Suprema Corte em matéria de Direito Administrativo, reconfigurando aspectos essenciais das relações entre o Judiciário e os demais Poderes. Para Cass Sunstein²², a origem do próprio direito administrativo nos EUA ocorreu no contexto de discussões atinentes ao controle judicial da regulação e da atuação de agências reguladoras.

Nesse sentido, diversas teorias foram construídas na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA ao longo do século XX para retratar a postura do Judiciário no controle de atos normativos em um contínuo e imbricado processo de construção e reconstrução. Os maiores destaques atribuem-se à paradigmática doutrina *Skidmore* (cunhada no caso *Skidmore v. Swift & Co*, de 1944)²³ e à célebre decisão

cgi?article=3189&context=djl. Acesso em: 6 ago. 2024; McGARITY, Thomas O. The Courts and the ossification of rulemaking: a response to Professor Seidenfeld. **Texas Law Review**, v. 75, n. 3, p. 525-558, 1996. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/tlr75&id=541&print=section&div=27&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024; MELNICK, Shep. Administrative law and bureaucratic reality. **Administrative Law Review**, v. 44, n. 2, p. 245-260, 1992. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin44&id=259&print=section&div=20&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024; PIERCE JR., Richard J. Rulemaking ossification is real: a response to testing the ossification thesis. **George Washington Law Review**, v. 80, n. 5, p. 1493-1503, July 2012. Disponível em: <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2018/04/80-Geo.-Wash.-L.-Rev.-1493.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024; PIERCE JR., Richard J. Seven ways to deossify agency rulemaking. **Administrative Law Review**, v. 47, n. 1, p. 59-95, Winter 1995. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin47&id=69&print=section&div=9&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024; JORDAN, William S. III. Ossification revisited: does arbitrary and capricious review significantly interfere with agency ability to achieve regulatory goals through informal rulemaking? **Northwestern University Law Review**, v. 94, n. 2, p. 393-450, 2000; SEIDENFELD, Mark. Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking. **Texas Law Review**, v. 75, n. 3, p. 483-524, Feb. 1997. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1021&context=articles>. Acesso em: 6 ago. 2024; SEIDENFELD, Mark. Why agencies act: a reassessment of the ossification critique of judicial review. **Ohio State Law Journal**, v. 70, n. 2, p. 251-321, 2009. Disponível em: https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/articles/article/1008/&path_info=Seidenfeld__Why_Agencies_Act__A_Reassessment_of_the_Ossification_Critique_of_Judicial_Review__70_Ohio_St._L._J._251__2009__from_oslj_archives_.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024.

²² SUNSTEIN, Cass R. Deregulation and the hard-look doctrine. **Supreme Court Review**, p. 182, 1983.

²³ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Skidmore v. Swift & Co.**, 323 U.S. 134. December 4, 1944. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/134/>. Acesso em: 7 ago. 2024. Em *Skidmore*, a Suprema Corte afirmou que o Judiciário deveria levar em conta as escolhas administrativas e julgá-las de acordo com seu poder de persuasão (*persuasiveness*), seguindo parâmetros como a importância e complexidade da questão e o fato de ter a agência conferido ou não ao caso a devida atenção e cuidado (*careful consideration*). A validade da decisão da agência, assim, seria analisada a partir da “completude das evidências consideradas, da validade de sua argumentação, de sua consistência com decisões anteriores e posteriores e todos os fatores que lhe confirmam poder de persuasão”. A doutrina *Skidmore* possuía forte ligação com o *arbitrary and capricious standard*, posteriormente positivado no *Administrative Procedure Act* (APA, de 1946) para balizar o controle de atos administrativos, visto que, com base nela, o

de *Chevron* (criada no julgamento de *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, de 1984)²⁴. Houve ainda outros casos importantes para denotar a evolução do pensamento da Suprema Corte sobre o tema, tais como *Chenery* (*SEC v. Chenery Corp.*)²⁵ e *Mead* (*United States v. Mead Corporation*)²⁶.

juiz examinava todo o percurso e a motivação da agência ao exarar a decisão/norma submetida ao crivo do Judiciário. O contexto propiciado por *Skidmore* ficou conhecido como *hard look doctrine*.

²⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC**, 467 U.S. 837. June 25, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em: 7 ago. 2024. Trata-se da decisão mais citada da Suprema Corte dos EUA. Em *Chevron*, foi construído o famoso “teste de duas etapas” (*two-step test*): (i) se a norma legal que embasa a atuação da agência possui redação clara e inequívoca, denotando de maneira evidente a intenção do Congresso ao editá-la, então o juiz (assim como a agência) está adstrito a tal norma e deve interpretar a atuação da agência à luz do texto legal; (ii) se, contudo, a norma em questão é omissa ou possui redação ambígua, admitindo margem de interpretação e de atuação da agência, o papel do juiz, então, é o de analisar se a atuação da agência está pautada em uma interpretação razoável do estatuto legal. Obviamente a interpretação de cada um desses *steps* é fortemente contestada na doutrina: embora boa parte dos autores defenda que *Chevron* demarca uma visão mais deferencial do controle judicial sobre as agências, ao contrário da *hard look review*, há aqueles que sustentam que tanto o *step 1* quanto o *step 2* de *Chevron* permitem – ou mesmo incentivam – um controle judicial não tão deferente assim. O então Ministro da Suprema Corte Stephen Breyer é um dos mais fortes críticos da doutrina. Em artigo publicado pouco tempo depois do caso ser julgado, afirma que *Chevron* não enuncia qualquer “padrão deferencial” do Judiciário em face das agências, ao contrário da visão comumente propalada (BREYER Stephen. Judicial review of questions of law and policy. **Administrative Law Review**, v. 38, n. 4, p. 363-398, 1986. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin38&id=381&print=section&div=33&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024). A opinião é compartilhada por: FOOTE, Elizabeth V. Statutory interpretation or public administration: how Chevron misconceives the function of agencies and why it matters. **Administrative Law Review**, v. 59, n. 4, p. 673-724, Fall 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008155. Acesso em: 5 ago. 2024; MASHAW, Jerry L. Norms, practices, and the paradox of deference: a preliminary inquiry into agency statutory interpretation. **Administrative Law Review**, v. 57, n. 2, p. 537-542, Spring 2005; PIERCE JR., Richard J. Chevron and its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions. p. 301-314; PIERCE JR., Richard J. Political control versus impermissible bias in agency decisionmaking: lessons from Chevron and Mistretta. **University of Chicago Law Review**, v. 57, n. 2, p. 481-520, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss2/6/>. Acesso em: 6 ago. 2024; MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. Do judges make regulatory policy: an empirical investigation of Chevron. **University of Chicago Law Review**, v. 73, n. 3, p. 823-881, Summer 2006. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol73/iss3/1/>. Acesso em: 6 ago. 2024; MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The real world of arbitrariness review. p. 761-814.

²⁵ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **SEC v. Chenery Corp.**, 318 U.S. 80. February 1, 1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/80/>. Acesso em: 7 ago. 2024. O caso serviu como espécie de antessala para a doutrina *Skidmore*, criada no ano seguintes, e para os standards do APA, de 1947. Nele, decidiu-se que a aferição da razoabilidade do processo de tomada de decisão (*reasoned decisionmaking*) da agência por parte do Judiciário deveria levar em conta os motivos que fundamentaram a atuação da agência ao tempo da ação, e não o contexto do momento do controle, evitando-se, assim, um controle judicial anacrônico e descontextualizado.

²⁶ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **United States v. Mead Corp.**, 533 U.S. 218. June 18, 2001. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/218/>. Acesso em: 7 ago. 2024. Nele, restou limitada a aplicação da doutrina *Chevron*, definindo-se que determinados atos regulatórios não mereceriam o grau deferencial mais alto do *two-step test*.

Mais recentemente, o tema voltou à evidência na Suprema Corte que, no julgamento do caso *Loper Bright (Loper Bright Enterprises v. Raimondo)*²⁷, superou a doutrina *Chevron* e o *two-step test*, afirmando que o Poder Judiciário deve ter amplos poderes de revisão de atos praticados por Agências Reguladoras, mesmo em casos discricionários e/ou que envolvam interpretação de normas legais de textura mais aberta.

Essa sucessão de diferentes teorias no tempo demonstra que, ao contrário do que parece, o percurso jurisprudencial nos EUA não se deu de maneira uniforme e progressiva: a Suprema Corte ora avançava, ora retrocedia; ora enunciava uma nova teoria, ora modernizava a teoria anterior; ora encavalava uma teoria em outra, ora repristinava uma teoria já abandonada etc²⁸. Muitas críticas são endereçadas por estudos acadêmicos à postura da Suprema Corte, seja pela análise das “doutrinas” derivadas de precedentes específicos, seja pela análise contextual acerca de qual é, afinal, o entendimento prevalecente da Corte sobre o tema, em cada época, e o relacionamento das diferentes “doutrinas” ou precedentes entre si²⁹.

É curioso perceber como a teoria jurídica e a jurisprudência norte-americanas deixaram de aproveitar essas ricas discussões acerca do controle judicial da regulação administrativa – e os *standards* criados jurisprudencialmente como parâmetros de controle – para transportá-las ao campo do controle judicial de

²⁷ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, 603 U.S.____. June 28, 2024. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/603/22-451/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

²⁸ ROSSI, Jim. Redeeming judicial review: the hard look doctrine and federal regulatory efforts to restructure the electric utility industry. *Wisconsin Law Review*, n. 4, p. 763-838, 1994. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=904215. Acesso em: 6 ago. 2024; ROSSI, Jim. Respecting deference: conceptualizing Skidmore within the architecture of Chevron. *William and Mary Law Review*, v. 42, n. 4, p. 1105-1147, Apr. 2001. Disponível em: <https://typeset.io/pdf/respecting-deference-conceptualizing-skidmore-within-the-3zlttx12r8.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

²⁹ BRESSMAN, Lisa Schultz. How *Mead* has muddled judicial review of agency action. *Vanderbilt Law Review*, v. 58, n. 5, p. 1443-1494, Oct. 2005. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=faculty-publications>. Acesso em: 5 ago. 2024; FOOTE, Elizabeth V. Statutory interpretation or public administration: how Chevron misconceives the function of agencies and why it matters. p. 673-724; GRAHAM, Ann. Searching for Chevron in muddy waters: the Roberts Court and judicial review of agency regulations. *Administrative Law Review*, v. 60, n. 1, p. 229-272, 2008. Disponível em: <https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/Searching-for-Chevron-in-Muddy-Waters-The-Roberts-Court-and-Judicial-Review-of-Agency-Regulations.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2024; MAY, Randolph J. Defining deference down: independent agencies and Chevron deference. *Administrative Law Review*, v. 58, n. 2, p. 429-454, Spring 2006. Disponível em: <https://freestatefoundation.org/wp-content/uploads/2019/12/DefiningDeferenceDown-Spring-2006.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024; MAY, Randolph J. Defining deference down, again: independent agencies, Chevron deference, and Fox. *Administrative Law Review*, v. 62, n. 2, p. 433-450, Spring 2010. Disponível em: <https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/Defining-Deference-Down-Again.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024; SHANE, Peter M. Ambiguity and policy making: a cognitive approach to synthesizing Chevron and Mead. *Villanova Environmental Law Journal*, v. 16, n. 1, p. 19-34, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=elj>. Acesso em: 6 ago. 2024; ROSSI, Jim. Respecting deference: conceptualizing Skidmore within the architecture of Chevron. p. 1105-1147.

políticas públicas, temática que se acendeu vivamente a partir de *Brown* e dos demais processos estruturais. Ao contrário, a temática do controle judicial de políticas públicas, que surge nos EUA no bojo dos *civil rights cases*, posteriormente atrelados aos processos estruturais, parece ter ignorado a similaridade de contexto em relação às discussões travadas no âmbito do controle judicial de atos regulatórios e assim acabou sendo balizada, na doutrina e na jurisprudência, pela visão binária extrema (autocontenção absoluta *versus* ativismo total), perdendo-se a oportunidade de transplantar para tais casos, ainda que com adaptações, os critérios definidos, por exemplo, em *Skidmore* ou *Chevron*.

Com efeito, muitos dos problemas debatidos pela doutrina em relação à postura a ser adotada pelas Cortes em casos estruturais possuem forte paralelo com a atuação judicial no controle da regulação administrativa, de modo que a discussão sobre o controle judicial das agências deveria ter sido examinada pelos estudiosos dos processos estruturais e poderia ter auxiliado a doutrina e a jurisprudência a acelerar o aprimoramento dos parâmetros de atuação jurisdicional nesses casos. Não à toa, Robert Goldstein³⁰ sugere que, para aferir a suficiência da atuação judicial em casos estruturais, deveria ser aplicado raciocínio similar ao da *hard look doctrine*.

De toda sorte, a análise da história jurisprudencial dos EUA, em matéria de controle judicial de atos e normas regulatórias, revela uma riqueza acadêmica muito similar àquela dos países continentais europeus no que concerne ao controle judicial da discricionariedade administrativa, ainda que com enfoque diferenciado. Trata-se de análise útil para a compreensão do estado da arte do tema, que inclusive permite traçar interessantes paralelos com a realidade brasileira.

Ademais, note-se como, independentemente da origem e do rumo tomado pelas discussões, os países de *civil law* e *common law* partilharam constatações e preocupações comuns no que diz respeito aos dois extremos do pêndulo do controle judicial de atos discricionários (autocontenção e ativismo), à medida que, em ambos, a autocontenção foi a teoria prevalecente durante boa parte dos séculos XIX e XX. Inclusive os argumentos alegados para tal prevalência foram semelhantes: a separação de Poderes, que impediria ao Judiciário substituir-se à opção feita pelo Legislativo e Executivo; a legitimidade democrática, que impediria juízes não eleitos democraticamente de revisarem a análise de oportunidade e conveniência feita por

³⁰ GOLDSTEIN, Robert D. A *swann* song for remedies: equitable relief in the burger court. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 13, n. 1, p. 72-74, Winter 1978. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hcrcl13&id=9&print=section&div=7&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

agentes eleitos pelo povo; a análise comparativa institucional, de acordo com a qual o Poder Judiciário não teria capacidade técnico-operacional institucional para lidar com questões que não envolvessem exclusivamente questões legais; dentre outros.

Todavia, como se percebe, a evolução jurisprudencial ocorrida nos EUA, sobretudo dos anos 1950 em diante, apresenta um importante *turning point*: a partir da doutrina *Skidmore*, a jurisprudência da Suprema Corte não mais reproduziu o argumento da autocontenção absoluta, como se ao Judiciário fosse vedado aferir o mérito de atos e normas regulatórias. Partindo de tal decisão e das doutrinas que lhe sucederam, a jurisprudência foi aos poucos se preocupando com a criação e consolidação de critérios para balizar o controle judicial de tais casos, que não mais eram vistos como totalmente imunes à jurisdição.

Assim, enquanto no Brasil a jurisprudência permaneceu, até o início dos anos 2000, vinculada ao dogma da impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo, a doutrina e a jurisprudência dos EUA há muito tempo têm se preocupado (ainda que sem uma resposta definitiva) com a criação de critérios para parametrizar o controle judicial da discricionariedade. Em outros termos: ao passo que o Brasil conviveu por muito tempo com a *deferência absoluta* do Judiciário à ação administrativa discricionária, os EUA têm reconhecido apenas uma *deferência relativa*, com criação de critérios cuja aferição serviria para medir o grau de interferência judicial devida sobre a atuação da agência em cada caso.

Mais recentemente, os EUA parecem entrar em uma tendência de certa radicalização do controle jurisdicional sobre a atuação das agências, conforme revela o *overrule* do precedente fixado em *Chevron* no julgamento de *Loper Bright*. Estariam os EUA ingressando em um inédito (e potencialmente prejudicial) cenário de *indeferência absoluta* do Poder Judiciário em temas envolvendo o controle da Administração Pública e de suas Agências?

4. A inafastabilidade do controle jurisdicional – mesmo nos casos complexos

No atual estágio de desenvolvimento jurídico e civilizacional, não parece adequado cogitarem-se bolsões de imunidade absoluta da Administração Pública ao controle jurisdicional – a exemplo da tese da imunidade jurisdicional da discricionariedade administrativa. A inafastabilidade do controle jurisdicional, inclusive sobre a

Administração Pública, é garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição, e se mostra essencial para a concretização de direitos fundamentais, sobretudo de índole social, em um país ainda em desenvolvimento como o Brasil. Diante disso, por mais que críticas possam ser feitas à maneira pela qual, na prática, o controle jurisdicional é por vezes exercido, ou aos critérios utilizados (ou que deixam de sê-lo) por magistrados para exercerem controle sobre a Administração Pública, tais críticas não podem levar ao extremo de serem criados – ou resgatados – novos espaços obscuros de total imunidade da Administração Pública em relação ao controle jurisdicional.

É verdade que o Judiciário pode não ser a arena mais adequada para solucionar casos complexos, policêntricos e preñhes de questões extrajurídicas, no entanto, ante o tratamento insuficiente – ou a ausência de qualquer tratamento – de tais casos pelos demais Poderes, ou ante o fracasso de eventuais tentativas de autocomposição entre as partes para dirimir controvérsias na via extrajudicial, restará apenas a busca pelo Judiciário como *ultima ratio* para solucionar o litígio e superar bloqueios político-institucionais ruminantes.

Não se trata de conferir um poder absoluto aos juízes, mas, sim, de garantir que, nas situações em que os demais Poderes agirem em desconformidade com o ordenamento jurídico, desatendendo suas obrigações por inabilidade, dolo, medo, recalcitrância ou outra razão injustificada, ou quando forem falhas as tentativas de autocomposição para solução do litígio, tenham eles (os juízes) a capacidade de interferir na situação de fundo com o objetivo de desequilibrar o *status quo*, figurando como *powerbrokers* – na feliz expressão de Colin Diver³¹.

Ademais, mesmo em uma visão puramente pragmática, parece difícil sustentar o afastamento do Judiciário do controle sobre casos jurídico-administrativos complexos. Ora, tão ingênuo quanto crer piamente na capacidade, no discernimento e na competência de juízes para solitariamente resolver tais casos, é crer que (i) os Poderes Executivo e Legislativo, apenas por serem detentores de maior legitimidade democrática, dão conta de atender aos anseios da população, de concretizar todos os ditames constitucionais e de solucionar todas as controvérsias em que se envolvem por conta própria; bem como que, (ii) no atual momento jurídico-cultural da sociedade brasileira, o Poder Judiciário aceitaria ser alijado de qualquer papel no

³¹ 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.

que concerne à avaliação de casos mais complexos que ensejam a concretização de direitos fundamentais.

É improvável que, na contemporaneidade, legatários de uma constituição material, juízes aceitem agir apenas para declarar mecanicamente o direito relacionado aos fatos, de acordo com a letra fria da lei (conforme a visão do juiz enquanto *bouche de la loi* de Montesquieu), olvidando a necessidade de que sua atuação em casos complexos – sobretudo na fase de implementação – funcione também para a concretização de tais direitos. Como afirmam Daniel Brinks e Varun Gauri, “[...] é tarde para questionar se os tribunais deveriam intervir em políticas públicas para assegurar direitos, porque já o fazem diariamente; a pergunta mais importante agora é como devem fazê-lo”³².

Aliás, é curioso que seja o Judiciário acusado de “ativista”, com brados de invasão nos demais Poderes e usurpação de funções políticas, quando boa parte dos casos paradigmáticos em que o Judiciário é chamado a intervir, sobretudo em matéria de políticas públicas, é proveniente de provocação dos próprios partidos políticos³³. Vale citar a provocativa lição de Edilson Vitorelli³⁴, para quem, em verdade, processos estruturais faz com que nos defrontemos com fatos da vida presente das instituições democráticas: (i) juízes emitem mais juízos de índole legislativa do que gostariam de admitir e do que a teoria da separação de Poderes clássica poderia permitir; (ii) todos

³² BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por uma justiça dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. E-book (p. 277-303). Em sentido similar, Feeley e Rubin constatarem que juízes já estão há muito tempo exercendo o que denominam de *judicial policy making* e que proibir os juízes de dizer que estão se empenhando em tais tarefas não significa que, na prática, eles pararão de fazê-lo: juízes seguirão fazendo política, em determinados casos de maneira insincera, até que um discurso legal em favor de parâmetros para o *judicial policy making* seja desenvolvido – essa é, afinal, a proposta da obra de referidos autores (FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial policy making and the modern state**: how the courts reformed America's prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 338-339).

³³ REBELL, Michael A. Poverty, meaningful educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, n. 5, p. 1534, June 2007; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

³⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 389-390. Reconhecendo que o papel interpretativo do magistrado em determinados casos envolve alta dose de critérios político-valorativos: ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 506-509; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**, n. 21, p. 14, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>. Acesso em: 5 de ago. 2024; COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 457.

os valores constitucionais são sujeitos a limitações concretas; (iii) por mais desconfortáveis que sejam as duas primeiras constatações, não há como escapar ao processo estrutural quando as circunstâncias fáticas se impõem. Assim, continua o autor, seria mais produtivo que doutrina e jurisprudência “se debruçassem sobre as condições para que a reforma estrutural se realize, ao invés de negar que ela esteja ocorrendo, ou afirmar que se trata de mera interpretação ou concretização da Constituição ou das leis”.

Como se vê, o direito público atual não difunde a existência de espaços de vedação absoluta ou qualquer outra espécie de imunidade severa e excludente ao exercício de controle jurisdicional sobre atos, contratos, processos ou normas administrativas. Ao revés, parte-se da premissa de que ao Poder Judiciário é dado controlar toda e qualquer espécie de ação administrativa, com profundidade e intensidade – ou seja, a premissa adotada é a da *ampla sindicabilidade jurisdicional do agir administrativo*, aí incluso o agir discricionário. Não há como subtrair do Poder Judiciário o exame de casos envolvendo a Administração Pública e o manejo do direito administrativo, mesmo que tais casos se enquadrem como “complexos” na expressão aqui utilizada.

5. A necessidade de criação de parâmetros para balizar o controle

A premissa fixada acima não pode levar à conclusão de que se autoriza ao Poder Judiciário exercer controle sobre a Administração Pública de maneira ilimitada, sem qualquer tipo de critério ou baliza. Endossar a ampla sindicabilidade jurisdicional da atuação da Administração Pública e de litígios envolvendo o direito administrativo significa apenas defender que não há nenhuma forma de ação administrativa imune ao controle externo, o que não significa que o controle sobre ela possa ser exercido de maneira livre e não criteriosa pelo controlador.

O que não se pode admitir é que o avanço sobre a discricionariedade ocorra de maneira aleatória, sem critério e a partir da aplicação de concepções pessoais do julgador a respeito dos princípios gerais retirados do ordenamento, de modo que a discricionariedade do administrador seja pura e simplesmente substituída pela arbitrariedade do controlador – tão ou mais nociva para a implementação de

direitos constitucionais quanto o abuso de poder³⁵; Seria mesmo odioso exigir da Administração Pública uma atuação pautada na técnica e na ciência para posteriormente permitir que o controle jurisdicional sobre as decisões administrativas seja pautado unicamente na vontade revestida de retórica jurídica de um juiz. Se a Administração Pública deve responder pela tecnicidade e cientificidade de suas decisões, o controlador deve responder pela invalidação irrefletida de uma decisão administrativa que foi devidamente baseada em processo administrativo na técnica, na ciência e na devida ponderação dos interesses envolvidos.

A premissa fixada, portanto, não subsidia uma atuação judicial descontrolada e solipsista, mas apenas desloca o foco do raciocínio subsequente: o desafio não mais envolve a criação de teorias ou critérios que intentem blindar a Administração Pública do controle jurisdicional, mas passa a se estabelecer as balizas, ou seja, os parâmetros que conduzirão a atuação do Poder Judiciário ao controlar a Administração Pública (sobretudo em casos jurídico-administrativos complexos), de modo que o controle jurisdicional não se torne disfuncional.

Não há que se falar, desse modo, em espaços ou válvulas de *absoluta* deferência jurisdicional em relação ao agir administrativo, devendo-se, isso sim, militar pela fixação de parâmetros materiais e procedimentais que permitam ao controlador aferir a regularidade jurídica da ação controlada, sem que a decisão consista em mera substituição da opinião técnico-política do administrador público pela opinião pessoal do controlador. Tais parâmetros devem ser cogitados em duas perspectivas:

- (i) em um sentido *formal-material* (considerando-se aqui todos os chamados requisitos ou elementos de validade da decisão administrativa), com o intuito de perquirir quais critérios devem ser adotados pelos controladores, de maneira objetiva, para definir os limites de sua atuação na aferição da regularidade da conduta administrativa controlada – ou seja, a preocupação aqui é em estabelecer “o que” os controladores devem levar em conta ao examinar o caso, a ponto de definirem os limites de exercício de sua competência controladora;
- (ii) em um sentido *procedimental*, objetivando analisar qual é o percurso processual a ser trilhado pelo controlador na aplicação dos critérios materiais anteriormente definidos, havendo necessidade, assim, de se fixar um método processual adequado para o controle sobre tais questões – ou seja, a preocupação aqui é em estabelecer “como” os controladores devem conduzir o processo no caso.

³⁵ Sobre o tema, aprofundar em: PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

São olhares que se complementam, sobretudo em razão da natureza adjetiva do processo jurisdicional: os parâmetros processuais jurisdicionais devem ser cogitados tendo em mira sua aptidão para viabilizar e catalisar, da melhor forma possível, a incidência dos parâmetros formais-materiais definidos no primeiro passo. Caso contrário, o processo arrisca converter-se em mero diletantismo inútil, ou, o que é ainda pior, em mecanismo a dificultar o exercício do controle.

Contudo, enquanto a primeira das duas perspectivas (material) já foi alvo de intensos estudos desde a doutrina clássica até a contemporânea³⁶, a segunda (procedimental) ainda não mereceu a mesma atenção, por mais que muitas das discussões ainda hoje acesas na doutrina – como aquela acerca dos limites à intervenção judicial no mérito de decisões administrativas discricionárias – possam ser bem resolvidas no campo processual, mediante aplicação de técnicas que permitam ao juiz aferir a juridicidade da conduta administrativa e conduzir a sua correção, sem que sua decisão seja vista como uma mera substituição do “desejo do administrador” pelo “desejo do julgador”.

Nesse ponto, vale anotar que, desde o seu berço, a teorização jurídica do processo estrutural preocupou-se com o estabelecimento de técnicas procedimentais necessárias e adequadas à implementação de decisões judiciais em casos envolvendo o controle de casos complexos (em destaque, o controle judicial de políticas públicas). Desde os primeiros casos em que o Judiciário norte-americano demarcou sua competência para controlar políticas públicas, o reconhecimento dessa competência material foi imediatamente acompanhado do desenvolvimento de técnicas processuais para que essa função não restasse configurada apenas como uma competência vazia, desenvolvimento que se assemelha ao de outros países³⁷.

³⁶ V.g., conferir: PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. p. 275-287; PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**; JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

³⁷ É o que se extrai da análise comparada feita por Eduardo Jordão. Ao se debruçar sobre algumas inovações promovidas para dar conta do controle de atos administrativos regulatórios, o autor aponta que uma das respostas dadas para aprimorar o controle judicial sobre tais circunstâncias foi justamente a criação (na jurisprudência ou mesmo na via legislativa) de “ritos judiciais diferenciados” para controle de matérias específicas. O autor cita como exemplos a instituição do *rito abbreviato* no direito italiano, em 2000; os “saltos jurisdicionais” criados em 2010, na França, bem como a utilização de técnicas de modulação temporal de efeitos das decisões; a adoção de regras temporárias (*interim rules*) e de envio da questão à autoridade regulatória por parte do juiz para reanálise da matéria (*remand without vacation*) nos EUA; e, por fim, a utilização, pelos próprios Tribunais, de técnicas, instrumentos e mecanismos típicos da autoridade administrativa reguladora – tal como a consulta pública (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração Pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. p. 255-262).

De nada adiantaria reconhecer a necessidade de que o magistrado se utilize de parâmetros materiais na perquirição da conduta administrativa, caso não se vincule o magistrado à condução de um procedimento próprio para tanto. Em outras palavras, exemplificando: de que adiantaria impor, como critério ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, a análise da condução de um efetivo, completo e isento processo administrativo por parte da Administração Pública se o juiz pudesse realizar tal análise por meio de um processo jurisdicional falho, parcial e mal instruído? Os mesmos critérios que devem servir para que a Administração amolde suas escolhas discricionárias à legalidade também deveriam servir ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa³⁸. Não se examina a racionalidade da Administração Pública por intermédio de um processo jurisdicional irracional.

Felizmente, a necessidade de se desenvolverem parâmetros processuais para o controle judicial de casos complexos envolvendo a atuação da Administração Pública tem sido ventilada em alguns estudos no Brasil³⁹.

6. O método estrutural como parâmetro processual para o controle jurisdicional de casos complexos

Casos complexos devem ser perquiridos pelo Poder Judiciário mediante o desenvolvimento de um rito procedimental com contornos processuais próprios, um método processual idôneo que permita aos controladores exercerem suas funções com efetividade e segurança jurídica. Em nossa visão, esse rito processual deve reunir as características atribuídas aos processos estruturais, ou seja, deve ser conduzido pelo *método estrutural*, que configura baliza procedimental útil para parametrizar o controle judicial da Administração Pública.

O método estrutural aplica-se com grande pertinência no que atine ao controle das relações jurídico-administrativas complexas, servindo de moldura adequada

³⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. p. 294.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo**, v. 9, n. 103, p. 11-12, set. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_e_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites. Acesso em: 5 ago. 2024, p. 20; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163, p. 173-174.

para enquadrar a forma de se exercer controle jurisdicional dentro do atual contexto do direito administrativo. Com a utilização de medidas estruturais, qualifica-se o processo de controle, catalisando-se a construção de canais que permitam o fluxo de informações e dados que informarão o controlador e o auxiliarão a decidir tendo visão do entorno e das potenciais consequências de sua decisão – dados e informações que o controlador não pode ignorar, a teor da decisão do STF no julgamento da ADI 6.421 e dos demais ajuizadas em face da Medida Provisória n.º 966/2020.

Em primeiro lugar, a utilização de técnicas estruturais não importa violação da função de outros Poderes – a não ser que se enxergue na separação de Poderes uma carta branca para que o Executivo ou o Legislativo descumpram a Constituição ou abandonem seus compromissos em relação à efetivação dos direitos fundamentais. Afinal, respeitados os parâmetros materiais e processuais divisados para balizar sua atuação, o juiz deve ter a capacidade de ditar se a atuação administrativa é regular ou não e, em caso de irregularidade, orientar sua correção, função inerente à jurisdição de controle.

Grande parte do problema repousa não tanto na fase de conhecimento, e, sim, na fase de implementação, haja vista que, na formatação processual tradicional, o juiz se vê obrigado a emitir comandos unilaterais e impositivos, determinando que, para a correção da situação irregular reconhecida, o réu adote a conduta X no prazo Y, sob pena da sanção Z. É aqui que violações mais graves à separação dos Poderes se manifestam, e é aqui que a utilização de técnicas estruturais se revela mais promissora.

Ora, uma das características nodais do método estrutural é o fato de ser pautado no diálogo e na construção de consensos entre o juiz e as partes, permitindo que o litígio seja conduzido sem a tradicional oposição binária entre os dois polos da relação processual. Mesmo que o réu – no caso, a Administração Pública – seja responsabilizado pela ação discutida na causa, o método estrutural revela a importância de se conferir a ele próprio a oportunidade de divisar estratégias e planos para correção e superação da situação ilegal. Na fase de implementação da decisão no contexto do método estrutural, a Administração Pública deixa de ser mera expectadora derrotada, destinatária de ordens a serem cumpridas de maneira impositiva, e passa a ser uma peça-chave no planejamento do cumprimento da decisão e no fornecimento de dados e informações ao juízo, aos demais polos do processo e a terceiros interessados.

Longe de pretender substituir-se à Administração Pública e de agir de maneira solitária e impositiva, o Judiciário dialoga e conta com ela para a superação da

situação tida por irregular. Eventuais descumprimentos por parte da Administração Pública não são automaticamente tomados pelo juiz como desobediência, mas são contextualizados no cenário do problema complexo que se pretende corrigir. Idêntico raciocínio vale para os particulares quando no polo passivo de casos jurídico-administrativos complexos.

Respeitosamente, a separação dos Poderes não pode ser lida no século XXI de maneira anacrônica, como há séculos⁴⁰, mediante uma “visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade infinitamente mais complexa”⁴¹. A divisão estanque de funções e a compreensão dos Poderes como opositores, em um entendimento mais radical da teoria da tripartição de poderes, foi temperada há muito tempo, por exemplo, pela noção de *checks and balances*. No entanto, mesmo essa visão já não representa a realidade dos dias de hoje, em que Poderes assumem funções atípicas e sua interação não se volta apenas ao exercício de controle recíproco. A separação de Poderes deve ser revisitada, de modo a contemplar também um viés oposto ao que a nomenclatura “separação” indica, passando a ser lida não apenas enquanto apartação, mas também enquanto articulação entre Poderes, os quais não precisam estar sempre em pé de guerra, apartados e opostos; eles podem também unir-se e articular-se, contanto que mantenham autonomia e sistemas de controles recíprocos. Esse tema foi muito debatido nos EUA no rico contexto do controle judicial da atuação das agências reguladoras⁴².

⁴⁰ Sobre o tema: ACKERMAN, Bruce. The New separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 633-725, Jan. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3117354&forceview=1>. Acesso em: 5 ago. 2024; GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 108-146); MENDES, Conrado Hubner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 147-173); MENDES, Conrado Hubner. Not the last word, but dialogue: deliberative separation of powers 2. *Legisprudence*, v. 3, n. 2, p. 191-246, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 589.

⁴² McGARITY, Thomas O. Some thoughts on deossifying the rulemaking process. p. 1385-1462; JORDAN, William S. III. Ossification revisited: does arbitrary and capricious review significantly interfere with agency ability to achieve regulatory goals through informal rulemaking? p. 439; ROSSI, Jim. Redeeming judicial review: the hard look doctrine and federal regulatory efforts to restructure the electric utility industry. p. 836; SCHOENBROD, David. From Chevron to consent of the governed. *Regulation*, v. 41, n. 4, p. 34-39, Winter 2018-2019. Disponível em: https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2348&context=fac_articles_chapters. Acesso em: 6 ago. 2024.

São reflexões como essa que inspiraram Roberto Gargarella a defender o que denomina de “constitucionalismo dialógico”⁴³, debatendo-se, com intensidade crescente no Brasil, o tema dos diálogos institucionais como maneira de interpretar a tripartição dos Poderes nos dias contemporâneos⁴⁴.

Ora, o processo judicial, quando aplicado o método estrutural, torna-se uma arena adequada para propiciar a ocorrência de diálogos institucionais acerca da matéria debatida no caso. Em verdade, a abertura do processo à ocorrência de diálogos institucionais foi uma das técnicas estruturais mais efetivas utilizadas pelo Judiciário, nos EUA, para conduzir litígios de reforma estrutural. Nesses casos, abriam-se canais de comunicação entre o juiz e as autoridades representantes da Administração Pública e das instituições a serem reformadas, com o intuito não apenas de aportar dados e conhecimentos técnico-científicos ao processo, mas principalmente de planejar a implementação da reforma determinada. Diálogos institucionais reforçam, ao invés da independência, a complementaridade entre os Poderes, potencializando a prevalência da decisão pelo órgão de função típica.

Assim, uma releitura da separação de poderes, aliada à noção de diálogos institucionais e superação da noção de “última palavra”, reconhece no Judiciário uma arena capaz de promover e articular debates, potencializando que cada Poder participe e se faça ouvir no processo. Trata-se de larga contribuição do método estrutural no controle de casos jurídico-administrativos complexos, à medida que técnicas estruturais foram muito usadas como forma de estimular consensos e diálogos entre as partes e os polos do processo.

Em segundo lugar, quanto à questão da (falta de) legitimidade democrática do Judiciário para decidir casos complexos, sobretudo quando envolvem questões relativas a políticas públicas ou atos discricionários, trata-se de argumento também superável mediante utilização do método estrutural. Ora, uma das maiores preocupações no desenvolvimento de técnicas estruturais voltou-se à necessidade de ampliar a legitimidade e participação processual, permitindo (ou melhor, incentivando e até

⁴³ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. p. 108-146.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. p. 139-308; MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; MENDES, Conrado Hubner. Not the last word, but dialogue: deliberative separation of powers 2. p. 191-246; MENDES, Conrado Hubner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. p. 147-173; SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-228, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 6 ago. 2024.

mesmo obrigando) que o juiz integrasse a sociedade na condução do feito – fosse diretamente, mediante realização de audiências e consultas públicas, por exemplo, fosse indiretamente, a partir da admissão de *amici curiae* representantes de diversos segmentos sociais. Na fase de cumprimento de sentença, diversos casos práticos envolveram a constituição de painéis ou comitês compostos por representantes da sociedade civil ao lado de especialistas da matéria e representantes do Poder Público, com o objetivo de monitorar e opinar sobre os planos e a evolução das fases de cumprimento.

Tudo isso não significa, é claro, que o juiz decidirá o caso a partir de argumentos políticos de caráter majoritário, dada a necessidade de que atue em sentido técnico-jurídico; no entanto, a incorporação da sociedade ao processo permite ao juízo que, no tocante a aspectos como reflexividade e responsividade, pondere de maneira mais precisa todos os impactos jurídicos e extrajurídicos da decisão a ser expedida no processo.

Outrossim, nota-se que todos os argumentos acima, acerca da noção de separação de Poderes, também se aplicam aqui com grande pertinência. Dado que o método estrutural viabiliza a articulação entre os Poderes mediante construção de diálogos entre o juiz, os representantes da Administração Pública e até mesmo o Legislativo para a resolução do problema, o déficit democrático da atuação jurisdicional também se contorna à medida que a marcha processual é determinada, não por comandos judiciais unilaterais, mas por determinações progressivas e incrementais pautadas no resultado desse diálogo interinstitucional entre os Poderes, do qual participarão representantes dos demais Poderes, eleitos pelo voto popular. A atuação jurisdicional não é substitutiva, mas supletiva da omissão dos demais Poderes.

Com isso, a atuação do Judiciário no controle de casos complexos dependentes da atuação do Executivo e do Legislativo – em destaque, nos cenários envolvendo políticas públicas – se legitima na condição de “último guardião”, não podendo vedar-se ao Judiciário que intervenha quando claramente reconhecida a omissão ou insuficiência de ação dos demais Poderes⁴⁵. Em verdade, tão fantasioso quanto crer

⁴⁵ Nesse sentido, por exemplo: NAGEL, Robert F. Separation of powers and the scope of federal equitable remedies. *Stanford Law Review*, v. 30, n. 4, p. 718, Apr. 1978. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2109&context=faculty-articles>. Acesso em: 6 ago. 2024; TIDMARSH, Jay. Unattainable justice: the form of complex litigation and the limits of judicial power. *George Washington Law Review*, v. 60, n. 6, p. 1778, 1991-1992. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/763/. Acesso em: 6 ago. 2024; VALLE, Vanice Lírio do. Desafios à jurisdição em políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 509; DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 73-79.

na absoluta competência e neutralidade política do Poder Judiciário ao julgar casos concretos é crer na plena suficiência da representatividade democrática e capacidade técnica dos demais Poderes para resolver todas as incumbências que lhes são postas.

A intervenção jurisdicional será tanto mais legitimada, assim, quanto mais grave e duradoura for a omissão e incapacidade do Executivo e Legislativo de resolverem questões pela via do processo político-administrativo e legislativo, supostamente mais responsivos ao argumento da legitimidade democrática. Tornou-se célebre, nesse sentido, a frase de Archibald Cox: “a necessidade de ação judicial é mais forte nas áreas do direito em que os processos políticos se provam inadequados, não por falta de poder legislativo, mas porque o problema é negligenciado pelos políticos”⁴⁶.

Por fim, quanto à questão da capacidade institucional, trata-se de ponto bem contornado com a utilização do método estrutural. É um tanto intuitivo reconhecer que o Judiciário, de modo isolado, não tem condições de proferir decisões aptas a solucionar casos complexos. Se os demais Poderes, após anos de contato com o problema, não foram capazes de solucioná-lo de maneira efetiva, é certo que algumas folhas de papel e um juiz, por mais bem intencionados que sejam, também não o resolverão.

O argumento da falta de capacidade institucional do Judiciário para solucionar casos complexos envolve, assim, dois elementos principais: (i) o reconhecimento de que o ferramental jurídico do magistrado não é o bastante para a compreensão global de casos complexos e para cogitar os caminhos para eventual correção do problema detectado, havendo necessidade de aportar ao processo conhecimentos técnico-científicos que extravasam a área do Direito, ampliando o senso de realidade do controlador; e (ii) o reconhecimento de que o magistrado e as ferramentas jurisdicionais à sua disposição, isoladamente, não são suficientes para implementar os passos necessários para solução do litígio e correção do problema, havendo necessidade de contar com o apoio das partes e terceiros para a implementação da decisão. Quanto a esse segundo ponto, a idoneidade do método estrutural para atingi-lo já parece estar suficientemente demonstrada a partir das considerações acima, ao se aprofundar o argumento dos diálogos institucionais e da ampliação da legitimidade democrática do processo mediante audiências públicas e alargamento dos contatos com partes e terceiros.

⁴⁶ COX, Archibald. Foreword: constitutional adjudication and the promotion of human rights. *Harvard Law Review*, v. 80, n. 1, p. 91, Nov. 1966.

Quanto ao primeiro ponto, trata-se de mais um dos grandes trunfos da utilização do método estrutural. Ora, diversas técnicas estruturais foram cunhadas em casos concretos justamente para viabilizar a construção de canais de comunicação aptos a permitirem o influxo de dados e conhecimentos técnico-científicos de outras áreas do conhecimento, com o intuito de auxiliar o magistrado a compreender o problema para melhor decidir. Novamente, nesse ponto, a realização de audiências e consultas públicas serviu muito a esse propósito em casos concretos, assim como a admissão de *amici curiae* representantes de segmentos técnico-profissionais e científicos da área discutida na causa.

No entanto, talvez a principal técnica estrutural utilizada na prática jurisprudencial estadunidense para contornar esse problema tenha sido a nomeação de *special masters* (tanto na fase de conhecimento quanto no cumprimento de sentença), bem como a constituição de painéis formados por especialistas (ao lado da sociedade civil, como dito acima) para funcionarem como auxiliares do juízo. Os *special masters* figuraram como interessantíssimo mecanismo de abertura do processo judicial ao recebimento de aportes técnico-científicos fundamentais para a solução da causa. Veja-se que, diferente da produção de prova pericial, que possui escopo bastante delimitado e que se resume, na maior parte das vezes, a um simples laudo, o acompanhamento do feito por *special masters* e painéis de especialistas faz com que não apenas todos os passos do processo sejam acompanhados de reflexões de natureza técnico-científicas, como a própria realização de atos processuais seja conduzida não pelo juiz, mas pelos técnicos apontados. Trata-se de técnica que rompe paradigmaticamente com a predominância do juiz solitário, no processo tradicional, sobretudo nas fases probatória e de cumprimento da decisão.

Não se trata, assim, de analisar a capacidade institucional sob o prisma da atuação individual do juiz, mas, sim, a partir da consideração de que, constatada pelo magistrado a necessidade de correção de um problema complexo, ele deverá conferir margem à Administração Pública para adotar as escolhas e ações necessárias à superação de tal situação, agindo apenas quando os agentes estatais se demonstrarem recalcitrantes ou inábeis. Ademais, a participação de *experts* e o contraditório ampliado municiam o juiz com dados que podem se mostrar relevantes para a tomada de decisões seguras, dando-lhe informação técnica suficiente para uma adequada avaliação dos problemas e soluções disponíveis, encorajando a participação

das partes e de terceiros⁴⁷. Com isso, supera-se a crítica da falta de capacidade institucional e, a reboque, garante-se maior legitimidade à atuação jurisdicional.

Destarte, a utilização do método estrutural, considerando as diversas técnicas disponíveis e/ou passíveis de criação no caso concreto, viabiliza uma ampla superação das críticas tradicionais daqueles que se opõem mais radicalmente à intervenção jurisdicional em casos envolvendo atos discricionários, políticas públicas e demais questões complexas. Como bem afirma Edilson Vitorelli, o processo estrutural representa, em verdade, a mais branda modalidade de intervenção jurisdicional em políticas públicas, visto que permite uma atuação “de modo ordeiro, racional e dialogado, tanto com o gestor quanto com a sociedade”⁴⁸, de sorte que “se a judicialização é inevitável, a melhor forma de fazê-la é pela via estrutural”⁴⁹. Mesmo autores que se enveredaram para uma perspectiva de análise empírica anotaram que a condução de processos estruturais não ocasiona a violação de princípios como a separação dos Poderes, o federalismo e a legalidade⁵⁰.

Boa parte das críticas relativas à capacidade do Judiciário para resolver problemas complexos opera em uma lógica muito similar à de Lon Fuller em sua obra seminal: o processo judicial tradicional, por ser de índole adjudicatória, bipolar e retrospectiva, não daria conta de resolver demandas complexas⁵¹. Ocorre que, ao contrário de reputar o Judiciário como incapaz, em absoluto, de solver questões complexas em razão da natureza do processo judicial tradicional, talvez a resposta esteja justamente no outro elemento da equação: repensar o rito do processo judicial, para que deixe de reproduzir as características da tradição adjudicatória bipolar e retrospectiva.

Assim, discussões acerca da separação dos Poderes, da legitimidade democrática ou da capacidade técnica dos órgãos de controle para examinar questões complexas relativas à atuação da Administração Pública, embora sejam relevantíssimas, não constituem *per si* óbices para o exercício do controle. A importância de tais discussões

⁴⁷ GOLDSTEIN, Robert D. *A swann song for remedies: equitable relief in the burger court*. p. 46-47; VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. p. 187-188; VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. p. 106-107.

⁴⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 126.

⁴⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 126.

⁵⁰ FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial policy making and the modern state**: how the courts reformed America's prisons.

⁵¹ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. p. 353-409.

reside no fato de que, a partir delas, passa-se a compreender e demandar que o controle seja exercido de modo que (i) supere o déficit democrático da atuação do controle externo em relação à legitimidade dos agentes dos demais Poderes, bem como (ii) permita ao controlador inteirar-se por completo das questões técnico-científicas e demais fatores de complexidade envolvidos na causa.

A aplicação do método estrutural garante ambos, promovendo uma espécie de “legitimação pelo procedimento”⁵² – considerando que todos os Poderes têm competência para conferir interpretação aos valores constitucionais, o método estrutural não demanda que os juízes tenham a *única* ou mesmo a *última* palavra, mas que eles sejam autorizados a falar com alguma autoridade – e, nas palavras de Owen Fiss, a qualidade do processo, desenvolvido com independência e diálogo pelo juiz, é a medida dessa autoridade⁵³.

7. Conclusão: o controle jurisdicional da Administração Pública como controle deferencial incremental

Ao invés de configurarem uma dicotomia estanque, posturas mais “contidas” ou “ativistas” revelam-se, em verdade, apenas como dois extremos dentro de uma escala gradativa, de modo que o binômio “autocontenção *versus* ativismo” é falso e admite tons de cinza. A solução proposta para o controle jurisdicional de casos jurídico-administrativos complexos situa-se em um meio termo entre a autocontenção extrema e o ativismo exagerado. Isso porque, adequadamente analisado e compreendido, o método estrutural não se identifica com nenhuma categoria dentro desse binômio: processos estruturais não são “ativistas” ou “deferenciais” *per se*, posto que técnicas estruturais podem ser utilizadas de maneira abusiva por um controlador

⁵² Perfilando esse caminho, apontam Susan Sturm e Joanne Scott que a legitimidade do Judiciário para atuar em tais casos enquanto “corte catalizadora” não deita raízes nas tradicionais concepções acerca do papel do juiz, mas, sim, na forma de condução do processo, sobretudo mediante (i) garantia de uma participação ampla e justa no processo, para além das tradicionais doutrinas de *standing* vigentes; (ii) ampliação do volume de informações coletadas para embasar a tomada de decisão (contando com a participação de *experts* para garantir conhecimento confiável acerca dos fatos analisados, nos quais o juiz possa se embasar para dar credibilidade à decisão); e (iii) motivação das decisões, com transparência e controlabilidade, de modo que qualquer pessoa possa indagar e solicitar informações e justificativas acerca das decisões adotadas (SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, n. 3, p. 575-592, 2007).

⁵³ FISS, Owen. Foreword: the forms of justice. p. 15-16, p. 34.

mais “ativo”, mas podem também ser subutilizadas (ou utilizadas com intuito de manutenção do *status quo*) por um controlador mais “contido”.

A costumeira correlação do método estrutural com um exercício abusivo e exagerado do controle jurisdicional não é verdadeira: se o método estrutural for aplicado de acordo com os critérios e as características aqui preconizados, nada haverá de “ativista” (em sentido pejorativo) na atuação do juiz. O abuso de alguns juízes, principalmente nos primeiros casos estruturais nos EUA, não contamina o modelo como um todo – casos emblemáticos de técnicas estruturais aplicadas pelo Judiciário no Brasil, a exemplo daquelas manejadas no curso da chamada “ACP do Carvão”, retratam uma postura jurisdicional que inclusive pende mais para a autocontenção do que para o ativismo.

É precisamente essa a tônica que tem balizado a atuação do STF no julgamento de casos complexos envolvendo a implementação de direitos sociais, a exemplo da Tese n.º 2 fixada na decisão do Recurso Extraordinário 684.612 (**Tema 698**), julgado em 2023:

2. A decisão judicial, 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; [...] ⁵⁴.

O método estrutural, assim, situa-se no meio termo da escala, e seu ponteiro apontará mais para um lado ou outro a depender da postura do magistrado no caso concreto. Contudo, tal como um pêndulo, o ponteiro do processo estrutural tende sempre a permanecer no meio do caminho, equidistante entre os dois extremos. Ora, sendo o método estrutural pautado em características como a consensualidade, a reflexividade e a responsividade⁵⁵, é bastante improvável que o método estrutural, adequadamente aplicado, desemboque em uma postura jurisdicional de inércia, em um extremo, ou de controle abusivo, no outro. O processo estrutural é, portanto, um pêndulo pesado: deslocá-lo às extremidades demanda grande esforço

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684.612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Min. Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359836904&ext=.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁵⁵ Sobre o tema, aprofundar em: MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**. p. 27-44, p. 221-233.

do controlador – e controladores, felizmente, não costumam estar dispostos a empreender esforços inúteis. O método estrutural, destarte, é o fiel da balança que equilibra ativismo e autocontenção.

A constatação a que se chega a partir da utilização do método estrutural é de que o controle jurisdicional sobre casos jurídico-administrativos complexos tende, idealmente, a ser um *controle deferencial incremental*.

O controle tende a ser deferencial no sentido de que, ao controlar casos complexos, o magistrado não deve pura e simplesmente substituir a decisão da Administração Pública pela sua, imotivada e irrefletidamente. É fundamental ao magistrado (e nisso reside a importância de se fixarem parâmetros materiais e processuais de controle) ponderar sobre as circunstâncias do caso concreto a fim de aferir quais razões levaram a Administração Pública – e as demais partes e interessados na causa – a agir daquela forma e quais são as consequências da intervenção jurisdicional no caso; quais são as partes impactadas e em que grau o serão; qual é a solução mais proporcional e efetiva ao caso etc.

Ademais, é fundamental que o magistrado, em postura dialogal, ouça atentamente as partes nessa tentativa de compreensão do contexto que levou ao litígio e das consequências que dele podem advir, franqueando-lhes espaço suficiente não apenas para se explicar, mas também para que eles próprios – Administração Pública e particulares envolvidos na causa – proponham alternativas de solução ao problema, as quais deverão ser levadas em conta pelo juiz com preponderância em relação às demais que levarem ao mesmo resultado com similar efetividade. Se o Judiciário, de um lado, possui reserva de jurisdição, à Administração Pública deve ser franqueada, ao menos em certas matérias, uma *reserva de administração*⁵⁶, devendo o juiz evitar ao máximo o erro da “arrogância judicial”, na feliz expressão do Ministro Luís R. Barroso⁵⁷.

No entanto, de outra banda, é certo que um controle deferencial não significa um controle servil, encabrestado, “chapa branca”. Afinal, se “deferência” significasse

⁵⁶ Conforme Gustavo Binimbojm: “Com efeito, naqueles campos em que por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle” (BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 241).

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008*: judicialização, ativismo e legitimidade democrática.

a impossibilidade absoluta de o magistrado aferir a regularidade de determinada conduta, a expressão “controle deferencial” seria uma contradição em termos, porque controle não haveria. Ao se referir aqui a um controle deferencial, portanto, reporta-se à possibilidade de criação de *graus de deferência*, os quais podem ser cogitados a depender de diversos prismas (cuja perquirição escapa ao escopo do presente trabalho por se reportarem a critérios materiais, mais que processuais). Assim, diferentes graus de intensidade do controle judicial podem ser cogitados a partir da densidade da fundamentação e justificativa da postura administrativa controlada – aferida, por exemplo, com fundamento no parâmetro de racionalidade proposto por Luis Manoel Fonseca Pires⁵⁸, dos “testes de legalidade”⁵⁹ ou, ainda, a partir do conteúdo do ato controlado, conforme as “relações tendenciais” apresentadas por Eduardo Jordão com base na experiência comparada⁶⁰.

Com acerto, defende Colin Diver⁶¹ que os parâmetros de controle judicial dos atos administrativos não podem ser compreendidos de maneira unidimensional, dentro do binômio “deferente” *versus* “não deferente”: a complexidade da atuação da Administração Pública e a diversidade de suas funções faz com que seja necessário eleger critérios para modular a intensidade do controle. Definido o grau de deferência devido a partir de tais parâmetros materiais, entra em cena o método estrutural, com criação de técnicas processuais aptas a aplicar, em concreto, a estratégia jurisdicional no caso.

⁵⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**.

⁵⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

⁶⁰ Em qualquer caso, é importante ter em mente o alerta de Eduardo Jordão, ao afirmar que “a intenção de adaptar a intensidade do controle judicial à complexidade da administração pública não levará a uma solução única e inexorável”, havendo em verdade “uma pluralidade de formas e de graus em que a intensidade do controle judicial pode ser adaptada à complexidade da administração pública contemporânea, não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais”. Desta feita, considerando que a determinação da intensidade do controle judicial envolve escolhas políticas, “não há uma forma ideal de adaptar o controle às circunstâncias do caso concreto, nem há um grau específico e ideal em que esta adaptação deva ser consagrada” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. p. 653, p. 656, p. 663).

⁶¹ DIVER, Colin. Statutory interpretation in the administrative state. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 133, n. 3, p. 592-599, Mar. 1985. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol133/iss3/1/. Acesso em: 5 ago. 2024. Similar conclusão foi atingida, no Brasil, por Gustavo Binbenbojm, para quem “ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos [...], impõe-se o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva ‘funcionalmente adequada’ de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. p. 241).

Ao se falar em um controle deferencial, definitivamente não se sustenta aqui a ausência de controle, tal como apregoava a clássica teoria da insindicabilidade do mérito do ato administrativo. Defende-se, ao revés, a necessidade – sobretudo em casos jurídico-administrativos complexos – de que o controlador aja a partir de certos parâmetros que lhe permitam ouvir e refletir sobre a posição da Administração Pública e dos demais envolvidos na causa. É exatamente por isso que processos estruturais trabalham com uma noção bastante dilatada de contraditório e de ampla defesa: neles o magistrado é compelido, diante da complexidade do caso que se apresenta, a ouvir exaustivamente as partes a fim de compreender os contornos da causa, os limites e as possibilidades de atuação judicial. Um controle deferencial é, assim, um controle exercitado com bases sólidas na consensualidade, na reflexividade e na responsividade do controlador – e a aferição do respeito ao grau deferência devido é melhor realizada tendo por unidade de medida o processo do que a substância da intervenção judicial⁶².

Militar por um controle deferencial, por mais importada ou anglicista que seja essa expressão, é, ao fim e ao cabo, defender que juízes ajam de acordo com “a virtude da prudência”⁶³, porquanto a função jurisdicional, nos casos jurídico-administrativos complexos, não é impor políticas ou substituir a vontade dos agentes públicos pela vontade do juiz, mas, sim, confrontar a atuação da Administração Pública com os *standards* jurídicos vigentes e, em caso de divergência, submeter a questão para solução dialogada entre todos dentro das regras do jogo institucional. A solução não está no confronto e, sim, na articulação, em um virtuoso diálogo interinstitucional: trata-se de um “ativismo judicial equilibrado”⁶⁴, “ativismo dialógico”⁶⁵ ou “ativismo estrutural

⁶² DIVER, Colin S. The judge as a powerbroker: superintending structural change in public institutions. p. 92. A partir dessa afirmação, o autor argumenta que a intrusividade judicial será reputada excessiva, ou não, a depender do grau de espaço conferido pelo juiz ao exercício de escolhas governamentais no curso da fase remedial do processo, ligando tal constatação à sua ideia geral de que o processo consegue alcançar melhores resultados se for conduzido como um instrumento político (ou seja, um jogo de barganhas), e não de acordo com o modelo adjudicatório tradicional.

⁶³ BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 286. O autor verticaliza o ponto em outro trabalho: BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. **Revista de Processo**, v. 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

⁶⁴ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 104.

⁶⁵ RODRÍGUEZ-GARAVITO, Cesar. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, June 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

dialógico”⁶⁶, que propicia um autêntico “controle compartilhado” (*sharing control*)⁶⁷ ou, na esteira das reflexões de Mark Tushnet, algo próximo a um *weak-form review*⁶⁸.

Ademais, para além de deferencial, a aplicação adequada do método estrutural faz com que o controle exercido sobre relações jurídico-administrativas complexas seja também *incremental*, em especial no que toca à fase de cumprimento da decisão de mérito. Isso porque, partindo da necessidade de cooperação com o(s) demandado(s) para concretização do comando jurisdicional, o magistrado deve sempre tentar, inicialmente, deixar ao encargo dele(s) a responsabilidade pela elaboração e proposição de planos e medidas de solução do problema, bem como pela tomada de decisões de conteúdo estratégico. Apenas após sua comprovada incapacidade, inabilidade, recalcitrância ou resistência injustificada é que deve o magistrado, gradativamente, aumentar a intensidade de sua intervenção no caso, inicialmente com medidas que busquem induzir os destinatários a cumprirem adequadamente com seus papéis e, apenas em último caso, com recurso a medidas mais intrusivas que se substituam à ação dos responsáveis pelo cumprimento da decisão.

Seguindo Gargarella, juízes poderiam adotar diferentes posturas defronte a casos complexos: (i) exigir das instâncias políticas que justifiquem por que não atenderam determinadas demandas; (ii) pedir a tais instâncias que reelaborem ou repensem tais razões; (iii) requerer que tais instâncias apresentem novas soluções; (iv) definir diretrizes gerais para serem seguidas, sem ditar soluções específicas; (v) definir objetivos a serem perseguidos, autorizando os demais Poderes não apenas a definirem os meios, mas como sugerirem novas soluções e alternativas⁶⁹.

Defender um controle incremental nada mais é do que militar pelo respeito a uma lógica controladora responsiva, que substitua a tradicional abordagem do tipo *command and control*, tema muito pertinente ao método estrutural, na esteira da

⁶⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed., rev., atual., ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 234.

⁶⁷ IOCKEN, Sabrina Nunes. **Controle compartilhado das políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁶⁸ TUSHNET, Mark V. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare in comparative constitutional law**. Oxford: Princeton University Press, 2009. *E-book*; TUSHNET, Mark V. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, Aug. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss8/9/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁶⁹ GARGARELLA, Roberto. Theories of democracy, the judiciary, and social rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (ed.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Aldershot: Ashgate, 2006. p. 29.

abordagem “experimental” proposta por Sabel e Simon⁷⁰, com a sucessão de “decisões em cascata” que vão gradualmente enfrentando o problema a ser solucionado – seja para conhecê-lo e julgá-lo (funções cognitivas), seja para planejar e implementar as alterações determinadas (funções remediais/executivas).

A postura do magistrado no controle de casos complexos não pode se resumir a uma postura de cegueira deliberada (autocontenção) ou de heroísmo descontrolado (ativismo). Deve-se buscar, a partir da aferição de parâmetros materiais pré-fixados e da condução de um procedimento especial de controle (ouvindo a Administração e os demais interessados no tema), qual foi a dose de racionalidade jurídica que se emprestou à decisão administrativa e quais são as medidas que mais eficazmente tornarão possível a superação do problema debatido na causa. O debate acerca da atuação do Judiciário não deveria mais ser pautado no duelo entre uma função “ativa” ou “passiva”, mas, sim, na reflexão acerca da propriedade e utilidade da postura de juízes como “adjudicadores” em cotejo com sua atuação como “negociadores” na esteira do pensamento de Judith Resnik⁷¹.

Considerando que casos complexos esfumaçam as linhas entre os mecanismos corriqueiros de *accountability* judiciais e políticos – e que, portanto, a atuação do juiz se relaciona (e não antagoniza) com os processos políticos envolvidos –, o papel do juiz nesses casos é trabalhar colaborativamente com outros atores em divisar e promover estruturas de governança efetivas e legítimas para a solução dos problemas encontrados. O juiz não é um “oráculo socrático”, equipado para resolver sozinho questões complexas – o que ele é preparado para fazer é, conforme Susan Sturm e Joanne Scott, “escutar e avaliar explicações sobre porque um determinado processo político é ou não apto a satisfazer exigências constitucionais [...] e garantir que haja um ajuste adequado entre a prática política e a explicação normativa”⁷².

A aplicação do método estrutural no controle jurisdicional de casos complexos é uma realidade. Para além de sua possível aplicação no Brasil (como em alguns casos já vem ocorrendo), a difusão do conhecimento a seu respeito talvez seja um passo importante para a superação da dicotomia “autocontenção *versus* ativismo”. Na

⁷⁰ SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/faculty_scholarship/article/1824/&path_info=117_Harv.L_Rev_1016.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁷¹ RESNIK, Judith. Procedural innovations, sloshing over: a comment on Deborah Hensler “a glass half full, a glass half empty: the use of alternative dispute resolution in mass personal injury litigation”. **Texas Law Review**, v. 73, n. 7, p. 1630-1631, June 1995. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72827037.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

⁷² SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. p. 592.

inspirada afirmação de James Wright, não se trata de demandar que o Judiciário seja politicamente *responsável*, mas sim que seja politicamente *responsivo*⁷³.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 633-725, Jan. 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3117354&forceview=1>. Acesso em: 5 ago. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

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/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htgzm54XrHvC/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado: REDE**, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 5 ago. 2024.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. **Revista de Processo**, v. 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

⁷³ WRIGHT, James Skelly. Role of the Supreme Court in a democratic society-judicial activism or restraint. **Cornell Law Review**, v. 54, n. 1, p. 11, Nov. 1968. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3730&context=clr>. Acesso em: 6 ago. 2024.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 261-286.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRESSMAN, Lisa Schultz. How *Mead* has muddled judicial review of agency action. **Vanderbilt Law Review**, v. 58, n. 5, p. 1443-1494, Oct. 2005. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=faculty-publications>. Acesso em: 5 ago. 2024.

BREYER Stephen. Judicial review of questions of law and policy. **Administrative Law Review**, v. 38, n. 4, p. 363-398, 1986. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin38&id=381&print=section&div=33&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica**: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 277-303).

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo**, v. 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_judicial_de_politicas_publicas_posibilidades_e_limites. Acesso em: 5 ago. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed., rev., atual., ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the burger court. **Harvard Law Review**, v. 96, n. 1, p. 4-60, Nov. 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr96&id=22&print=section&div=13&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976. Disponível em: <https://edisisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4789038&forceview=1>. Acesso em: 5 ago. 2024.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 451-466.

COX, Archibald. Foreword: constitutional adjudication and the promotion of human rights. **Harvard Law Review**, v. 80, n. 1, p. 91-272, Nov. 1966.

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

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.

DIVER, Colin S. Statutory interpretation in the administrative state. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 133, n. 3, Mar. 1985. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol133/iss3/1/. Acesso em: 5 ago. 2024.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial policy making and the modern state**: how the courts reformed America's prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**, n. 21, p. 12-21, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>. Acesso em: 5 de ago. 2024.

FISS, Owen M. Foreword: the forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr93&id=19&print=section&div=12&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/>. Acesso em: 5 ago. 2024.

FOOTE, Elizabeth V. Statutory interpretation or public administration: how Chevron misconceives the function of agencies and why it matters. **Administrative Law Review**, v. 59, n. 4, p. 673-724, Fall 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008155. Acesso em: 5 ago. 2024.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: https://classactionsargentina.com/wp-content/uploads/2020/07/fuller_the-forms-and-limits...-policc3a9ntricos.pdf. Acesso em: 5 ago. 2024.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 108-146).

GARGARELLA, Roberto. Theories of democracy, the judiciary, and social rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (ed.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Aldershot: Ashgate, 2006.

GOLDSTEIN, Robert D. A *swann* song for remedies: equitable relief in the burger court. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, v. 13, n. 1, p. 1-80, Winter 1978. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hcrcl13&id=9&print=section&div=7&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 5 ago. 2024.

GRAHAM, Ann. Searching for Chevron in muddy waters: the Roberts Court and judicial review of agency regulations. **Administrative Law Review**, v. 60, n. 1, p. 229-272, 2008. Disponível em: <https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/Searching-for-Chevron-in-Muddy-Watters-The-Roberts-Court-and-Judicial-Review-of-Agency-Regulations.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Controle compartilhado das políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Ativismo judicial e suas múltiplas definições. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 3, p. 710-731, set./dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/62269>. Acesso em: 5 ago. 2024.

JORDAN, William S. III. Ossification revisited: does arbitrary and capricious review significantly interfere with agency ability to achieve regulatory goals through informal rulemaking? **Northwestern University Law Review**, v. 94, n. 2, p. 393-450, 2000.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, Oct. 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1217-1256, Fall 2002.

MASHAW, Jerry L. Norms, practices, and the paradox of deference: a preliminary inquiry into agency statutory interpretation. **Administrative Law Review**, v. 57, n. 2, p. 501-542, Spring 2005.

MAY, Randolph J. Defining deference down: independent agencies and Chevron deference. **Administrative Law Review**, v. 58, n. 2, p. 429-454, Spring 2006. Disponível em: <https://freestatefoundation.org/wp-content/uploads/2019/12/DefiningDeferenceDown-Spring-2006.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MAY, Randolph J. Defining deference down, again: independent agencies, Chevron deference, and Fox. **Administrative Law Review**, v. 62, n. 2, p. 433-450, Spring 2010. Disponível em: <https://administrativelawreview.org/wp-content/uploads/sites/2/2014/04/Defining-Deference-Down-Again.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

McGARITY, Thomas O. The Courts and the ossification of rulemaking: a response to Professor Seidenfeld. **Texas Law Review**, v. 75, n. 3, p. 525-558, 1996. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/tlr75&id=541&print=section&div=27&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024.

McGARITY, Thomas O. Some thoughts on deossifying the rulemaking process. **Duke Law Journal**, v. 41, n. 6, p. 1385-1462, June 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3189&context=dlj>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MELNICK, Shep. Administrative law and bureaucratic reality. **Administrative Law Review**, v. 44, n. 2, p. 245-260, 1992. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin44&id=259&print=section&div=20&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hubner. Not the last word, but dialogue: deliberative separation of powers 2. **Legisprudence**, v. 3, n. 2, p. 191-246, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835. Acesso em: 6 ago. 2024.

MENDES, Conrado Hubner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. *E-book* (p. 147-173).

MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. Do judges make regulatory policy: an empirical investigation of Chevron. **University of Chicago Law Review**, v. 73, n. 3, p. 823-881, Summer 2006. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol73/iss3/1/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The real world of arbitrariness review. **University of Chicago Law Review**, v. 75, n. 2, p. 761-814, 2008. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5669&context=uclev>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MOGLEN, Eben; PIERCE JR., Richard J. Sunstein's new canons: choosing the fictions of statutory interpretation. **University of Chicago Law Review**, v. 57, n. 4, p. 1203-1246, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss4/4/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

NAGEL, Robert F. Separation of powers and the scope of federal equitable remedies. **Stanford Law Review**, v. 30, n. 4, p. 661-724, Apr. 1978. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2109&context=faculty-articles>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PIERCE JR., Richard J. Chevron and Its aftermath: judicial review of agency interpretations of statutory provisions. **Vanderbilt Law Review**, v. 41, n. 2, p. 301-314, Mar. 1988. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol41/iss2/4/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J. Judicial review of agency actions in a period of diminishing agency resources. **Administrative Law Review**, v. 49, n. 1, p. 61-94, Winter 1997.

PIERCE JR., Richard J. Political control versus impermissible bias in agency decisionmaking: lessons from Chevron and Mistretta. **University of Chicago Law Review**, v. 57, n. 2, p. 481-520, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol57/iss2/6/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J. Rulemaking ossification is real: a response to testing the ossification thesis. **George Washington Law Review**, v. 80, n. 5, p. 1493-1503, July 2012. Disponível em: <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2018/04/80-Geo.-Wash.-L.-Rev.-1493.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J. Seven ways to deossify agency rulemaking. **Administrative Law Review**, v. 47, n. 1, p. 59-95, Winter 1995. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/admin47&id=69&print=section&div=9&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J. What do the studies of judicial review of agency actions mean. **Administrative Law Review**, v. 63, n. 1, p. 77-98, 2010. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/856/. Acesso em: 6 ago. 2024.

PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A. Political and judicial review of agency action. **Texas Law Review**, v. 59, n. 7, p. 1175-1222, Oct. 1981.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PUGA, Mariela Gladys. **Litigio estructural**. 2013. Tese (Doutorado) - Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em: 6 ago. 2024.

REBELL, Michael A. Poverty, meaningful educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, n. 5, p. 1467-1544, June 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol85/iss5/8/>. Acesso em: 6 ago. 2024

RESNIK, Judith. Procedural innovations, sloshing over: a comment on Deborah Hensler “a glass half full, a glass half empty: the use of alternative dispute resolution in mass personal injury litigation”. **Texas Law Review**, v. 73, n. 7, p. 1627-1645, June 1995. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72827037.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, Cesar. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, June 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

ROSSI, Jim. Redeeming judicial review: the hard look doctrine and federal regulatory efforts to restructure the electric utility industry. **Wisconsin Law Review**, n. 4, p. 763-837, 1994. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=904215. Acesso em: 6 ago. 2024.

ROSSI, Jim. Respecting deference: conceptualizing Skidmore within the architecture of Chevron. **William and Mary Law Review**, v. 42, n. 4, p. 1105-1147, Apr. 2001. Disponível em: <https://typeset.io/pdf/respecting-deference-conceptualizing-skidmore-within-the-3zlttx12r8.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SABEL, Charles F; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1016-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/faculty_scholarship/article/1824/&path_info=117_Harv.L_Rev_1016.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024.

SCHOENBROD, David. From Chevron to consent of the governed. **Regulation**, v. 41, n. 4, p. 34-39, Winter 2018-2019. Disponível em: https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2348&context=fac_articles_chapters. Acesso em: 6 ago. 2024.

SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, n. 3, p. 565-594, 2007. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2470&context=faculty_scholarship. Acesso em: 6 ago. 2024.

SEIDENFELD, Mark. Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking. **Texas Law Review**, v. 75, n. 3, p. 483-524, Feb. 1997. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1021&context=articles>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SEIDENFELD, Mark. Why agencies act: a reassessment of the ossification critique of judicial review. **Ohio State Law Journal**, v. 70, n. 2, p. 251-321, 2009. Disponível em: https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/articles/article/1008/&path_info=Seidenfeld__Why_Agencies_Act___A_Reassessment_of_the_Ossification_Critique_of_Judicial_Review__70_Ohio_St._L._J._251__2009___from_oslj_archives_.pdf. Acesso em: 6 ago. 2024.

SHANE, Peter M. Ambiguity and policy making: a cognitive approach to synthesizing Chevron and Mead. **Villanova Environmental Law Journal**, v. 16, n. 1, p. 19-34, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=elj>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-602.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-228, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. Deregulation and the hard-look doctrine. **Supreme Court Review**, p. 177-214, 1983.

SUNSTEIN, Cass R. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, Dec. 1990. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12341&context=journal_articles. Acesso em: 6 ago. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. On the costs and benefits of aggressive judicial review of agency action. **Duke Law Journal**, n. 3, p. 522-537, June 1989. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol38/iss3/2/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **University of Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

TIDMARSH, Jay. Unattainable justice: the form of complex litigation and the limits of judicial power. **George Washington Law Review**, v. 60, n. 6, p. 1683-1817, 1991-1992. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/763/. Acesso em: 6 ago. 2024.

TUSHNET, Mark V. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, Aug. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss8/9/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

TUSHNET, Mark V. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare in comparative constitutional law. Oxford: Princeton University Press, 2009. *E-book*.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à jurisdição em políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 493-526.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66023>. Acesso em: 6 ago. 2024.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPODIVM, 2013.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPODIVM, 2020.

WRIGHT, James Skelly. Role of the Supreme Court in a Democratic Society-Judicial Activism or Restraint. **Cornell Law Review**, v. 54, n. 1, Nov. 1968. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3730&context=clr>. Acesso em: 6 ago. 2024.

Jurisprudência Citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684.612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Min. Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359836904&ext=.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. **Holt v. Sarver, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969)**. June 20, 1969. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/300/825/1820796/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. **Holt v. Sarver, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970)**. February 18, 1970. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. District Court for the Eastern District of Arkansas. **Holt v. Hutto, 363 F. Supp. 194 (E.D. Ark. 1973)**. August 13, 1973. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/363/194/2254773/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483**. May 17, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294**. May 31, 1955. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837**. June 25, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Hutto v. Finney**, 437 U.S. 678. June 23, 1978. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/678/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Loper Bright Enterprises v. Raimondo**, 603 U.S. _____. June 28, 2024. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/603/22-451/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 137. February 24, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Co.**, 294 U.S. 240. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/240/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Nortz v. United States**, 294 U.S. 317. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/317/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Panama Refining Co. v. Ryan**, 293 U.S. 388. January 7, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/388/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Perry v. United States**, 294 U.S. 330. February 18, 1935. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/294/330/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **SEC v. Chenery Corp.**, 318 U.S. 80. February 1, 1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/80/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Skidmore v. Swift & Co.**, 323 U.S. 134. December 4, 1944. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/134/>. Acesso em: 7 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **United States v. Mead Corp.**, 533 U.S. 218. June 18, 2001. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/218/>. Acesso em: 7 ago. 2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a373>

Data de submissão: 27/3/2024

Data de aprovação: 10/6/2024

Processo estrutural, compromissos constitucionais e cooperação: o caso da ação civil pública das vagas de graduação¹

Structural process, constitutional commitments and cooperation: The class action case of undergraduate vacancies

Proceso estructural, compromisos constitucionales y cooperación: El caso de la acción civil pública de las vacantes de graduación

Gisele Santos Fernandes Góes²

Universidade Federal do Pará (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2104-2889>

E-mail: gisele.goes@ufpa.br

Raimundo Rolim de Mendonça Júnior³

Universidade Federal do Pará (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3550-0542>

E-mail: rolim@leamosrolim.adv.br

João Paulo Baeta Faria Damasceno⁴

Faculdade Cosmopolita (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3412-9550>

E-mail: baeta@leamosrolim.adv.br

¹ GOÉS, Gisele Santos Fernandes; MENDONÇA JÚNIOR, Raimundo Rolim de; DAMASCENO, João Paulo Baeta Faria. Processo estrutural, compromissos constitucionais e cooperação: o caso da ACP das vagas de graduação. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 283-310, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a373>.

² Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Pará (Brasil). Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil). Mestre pela Universidade Federal do Pará (Brasil). Membro do Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação dos Professores de Processo das Regiões Norte e Nordeste do Brasil (ANNEP). Secretária da Região Norte (IBDP). Procuradora Regional do Trabalho. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ/CAPES Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural. Certificado: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3133837540640858>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1305423832262115>.

³ Doutorando na Universidade Federal do Pará (Brasil). Mestre pela Universidade da Amazônia (Brasil). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade da Amazônia (Brasil). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação dos Professores de Processo das Regiões Norte e Nordeste do Brasil (ANNEP). Advogado. Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPQ/CAPES Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural. Certificado: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3133837540640858. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6222077723776903>.

⁴ Professor da Faculdade Cosmopolita (Brasil). Mestre pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro da Associação dos Professores de Processo das Regiões Norte e Nordeste do Brasil (ANNEP). Assessor Jurídico da

Resumo

O artigo questiona se a intervenção do Judiciário, por meio do processo estrutural, seria compatível com o sistema constitucional brasileiro. Utiliza o método dedutivo, tendo como ferramentas de pesquisa o estudo da bibliografia sobre o tema e a análise de caso concreto. Apresenta breve contorno acerca do processo estrutural: objetivo, fundamento e características. Partindo da premissa de apresentar modelo de adjudicação inovador na prática jurídica brasileira, analisa sob quais parâmetros o juiz pode atuar diante da possibilidade de intervenção na implementação de políticas públicas e qual o papel da cooperação como fato legitimador. Na quarta seção, investiga a ideia de compromissos constitucionais e qual forma de intervenção pelo Judiciário pode ser acomodada ao sistema brasileiro, na perspectiva dos compromissos constitucionais. Conclui que a análise dos litígios estruturais pelo Judiciário deve valer-se de instrumentos que viabilizem o diálogo interinstitucional e possibilitem a participação dos atingidos pelas políticas públicas implementadas.

Palavras-chaves

Processo estrutural; compromissos constitucionais; políticas públicas; cooperação; diálogo.

Sumário

1. Introdução. 2. Notas sobre o processo estrutural. 3. Decisões estruturantes e as formas de atuação do Estado-juiz. 4. Compromissos constitucionais: entre teoria e prática. 5. O devido processo estrutural: leitura a partir do caso da ação civil pública das vagas de graduação e a etapa de heteroidentificação. 6. Conclusão.

Abstract

The article questions if the intervention of the Judiciary, through the structural process, would be compatible with the Brazilian constitutional system. It uses the deductive method, having as research tools the study of the bibliography on the theme and concrete case analysis. It presents a brief outline about the structural process: objective, foundation and characteristics. Starting from the premise of presenting an innovative award model in Brazilian legal practice, it analyzes under which parameters the judge can act in the face of the possibility of intervention in the implementation of public policies and what is the role of cooperation as a legitimizing fact. In the fourth section, the idea of constitutional commitments is

Procuradoria Federal Junto à UFPA vinculada à Advocacia-Geral da União (PF/UFPA/AGU). Advogado. Pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPQ/CAPES Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural. Certificado: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3133837540640858. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1696816137649894>.

investigated and what form of intervention by the Judiciary can be accommodated to the Brazilian system, from the perspective of constitutional commitments. It concludes that the analysis of structural disputes by the Judiciary should make use of instruments that enable interinstitutional dialogue and enable the participation of those affected by the public policies implemented.

Keywords

Structural litigation; constitutional commitments; public policies; cooperation; dialogue.

Contents

1. Introduction. 2. Notes on the structural process. 3. Structuring decisions and the forms of action of the State-judge. 4. Constitutional commitments: between theory and practice. 5. The proper structural process: reading from the class action case of the graduation vacancies and the hetero-identification stage. 6. Conclusion.

Resumen

El artículo cuestiona si la intervención del Poder Judicial, a través del proceso estructural, sería compatible con el sistema constitucional brasileño. Utiliza el método deductivo, teniendo como herramientas de investigación el estudio de la bibliografía sobre el tema y el análisis de caso concreto. Presenta un breve contorno sobre el proceso estructural: objetivo, fundamento y características. Partiendo de la premisa de presentar un modelo de adjudicación innovador en la práctica jurídica brasileña, analiza bajo qué parámetros puede actuar el juez ante la posibilidad de intervención en la implementación de políticas públicas y cuál es el papel de la cooperación como hecho legitimador. En la cuarta sección, se investiga la idea de compromisos constitucionales y qué forma de intervención por parte del Poder Judicial se puede acomodar al sistema brasileño, desde la perspectiva de los compromisos constitucionales. Concluye que el análisis de los litigios estructurales por parte del Poder Judicial debe recurrir a instrumentos que permitan el diálogo interinstitucional y permitan la participación de los afectados por las políticas públicas implementadas.

Palabras clave

Proceso estructural; compromisos constitucionales; políticas públicas; cooperación; diálogo.

Índice

1. Introducción. 2. Notas sobre el proceso estructural. 3. Decisiones estructurantes y las formas de actuación del Estado-juez. 4. Compromisos constitucionales: entre teoría y práctica. 5. El debido proceso estructural: lectura a partir del caso de la acción civil pública de las vacantes de graduación y la etapa de heteroidentificación. 6. Conclusión.

1. Introdução

O estudo do processo estrutural ganhou relevo no cenário brasileiro nos últimos anos. Parcela da doutrina acredita que isso decorra da Medida Cautelar (MC) concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347/DF, cuja decisão reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional do Brasil. A partir dessa decisão, compreendida como paradigmática, a já existente produção acadêmica sobre o tema cresceu exponencialmente, com a publicação de várias obras específicas⁵.

Contudo, é importante relembrar que a origem do processo estrutural remonta ao direito norte-americano, especialmente com o emblemático caso *Brown v. Board of Education*, na década de 1950/60, com objetivo de corrigir a desconformidade da política segregacionista do sistema de educação dos Estados Unidos. Isso significa, portanto, que as discussões teóricas iniciais versam sobre instituto estranho ao direito brasileiro, de modo que sua incorporação ao nosso sistema deve ser avaliada com cautela. O direito comparado como fonte jurídica instrumental ao ordenamento jurídico brasileiro não deve dispensar de maiores reflexões para a sua imediata aplicação ao cenário jurídico nacional, haja vista as particularidades oriundas de cada sistema jurídico, como as condições sociais, econômicas e culturais⁶.

Sob essa perspectiva, é necessário que a aproximação dos estudos seja precedida de profundo compromisso com a integridade do sistema de justiça nacional. É

⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. *Revista do Direito*, n. 66, p. 91-111, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/15739>. Acesso em: 17 jul. 2024. ARRUDA, Paula Uematsu. Remédios sem direitos?: a essencialidade da interpretação substancial dos direitos econômicos e sociais para o sucesso dos compromissos significativos. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (org.). *Processos estruturais no Sul Global*. Londrina: Thoth, 2022. p. 115-131.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, v. 25, n. 99, p. 147, jul./set. 2000.

nessa diretriz que este artigo busca tecer comentários, como forma de verificar qual o modelo de processo estrutural – no que tange especificamente à decisão judicial – mais se amolda ao modelo constitucional brasileiro.

Após a introdução, a segunda seção apresenta breves noções a respeito do modelo de adjudicação realizada pelo processo estrutural, fixando as premissas e as bases desse processo, incluindo o pensamento da doutrina brasileira acerca do conceito de processo estrutural.

A seção seguinte tem como objetivo apresentar as formas de intervenção do Poder Judiciário nos litígios estruturais ou estruturantes (com foco nas decisões estruturantes), especificamente em relação à separação de poderes (objeção bastante comum quando o processo estrutural é pautado nas discussões acadêmicas). Logicamente, um Judiciário com postura isolada, sem qualquer critério ou deferência às externalidades e vicissitudes das consequências do caso concreto, representa a intromissão de um poder no outro. Contudo, a doutrina apresenta alternativas, em um esforço argumentativo, para comportar as decisões estruturantes dentro de uma métrica de conformidade ao dogma da separação dos poderes.

Na quarta seção, busca-se fazer uma investigação do processo constitucional brasileiro, como forma de identificar por meio de qual ou quais formas o constituinte estabeleceu algum formato de intervenção do Judiciário em questões de políticas públicas e ainda em relação às decisões políticas agudas.

Por fim, busca-se revelar em qual medida decisões estruturantes podem ser viabilizadas dentro da lógica constitucional sem representar a usurpação de competência de poderes. Nesse sentido, será utilizado estudo de um caso concreto que serve como ponto de reflexão da decisão estruturante consentânea ao posicionamento institucional dos poderes.

2. Notas sobre o processo estrutural

Como o objetivo do artigo é fazer um paralelo sobre qual a melhor forma de se estabelecer interação entre a intervenção judicial na realidade de decisões estruturantes e o paradigma constitucional brasileiro, é coerente que sejam apresentadas ao conceito de processo estrutural as notas apontadas na doutrina nacional. Elencam-se três importantes referências doutrinárias sobre o tema, como forma de agrupar as principais características do assunto.

Ressalva-se que o desiderato da presente seção não é alcançar a completeza do conceito de processo estrutural, muito menos buscar fechar de modo hermético o que seria o processo estrutural, mas tão somente apresentá-lo, com base em alguns dos principais autores que repercutem no cenário acadêmico e também jurisprudencial, o que pode trazer elementos relevantes para o adequado significado e a condução dos litígios estruturais pelo Poder Judiciário.

Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti e Rafael Alexandria⁷ partem do conceito de problema estrutural para expor os componentes do processo estrutural. Para os autores, o processo estrutural tem como escopo implementar medidas estruturantes para contornar uma determinada estrutura burocrática em desconformidade com o ordenamento jurídico, encaminhando para uma situação de conformidade institucional. Apresentam dois grupos para caracterizar o processo estrutural: o primeiro grupo de características típicas essenciais (problema estrutural, procedimento bifásico, consensualidade e implementação de um estado ideal de coisas); e o segundo grupo formado por características típicas, mas não essenciais (multipolaridade, complexidade e coletividade).

Duas notas são importantes em função da referida conceituação. A primeira delas frisa os critérios para a configuração de um processo estrutural, de forma que é necessária a presença de todas as características essenciais listadas anteriormente. As não essenciais são apenas indícios de um processo estrutural, ou seja, a ausência dos caracteres de multipolaridade, complexidade e coletividade não é imprescindível para se ter um processo estrutural. O segundo ponto digno de nota é justamente sobre a relevância (no caso, a não relevância) do elemento *coletividade*, pois não delinea essa característica como elementar ao processo estrutural.

Tal aspecto se torna importante do ponto de vista teórico – principalmente no que concerne à objeção democrática –, pois permite que demandas individuais possam veicular litígios estruturais. Desse modo, poderia verificar a implementação de medidas de ampla repercussão oriundas de adjudicação entre particulares, sem traço de coletividade, prejudicando, ao menos em uma primeira análise, a confiança na legitimidade da decisão estrutural, ao passo que sua construção careceria de pluralidade participativa.

⁷ 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.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em: 17 jul. 2024.

Edilson Vitorelli também apresenta substancial contribuição para o marco teórico do processo estrutural, elaborando uma importante obra do tema⁸. Argumenta que o processo estrutural essencialmente tem natureza coletiva, pautada na atuação jurisdicional para reorganização de uma determinada estrutura que promove ou permite violação de direitos.

Para o autor, portanto, o litígio estrutural apresenta como traço basilar a coletividade, sendo ponto crucial que o litígio em questão não seja restrito ao processo individual, mas, sim, composto por, ao menos, um grupo de pessoas que são vislumbradas pela parte contrária como um conjunto, sem diferenciações que as individualizem.

Para além desse traço diferencial, Vitorelli aponta que o processo estrutural representa meio adequado para solução de litígios estruturais, com a finalidade de readequar uma determinada estrutura que esteja funcionando de forma inadequada⁹.

No mais, a doutrina apresenta algum grau de consenso quanto aos atributos do processo estrutural. Dentre eles, destaca-se o afastamento da lógica do processo tradicional de forma estanque, havendo, no processo estrutural, fluidez quanto aos interesses das partes, como bem destaca Sérgio Cruz Arenhart:

Assim, cabe à parte autora determinar exatamente aquilo que pretende em juízo, devendo o juiz observar esses limites em sua atuação. Ora, é fácil perceber que a discussão judicial de políticas públicas implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas. As necessidades de proteção em um determinado momento, muito frequentemente, serão distintas daquelas existentes em outra ocasião. Isso impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio, exatamente aquilo que será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Por isso, neste campo, exige-se que esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da “tutela” pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial¹⁰.

⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 65.

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 1ª Região, v. 29, n. 1/2, p. 73, jan./fev. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109152/processos_estruturais_direito_arenhart.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

Outro atributo marcante envolve o cumprimento das decisões estruturais, as quais se resolvem de modo paulatino com característica de tentativa e erro, sendo produzida em cascata, ao longo do desenrolar do procedimento.

Ainda é de se ressaltar a natureza prospectiva das decisões estruturais, rompendo a lógica de mera reparação dos fatos pretéritos, voltando suas atenções para impactos futuros dos processos estruturais. Desse modo, tem-se que o objetivo do processo estrutural é promover um ambiente conformado à licitude e à regularidade de uma determinada situação antes desorganizada.

O propósito do processo estrutural é perseguir um procedimento com a finalidade de reorganizar determinada situação de ilegalidade, desconformidade, para uma situação de legalidade e conformidade. Essa transformação de uma determinada estrutura burocrática de uma situação “A” para uma situação “B” tem como elemento central questões atinentes a direitos constitucionais, sendo ao menos o ponto de partida, conforme leciona Owen Fiss:

Agora, o ponto de partida para o modelo de reforma estrutural é bastante diferente do da solução de controvérsias. No caso “*Brown vs. Board of Education*” não se lida com desejos ou preferências individuais. Trabalha-se com valores aos quais foi dado *status* constitucional; isso porque a Constituição não é meramente um texto normativo, mas ela também investe de autoridade certos valores que devem reger as operações do Estado¹¹.

Depreende-se que o fundamento do processo estrutural, ao menos na concepção tradicional e original da doutrina, é voltado para os reclames de valores eminentemente constitucionais e, conforme as notas de Fiss, para as demandas que guardam cunho de apelo público não atinente a “desejos e preferências individuais”.

Partindo dessa premissa, o processo estrutural passa a contar com dois pontos de contato com o direito constitucional. Um deles é referente à supramencionada caracterização do processo estrutural como o meio de concretizar os valores constitucionais; e o segundo está relacionado à forma como esse modelo de adjudicação

¹¹ FISS, Owen M. Modelos de adjudicação/Models of adjudication. *Caderno Direito GV*, v. 1, n. 8, p. 32, nov. 2005. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): salão nobre da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo, 13 de junho de 2005. Organização: Direito GV e IDESP. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/962cfcfc-18c6-41ae-b386-7627a4387af4/content>. Acesso em: 17 jul. 2024.

pode ser dimensionado na teoria constitucional brasileira, especialmente na possível interferência do Poder Judiciário na promoção de políticas públicas e um indevido ruído na teoria da separação dos poderes.

A pesquisa central desse artigo parte justamente desse segundo ponto de contato entre as decisões estruturantes e o resguardo da teoria da separação dos poderes.

3. Decisões estruturantes e as formas de atuação do Estado-juiz

A principal crítica que a teoria estrutural recebe está direcionada à possibilidade da indevida intervenção do Judiciário na promoção e realização de políticas públicas, as quais deveriam ficar a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo. A atuação judicial na promoção de determinadas ações gerenciais ou executórias representaria um *plus* que extrapola a atividade jurisdicional das demais esferas de poder¹².

Essa crítica estaria fundamentada na carência de legitimidade do Estado-juiz para a promoção de qualquer ato executivo referente à aplicação de recursos, ou mesmo em dotar de sentido determinado comando ou garantia constitucional, haja vista que seus membros não foram submetidos ao escrutínio popular. Além do mais, faltaria ao Judiciário ingerência em dotações orçamentárias, bem como responsabilidade no que toca ao sucesso ou insucesso das políticas implementadas.

Todavia, tais argumentos, necessariamente, acabam cedendo, quando se deparam ao amplo conteúdo normativo teórico da Constituição da República Federativa de 1988 – CRFB/1988, bem como da escalada teórica da doutrina que persegue a consecução dos direitos fundamentais e sociais, por meio da ampliação da atuação estatal nos mais variados temas da sociedade, independente de demandas judiciais, de porte individual ou coletivo, pois deve preponderar a obrigação do Estado em promover efetivamente a concretização desses direitos¹³. Em outras palavras, é dizer, o rol de direitos e garantias constitucionais, bem como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não permite ao Judiciário complacência em relação ao Estado omissor na aplicação e observância de políticas públicas estabelecidas no texto constitucional.

¹² VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 87.

¹³ ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 645, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/505>. Acesso em: 19 jun. 2023.

Nesse sentido, o próprio comando constitucional estabelecido no art. 5º, XXXV, CFRB/1988 informa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A inércia dos governantes na promoção de determinado direito, ou inobservância de determinadas garantias, clama a atuação jurisdicional, conforme posicionamento das Cortes de vértice, com bastante destaque, nesse rumo, a decisão do Relator da ADPF 45, no ano de 2004¹⁴.

A autocontenção judicial, portanto, parece não ser uma medida adequada ao Estado-juiz quando este se depara com a omissão do poder público, porque o próprio Judiciário não pode incorrer no mesmo desacerto, tendo em mira que sua função institucional é de tornar concretas as premissas constitucionais. Frisa-se que as promessas constitucionais não se restringem apenas à forma de organização estatal, mas representam, também, a concretização dos compromissos do constituinte originário.

O questionamento no tocante à intervenção do Poder Judiciário em determinadas situações que poderiam significar a interferência em outros poderes da República se mostra, portanto, ultrapassado.

David Landau's article, The Reality of Social Rights Enforcement, is an important contribution to a growing literature on the judicial role in enforcing social and economic rights. He joins others in noting that debate has ended over whether constitutions should include such rights and whether, if included, those rights should be judicially enforceable. Not “whether,” but “how” is the question now on the table among serious scholars and judges¹⁵.

Em verdade, não se trata sequer de inovação doutrinária da teoria do processo estrutural, mas, sim, da decorrência lógica de uma leitura atenta do Texto Constitucional, citado anteriormente (art. 5º, XXXV, CFRB/1988).

Sob esse argumento, o próximo passo deve jogar luzes para a forma como essa decisão pode desenvolver-se e se conformar ao sistema jurídico brasileiro. Essa reflexão deve ser balizada por meio dos próprios instrumentos constitucionais existentes, na rota de se apurar a existência de sinais de como o constituinte originário

¹⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 95.

¹⁵ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 189, p. 155, 2012. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

pensou a intervenção judicial nos casos de omissões, e, também, com apoio na própria teoria constitucional.

Antes, contudo, impõe-se a necessidade de caracterizar as formas como o Estado-juiz pode interagir com os demais poderes. Nesse sentido, há três formas relacionadas na doutrina: *strong-form review*, *weak-form review* e, ainda, o experimentalismo¹⁶.

A *strong-form review* representa um modo mais contundente de atuação do Judiciário, haja vista que o mesmo apresenta a última palavra, quanto ao sentido da norma constitucional violada, e indica de qual forma a política deverá ser implementada¹⁷.

Já a *weak-form review* tem como elemento diferencial a construção conjunta de um diálogo como forma de obtenção da melhor solução para a reestruturação de determinada estrutura em desconformidade. Nessa modalidade, há grande interação interinstitucional retirando do Judiciário o protagonismo da decisão final, respeitando as visões dos demais poderes, a partir da compreensão global e efetiva das diversas variáveis que orbitam o problema¹⁸.

Em relação ao experimentalismo, pode-se dizer que guarda as mesmas características da *weak-form review*, com o acréscimo da necessidade da participação democrática ao longo do processo decisório¹⁹. Conforme destacam Hugo Segundo e Matheus Serafim²⁰, no *experimentalismo* há enorme abertura para a parcela da população afetada, como forma de melhor contribuir para a solução mais participativa e democrática.

¹⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1071, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/context/faculty_scholarship/article/1824/viewcontent/117_Harv.L_Rev_1016.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

¹⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. p. 99.

¹⁸ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. p. 163.

¹⁹ FISS, Owen M. Modelos de adjudicação/Models of adjudication. p. 36.

²⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. p. 99.

Três características merecem ser anotadas no emprego do experimentalismo: i) negociação entre as partes; ii) intervenção judicial a partir de regras gerenciais de propostas de ações; e iii) transparência e publicidade das ações²¹.

Dentro dessas possibilidades de atuação do Poder Judiciário, em contexto de processos estruturais, busca-se justamente verificar qual a forma mais calibrada para compatibilizar essa ferramenta processual com o ordenamento jurídico nacional, resguardando a teoria da separação dos poderes, de forma a precaver uma crise institucional entre eles.

Desse modo, captada sob quais intensidades a intervenção judicial pode ocorrer, busca-se examinar quais são os elementos contidos na própria Constituição para moldar, de forma adequada, as decisões estruturantes à teoria constitucional.

4. Compromissos constitucionais: entre teoria e prática

Em sociedades fora do eixo Europa-Estados Unidos e que contam com democracias mais jovens, como as da América Latina, o palco de atuação do Poder Judiciário é certamente mais complexo e delicado, o que ocorre em virtude das instabilidades políticas e fragilidades institucionais que lhes são peculiares²², além da clara conexão com aspectos do próprio conteúdo assecuratório de direitos fundamentais de suas respectivas Constituições.

No Brasil, após longo período autoritário, a CRFB/1988 promove inauguração de um novo momento, com a orientação de transformação da realidade em uma sociedade mais justa, solidária, igualitária e sem os odiosos ranços de discriminação de raça, gênero, orientação sexual ou etnia. A complexidade do processo constituinte que resultou em um texto constitucional vanguardista, muito embora a composição da assembleia constituinte fosse claramente conservadora e masculina, pode ser resumida nos contrapontos entre as elites burocráticas e os movimentos sociais, entre o liberalismo e o intervencionismo estatal e entre o presidencialismo e o parlamentarismo²³.

²¹ BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider van der. **Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo**: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas. Londrina: Thoth, 2021. p. 62-63.

²² LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**: poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 93.

²³ PRADO, Anna Priscylla Lima. **Controle de constitucionalidade estruturante**: um desafio à superação das crises do sistema democrático brasileiro. São Paulo: Dialética, 2022. p. 52-27.

Oscar Vilhena Vieira chama de compromisso maximizador esses fatores que se conjugaram para resultar em uma Constituição mais progressista que o perfil dos membros da constituinte, que seria fruto de uma grande desconfiança entre os atores políticos envolvidos, da ausência de um projeto que servisse de linha mestra para o desenho constitucional, da pulverização partidária e da forte participação popular na primeira fase do projeto em virtude das regras regimentais do Congresso²⁴.

Especificamente quanto ao Poder Judiciário, ao teorizar sobre os motivos que levam determinadas democracias a optar pela revisão judicial das leis, Tom Ginsburg assevera que a política é elemento determinante, pois as expectativas dos constituintes em relação ao respectivo futuro político (aspectos eleitorais) moldam as características e o poder atribuído à instituição²⁵. Como se não bastasse, o deslocamento da tomada de decisão para o Poder Judiciário teria a vantagem de diminuir os custos políticos e os riscos aos agentes e instituições envolvidas, especialmente em relação à opinião pública. Outro aspecto seria a possibilidade de utilização da aparência técnica, apolítica e imparcial das Cortes em benefício próprio e de seus interesses, além de transferirem o desgaste que poderia refletir em sua imagem²⁶.

Nessa senda, é interessante pontuar que, entre as diversas críticas endereçadas à CRFB/1988, ganhou espaço a alegação da ineficácia material do texto constitucional, sob o argumento de que o Estado não teria condições de efetivação do extenso rol de direitos e garantias ali contidos, geradores, inclusive, de conflitos hermenêuticos.

Ocorre que, ao lado de um texto constitucional extenso e detalhista, com grande rol de direitos e garantias, o Poder Judiciário foi posto no centro do sistema político brasileiro, cabendo-lhe tutelá-lo, arbitrando disputas e conferindo a última palavra sobre a hermenêutica constitucional, inclusive quando tratar de temas políticos, econômicos, morais ou sociais. Na realidade dos diversos compromissos constitucionais, assumiria o Poder Judiciário em geral, e o STF, em particular, a

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 117.

²⁵ GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

²⁶ HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgl/vol11/iss1/4/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

incumbência de “pagador de promessas” do constitucionalismo brasileiro transformador para concretização dos direitos fundamentais e sociais encartados na CRFB/1988²⁷.

É certo que a relevância do STF como guardião da CRFB não exclui, sob nenhuma perspectiva, a necessidade de que outras instituições e a própria sociedade (povo) sejam partícipes no processo de construção do sentido do texto constitucional²⁸. Essa preocupação constitui objeto da última seção deste artigo, que parte da constatação do que se observa hoje na prática corrente. Asseverar a função assumida pelo Judiciário na realidade normativa imposta pela CRFB/1988 não significa afirmar a correção de todas as decisões tomadas pela Corte, tampouco significa levantar a bandeira da indevida ofensa ao dogma da separação de poderes²⁹, mas permite, de modo crítico, analisar os erros e acertos que resultem da atuação judicial e esquadriñar as diversas formas como tal atuação pode concretizar-se.

Assim, esta seção deve ser lida sob duas acepções: a primeira relacionada à forma estabelecida pela Constituição, ou seja, as regras de possibilidade de interferência do Judiciário nos casos de omissões – ponto de análise deste artigo; e a segunda relacionada aos aspectos práticos de como tem ocorrido a participação do Judiciário na política brasileira.

A respeito dos aspectos teóricos, há dois instrumentos previstos na CRFB/1988 que, exemplificativamente, auxiliam no estudo da possibilidade de intervenção do Judiciário na esfera reservada aos outros poderes, ainda que se tenha certo que tal intervenção se realiza de variadas formas, seja em processos estruturais, coletivos ou ainda em processos individuais³⁰. Refere-se à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CRFB/1988 e Lei n. 9.868/1999) e ao mandado de injunção (art. 5, LXXI, CRFB/1988 e Lei n. 13.300/2016).

²⁷ PRADO, Anna Priscylla Lima. **Controle de constitucionalidade estruturante**: um desafio à superação das crises do sistema democrático brasileiro. p. 97.

²⁸ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 86-87.

²⁹ CASIMIRO, Matheus; FRANCA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Redimindo o ativismo judicial: constitucionalismo democrático e a função contra-argumentativa das cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 13, n. 3, p. 273-293, dez. 2023. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/8844>. Acesso em: 17 jul. 2024.

³⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 115-117.

No controle concentrado de constitucionalidade, o provimento jurisdicional emanado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem natureza declaratória e sinaliza ao ente a mora legislativa. Nessa hipótese, não há qualquer espécie de satisfação da produção legislativa, não havendo sequer prazo para o polo passivo legislar sobre a matéria – com exceção a mora de órgão administrativo. De outra sorte, o mandado de injunção permite ao Judiciário criar as condições para garantir o pleno exercício do direito reivindicado por ausência de disposição legal.

Há no ordenamento duas posturas bem marcadas, em termos de intervenção judicial, quando o poder público – no caso, o poder no exercício da função legislativa – deixa de atuar em conformidade às promessas constitucionais. A primeira delas revela a necessidade de uma postura de contenção, ao apenas sinalizar a mora legislativa ao poder competente para regulamentar determinada matéria, prevalecendo, nesse caso, a intervenção judicial na produção de meios em subsídio à falta do legislador – *weak-form review*.

Em outra vertente, há uma segunda postura que pode ser muito bem visualizada no caso do mandado de injunção, por meio do qual o constituinte originário ofereceu ao Estado-juiz ferramentas mais ativas, de modo que cabe ao Judiciário, nos termos do art. 8º, II, da Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016, intervir de forma mais ativa, em razão do déficit legislativo.

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

[...]

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Ao que parece, há autorização expressa de intervenção judicial, estabelecendo uma espécie de “última palavra” de determinada matéria contaminada pela omissão legislativa – *strong-form review* –, ainda que se defenda que essa “última palavra” não possa ser interpretada como atuação monolítica do Judiciário.

Essa posição não pode ser descolada da necessidade de apontar a característica da democracia brasileira como semidireta, conjugando o sistema representativo

com alguns mecanismos de participação direta, conforme preceitua o art. 1º, § 1º, CFRB/1988, ao preceituar que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”.

Voltando-se apenas ao texto constitucional e aos mecanismos normativos constitucionais, verifica-se um plexo de conformidade de atuações do Judiciário, de forma mais ou menos interventiva, sendo oportunos, e ainda atuais, os questionamentos acerca da constitucionalização normativa de formas e processos de participação na interpretação da Constituição³¹.

Para além disso, faz-se necessário atentar, também, para a chamada mudança constitucional de padrão endógeno, que alguns chamam de “ativismo judicial” do STF, nos últimos anos³². Conforme se percebe, ao longo das últimas décadas, vigora o protagonismo do STF, seja no sentido da concessão de determinados direitos, seja na declaração de constitucionalidade de determinadas normas, temas que recentemente alteraram variados aspectos políticos, como, por exemplo, cotas em universidades públicas, união homoafetiva, lei da ficha limpa, além de temas que estão na pauta, como o marco temporal da demarcação das terras indígenas³³.

Tudo isso sugere uma postura proativa do STF, afastada da autocontenção, quando instado a se manifestar em processos cuja matéria poderia ser melhor deliberada por parlamentares, na qualidade de representantes do povo. Ao contrário, houve acusações, inclusive, de atividade legislativa do STF no caso da criminalização da homofobia, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF, cujo resultado, além de reconhecer a mora legislativa, fixou tese reconhecendo a prática da homofobia como crime³⁴.

³¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 55.

³² MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil, dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 97, p. 189, nov. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/FqDJVdq9cL7gqZmXMmyygdQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 jul. 2024.

³³ MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil, dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. p. 202.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

O embate da possibilidade de criação de tipo penal no caso em julgamento veio à tona na própria sessão de julgamento, conforme se verifica em notas dos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski:

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Gostaria de fazer apenas uma pequena observação, Senhor Presidente. Desejo cumprimentar o brilhante voto proferido pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, notadamente no ponto em que, apoiando-se em suas considerações introdutórias, delineia um quadro realmente importante a propósito do estado de vulnerabilidade – e da necessidade de ampla proteção – dos integrantes do grupo LGBTI+. *Quero destacar, no entanto, Senhor Presidente, que não sustento em meu voto a possibilidade (que seria absolutamente inconstitucional) de criação de tipos penais mediante provimento jurisdicional, considerado o que dispõe o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição, que estabelece, em tema de direito penal, reserva absoluta de lei em sentido formal.* De outro lado, Senhor Presidente, o meu voto, como Relator, *também não admite aplicação analógica “in malam partem” de normas de direito penal, na linha do que adverte o magistério doutrinário* (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, p. 305, item n. 8, 5ª ed., RT, v.g.) *e acentua a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 95.782/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.).* O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Eu apenas digo que não me animei atravessar esse Rubicon jurisdicional. (ACÓRDÃO ADO Nº 26-DF/2019). [Grifos nossos].

Além do mais, e esse ponto é de extrema relevância, não é somente através da atuação do STF que o Judiciário vem ingressando em questões que, pelo menos em uma primeira observação, se mostram relativas a assuntos de outros poderes. O Judiciário, sem chamar atenção de boa parte da doutrina, vem adotando, nas demandas individuais e atomizadas, uma postura proeminente na pauta relativa às políticas públicas³⁵. Esse cenário, por sua descrição, acaba não chamando tanta atenção da doutrina e do próprio Poder Executivo e Legislativo, de modo que as sentenças judiciais alteram o cenário fático, determinando, por exemplo, à administração pública fazer, deixar de fazer, abrir vagas em creches e cursos superiores, fornecer tratamentos e medicamentos não contemplados pelo SUS. Enfim, conforme afirma

³⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 116.

Vitorelli, não se trata da impossibilidade de fazer (intervir em políticas públicas), mas, sim, como fazer³⁶.

Na prática, é nítido que o Judiciário brasileiro intervém de forma bastante intensa nas escolhas gerenciais e políticas do Brasil, seja de forma mais destacada, por meio das decisões do STF bastante divulgadas e discutidas, seja através das decisões de juízes de primeiro grau, em processos atomizados.

Portanto, o foco a respeito da crítica de intervenção dos poderes, pela atuação judicial, não trata de possibilidade ou não de intervir, mas, sim, da qualidade que a decisão terá do ponto de vista democrático. Sendo assim, o processo estrutural não trata de potencializar a intervenção do juiz nas políticas públicas, mas, sim, da possibilidade de catalisar palcos decisórios mais amplos e participativos, nos quais se possa combinar o gerenciamento dos recursos públicos com as determinações constitucionais e viabilizar a participação daqueles que sofrem o reflexo das decisões proferidas na realidade de processos estruturais.

5. O devido processo estrutural: leitura a partir do caso da ação civil pública das vagas de graduação e a etapa de heteroidentificação

Neste tópico não se tem qualquer pretensão de listar aspectos de uma teoria do devido processo estrutural como a expressão “*devido processo*” pode aparentar. O escopo desta seção é simplesmente oferecer uma sugestão de como as decisões estruturantes devem funcionar no cenário brasileiro, a partir das premissas capturadas ao longo de contextos anteriormente delineados.

Como se pôde observar, o sistema jurídico brasileiro apresenta variadas características e graus diferentes de atuação da intervenção judicial nas políticas públicas e nos caminhos de decisões relevantes de envergadura política. Ora permite ao juiz suprir a ausência legislativa, ora determina uma postura de autocontenção apenas para declarar mora legislativa, mas sem possibilidade de suprir omissões. E, por fim, tem-se, ainda, a cotidiana e corriqueira atuação singular dos magistrados em demandas atomizadas, cujas decisões que interferem em políticas públicas se

³⁶ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*: teoria e prática. p. 118.

mostram bastante danosas, por sua natureza silente, em relação aos processos coletivos estruturais.

Diante dessa lógica, percebe-se que o enfrentamento de um problema estrutural, veiculado por meio de um litígio estrutural, é a via mais habilidosa de desempenho, pois justamente cria um ambiente decisório desenhado em um palco amplo e diverso de atores envolvidos, em que o Poder Judiciário não seja protagonista, isolando-se nos comandos judiciais com determinações fundadas em uma premissa unilateral, sem, de fato, atentar-se às vicissitudes e especificidades que orbitam em torno do problema central.

Portanto, o processo estrutural, assentado na lógica teorizada pelo *experimentalismo*, com a maior participação³⁷ democrática, mostra-se como conduta de boa prática mais apropriada ao sistema democrático brasileiro. Além do mais, possibilita que as decisões tomadas de forma conjunta, com todos os atores contribuindo para a sua formação, delimitem os riscos de interferências colaterais prejudiciais, como as que acontecem no campo orçamentário, levando-se em consideração a finitude dos recursos.

Esse modelo proposto, com a repercussão das qualidades do experimentalismo³⁸, representa, em última análise, a profundidade do avanço da teoria do direito, ao passar pelo estágio do Estado de Direito, onde a vontade estatal encontra seus limites na lei, e, por fim, do Estado Democrático de Direito, quando os rumos do Estado permeiam, além da vontade estabelecida em lei, as leis pautadas pela vontade popular (princípio democrático), por meio dos seus representantes ou diretamente, em razão da tipologia da democracia brasileira (semidireta e participativa)³⁹.

Logo, a premissa teórica acima estabelecida enseja a necessidade da teoria processual de instrumentalizar a possibilidade da operacionalização da ampliação

³⁷ Cf. STURM, Susan P. The promise of participation. *Iowa Law Review*, v. 78, p. 981-1010, 1993. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4719&context=faculty_scholarship. Acesso em: 22 mar. 2024 e também no Brasil, TEMER, Sofia Orberg. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

³⁸ Sobre o experimentalismo no processo estrutural, ver: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica viva na decisão judicial: pragmatismo e processos estruturais no Brasil. *Revista de Processo*, v. 48, n. 339, p. 249-274, maio 2023.

³⁹ MUNDIM, Luis Gustavo Reis. A cooperação processual no modelo constitucional de processo. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 89, n. 2, p. 77, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/25215>. Acesso em: 17 jul. 2024.

dos espaços deliberativos, na formação de decisões judiciais que fujam do modelo convencional de processo estabelecido pelos ideais liberais, evoluindo a compreensão do processo como uma *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*) entre todos os atores envolvidos no processo⁴⁰.

Sem dúvidas houve avanços com o Código de Processo Civil de 2015, ao estabelecer o eixo axiológico de normas fundamentais processuais, frisando o dever de cooperação no art. 6º, o qual aduz que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”⁴¹.

Para além disso, ainda, faz-se necessário que o valor cooperação possa efetivamente permear o cenário judicial, questão ainda mais demandada em processos estruturais, cujo espaço deliberativo ampliado se revela como ponto fundamental para legitimar a atuação judicial.

A cooperação não redundo do dever que as partes têm de cooperar entre elas, haja vista a sua posição antagônica nos polos do processo.

A colaboração impõe a organização de processo cooperativo – em que haja colaboração entre os seus participantes. *O legislador tem o dever de perfilar o processo a partir de sua normatividade, densificando a colaboração no tecido processual.* E aqui importa desde logo deixar claro: *a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes.* As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: *não se trata de colaboração entre as partes.* As partes não colaboram e não devem colaborar *entre si* simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das *partes para com o juiz* no processo civil⁴².

⁴⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 34, n. 172, p. 36, jun. 2009.

⁴¹ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 jul. 2024.

⁴² MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. In: ALVIM, Teresa; DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. Teoria geral do processo. p. 8.

Entretanto, chama atenção que o princípio da cooperação enseja ainda mais a necessidade de seu aprofundamento quando inserido no contexto dos litígios e processos estruturais. Isso porque o principal escopo do processo estrutural é justamente retornar determinada circunstância fática ao seu estado de conformidade, marcado nas determinações constitucionais. Isso, naturalmente, impõe a todos os atores o dever de atuarem de forma a contribuir com o resultado final do processo, que é a realização do direito fundamental ou uma determinada política pública. O próprio caso concreto a ser descrito a seguir ilustra a hipótese em que todos os participantes do processo pretendem a promoção de determinada política pública.

Em 2023, a Defensoria Pública da União (DPU) ajuizou ação civil pública, em face da Universidade Federal do Pará, relativa às regras do edital do processo seletivo para vagas nos cursos de graduação – Processo n. 1014239-58.2023.4.01.3900, em trâmite na 2ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado do Pará⁴³. Em síntese, a ação versa sobre a nulidade da regra do edital que determina a exclusão dos candidatos que sejam indeferidos na banca de heteroidentificação, bem como a reavaliação de todos os candidatos que não foram deferidos na referida banca, em razão de falhas na avaliação desses candidatos. Com isso, a DPU requereu nova avaliação dos candidatos indeferidos em banca de heteroidentificação e o reprocessamento dos candidatos que fossem novamente indeferidos, para que não fossem eliminados do certame e prosseguissem concorrendo às cotas, caso conseguissem comprovar, e, se fosse o caso, disputando a ampla concorrência.

Em decisão liminar, o Juízo deferiu, em parte, os pedidos da Autora, determinou à UFPA que procedesse à nova avaliação dos candidatos e, ainda, que não houvesse a eliminação dos concorrentes, caso existisse indeferimento da autodeclaração, mas o retorno para a ampla concorrência.

Irresignada, a DPU interpôs agravo de instrumento, requerendo não apenas o retorno dos candidatos à ampla concorrência, mas, sim, à cota subsequente – ou seja, se um candidato inscrito na modalidade cota escola, renda e cor não conseguisse comprovar que era pessoa negra, ele deveria retornar para concorrer à cota escola e renda, e não para a ampla concorrência.

⁴³ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região (Seção Judiciária do Pará – 2ª Vara Federal Cível da SJPA). **Ação Ordinária 1014239-58.2023.4.01.3900**. Juíza Hind G. Kayath, 11 de abril de 2023. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=d3eafbcdde26f7d15af14ec01e7467f07ac7bfa1300bdd79>. Acesso em: 17 jul. 2024.

Em juízo de retratação, o Juízo de primeira instância atendeu o pedido da Defensoria e modificou a primeira decisão, ampliando ainda mais os comandos judiciais. A UFPA, antes da decisão provisória, não foi chamada ao processo para ser ouvida, e, somente em uma reunião informal para tentativa de acordo, é que teve a oportunidade de expor suas razões. Mesmo assim, o Juízo manteve a decisão, e a ré foi compelida a cumpri-la, mesmo tendo interposto agravo de instrumento para desconstituir a decisão interlocutória.

Esse panorama fático denota a atuação isolada do Judiciário ante a complexidade do caso, pois articulava variados fatores, como os interesses dos grupos de cotas – incluída a variedade de grupos; as unidades internas da UFPA, as quais têm competência técnica para explicar a forma de processamento dos dados; os alunos que já haviam sido matriculados e correram risco de perder as vagas, haja vista que a decisão liminar foi em março de 2023, quando a UFPA já havia iniciado seu período letivo.

Portanto, o caso concreto foi pautado por uma visão parcial do problema, em virtude de que nem o Juízo nem tampouco a Defensoria tinham a *expertise* suficiente para alcançar a forma como ocorre o processamento de dados, bem como as razões da UFPA em se utilizar da metodologia questionada. Apenas para destacar, a própria assessoria de diversidade e inclusão (ADIS), unidade interna da UFPA, que busca promover a inclusão dos grupos minorizados, compreende que essa forma de processar as notas requerida pela DPU e deferida pelo Juízo acaba tornando o cenário prejudicial aos candidatos negros, haja vista que os mais necessitados de políticas afirmativas acabam sendo preteridos.

Logo, a decisão judicial que determinou a obrigação de fazer à UFPA, sem antes sequer ouvi-la, aparenta uma invasão na esfera administrativa/executiva da autarquia, nos moldes da chamada *strong-form review*. Isso permite que a decisão final que, naturalmente, ocorrerá no presente caso com a sentença ou acórdão, em caso de acesso ao tribunal, partirá de decisão provisória fruto de atuação com visão parcial da Defensoria, em relação ao fenômeno fático-jurídico extremamente complexo.

Na prática, a decisão liminar prolatada pelo Juízo representou violação ao princípio da própria cooperação, quando vislumbrado sob o prisma da participação, e do contraditório como o direito de influência nas decisões judiciais, revelando-se a decisão liminar como decisão surpresa⁴⁴.

⁴⁴ PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; MENEZES, Rafael Filipe Fonseca; SOUZA, Breno Fernandes. O *amicus curiae* e sua contribuição para o processualismo democrático. *Revista CEJ*, v. 23, n. 77, p. 12, jan./jun. 2019. Disponível

Nem a Defensoria Pública da União nem a própria UFPA contemplaram a natureza estrutural do caso, seja em exordial ou em sede de contestação, sequer acusaram o tônus de complexidade do problema que envolve educação, e, na mesma linha, o Juízo desenvolveu a demanda com decisões solipsistas. O ponto de partida poderia ter sido bem diferente, com rodadas de negociações, com necessariamente todos os envolvidos cientes da exata dimensão do fenômeno, além da admissibilidade de um círculo subjetivo maior com expressão de movimentos e associações relacionados com a causa. Assim, poder-se-ia ter uma visão integral, e não parcial e enviesada.

Além disso, seriam elaborados os próximos editais de vestibular de modo mais adequado, inibindo o ajuizamento de centenas de ações judiciais com reclames de ilicitude e queixas do procedimento, pois incorporariam os anseios dos mais diversos interessados.

O devido processo estrutural demanda a constituição de um palco de ampliação das vozes dos interessados nos litígios estruturais, devendo a postura do juiz ser cooperativa, agregando uma atitude dialogada, com flexibilização das regras e dos procedimentos, como modo de melhor acomodar a participação efetiva das partes para ultrapassar determinado estado de desconformidade⁴⁵.

Não parece haver espaço para que os litígios de extrema complexidade e com potencial de alcance para parcela significativa da sociedade sejam resolvidos pela lógica tradicional de litígio, em que as regras procedimentais são bem definidas, escaladas por prazos preclusivos e peremptórios, com restrição participativa, mas sejam solucionados principalmente por um juiz Hércules, a quem seja dado o poder de decidir sobre matérias tecnicamente complexas, por sua capacidade técnico-jurídica.

6. Conclusão

Conforme se verificou, o processo estrutural ganhou, nos últimos anos, destaque no meio acadêmico, sendo apontado como elemento essencial para a resolução de litígios complexos. Por mais que haja alguns desencontros na doutrina, no que se

em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.77.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

⁴⁵ GOUVEIA. Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. p. 36.

refere à teoria sobre o tema, pode-se afirmar grande convergência quanto às principais características e finalidades das decisões estruturais.

Olhando para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente os elementos constitucionais, no que tange à possibilidade de atuação do juiz na promoção de políticas públicas e nas decisões políticas importantes, verifica-se uma miríade de possibilidades: contenção judicial nas ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão, atuação mais contundente nos mandados de injunção e, por fim, uma postura bastante ativista nas decisões individuais, em que as determinações aos entes públicos ocorrem de forma mais preponderante, por voarem abaixo dos radares dos críticos ao ativismo judicial.

Desse modo, a importação da teoria do processo estrutural ao sistema jurídico brasileiro demanda cautela, pois a decisão estrutural, certamente, reclama uma nova intervenção do Judiciário na resolução de determinada desconformidade institucional. E essa forma de intervir do juiz deve ser calibrada, como modo de não usurpar competência de outros poderes da República nem tampouco invadir a esfera de atuação dos demais poderes.

A consecução dos compromissos constitucionais estampados na CRFB/1988 não será realmente alcançada sem a compreensão de que a correta e adequada interpretação do texto constitucional deve passar pela abertura hermenêutica, por meio de todos os poderes e da própria sociedade, que deverá participar da construção de todas as soluções para a implementação de políticas públicas.

Assim, o devido processo estrutural deve ser coletivo e plural, com o peso de uma ampla participação social, sem que haja apenas o protagonismo judicial na construção das políticas públicas.

Referências

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A importância da participação pública nos processos estruturais: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 643-665, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/505>. Acesso em: 19 jun. 2023.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região**, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109152/processos_estruturais_direito_arenhart.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

ARRUDA, Paula Uematsu. Remédios sem direitos?: a essencialidade da interpretação substancial dos direitos econômicos e sociais para o sucesso dos compromissos significativos. In: CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (org.). **Processos estruturais no Sul Global**. Londrina: Thoth, 2022. p. 115-131.

BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider van der. **Litígios estruturais, estado de coisas inconstitucional e gestão democrática do processo**: um papel transformador para o controle judicial de políticas públicas. Londrina: Editora Thoth, 2021.

CASIMIRO, Matheus FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha (org.). **Processos estruturais no Sul Global**. Londrina: Thoth, 2022.

CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Redimindo o ativismo judicial: constitucionalismo democrático e a função contra-argumentativa das cortes constitucionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 13, n. 3, p. 273-293, dez. 2023. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/8844>. Acesso em: 17 jul. 2024.

DANIEL, Mariana Oliveira; NUNES, Leonardo Silva. A recuperação judicial de empresas como processo estrutural. In: NUNES, Leonardo Silva (coord). **Dos litígios aos processos estruturais**. Organizadoras: Amanda Michelle Faria Araújo Mapa, Gisele Fernandes Machado. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. p. 333-372.

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.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO_ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em: 17 jul. 2024.

FISS, Owen M. Modelos de adjudicação/Models of adjudication. **Caderno Direito GV**, v. 1, n. 8, p. 3-57, nov. 2005. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): salão nobre da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo, 13 de junho de 2005. Organização: Direito GV e IDESP. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/962cfcbc-18c6-41ae-b386-7627a4387af4/content>. Acesso em: 17 jul. 2024.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A lógica viva na decisão judicial: pragmatismo e processos estruturais no Brasil. **Revista de Processo**, v. 48, n. 339, p. 249-274, maio 2023.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in Asian cases. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 172, p. 32-53, jun. 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**: poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. As dificuldades epistêmicas para a formulação de uma teoria dos processos estruturais no Brasil. **Revista do Direito**, n. 66, p. 91-111, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/15739>. Acesso em: 17 jul. 2024.

MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil, dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à "megapolítica". **Novos Estudos CEBRAP**, n. 97, p. 187-206, nov. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/FqDJVdq9cL7gqZmXMmyygdQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 jul. 2024.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. In: ALVIM, Teresa; DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1. Teoria geral do processo.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 25, n. 99, p. 141-150, jul./set. 2000.

MUNDIM, Luis Gustavo Reis. A cooperação processual no modelo constitucional de processo. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 89, n. 2, p. 75-101, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/25215>. Acesso em: 17 jul. 2024.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; MENEZES, Rafael Filipe Fonseca; SOUZA, Breno Fernandes. O amicus curiae e sua contribuição para o processualismo democrático. **Revista CEJ**, v. 23, n. 77, p. 7-17, jan./jun. 2019. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.77.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

PRADO, Anna Priscylla Lima. **Controle de constitucionalidade estruturante: um desafio à superação das crises do sistema democrático brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2022.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/context/faculty_scholarship/article/1824/viewcontent/117_Harv.L_Rev_1016.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

STURM, Susan P. The promise of participation. **Iowa Law Review**, v. 78, p. 981-1010, 1993. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4719&context=faculty_scholarship. Acesso em: 22 mar. 2024.

TEMER, Sofia Orberg. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n.189, p. 155-164, 2012. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região (Seção Judiciária do Pará – 2ª Vara Federal Cível da SJPA). **Ação Ordinária 1014239-58.2023.4.01.3900**. Juíza Hind G. Kayath, 11 de abril de 2023. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=d3eafbcdde26f7d15af14ec01e7467f07ac7bfa1300bdd79>. Acesso em: 17 jul. 2024.

Legislação citada

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 12 dez. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 12 dez. 2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867
<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a346>

Data de submissão: 3/3/2024

Data de aprovação: 16/7/2024

Comissões de Soluções Fundiárias como medida estruturante da ADPF 828¹

Land Solutions Commissions as a structuring measure of ADPF 828

Comisiones de Soluciones Suelo como medida estructurante del ADPF 828

Luly Rodrigues da Cunha Fischer²

Universidade Federal do Pará (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1662-8703>

E-mail: lulyfischer@ufpa.br

Agenor Cássio Nascimento Correia de Andrade³

Universidade Federal do Pará (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9531-682X>

E-mail: agenor.andrade@tjpa.jus.br

Thais Viana de Alencar⁴

Universidade Federal do Pará (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-3726-4279>

E-mail: thais.alencar@tjpa.jus.br

Resumo

O presente artigo analisa de que maneira a atuação das Comissões de soluções fundiárias pode ser compreendida como um meio para o tratamento adequado dos conflitos fundiários coletivos tratados pela ADPF 828 por meio do processo

¹ FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; ANDRADE, Agenor Cássio Nascimento Correia de; ALENCAR, Thais Viana de. Comissões de soluções fundiárias como medida estruturante da ADPF 828. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.5, n. especial, p.311-340, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a346>.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA) e Universidade de Paris XIII (2014), em regime de cotutela. Possui graduação (2005) e mestrado em Direito (2008) pela UFPA. Professora adjunta do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA, mediadora judicial e extrajudicial. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5038078976448551>.

³ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Possui graduação (2010) e mestrado em Direito (2023) pela UFPA. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Pará. Membro das Comissões Estadual e Nacional de Soluções Fundiárias. Mediador judicial. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5881412731640554>.

⁴ Mestranda em Direito e Desenvolvimento da Amazônia pela Universidade Federal do Pará. Possui graduação em Direito (2016) pelo Centro Universitário do Pará. Analista judiciária do Tribunal de Justiça do Pará. Mediadora judicial. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5923304716176101>.

estrutural. A pesquisa é teórica, de abordagem dedutiva, utilizando como técnica a revisão bibliográfica narrativa, complementada pela documental. Inicia com o estado da arte sobre as determinações da ADPF 828. Apresenta-se a conceituação de processo estrutural e examina-se como as diferentes concepções podem servir ao tratamento adequado do conflito possessório ou petitório coletivo. Em seguida, aborda-se o papel das Comissões de Soluções Fundiárias nos conflitos coletivos pela posse urbana ou rural e seus potenciais impactos na proteção da segurança da posse. Conclui-se que as Comissões fundiárias configuram espaços com características que permitem a aplicação de instrumentos do processo estrutural para o tratamento adequado de situações envolvendo a insegurança da posse no Brasil.

Palavras-chave

Processo estrutural; conflito coletivo; ADPF 828; Comissões de Soluções Fundiárias; mediação.

Sumário

1. Introdução. 2. Sistematização normativa para o tratamento adequado de conflitos fundiários coletivos e ADPF 828. 3. Tratamento dos conflitos fundiários coletivos como um problema estrutural. 4. Comissões de Soluções Fundiárias como instrumento de tratamento do problema estrutural. 5. Conclusão.

Abstract

This article analyzes how land tenure solution commissions could be understood as space for the adequate treatment of collective land tenure conflicts mentioned in Supreme Court decision ADPF 828 using structural process techniques. The research is theoretical, with a deductive approach, using narrative literature and document review as techniques. First, it presents the state of the art of ADPF 828. Secondly, it presents the definition of structural process and examines different conception that may serve to adequately treat collective land tenure and petition conflicts. Thirdly, it describes land tenure solution commissions' role in collective urban and rural land tenure conflicts and its potential effects to improve land tenure security. It concludes that land tenure solution commissions have characteristics that allow the use of structural procedure techniques to adequate treatment of insecure land tenure situation in Brazil.

Keywords

Structural process; collective conflicts; ADPF 828; Land Solutions Commissions; mediation.

Contents

1. Introduction. 2. Normative systematization for the adequate treatment of collective land conflicts and ADPF 828. 3. The treatment of collective land tenure conflicts as a structural problem. 4. Land Solutions Commissions as an instrument to treat structural problems. 5. Conclusion.

Resumen

Este artículo analiza en qué forma las acciones de las Comisiones de Soluciones Territoriales pueden entenderse como un medio para el tratamiento adecuado de los conflictos colectivos de tierras abordados por el ADPF 828 a través del proceso estructural. La investigación es teórica, con un enfoque deductivo, utilizando como técnica la revisión bibliográfica narrativa, complementada con documentación. Se inicia con el estado del arte respecto a las determinaciones de la ADPF 828. Se presenta la conceptualización del proceso estructural y se examina cómo las diferentes concepciones pueden servir al tratamiento adecuado del conflicto territorial colectivo. A continuación, se discuten las Comisiones de Soluciones Territoriales en conflictos colectivos por la propiedad urbana o rural y sus impactos en la protección de la seguridad de la tenencia. Se concluye que las comisiones configuran espacios con características que permiten la aplicación de instrumentos de proceso estructural para el tratamiento adecuado de situaciones de inseguridad de tenencia en Brasil.

Palabras clave

Proceso estructural; conflicto posesorio colectivo; ADPF 828; Comisiones de Soluciones Territoriales; mediación.

Índice

1. Introdução. 2. Sistematização normativa para el tratamiento adecuado de los conflictos colectivos de tierras y ADPF 828. 3. El tratamiento de los conflictos colectivos de tierras como un problema estructural. 4. Las Comisiones de Soluciones Territoriales como instrumento para el tratamiento del problema estructural. 5. Conclusión.

1. Introdução

O direito à moradia protege um dos aspectos fundamentais do indivíduo: o espaço destinado à garantia dos demais direitos (direito ao lazer, ao descanso remunerado, à proteção da infância e da juventude, à segurança e à vida privada, à

inviolabilidade do domicílio, entre outros). Caso não seja garantido, o caminho que resta aos indivíduos é a situação de rua, estado de máxima privação de direitos, em extrema vulnerabilidade social e sem garantia do mínimo existencial.

Esse direito, previsto na Constituição de 1988, em seu artigo 6º, como um direito social, somente foi positivado expressamente com a Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000, mesmo sendo o direito à moradia adequada reconhecido internacionalmente como direito humano desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵.

Trata-se de direito de segunda dimensão, enquadra-se nos direitos econômicos e sociais e está diretamente vinculado ao estabelecimento de uma vida com dignidade, ao acesso a um lar, na medida em que integra o direito a um padrão de vida satisfatório, não se resumindo apenas ao espaço físico, devendo incluir segurança da posse, disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos, custo acessível, habitabilidade, não discriminação e priorização de grupos vulneráveis, localização e adequação cultural.

Esse direito está expressamente previsto na Agenda 2030 criada pela ONU, em 2015, por meio de um pacto global assinado por mais de 190 países, o qual estabeleceu 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), com a finalidade de enfrentar os principais problemas globais ligados ao desenvolvimento sustentável. O ODS 11 dispõe sobre a necessidade de tornar as cidades e as comunidades sustentáveis, de forma a garantir, até 2030, o acesso universal à moradia segura e adequada.

Embora o direito à moradia seja um direito fundamental consagrado na nossa ordem jurídico-constitucional e na ordem internacional de proteção dos direitos humanos, como acima relatado, segundo dados da Fundação João Pinheiro

⁵ Hoje mais de 12 textos diferentes da Organização das Nações Unidas (ONU) reconhecem o direito à moradia, como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Brasília: Presidência da República, [1992]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 13 ago. 2024), a Convenção Internacional sobre Todas as Formas de Discriminação Racial (BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Brasília: Presidência da República, [1969]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html. Acesso em: 13 ago. 2024), a Convenção sobre os Direitos da Criança (BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 13 ago. 2024), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 13 ago. 2024), entre outros.

(FJP), 24 milhões de pessoas vivem em habitações inadequadas ou precárias⁶. Essa situação reflete a crise do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais e piora a crise de efetividade e de identidade da Constituição, por conta majoritariamente da política e da economia de um “Estado Mínimo” incentivado pelo assim designado “consenso neoliberal”⁷, o que se agravou sobremaneira durante a crise sanitária da Covid-19, com o aumento do desemprego e do valor dos aluguéis e o crescente déficit habitacional.

Esse quadro demonstrou que a crise habitacional do país consiste em um problema enraizado de violações sistemáticas de direitos fundamentais, causado pela inércia das autoridades públicas na modificação da conjuntura. A falta de acesso à moradia adequada, à cidade e a terra é um problema que se revelou um litígio estrutural, e a abordagem do processo estrutural exige um novo posicionamento do Poder Judiciário na função de facilitar a construção e a elaboração de políticas públicas, não apenas reconhecendo a existência do direito, mas fixando de forma autônoma os provimentos que conduzirão à sua concretização⁸.

Nesse sentido, a abordagem teórica do processo estrutural pode contribuir de forma essencial para o tratamento de conflitos possessórios e petitórios coletivos, na medida em que o problema habitacional ocasionado pelo grande déficit de moradia foi reconhecido como um litígio estrutural na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 828-DF, que teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Dessa maneira, não se trata apenas de conceituação doutrinária, mas de questão reconhecida em precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF)⁹ e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁰, somando-se ao decidido pelo STF na Quarta Tutela Provisória Incidental da ADPF 828.

⁶ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Diretoria de Estatística e Informações. **Déficit habitacional no Brasil por cor ou raça 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2022. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1nJBhqFcDLKBrGxS-BIBcn73UEtjkl-B5/view>. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 46, p. 196-197, abr./jun. 2003.

⁸ CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the burger court. **Harvard Law Review**, v. 96, n. 1, p. 4-61, Nov. 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr96&id=22&print=section&div=13&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 13 ago. 2024.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Relatora: Min^a. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 14 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15368120159&ext=.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2024.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.854.842/CE**. Relatora: Min^a. Nancy Andrigui, 2 de junho de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_

A ADPF 828 objetivou principalmente suspender atos do Poder Público relativos a despejos, desocupações e reintegrações de posse, para proteger o direito social à saúde, bem como os direitos fundamentais à vida e à moradia, na medida em que se poderia agravar a condição de vulnerabilidade de inúmeras famílias durante a crise sanitária.

Em sessão de 1.º de novembro de 2022, o Pleno do STF, por maioria, proferiu decisão na ADPF 828 e determinou a observância por parte do Sistema de Justiça de uma série de quesitos para que possam ser cumpridos os mandados de reintegração de posse em ocupações coletivas, especialmente com a instalação das Comissões de Soluções Fundiárias, que deverão ser estruturadas dentro dos tribunais visando alcançar um regime de transição para um estado de coisas futuro¹¹.

Diante do exposto, questiona-se: de que maneira a atuação das Comissões de soluções fundiárias pode ser compreendida como um meio para o tratamento adequado dos conflitos fundiários coletivos tratados pela ADPF 828 por intermédio do processo estrutural? Levanta-se a hipótese de que o problema habitacional do nosso país, ocasionado pelo grande déficit de moradia foi reconhecido na ADPF 828 como um litígio estrutural e de que a adoção das Comissões de Soluções Fundiárias foi uma medida estruturante criada pelo STF voltada para os Tribunais, tendo em vista alterar o estado de desconformidade provocado pelas violações maciças do direito à moradia e do acesso à terra pelo Estado brasileiro.

Justifica-se a investigação porque não se pode dar efetividade à proteção da moradia prevista constitucionalmente sem entender que se trata de violações resultantes da inconsistência de políticas públicas de garantia à moradia digna à população, no campo ou nas cidades. Logo, é um problema estrutural; sendo reconhecido como tal, faz-se necessário conduzir o processo de forma dialógica e cooperativa com os sujeitos envolvidos em sua eventual superação.

Utiliza-se o método de abordagem dedutivo. Adotaram-se as técnicas de pesquisa bibliográfica narrativa, com a sistematização dos argumentos dos autores sobre processo estrutural citados na jurisprudência dos tribunais superiores. A pesquisa documental foi usada de forma complementar, com a identificação da jurisprudência paradigmática do STF e do STJ sobre processo estrutural e direito

registro=201901607463&dt_publicacao=04/06/2020. Acesso em: 13 ago. 2024.

¹¹ GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 20, n. 3, p. 365, set./dez. 2019.

à moradia, bem como da legislação em vigor mencionada pelas decisões, normas internacionais de Direitos Humanos e resoluções do Conselho Nacional de Direitos Humanos sobre o tema.

Para o desenvolvimento do acima proposto, o presente trabalho está dividido em três seções.

Em um primeiro momento, discorre-se acerca do arcabouço normativo e jurisprudencial no que tange aos conflitos fundiários de dimensão coletiva e ao modo como eles têm sido tratados pelos poderes estatais, demonstrando o estado da arte sobre a temática, com enfoque principal nos atos normativos que definem a matéria e nas determinações da ADPF 828.

Na segunda seção, abordam-se aspectos gerais do processo estrutural, sua conceituação, suas características e sua fundamentação legal e doutrinária, consolidadas principalmente a partir da vigência do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, em que houve a positivação de institutos como os princípios da primazia do mérito e da atividade cooperativa, previstos nos arts. 4.º e 6.º do CPC, e a flexibilização procedimental, com o tratamento do conflito fundiário coletivo como um problema estrutural.

Por fim, averigua-se como as Comissões de Soluções Fundiárias podem ser consideradas instrumentos de efetividade para o tratamento do problema estrutural ligado à moradia no país. Conclui-se que se trata de uma medida estruturante criada pela ADPF 828, para o estabelecimento de espaços de consenso dentro do Poder Judiciário a fim de que todos os envolvidos possam apresentar possíveis soluções para as pessoas que não têm acesso à moradia ou à terra.

2. Sistematização normativa para o tratamento adequado de conflitos fundiários coletivos e ADPF 828

A presente seção objetiva sistematizar o conjunto normativo que conduz o tratamento adequado de conflitos fundiários no Brasil e verificar em que medida essas determinações e orientações contribuem para o atual estado de coisas, após a ADPF 828, com o estabelecimento e a estruturação das Comissões de Soluções Fundiárias em todo o país.

Os conflitos fundiários coletivos desafiam o Sistema de Justiça na medida em que exigem, para sua solução, a organização e a comunhão de esforços contínuos empreendidos por atores de dentro e de fora do processo no planejamento e na implementação de políticas públicas que respondam às demandas da coletividade. Para a satisfação dos múltiplos interesses em jogo, que atingem direitos fundamentais, como o acesso à terra, à moradia, à cidade e à segurança, soluções complexas de médio e longo prazo precisam ser elaboradas pelos atores públicos e privados envolvidos¹².

Antes que se possa cogitar a descrição do desenho jurídico que deve orientar o tratamento dos conflitos coletivos pela posse e/ou pela propriedade, é necessário estabelecer uma definição possível da dimensão coletiva de tais conflitos, na esfera urbana e na rural, com a finalidade de delimitar o objeto a que se destina o tratamento específico e adequado do problema estrutural.

Uma definição possível, não definitiva, específica para a esfera urbana, pode ser encontrada na Resolução Recomendada n.º 87/2009¹³ do Conselho Nacional das Cidades, que, a seu tempo, recomendou ao Ministério das Cidades a instituição de uma Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos¹⁴. Nela, o conflito fundiário urbano é aquele em que há disputa pela posse ou pela propriedade de imóvel urbano ou aquele que resulta do impacto de empreendimentos em famílias de baixa renda e outros grupos vulneráveis, que demandam a proteção do Estado para garantir o direito humano à cidade.

O mesmo ato normativo já indicava a necessidade de conceber e elaborar, de forma sistemática, as soluções para o problema complexo da moradia e do acesso à terra urbanizada, pela via do consenso, ao estabelecer, em seu art. 3.º, III, que a mediação de conflitos fundiários urbanos é “processo envolvendo as partes afetadas pelos conflitos, instituições e órgãos públicos e entidades da sociedade civil

¹² MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. Curitiba: Íthala, 2017. p. 50-77.

¹³ BRASIL. Ministério das Cidades. Resolução Recomendada n.º 87, de 8 de dezembro de 2009. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, n. 98, p. 88, 25 maio 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/composicao/orgaos-colegiados/arquivos/conselho-das-cidades/resolucoes-recomendadas/resolucao-87-2009.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

¹⁴ Até o momento, o texto final da Política não foi efetivamente determinado, mas é possível consultar a proposta preliminar, cuja base foi elaborada pelo Conselho Nacional das Cidades em 2009. Alterações foram feitas ao longo dos anos pelo Grupo de Trabalho de Conflitos Fundiários Urbanos: BRASIL. Ministério das Cidades. **Proposta preliminar da política elaborada pelo Conselho Nacional das Cidades em 2009**. Brasília: Ministério das Cidades, [2009]. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/composicao/orgaos-colegiados/conselho-das-cidades/proposta-preliminar-da-politica-nacional-de-conflitos-fundiarios-urbanos>. Acesso em: 30 jul. 2023.

vinculados ao tema, que busca a garantia do direito à moradia digna e adequada e impeça a violação dos direitos humanos”¹⁵.

No que se refere à conflituosidade coletiva fundiária rural, outros direitos também estão em disputa, como o acesso à terra que cumpra sua função social, na medida em que funciona como condição de possibilidade para o exercício de outros direitos – inclusive o de acesso à justiça. Além disso, também resultado do processo histórico de acumulação de terras e de segregação especial acima descrito¹⁶, um conjunto de conflitos sociais tem emergido, ao longo dos últimos anos, pela via das ações possessórias coletivas¹⁷ no âmbito rural.

Na ausência de uma definição normativa nacional, para fins deste artigo, utilizamos a definição de conflito coletivo rural adotada pelo Tribunal de Justiça do Pará na Resolução n.º 18/2005¹⁸, que esclarece a competência jurisdicional das varas agrárias no estado e as delimita como responsáveis pelo julgamento das causas que, em virtude da natureza da lide ou da qualidade das partes, compreendem os litígios coletivos pela posse ou propriedade de terra em áreas rurais, excluídas as demandas individuais.

A alta administração judiciária reconhece que experimentamos “acirradas disputas interpretativas em torno da posse e da propriedade de bens imóveis”¹⁹ e que tais litígios, quando coletivamente considerados, são marcados por controvérsias relacionadas aos direitos fundamentais de moradia e às políticas públicas que lhes são correspondentes.

¹⁵ BRASIL. Ministério das Cidades. **Proposta preliminar da política elaborada pelo Conselho Nacional das Cidades em 2009**. Brasília: Ministério das cidades, [2009]. p. 3. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/composicao/orgaos-colegiados/conselho-das-cidades/proposta-preliminar-da-politica-nacional-de-conflitos-fundiarios-urbanos>. Acesso em: 30 jul. 2023.

¹⁶ MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. p. 50-55.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de Processo Civil**. Brasília: CNJ, 2021. Relatório final de pesquisa. Série Justiça Pesquisa. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/528>. Acesso em: 13 ago. 2024.

¹⁸ PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Resolução nº 18/2005-GP de 26 de outubro de 2005**. Belém: Tribunal de Justiça do Estado do Pará, [2005]. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=8800>. Acesso em: 2 mar. 2024.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de Processo Civil**. p. 13.

O CPC de 1973 não previa expressamente procedimentos específicos para o tratamento do conflito possessório coletivo. A primeira (e única) menção ao processo em que se disputa coletivamente a posse de terra ocorreu apenas com a Lei n.º 9.415/1996, que adicionou ao antigo art. 82, entre as atribuições do Ministério Público, a intervenção do órgão ministerial naqueles processos que envolvessem o litígio coletivo pela posse de terra rural.

Já o CPC de 2015, ao incorporar parcialmente alguns debates doutrinários que orientavam no sentido de conferir tutela processual específica às ações possessórias coletivas, introduziu, no ordenamento jurídico nacional, um diferente regramento das ações possessórias, especialmente para aquelas assim denominadas de “posse velha”²⁰, em que a posse questionada já data de mais de ano e dia, com reconhecimento da necessidade de regulamentar uma tutela coletiva da posse²¹.

Tal normativa foi estruturada no art. 565 do CPC, que cuida do litígio coletivo pela posse de imóvel e estabelece a necessidade de designação de audiência de mediação para os casos em que a posse questionada data de mais de ano e dia.

O ano de 2015 também ficou marcado pela positivação na Lei n.º 13.140²², que regulamentou os aspectos da mediação de conflitos, com capítulo específico destinado à autocomposição de conflitos com a Administração Pública. A segunda seção da referida Lei instituiu um novo marco interpretativo quanto à possibilidade de composição de interesses com o Estado – cuja relevância é evidente quando se constata que muitos conflitos ocorrem em virtude da ocupação ou da destinação do uso de terras públicas²³.

O paradigma anterior adotado pela Administração Pública, de modo geral, alinhava-se ao clássico princípio da indisponibilidade do interesse público, razão

²⁰ SPENGLER, Fabiana Marion; VANIN, Fábio Scopel. Os conflitos fundiários urbanos no processo judicial: possibilidades de aplicação dos meios alternativos para a solução de controvérsias. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 4, p. 2787, dez. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/34817/27234>. Acesso em: 11 jul. 2023.

²¹ CARVALHO, Cláudio Oliveira de; RODRIGUES, Raoni. O novo Código de Processo Civil e as ações possessórias: novas perspectivas para os conflitos fundiários coletivos? *Revista de Direito da Cidade*, v. 7, n. 4, n. especial, p. 1750-1770, fev. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/20912/15356>. Acesso em: 14 jul. 2023.

²² BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Lei da mediação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de Processo Civil**. p. 140.

pela qual a Administração deveria abster-se de compor e de buscar os meios administrativos e jurisdicionais para o alcance das finalidades específicas definidas em normas. A assim denominada “Lei de Mediação”, portanto, oferece importantes mecanismos que contribuem para a gestão adequada de conflitos complexos que envolvem o interesse público²⁴. Exemplificativamente, a considerar a necessidade de uma leitura sistematizada da legislação processual, não é possível aplicar os preceitos do art. 565 do CPC sem o suporte da Lei n.º 13.140/2015.

Em continuidade, outras legislações que interessam ao tratamento do conflito possessório coletivo incorporaram o privilégio às metodologias de autocomposição para o tratamento de conflitos complexos que envolvam as questões fundiárias urbanas e rurais.

O principal exemplo encontra-se na Lei n.º 13.465/2017²⁵, a Lei de Reurb, que dispõe sobre a regularização fundiária urbana e rural. A norma lista, em seu art. 10, os objetivos gerais da regularização fundiária urbana a serem observados pela União, pelos Estados e pelos Municípios, entre os quais o estímulo à resolução extrajudicial de conflitos.

Também há a orientação normativa que menciona expressamente a necessidade de mediar os conflitos fundiários coletivos na Resolução n.º 10/2018 do Conselho Nacional de Direitos Humanos. Entre seus “considerandos”, são mencionadas as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos 3, de 2009, que prevê, em seus objetivos estratégicos, o acesso à justiça no campo e na cidade e aponta como meios para tais garantias a criação de um marco legal para a mediação de conflitos fundiários urbanos e a institucionalização da mediação nas demandas de conflitos coletivos agrários e urbanos²⁶.

Essa organização normativa conduz à conclusão de que, diante de conflitos coletivos pela posse urbana ou rural, que revelam o contexto brasileiro de distribuição desigual da terra e de moradias adequadas e colocam em risco diversos outros

²⁴ GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. São Paulo: JusPODIVM, 2019. p. 35.

²⁵ BRASIL. **Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Direitos Humanos. **Resolução n.º 10, de 17 de outubro de 2018**. Brasília: CNDH, [2018]. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/outubro/resolucao-para-garantia-de-direitos-humanos-em-situacoes-de-conflitos-por-terra-e-aprovada-pelo-conselho-nacional-dos-direitos-humanos/copy_of_Resoluon10Resoluosobreconflitospossessoriosruraiseurbanos.pdf. Acesso em: 30 jun. 2023.

direitos fundamentais, é necessário estabelecer um regime de diálogos interinstitucionais, dentro ou fora do processo judicializado.

O conjunto normativo acima descrito soma-se ao decidido pelo STF na Quarta Tutela Provisória Incidental da ADPF 828. A decisão contribuiu para o estabelecimento do Poder Judiciário como arena qualificada para as disputas fundiárias. Por essa razão, também se justifica a investigação sobre as técnicas de tratamento de problemas estruturais, com o objetivo de qualificar a intervenção jurisdicional em políticas públicas, considerada em sua perspectiva tradicional (como instância decisória e revisora) ou mais contemporânea (como instância mediadora ou facilitadora da reestruturação).

Após o princípio da pandemia de Covid-19, em março de 2020, uma problemática conflituosa começou a se anunciar: de um lado, a propagação de orientações da Organização Mundial de Saúde para que as pessoas se mantivessem em casa e evitassem deslocamentos e aglomerações desnecessárias a fim de evitar a propagação do vírus e a sobrecarga do sistema de saúde pública; de outro lado, o andamento de ações judiciais e administrativas que implicavam ou poderiam resultar em despejos e remoções de grande número de pessoas – incluídas ou não entre os principais grupos de risco para a doença.

A situação de insegurança jurídica sobre a posse, aliada ao contexto de medo provocado pelo coronavírus, cujos efeitos eram até então desconhecidos, conduziu ponderações legais e jurídicas que resultaram em legislações estaduais, as quais determinaram a suspensão do cumprimento de mandados de reintegração de posse²⁷, no lançamento da campanha Despejo Zero²⁸ e, finalmente, em abril de 2021, no ajuizamento da ADPF 828²⁹. O objetivo dessa ação era a suspensão de todos os processos e procedimentos, de quaisquer natureza, que visassem à expedição de

²⁷ OLIVEIRA, Juliana Andrea; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha. Remoções forçadas no contexto da pandemia de COVID-19: entre o direito e o dever de moradia. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico*, v. 7, n. 12, p. 181-194, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibdu.org.br/index.php/direitourbanistico/article/view/oliver_rbdu12. Acesso em: 14 jul. 2023.

²⁸ A Campanha Nacional “Despejo Zero: Em Defesa da Vida no Campo e na Cidade” objetivava denunciar ações de despejo e de reintegração de posse, bem como pautar na agenda pública a urgência da garantia do direito à moradia digna e da demarcação de terras indígenas e quilombolas. O acervo da campanha pode ser consultado no link: DESPEJO Zero: em defesa da vida no campo e na cidade. *Campanha Nacional #despejzero*: em defesa da vida no campo e na cidade, c2020. Disponível em: <https://www.campanhadespejzero.org/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6155697>. Acesso em: 12 jul. 2023.

medidas judiciais ou administrativas importando na remoção ou no despejo de pessoas enquanto perdurassem os efeitos da crise sanitária.

A ADPF recebeu o apoio de muitas entidades, instituições e movimentos da sociedade civil organizada, que foram aceitos no processo na condição de *amici curiae*. O Ministro Relator suspendeu cautelarmente os despejos e as reintegrações de posse, judiciais ou administrativos, coletivos ou individuais, em todo o país, por três vezes ao longo dos anos de 2021 e 2022.

Contudo, identificada a mudança no contexto da crise sanitária, com o advento das vacinas e a redução no número de mortes provocadas pelo vírus, em outubro de 2022, no julgamento da Quarta Tutela Provisória Incidental nos autos da ADPF, o Relator, em decisão submetida ao Plenário do STF, que a referendou, estabeleceu um regime de transição para a retomada da execução das decisões judiciais ou administrativas anteriormente suspensas.

O regime determinado pelo STF incluiu a imediata criação, por todos os Tribunais, de Comissões de Conflitos Fundiários³⁰ que possam, entre tantas outras atribuições, oferecer apoio operacional aos magistrados responsáveis por ações possessórias coletivas, urbanas ou rurais, realizar visitas aos locais sob litígio e conduzir audiências de mediação que contem com a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos dos executivos responsáveis pela política agrária e urbana.

Após a decisão, até abril de 2023, mais da metade dos Tribunais brasileiros deram cumprimento formal à determinação de instalar tais Comissões, consideradas suas especificidades regionais, e de iniciar o estabelecimento de espaços próprios para a mediação dos conflitos fundiários coletivos e a retomada das ações possessórias coletivas após a pandemia³¹.

³⁰ Presentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) prefere nominar tais Comissões “Comissões de Soluções Fundiárias”, o que se deduz de sua Resolução n.º 510, de 2023 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 510, de 26 de junho de 2023**. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro. Acesso em: 30 jun. 2023).

³¹ FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; NORONHA, Silvia Gomes; ALENCAR, Thais Viana de. A ADPF n.º 828-DF e a criação de comissões de conflitos fundiários: uma análise do cumprimento da decisão pelos tribunais brasileiros. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 6., 2023. **Acesso à justiça**: política judiciária, gestão e administração da justiça III. Florianópolis: Conpedi, 2023. p. 134-155. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/4k6wgq8v/0edbt8to/KFJG3aSN1A92tV7Z.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

Em seguida, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução n.º 510, de 26 de junho de 2023, que regulamentou a criação da Comissão Nacional de Soluções Fundiárias, estabeleceu diretrizes para a realização de visitas técnicas às áreas objeto dos litígios fundiários e instituiu um protocolo para o tratamento das ações judiciais que cuidem de despejos e reintegrações de posse em imóveis destinados à moradia coletiva ou de área produtiva de populações consideradas vulneráveis³².

O STF também estabeleceu que as Comissões podem auxiliar outros Tribunais em regime de cooperação, especialmente para elaborar os critérios e as estratégias para que as eventuais ordens de reintegração de posse não ocorram ao mesmo tempo. Tal determinação opera como um indicativo de que é necessário observar o problema de forma estrutural e compreender os impactos mais amplos das decisões e soluções construídas em processos específicos para o planejamento da distribuição do acesso à terra e à moradia, na cidade ou no campo.

Já o texto da Resolução n.º 510/2023 estabeleceu atribuições específicas para a Comissão Nacional de Soluções Fundiárias, instituída pelo próprio CNJ. O desenho proposto pelo CNJ revela um esforço da administração judiciária de inserir o Poder Judiciário mais amplamente no debate e no planejamento das políticas públicas destinadas ao atendimento dos direitos de acesso à terra, à moradia e à cidade, uma vez que o Judiciário é também um ator importante, cujas decisões em conflitos fundiários coletivos impactam a distribuição de recursos e o planejamento das ações públicas.

No que se refere ao tratamento específico a ser conferido aos conflitos coletivos, a Resolução n.º 510/2023 confere disciplina mais protetiva que o próprio art. 565 do CPC, ao prever, em seu art. 13, § 4.º, que, para as audiências de mediação e de conciliação, deverão ser convidados, além do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos responsáveis pela política urbana e agrária interessados, as Procuradorias de Estado e do Município, representantes dos movimentos sociais eventualmente envolvidos na ocupação e outros representantes de órgãos públicos e privados que atuem nas áreas correlatas ao litígio.

Esse cenário parece concorrer para consolidar o Poder Judiciário como arena em que se realizam as disputas fundiárias no país³³, com orientação para que, sob uma

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 510, de 26 de junho de 2023**. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original13433320230628649c3905c2768.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2023.

³³ MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. p. 143.

perspectiva estrutural, as disputas encontrem métodos de tratamento adequado, que incluam técnicas de autocomposição de conflitos. A finalidade é compor amplamente interesses complexos, atendendo aos critérios de prioridade estabelecidos pelo próprio STF: a antiguidade da ocupação, a quantidade de pessoas a serem mantidas na posse ou eventualmente removidas, a titularidade das terras em conflito e o grau de consolidação da ocupação.

3. Tratamento dos conflitos fundiários coletivos como um problema estrutural

Das violações sistemáticas e reiteradas de direitos, da desestruturação de políticas públicas, da carência de efetivação de direitos fundamentais e de reiteradas omissões estatais, surge uma remodelação da atuação do Poder Judiciário. O autor norte-americano Owen Fiss propôs um modelo de *adjudication*, que, aplicado à nossa realidade, corresponderia a um novo modelo de jurisdição, no qual o Judiciário se propõe a atuar como um facilitador da reestruturação de organizações para eliminar a ameaça imposta aos valores constitucionais pelos arranjos institucionais existentes³⁴.

Assim surge o processo estrutural, que busca desenvolver ferramentas e uma infraestrutura adequada para melhorar a gestão do caso, fomentando a prolação de decisões em maior conformidade com os pleitos sociais e desestimulando as decisões do tipo *one-shot, one-way* (ou “tudo ou nada”)³⁵, já que essas mudanças não são realizadas com uma simples ordem judicial.

Tradicionalmente, os casos eminentemente individualistas e patrimonialistas são os que mais ocupam o Poder Judiciário. São processos que trazem uma lógica bipolar, em que há uma relação jurídica material entre duas pessoas, e a sentença limita-se a dirimir aquela determinada situação singular e específica. Os mecanismos clássicos do processo tornaram-se incapazes de solucionar as lides complexas e multipolares com a eficiência necessária e condizente com a garantia da dignidade humana no âmbito dos direitos transindividuais. Em razão disso, fez-se necessário, a partir de casos estrangeiros, principalmente estadunidenses, revisar institutos

³⁴ FISS, Owen M. As formas de justiça. In: FISS, Owen M. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

³⁵ MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 155.

processuais clássicos como alternativa viável para uma efetiva concretização dos valores constitucionais³⁶.

Neste sentido é que “o processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”³⁷. Dessa forma, o litígio estrutural é o gênero que pode ter como espécie a atuação judicial e a extrajudicial. A existência de um litígio estrutural pode acarretar ou não a proposição de um processo estrutural.

Superar esse estado de desconformidade é o principal escopo do processo estrutural, na medida em que visa resolver o problema não de forma superficial, mas com resultados significativos que superem aquela determinada situação caótica. Tais situações somente se resolvem a partir de uma reestruturação, refazendo as estruturas para se alcançar um estado ideal. O que se pretende quando se leva determinado problema a juízo é atingir esse estado.

Como arcabouço normativo para que o Poder Judiciário aplique decisões estruturais aos casos de litígios que apresentem questões estruturais, o ordenamento pátrio possui diversos diplomas normativos que autorizam a prolação de decisões estruturantes. Ilustrativamente, ao art. 4.º do CPC, somam-se os arts. 139, IV, e 536, § 1.º, e os arts. 493, 159-161, 862, 863 e 866-869³⁸.

A fim de evitar qualquer tipo de violação da segurança jurídica e de garantir o afastamento de qualquer tipo de subjetivismo do magistrado, o dever de fundamentação das decisões, mencionado no art. 489, § 1.º, do CPC, deve ser extremamente bem realizado.

A decisão judicial deve ser exaustiva no reconhecimento de que o caso concreto é um problema estrutural, especificando a situação de desconformidade e

³⁶ ANDRADE, Agenor de; VERBICARO, Dennis; GÓES, Gisele Santos Fernandes. Processos coletivos e processos estruturais: semelhanças e diferenças. In: MARINHO, Daniel Octávio Silva *et al.* (org.). **Fazenda Pública: atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas**. Londrina: Thoth, 2022. p. 435-448.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., 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. 46, maio 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO_ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em: 13 ago. 2024.

³⁸ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 180.

ênfatizando que a situação analisada é um tipo de problema que não se resolve com uma única providência, exigindo a tomada de uma série de atos para sua solução definitiva. Assim, o magistrado não se deve limitar ao uso de conceitos jurídicos indeterminados abstratos ou de decisões padronizadas, deve exaurir o tema, demonstrando que somente uma decisão estrutural será capaz de superar a questão estrutural e ter resultados empiricamente significativos.

Há relevante flexibilização dos princípios da congruência e da demanda, na medida em que, em um litígio estrutural, dificilmente as partes têm a real dimensão da complexidade da questão. No início da ação, não se conseguem mensurar as consequências do pedido. Por isso, a causa de pedir e a interpretação do pedido como certo e determinado sofrem relativizações. Não se faz um pedido fechado, porque os acontecimentos são fluidos, e deve haver a interpretação mais maleável possível pela característica estrutural do problema³⁹.

Quando se aborda a política pública relacionada à moradia, percebe-se a desestruturação existente. De acordo com os dados da FJP acima demonstrados (1995-2024) e os dados do IBGE sobre as comunidades urbanas⁴⁰, em 2019, havia 5.127.747 milhões de domicílios ocupados em 13.151 comunidades localizadas em 734 municípios, em todos os estados do país, incluindo o Distrito Federal.

Em relação aos dados rurais, as dificuldades do acesso a terra no campo não são diferentes. O Brasil possui cerca de 80 mil famílias à espera de assentamento, diz o Governo Federal, enquanto o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) afirma que são 100 mil pessoas⁴¹. Segundo dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT) constantes do relatório anual sobre violência no campo, em 2022, foram registrados 2.018 casos de conflitos no campo, envolvendo 909,4 mil pessoas e mais

³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 400-401, nov. 2013. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

⁴⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Geociências Coordenação de Geografia. **Aglomerados subnormais 2019**: classificação preliminar e informações de saúde para o enfrentamento à COVID-19: notas técnicas. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Nota Técnica 01/2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101717_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁴¹ MANSUR, Rafaela. Brasil tem cerca de 80 mil famílias à espera de assentamento, diz Governo Federal: MST diz que há 100 mil. *G1 Minas*, Belo Horizonte, 18 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/04/18/brasil-tem-cerca-de-100-mil-familias-a-espera-de-assentamento-diz-mst-em-mg-sao-42-acampamentos.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2023.

de 80,1 milhões hectares de terra em disputa em todo o território nacional, o que corresponde à média de um conflito a cada quatro horas⁴².

Esses dados servem para demonstrar a grande carência de efetividade do direito à moradia adequada que a população em situação de vulnerabilidade no Brasil enfrenta diuturnamente. No Brasil, o déficit habitacional tem aumentado a cada ano, isto é, com um aumento no número de pessoas vivendo em moradias inadequadas ou dos que não têm nenhum tipo de habitação na cidade e no campo.

A estruturalidade do acesso à moradia repousa, além da dimensão positiva do direito à moradia – relacionada ao direito prestacional, como os demais direitos fundamentais – na sua dimensão negativa – relacionada ao direito de defesa, em que se impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares.

Em 2 de junho de 2017, o STF, no julgamento do RE 909.943 AgR/SE⁴³, de relatoria do Ministro Edson Fachin, analisou a dimensão negativa do direito à moradia. Estava em causa a determinação judicial de adoção de medidas pelo Poder Público em virtude do risco de desabamentos em encostas e da necessidade de preservar a segurança e a moradia das pessoas ali assentadas. Nesse caso, o STF afirmou não haver violação do princípio da separação dos Poderes e determinou a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e à moradia, fixando o entendimento de que é legítimo que o Poder Judiciário imponha obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso da moradia e da segurança por risco de desmoronamento em encostas.

Diante da complexidade⁴⁴ do problema relacionado ao direito à moradia, Matheus Serafim, Eduarda França e Flavianne Nóbrega asseveram que os processos estruturais possuem grande potencial para promover o acesso à moradia, como já

⁴² CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO DOM TOMÁS BALDUINO. **Conflitos no campo Brasil 2022**. Goiânia: CPT Nacional, 2023. Disponível em: www.cptnacional.org.br/downloads?task=download.send&id=14302&catid=41&m=0. Acesso em: 13 jul. 2023.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 909.943/SE**. Relator: Min. Edson Fachin, 2 de junho de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312096459&ext=.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2024.

⁴⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 35-38.

utilizado em diversos países do chamado Sul Global, como África do Sul, Argentina, Colômbia e Índia⁴⁵.

Gabriela Samrsla Möller, ao tratar da judicialização do direito à moradia, examina alguns casos de atuação do Poder Judiciário na tutela prestacional desse direito, em contextos em que se determinou a implementação de garantias fundamentais para indivíduos em processos específicos. Nesse particular aspecto, para a autora, as decisões analisadas advindas do Poder Judiciário, majoritariamente, possuem em comum o tratamento individualizado dos problemas apresentados nas ações, sem levar em consideração que o problema da moradia digna tem complexidade bem maior por ser considerado um problema endêmico e contextual⁴⁶.

Como proposta de mecanismos processuais atuais, já que os tradicionais, conforme exposto, são limitados, a autora destaca o processo estrutural como ferramenta de tratamento adequado quando o problema decorre de falhas sistêmicas e viola direitos fundamentais, pois os maiores afetados são as pessoas em situação de vulnerabilidade. Em tais casos, concebe a autora, o Judiciário poderá utilizar remédios estruturais para a concessão de uma prestação jurisdicional mais efetiva a fim de superar as constantes violações de direitos sociais.

Para ilustrar o emprego do processo estrutural na proteção de uma tutela adequada do direito fundamental social à moradia, a autora apresenta o caso Grootboom, ocorrido na África do Sul em 1998. Cerca de 900 pessoas em extrema vulnerabilidade social, das quais 500 eram crianças, viviam em condições degradantes em um assentamento informal em Wallacedene. Procurando um melhor local para sua sobrevivência, deslocaram-se para uma propriedade privada desocupada. No entanto, o proprietário do local ajuizou uma ação para despejar as famílias, que, sem ter para onde ir, perderam os materiais de construção que poderiam utilizar em um local diferente e foram abrigados no local anteriormente ocupado pelos moradores. Com isso, Irene Grootboom e os demais demandantes requereram ao Tribunal Superior do Cabo da Boa Esperança uma ordem judicial para obrigar o governo local e federal a prover abrigo adequado e alojamento provisório, até a obtenção de um local permanente. O caso chegou à Corte Constitucional Sul-Africana.

⁴⁵ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Processos estruturais e direito à moradia no Sul Global: contribuições das experiências sul-africana e colombiana. *Revista Opinião Jurídica*, v. 19, n. 32, p. 151, set./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3749>. Acesso em: 13 ago. 2024.

⁴⁶ MÖLLER, Gabriela Samrsla. *Proteção à moradia adequada pelo processo estrutural*: litígios e comportamento das Cortes. Londrina: Thoth, 2021. *E-book*. p. 37-38.

A Corte decidiu que assistia razão aos requerentes e emitiu uma ordem declarativa, na qual determinou que o Estado cumprisse sua obrigação constitucional. A Corte encarregou a Comissão de Direitos Humanos de controlar o cumprimento pelo Estado, com a ordem de que deveria ser implementado um programa razoável de política habitacional. Segundo Möller, um dos mais importantes efeitos do caso Grootboom foi a criação de uma política pública destinada a oferecer uma atenção especial às pessoas que perderam sua moradia⁴⁷.

Com casos semelhantes aos da África do Sul, o Brasil também padece do grave problema social da moradia. Conforme demonstram os números acima mencionados, há falta de acesso a lugares que ofereçam condições mínimas de habitação, e muitas pessoas estão em situação de rua ou habitam casas inadequadas para se viver, como favelas e locais improvisados. A busca do acesso a esse direito deve fazer com que o Judiciário inove seu formato de prestação jurisdicional para alterar esse crítico estado de violações.

Uma das vigas do processo estrutural é exatamente a promoção do regime de transição entre a situação desestruturada e a situação de conformidade. O juiz, de forma cooperativa com as partes, estabelece os meios, a intensidade e o tempo das medidas estruturantes – de forma constante até que haja a superação do problema estrutural, ao menos de forma parcial.

Essas determinações devem vir acompanhadas das regras de transição, que necessitam ser o mais possível amenas e elaboradas com base no diálogo, respeitando o art. 23 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942⁴⁸, que prevê a obediência à segurança jurídica para o novo regramento ou o novo direito a fim de não surpreender as pessoas que estão acostumadas com a situação anterior. Essa foi a concepção adotada no julgamento da ADPF 828.

O STF, ao tratar da temática envolvendo o direito à moradia e à saúde de pessoas vulneráveis no contexto da ADPF 828, reconheceu a estruturalidade do problema e entendeu que a execução simultânea de milhares de ordens de desocupação, destinadas a milhares de famílias vulneráveis, geraria o risco de convulsão social. Assim, determinou a adoção do referido regime de transição pelos Tribunais quanto às ocupações coletivas, instituindo a Comissão de Conflitos Fundiários com

⁴⁷ MÖLLER, Gabriela Samrsl. *Proteção à moradia adequada pelo processo estrutural*. p. 137-149.

⁴⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

a atribuição de realizar visitas técnicas, audiências de mediação e proposições de soluções para um tratamento mais digno e humano para a resolatividade daqueles processos.

4. Comissões de Soluções Fundiárias como instrumento de tratamento do problema estrutural

Considerando as atribuições que lhes foram conferidas pelo STF e pelo CNJ, as Comissões de Soluções Fundiárias constituem-se medidas estruturantes por funcionarem como um dos instrumentos necessários ao atingimento do plano de tratamento adequado dos conflitos possessórios impostos a todo o Poder Judiciário na ADPF 828 e na Resolução 510 do CNJ.

Relatório Final de Pesquisa “Justiça Pesquisa” do Edital n. 2/2019 do Conselho Nacional de Justiça⁴⁹ demonstrou a necessidade de reestruturação pelo Judiciário no monitoramento das ações possessórias coletivas de bens imóveis. Dados do relatório demonstraram que os conflitos fundiários, ao entrarem como processo judicial, são distribuídos com diversas classes, como possessórias, demarcatórias, declaratórias, reivindicatórias, ações de despejo, desapropriação, usucapião, entre outras, além de não terem a devida identificação do polo passivo como uma coletividade, o que dificulta o acompanhamento e supervisão desses processos que possuem grandes impactos sociais.

As Comissões de Soluções Fundiárias passaram a ter como uma de suas funções o mapeamento e monitoramento dos conflitos coletivos pela posse da terra e pela moradia (art. 1º, § 1º, IV, da Res. 510/CNJ), com o objetivo de executar ações que tenham por finalidade a busca consensual de soluções para os conflitos fundiários coletivos e a garantia dos direitos fundamentais das partes envolvidas nos casos de reintegração de posse (art. 1º, § 4º, II, da Res. 510/CNJ).

Dessa forma, o que se nota é que a criação das Comissões é uma resposta difusa e orientada para o futuro, adotada pela Suprema Corte, cuja finalidade é auxiliar o gerenciamento dos litígios estruturais que envolvem o acesso à terra, à moradia adequada e à cidade no país, sendo as responsáveis pela realização de visitas

⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de Processo Civil.

técnicas em áreas de conflito e pela condução da busca por soluções consensuais para os litígios fundiários coletivos, a partir da interlocução com as partes e autoridades envolvidas e estabelecimento de diretrizes que garantam direitos humanos e evitem o agravamento do problema estrutural.

Ao se posicionarem e se estabelecerem como espaço de construção de soluções negociadas das disputas fundiárias, as Comissões de Soluções Fundiárias contribuem para a renovação do papel do Poder Judiciário no tratamento dos conflitos fundiários, alinhando-se à regra de direito internacional segundo a qual o despejo e o remanejamento forçado são as últimas soluções a serem adotadas em controvérsias possessórias⁵⁰.

Nesse cenário, as Comissões operam como um ambiente em que atores públicos e privados possam se engajar em possíveis soluções de planejamento de políticas públicas pensadas sistemicamente para se evitarem os impactos negativos que os litígios possessórios geram no déficit de acesso à terra urbanizada, à moradia adequada e à reforma agrária no Brasil.

Nota-se que a ADPF 828 aplicou medidas estruturantes ao próprio Poder Judiciário ao determinar o monitoramento pelos tribunais das ações coletivas pela posse da terra e da moradia, impôs que o Judiciário dê tratamento adequado aos conflitos fundiários a partir dos mecanismos autocompositivos, estabeleceu que, no caso concreto, deva se realizar um plano não apenas para reintegrar a posse do autor, mas também que se criem soluções alternativas ao despejo que contemplem o realojamento da população afetada, tudo isso para que se evitem ordens judiciais que agravem o cenário de violações sistêmicas do direito à moradia no país.

Por isso, foi determinada a criação das Comissões como forma de mitigar o impacto dessas decisões na sociedade, a fim de que se adotassem soluções adequadas à resolutividade desse problema. Altera-se assim a lógica da decisão tradicional e bipolar, do tudo ou nada, para criar camadas de soluções graduais e estratégicas de maneira a fomentar, nos poderes públicos competentes, uma política habitacional que ofereça programas e serviços eficazes e que venham a proporcionar às famílias condições dignas de moradia de acordo com sua função social garantida na legislação.

⁵⁰ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. **General comment 7: the right to adequate housing (art. 11.1 of the Covenant): forced evictions**. Geneva: OHCHR, 1997. Disponível em: <http://www.direitoamoradia.fau.usp.br/?p=13642&lang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2023.

Portanto, reconhecer que o conflito fundiário coletivo deva ser tratado como um problema estrutural e reconhecer que o processo estrutural é um meio com grande potencialidade de transformação dessa realidade é admitir que as soluções consensuais, implementadas no diálogo entre as partes por meio do emprego de técnicas como a mediação, a conciliação e a aplicação de negócios jurídicos processuais, possibilitam que os acordos sejam plenamente cumpridos, pois advêm da livre manifestação das partes a partir do conhecimento de sua realidade.

Dessa maneira, para enfrentar a problemática da judicialização de litígios policêntricos em processos individuais, como os relacionados ao direito à moradia, o processo estrutural deve ser um mecanismo de expansão do diálogo interinstitucional, uma vez que a formação do juízo partirá da cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, com a construção de soluções consensuais coletivas com eficácia social ampla⁵¹, na qual as várias posições e os diversos interesses possam se fazer ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional, reforçando uma democracia participativa e a legitimidade democrática da decisão proferida pelo Judiciário.

5. Conclusão

O presente artigo propôs-se a investigar de que maneira a atuação das Comissões de soluções fundiárias pode ser compreendida como um meio para o tratamento adequado dos conflitos fundiários coletivos tratados pela ADPF 828 por meio do processo estrutural. Tomando-se por base uma análise teórica, verificou-se que o tratamento de conflitos ligados à moradia no campo e na cidade foi reconhecido pelo STF na ADPF 828 como uma demanda de alta complexidade, exigindo que o Poder Judiciário criasse instrumentos para que a prestação jurisdicional não resultasse no agravamento da situação de vulnerabilidade de milhares de famílias no campo e na cidade. Nota-se que a incorporação da ADPF 828 em nosso sistema jurídico possibilitou a adoção de critérios mínimos para que princípios e garantias fundamentais relacionados à segurança da posse possam ser implementados a exemplo do que já vem sendo aplicado com indicativo positivo em outros países do Sul Global.

⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 1130.

Com a implementação das medidas cautelares referendadas pelo plenário do Supremo, houve a determinação da instalação de Comissões de Conflitos Fundiários por todos os tribunais do país, como uma nova arquitetura jurídica que tem por finalidade realizar o tratamento adequado dos conflitos fundiários coletivos por meio de ferramentas autocompositivas.

Considerando a revisão de literatura sobre processo estrutural e mediação em conflitos coletivos, é possível identificar que as Comissões de Soluções Fundiárias constituem novas formas de tratamento dessas questões tão complexas e multipolares que são o acesso à terra e à moradia adequada. Por meio do gerenciamento de conflitos, essa estrutura pode fomentar a instauração de um ambiente negocial próprio do conflito judicial em andamento, servindo como um órgão de apoio à atividade jurisdicional destinado ao diálogo, para entregar soluções pacificadoras a essas demandas, na busca sempre de respostas mais eficazes que venham promover cidadania e consolidar direitos. Conclui-se, assim, que a proposta desenhada pela ADPF 828 é compatível com a abordagem teórica do processo estrutural. Sugere-se que os resultados obtidos com a presente análise sejam testados por pesquisas empíricas, para avaliar os efeitos práticos e o alcance dessa reestruturação proposta pelo Poder Judiciário a partir da ADPF 828.

Referências

ANDRADE, Agenor de; VERBICARO, Dennis; GÓES, Gisele Santos Fernandes. Processos coletivos e processos estruturais: semelhanças e diferenças. In: MARINHO, Daniel Octávio Silva *et al.* (org.). **Fazenda Pública**: atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas. Londrina: Thoth, 2022. p. 435-449.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro. Acesso em: 13 ago. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 1123-1146.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 1103-1122.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais**: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do novo Código de Processo Civil. Brasília: CNJ, 2021. Relatório final de pesquisa. Série Justiça Pesquisa. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/528>. Acesso em: 13 ago. 2024.

CARVALHO, Cláudio Oliveira de; RODRIGUES, Raoni. O novo Código de Processo Civil e as ações possessórias: novas perspectivas para os conflitos fundiários coletivos? **Revista de Direito da Cidade**, v. 7, n. 4, n. especial, p. 1750-1770, fev. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/20912/15356>. Acesso em: 14 jul. 2023.

CHAYES, Abram. Foreword: public law litigation and the burger court. **Harvard Law Review**, v. 96, n. 1, p. 4-61, Nov. 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/hlr96&id=22&print=section&div=13&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 13 ago. 2024.

CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO DOM TOMÁS BALDUINO. **Conflitos no campo Brasil 2022**. Goiânia: CPT Nacional, 2023. Disponível em: www.cptnacional.org.br/download?task=download.send&id=14302&catid=41&m=0. Acesso em: 13 jul. 2023.

DESPEJO Zero: em defesa da vida no campo e na cidade. **Campanha Nacional #despejozero**: em defesa da vida no campo e na cidade, c2020. Disponível em: <https://www.campanhadespejozero.org/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

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.academia.edu/42872474/ELEMENTOS_PARA_UMA_TEORIA_DO_PROCESSO_ESTRUTURAL_APLICADA_AO_PROCESSO_CIVIL_BRASILEIRO. Acesso em: 13 ago. 2024.

FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; NORONHA, Silvia Gomes; ALENCAR, Thais Viana de. A ADPF nº 828-DF e a criação de Comissões de conflitos fundiários: uma análise do cumprimento da decisão pelos tribunais brasileiros. *In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI*, 6., 2023. **Acesso à justiça**: política judiciária, gestão e administração da justiça III. Florianópolis: Conpedi, 2023. p. 134-155. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/4k6wgq8v/0edbt8to/KFJG3aSN1A92tV7Z.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2023.

FISS, Owen M. As formas de justiça. *In: FISS, Owen M. Um novo processo civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Diretoria de Estatística e Informações. **Déficit habitacional no Brasil por cor ou raça 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2022. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1nJBhqFcDLKbrGxS-BIBcn73UEtJkl-B5/view>. Acesso em: 18 jul. 2023.

GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 20, n. 3, p. 358-384, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/download/41950/30563/151532>. Acesso em: 13 ago. 2024.

GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. São Paulo: JusPODIVM, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Geociências Coordenação de Geografia. **Aglomerados subnormais 2019**: classificação preliminar e informações de saúde para o enfrentamento à COVID-19: notas técnicas. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Nota Técnica 01/2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101717_notas_tecnicas.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

MANSUR, Rafaela. Brasil tem cerca de 80 mil famílias à espera de assentamento, diz Governo Federal: MST diz que há 100 mil. **G1 Minas**, Belo Horizonte, 18 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/04/18/brasil-tem-cerca-de-100-mil-familias-a-espera-de-assentamento-diz-mst-em-mg-sao-42-acampamentos.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2023.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Salvador: JusPODIVM, 2021.

MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. Curitiba: Íthala, 2017.

MÖLLER, Gabriela Samrsla. **Proteção à moradia adequada pelo processo estrutural**: litígios e comportamento das Cortes. Londrina: Thoth, 2021. *E-book*.

OLIVEIRA, Juliana Andrea; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha. Remoções forçadas no contexto da pandemia de COVID-19: entre o direito e o dever de moradia. **Revista Brasileira de Direito Urbanístico**, v. 7, n. 12, p. 181-194, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibdu.org.br/index.php/direitourbanistico/article/view/oliver_rbdu12. Acesso em: 14 jul. 2023.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 177-202.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 46, p. 193-244, abr./jun. 2003.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Processos estruturais e direito à moradia no Sul Global: contribuições das experiências sul-africana e colombiana. **Revista Opinião Jurídica**, v. 19, n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3749>. Acesso em: 13 ago. 2024.

SPENGLER, Fabiana Marion; VANIN, Fábio Scopel. Os conflitos fundiários urbanos no processo judicial: possibilidades de aplicação dos meios alternativos para a solução de controvérsias. **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 4, p. 2787-2806, dez. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/34817/27234>. Acesso em: 11 jul. 2023.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. **General comment 7**: the right to adequate housing (art. 11.1 of the Covenant): forced evictions. Geneva: OHCHR, 1997. Disponível em: <http://www.direitoamoradia.fau.usp.br/?p=13642&lang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2023.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.854.842/CE**. Relatora: Min^a. Nancy Andrigui, 2 de junho de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901607463&dt_publicacao=04/06/2020. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 909.943/SE**. Relator: Min. Edson Fachin, 2 de junho de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312096459&ext=.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Andamento disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6155697>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Relatora: Min^a. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 14 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15368120159&ext=.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2024.

Legislação citada

BRASIL. Conselho Nacional de Direitos Humanos. **Resolução n.º 10, de 17 de outubro de 2018**. Dispõe sobre soluções garantidoras de direitos humanos e medidas preventivas em situações de conflitos fundiários coletivos rurais e urbanos. Brasília: CNDH, [2018]. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/outubro/resolucao-para-garantia-de-direitos-humanos-em-situacoes-de-conflitos-por-terra-e-aprovada-pelo-conselho-nacional-dos-direitos-humanos/copy_of_Resoluon10Resoluosobreconflitospossessriosruraiseurbanos.pdf. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 510, de 26 de junho de 2023**. Regulamenta a criação, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais, respectivamente, da Comissão Nacional de Soluções Fundiárias e das Comissões Regionais de Soluções Fundiárias. Brasília: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original13433320230628649c3905c2768.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992.** Atos internacionais. Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: Presidência da República, [1992]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n.º 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Promulga a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília: Presidência da República, [1969]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Proposta preliminar da política elaborada pelo Conselho Nacional das Cidades em 2009**. Brasília: Ministério das cidades, [2009]. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/composicao/orgaos-colegiados/conselho-das-cidades/proposta-preliminar-da-politica-nacional-de-conflitos-fundiarios-urbanos>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Ministério das Cidades. Resolução Recomendada n.º 87, de 8 de dezembro de 2009. Recomenda ao Ministério das Cidades instituir a Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 147, n. 98, p. 88-90, 25 maio 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/composicao/orgaos-colegiados/arquivos/conselho-das-cidades/resolucoes-recomendadas/resolucao-87-2009.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Resolução n.º 18/2005-GP de 26 de outubro de 2005**. Belém: Tribunal de Justiça do Estado do Pará, [2005]. Disponível em: <https://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=8800>. Acesso em: 2 mar. 2024.



O estado de coisas inconstitucional ambiental como litígio estrutural socioambiental¹

The environmental unconstitutional state of affairs as socio-environmental structural litigation

El estado de cosas inconstitucional ambiental como litigio estructural socioambiental

Laone Lago²

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisboa, Portugal)
Centro Universitário Augusto Motta (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4870-3034>
E-mail: laonelagoadv@gmail.com

Resumo

O presente trabalho analisa o processo histórico-constitucional de ascensão e fortalecimento da jurisdição constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, realizando um paralelo entre a nascente República (Constituição de 1891) e a atual Constituição da República de 1988, para, então, descrever e interpretar o controle de constitucionalidade em matéria ambiental no Brasil atual, especialmente diante de um possível e viável – talvez até necessário – estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro. Para realizar esse percurso, utiliza-se tanto da análise teórica quanto do estudo de casos, reunindo informações pretéritas acerca do assunto em reflexão para revisitar e refinar a questão pesquisada. Conclui que o fenômeno latino-americano das decisões estruturantes se apresenta como uma alternativa capaz tanto de oferecer respostas aos litígios estruturais no âmbito da jurisdição constitucional quanto permitir lançar novos olhares aos conflitos socioambientais travados acerca dos problemas envolvendo o uso e a apropriação dos recursos naturais.

¹ LAGO, Laone. O estado de coisas inconstitucional ambiental como litígio estrutural socioambiental. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 341-371, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a339>.

² Pós-doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UNIRIO). Prêmios Rui Barbosa, UNESCO, CONPEDI e de melhor trabalho da pós-graduação (mestrado). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1401186293027138>.

Palavras-chave

Jurisdição constitucional; litígios estruturais; conflitos socioambientais; estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro; decisão estruturante.

Sumário

1. Introdução. 2. Caso *Brown* na Suprema Corte americana – juntos e iguais, jamais separados. 3. Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal – novos desafios e dimensões. 3.1 Jurisdição constitucional – primeiros passos de uma doutrina fundacional. 3.2 Constituição de 1988 – consolidação do controle da constitucionalidade. 4. Consolidação da jurisdição constitucional – ADPF em uma nova dimensão. 5. Conclusão.

Abstract

This work analyzes the historical-constitutional process of the rise and strengthening of constitutional jurisdiction within the scope of the Federal Supreme Court, drawing a parallel between the nascent Republic (Constitution of 1891) and the current Constitution of the Republic of 1988, to then describe and interpret the control of constitutionality in environmental matters in current Brazil, especially in the face of a possible and viable – perhaps even necessary – unconstitutional Brazilian environmental state of affairs. To carry out this journey, both theoretical analysis and case studies are used, gathering past information about the subject under consideration to revisit and refine the researched question. It is concluded that the Latin American phenomenon of structuring decisions presents itself both as an alternative capable of offering answers to structural disputes within the scope of constitutional jurisdiction allows for new perspectives on socio-environmental conflicts involving problems concerning the use and appropriation of natural resources.

Keywords

Constitutional jurisdiction; structural disputes; socio-environmental conflicts; Brazilian environmental unconstitutional state of affairs; structuring decision.

Contents

1. Introduction. 2. Brown case in the American Supreme Court – together and equal, never separated. 3. Constitutional jurisdiction in the Federal Supreme Court – new challenges and dimensions. 3.1 Constitutional jurisdiction – first steps towards a foundational doctrine. 3.2 1988 Constitution – consolidation of control over constitutionality. 4. Consolidation of constitutional jurisdiction – ADPF in a new dimension. 5. Conclusion.

Resumen

Este trabajo analiza el proceso histórico-constitucional de surgimiento y fortalecimiento de la jurisdicción constitucional en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, trazando un paralelo entre la naciente República (Constitución de 1891) y la actual Constitución de la República de 1988, para luego describir y interpretar el control de constitucionalidad en materia ambiental en el Brasil actual, especialmente frente a un posible y viable – tal vez incluso sea necesario – estado de cosas inconstitucional ambiental brasileño. Para completar esta ruta, se utiliza tanto el análisis teórico como el estudio de casos, recopilando información pasada sobre el tema en consideración para para revisar y refinar la cuestión investigada. Se concluye que el fenómeno latinoamericano de estructuración de decisiones se presenta tanto como una alternativa capaz de ofrecer respuestas a disputas estructurales en el ámbito de la competencia constitucional como también permite abrir nuevas perspectivas sobre conflictos socioambientales que involucran problemas de uso y apropiación de los recursos naturales.

Palabras clave

Jurisdicción constitucional; disputas estructurales; conflictos socioambientales; estado de cosas inconstitucional ambiental brasileño; decisión estructurante.

Índice

1. Introducción. 2. Caso *Brown* en la Corte Suprema de Estados Unidos: juntos e iguales, nunca separados. 3. Competencia constitucional en el Tribunal Supremo Federal – nuevos desafíos y dimensiones. 3.1 Jurisdicción constitucional – primeros pasos hacia una doctrina fundacional. 3.2 Constitución de 1988 – consolidación del control de constitucionalidad. 4. Consolidación de la competencia constitucional – ADPF en una nueva dimensión. 5. Conclusión.

1. Introdução

Os conflitos socioambientais surgem (especialmente, ainda que não somente) a partir da disputa pelo (e para o) acesso aos bens e serviços ambientais, ou seja, são conflitos travados acerca dos problemas envolvendo o uso e a apropriação dos recursos naturais. Segundo Henri Acselrad, os conflitos socioambientais refletem o fenômeno da imposição desproporcional dos riscos ambientais às populações

menos dotadas de recursos financeiros, políticos e informacionais³. Nessa linha de entendimento, não seriam eles simples consequências espontâneas dos processos de exploração dos recursos naturais, e sim produzidos a partir das diferentes formas de apropriação mediadas pelas relações desiguais de poder⁴. Em outras palavras, são inerentes às sociedades humanas, demandando, portanto, não só o diálogo como diretriz e norte, mas também – e muito particularmente – a sua percepção e constatação real de existência⁵.

O cenário ambiental – e, obviamente, o socioambiental – brasileiro é historicamente desafiador; trata-se de um quadro complexo pautado por avanços e guiado por retrocessos. Diversas são as demandas que, cada vez mais, batem às portas do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, tendo como pretensão, por exemplo, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental no Brasil. O fenômeno do estado de coisas inconstitucional foi incorporado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347⁶, haja vista a violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais envolvendo o sistema penitenciário e carcerário nacional, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas, cuja modificação dependeria de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. É nesse âmbito que o Poder Judiciário – como agente de viabilização do diálogo constitucional – pode (ou poderá) ser demandado a reestabelecer os esforços, posturas e ações de respeito aos direitos fundamentais, superando os bloqueios políticos e/ou institucionais, especialmente em matéria ambiental.

³ ACSELRAD, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. In: ACSELRAD, Henri (org.). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004. p. 13-35.

⁴ SOUZA, Leandro Ricarte Castro de; MILANEZ, Bruno. Conflitos socioambientais, ecologia política e justiça ambiental: contribuições para uma análise crítica. **Perspectiva Geográfica**, v. 11, n. 14, p. 2-12, 2016. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/pgeografica/article/view/15568>. Acesso em: 25 fev. 2024.

⁵ BRITO, Daguiete Maria Chaves *et al.* Conflitos socioambientais no século XXI. **PRACS: Revista de humanidades do curso de ciências sociais da UNIFAP**, n. 4, p. 51-58, dez. 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233923139.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

⁶ 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, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

O estado de coisas inconstitucional ambiental foi reconhecido pela primeira vez no voto de mérito exarado pela ministra Cármen Lúcia, relatora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 760⁷. Consta no seu dispositivo o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento da Floresta Amazônia e de omissão do Estado brasileiro em relação à função protetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado”, bem como determinação para que a União e os órgãos e entidades federais formulem e apresentem, em até sessenta dias, um plano de execução efetiva e satisfatória relacionado ao Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal, conforme “cronogramas, metas, objetivos, prazos, projeção de resultados com datas e indicadores esperados, incluídos os de monitoramento e outras informações necessárias para garantir a máxima efetividade do processo e a eficiente execução de políticas públicas”⁸.

No voto inicialmente proferido pela ministra Cármen Lúcia, a expressão “estado de coisas inconstitucional” é citada, abordada ou ao menos reproduzida em doze passagens. Consta logo nos primeiros parágrafos entendimento no sentido de que os demandantes apontaram haver abandono deliberado por parte do Governo Federal em relação às ações para prevenção e controle do desmatamento na Amazônia. Ainda, segundo a ministra relatora, para os demandantes da arguição essa constatação encontra-se diretamente relacionada com a “evolução da taxa de desmatamento e de queimadas na Amazônia Legal entre 2018 e 2020, com repercussão sobre unidades de conservação e terras indígenas”, ocasionando danos ambientais, assim como “efeitos deletérios e graves à questão ambiental e à saúde de todos”⁹. Após pedido de vista, o ministro André Mendonça acompanhou substancialmente a ministra relatora, oportunidade em que reconheceu a inconstitucionalidade, no entanto votou para que o Governo Federal, em conjunto com os demais Poderes Legislativo e Judiciário, Estados e Municípios, assumam um “compromisso significativo”, ao passo que a ministra Cármen Lúcia reafirmou o seu voto

⁷ Ainda que se utilize mais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 760, recorde-se que o voto da ministra relatora Cármen Lúcia também apreciou e decidiu, de forma conjunta, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 54 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 54/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça. Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5757017>. Acesso em: 25 fev. 2024).

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Ministro André Mendonça, 6 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

⁹ STF, ADPF 760/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. do acórdão: Min. André Mendonça, j. 6 abr. 2022.

no sentido de que os fatos e fundamentos comprovam a existência de um estado de coisas inconstitucional ambiental, mesmo reconhecendo que há processo em curso de reconstitucionalização quanto ao desmatamento ilegal na Amazônia pelo Estado brasileiro¹⁰. Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento em prol do “compromisso significativo”¹¹.

Antes da referenciada decisão de mérito – e nessa mesma linha –, a proteção ambiental como um dever constitucional, não como uma opção política, foi objeto, por exemplo, de entendimento exarado pelo ministro Luís Roberto Barroso, também no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, convocou-se audiência pública para apurar os fatos relevantes e a produção de um relato oficial acerca da situação ambiental brasileira, medida prudente e necessária, diante do quadro descrito na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 60, convertida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 708, pois, “se confirmado, revela[ria] a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, [o] qual exige providências de natureza estrutural”¹². Pelo menos duas são as conclusões que saltaram aos olhos do ministro relator, quais sejam, (i) a existência de indícios claros e evidentes de um estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro, assim como o entendimento de que (ii) o dever constitucional se impõe em matéria ambiental, inexistindo espaço para opções políticas. Em sede de mérito, o ministro relator não reconheceu o fenômeno estruturante colombiano¹³.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 760/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 29 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5988705&ext=RTF>. Acesso em: 18 jun. 2024.

¹¹ “O Tribunal, por maioria, não declarou o estado de coisas inconstitucional, vencidos, nesse ponto, os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Edson Fachin e Luiz Fux. Alternativamente, reconhecendo a existência de falhas estruturais na política de proteção à Amazônia Legal, o Tribunal determinou ao Governo Federal que assumira um ‘compromisso significativo’ (*meaningful engagement*) referente ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 14 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=6001474&ext=RTF>. Acesso em: 18 jun. 2024).

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 60/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO60Decisa771oaudie770nciapu769blica.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

A existência de um cenário desafiador e potencialmente inconstitucional envolvendo o meio ambiente, capaz de impulsionar o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional ambiental no Brasil, também esteve presente nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 59, oportunidade em que se discutiu flagrante omissão por parte do Governo Federal ao contingenciar o repasse de bilhões de reais ao Fundo Amazônia. Mesmo que, no acórdão exarado pela relatora, a ministra Rosa Weber, seja possível identificar algumas passagens e referências expressas e diretas ao estado de coisas inconstitucional ambiental, a ministra não o reconheceu de forma contundente, limitando-se em registrar que a “omissão inconstitucional do Poder Executivo [federal] no que diz respeito ao funcionamento da política pública do Fundo Amazônia traz consequências em diversas atividades e operações do seu funcionamento”, determinando-se que a União, no prazo de sessenta dias, “tome providências administrativas necessárias para a reativação do Fundo Amazônia, dentro e nos limites das suas competências” constitucionais e infraconstitucionais¹⁴.

Referido movimento, o qual alcançou o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, é louvável, quiçá, necessário, porém exige tanto cautela quanto reflexão mais ampliada e aprofundada acerca dos seus fatos e fundamentos. Dizendo de outra forma, o estado de coisas inconstitucional, fenômeno originalmente pensado, moldado e implementado pela Corte Constitucional colombiana, necessita ser mais bem conhecido e ponderado, especialmente sua decisão paradigma, a Sentença T-025/04¹⁵, perpassando pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, primeira medida em âmbito nacional que reconheceu o quadro carcerário brasileiro como cruel e indigno, verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶. Esse cenário que se pretende ver ampliado, para alcançar a temática ambiental – pelo menos é nesse sentido que se pode perceber –, estando nessa linha a proposta e o elemento central que conduzirão as reflexões do presente trabalho.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 59/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 3 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360101699&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

¹⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentença T-025/04**. Magistrado proponente doutor Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 24 fev. 2024.

¹⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 1º, Inc. III. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

O presente trabalho pretende, portanto, identificar fatos e fundamentos caracterizadores do processo histórico-constitucional de ascensão e fortalecimento da jurisdição constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo um paralelo entre a nascente República com a Constituição de 1891 e a atual Constituição da República de 1988 (objeto geral), para, então, descrever e interpretar o controle de constitucionalidade – suas clássicas e novas dimensões – em matéria ambiental no Brasil dos tempos atuais (objeto específico), especialmente diante de um possível e viável – talvez até mesmo necessário – estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro (hipótese). Para esse processo, utilizar-se-á tanto da análise teórica quanto do estudo de casos, reunindo-se informações pretéritas acerca do assunto em reflexão para revisitar e refinar a questão pesquisada¹⁷. Prudente alertar que o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais¹⁸ não será aqui enfrentado, muito menos a perspectiva do Poder Judiciário como guardião das promessas¹⁹, ou, ainda, a existência de uma expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral²⁰; assim como também não será enfrentado o debate acerca da origem, expansão e consolidação, seja do estado de coisas inconstitucional²¹, seja do compromisso significativo²². Duas são as razões básicas para essa delimitação, quais sejam, primeira, o espaço naturalmente limitado, e, segunda, o foco aqui pretendido, essencialmente voltado ao fortalecimento do controle de constitucionalidade no Brasil e ao seu potencial de absorção e reconhecimento envolvendo o estado de coisas inconstitucional ambiental como litígio estrutural socioambiental.

¹⁷ GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

¹⁸ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547>. Acesso em: 29 fev. 2024.

¹⁹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁰ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

²¹ LAGO, Laone. **Estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2023.

²² SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i3.74743>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/74743>. Acesso em: 29 fev. 2024.

2. Caso *Brown* na Suprema Corte americana – juntos e iguais, jamais separados

As reflexões envolvendo as decisões estruturantes possuem raízes no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, oportunidade em que a Suprema Corte dos Estados Unidos imprimiu duro golpe no histórico e juridicamente sedimentado regime da segregação racial nas escolas – *Brown I*²³. Em outras palavras, a Corte Constitucional americana decidiu pela inconstitucionalidade da separação de crianças nas escolas públicas sob o argumento da raça, dando os primeiros passos justamente para ir diretamente de encontro ao entendimento de longa data estabelecido no caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), sob o amparo de que “separados, mas iguais”²⁴. Foi necessário mais de meio século (1954) para que o arraigado entendimento segregacionista fosse superado, assim como suas instruções para que os Estados americanos iniciassem efetivamente os planos de dessegregação – *Brown II* (1955)²⁵, sinalizando-se como seriam os próximos anos em que a Corte Warren²⁶ manteria seu rumo e foco na quebra de paradigmas, estabelecendo-se um verdadeiro legado em matéria de ativismo judicial e proteção dos direitos fundamentais²⁷.

Reconhecendo como inconstitucional a doutrina *separate but equal*, a Suprema Corte americana afirmou que toda e qualquer segregação pautada pelos critérios étnico-raciais nas escolas não possuiria nenhum amparo constitucional substancial, sendo, portanto, sua manutenção uma afronta direta ao texto constitucional vigente. Se *Brown I* teve como elemento central a questão jurídica, formação e formulação de um novo entendimento, assim como a fixação das suas balizas; *Brown II* voltou-se aos desafios e complexidades inerentes ao processo de efetivação do caso, fazendo dele emergir as chamadas decisões pautadas por um inovador caráter estruturante.

²³ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483 (1954). Chief of Justice: Warren, May 17, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>.

²⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Plessy vs. Ferguson**, 163 U.S. 537. Mr. Justice: Brown, May 18, 1896. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/plessy-v-ferguson>. Acesso em: 14 jun. 2024.

²⁵ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294 (1955). Chief of Justice: Warren, May 31, 1955. Disponível em: [https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_\(349_U.S._294\)](https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_(349_U.S._294)). Acesso em: 14 jun. 2024.

²⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 2, n. 9, p. 258-301, abr. 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621>. Acesso em: 29 fev. 2024.

Estar-se-ia, sob essa perspectiva, diante de “uma reconstrução da realidade social, tendo de superar a mais intensa resistência, intervir e reestruturar organizações de grande porte”²⁸. De fato e de direito, o caso *Brown* permitiu que houvesse uma abertura – ou até mesmo uma ruptura – no quadro posto, o que potencializou “novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais”²⁹.

Esses novos contornos disponíveis à tutela jurisdicional constitucional, apresentaram-se como uma alternativa viável para que os direitos prestacionais materiais ganhassem efetividade, alcançando a via processual, especialmente no âmbito das cortes constitucionais. Referido movimento – em específico –, nascido e inicialmente moldado nos Estados Unidos, em meados do século XX, encontrou ressonância nos constitucionalismos emergentes do Sul Global. A Corte Constitucional da Colômbia foi pioneira na implementação das decisões estruturantes, o que aconteceu via estado de coisas inconstitucional, entre os últimos anos do século passado e os primeiros anos do atual, fenômeno posteriormente absorvido e implementado pela Corte Constitucional brasileira. Nessa perspectiva de entendimento, pode-se perceber que “os provimentos de natureza estruturante, a partir de sua recepção pelos constitucionalismos emergentes, são identificados como modo de combate à omissão estatal na proteção e promoção dos direitos assegurados por estas Constituições”³⁰, fazendo emergir desse movimento algumas das balizas instrumentais mais reais e efetivas em matéria de prestação da tutela jurisdicional constitucional.

3. Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal – novos desafios e dimensões

A defesa da constitucionalidade no Brasil não é assunto trivial, muito menos recente, reflexão que fica ainda mais complexa ao ser inserida nesse debate uma nova dimensão, qual seja, a dimensão da jurisdição constitucional e, por conseguinte, a da efetividade da Constituição pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. Não é de hoje

²⁸ FISS, Owen M. 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: 29 fev. 2024.

²⁹ FISS, Owen M. The forms of justice. p. 15.

³⁰ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisprudência constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 29 fev. 2024.

o entendimento de que a Constituição pretende ser uma forma legalista de superar o próprio legalismo, o que pode ser configurado como uma espécie de retorno a um jusnaturalismo dotado de instrumentos do positivismo jurídico. Dois são os pontos de toque desse movimento: o primeiro, a consolidação da Constituição como norma primeira e última a ser observada em toda e qualquer atividade do Estado e da sociedade; e, o segundo, a ampliação da dimensão do Supremo Tribunal Federal para além do histórico exercício de controle da constitucionalidade, alcançando a tutela jurisdicional efetiva. A justiça constitucional, portanto, é a garantia desse movimento, sendo, também, o instrumento de sua efetivação³¹.

Atualmente, respaldadas pelo fenômeno normativo constitucional contemporâneo, o qual marca uma espécie de primeira viragem, as Cortes Constitucionais estão emergindo – ou já emergiram – apoiadas pela (e na) Constituição. Referido movimento pode ser identificado no Brasil desde os primórdios da República, instante em que a doutrina brasileira do *habeas corpus* desenvolvida por Rui Barbosa demandou à época uma postura ativa por parte do então Supremo Tribunal Federal, em face de normas emanadas pelos demais poderes (Executivo e Legislativo). Referido movimento, permeado por um certo grau de pioneirismo, consolidar-se-ia ao longo do tempo, o que somente operou e se efetivou com o advento da promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encerrando um ciclo de praticamente 100 anos³².

Fato é que a Constituição, além de limitar o Estado, passou a orientá-lo, consolidando-se como norma fundamental e, também, como compromisso histórico de uma sociedade, devendo tanto garantir os instrumentos necessários para a sua própria defesa (mecanismos suficientes para extirpar do ordenamento jurídico todas as normas tidas como inconstitucionais, tendo como seus principais exemplos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) quanto prever meios para conferir eficácia às normas constitucionais (uma “nova dimensão da jurisdição constitucional”³³, que pode ser exemplificada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pelo mandado de injunção, além da interpretação conforme a

³¹ TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas funções. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 171, p. 19-47, jun./set. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/95317>. Acesso em: 29 fev. 2024.

³² LAGO, Laone. *Rui Barbosa e o habeas corpus: o nascimento de uma doutrina*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005. p. 27.

³³ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 105.

Constituição, da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que também se insere e passa a transitar nesse cenário, ambiente com novas e inovadoras dimensões).

3.1 Jurisdição constitucional – primeiros passos de uma doutrina fundacional

Nesse primeiro (momento e) movimento de fortalecimento da jurisdição constitucional, logo, do próprio Supremo Tribunal Federal, tem-se a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. O federalismo e a sua descentralização são as principais características de uma estrutura que se opunha ao período imperial que vigorava anteriormente. Ainda que positivamente embriagada com os novos ventos, a nascente Constituição brasileira olhou, sem muito entusiasmo, para os direitos e garantias individuais e coletivos. O foco do Poder Constituinte à época consistia em fortalecer o nascente Estado republicano. Não poderia ser diferente. A sociedade brasileira havia recentemente passado por ebulições internas (revoltas provinciais como, por exemplo, a Cabanagem, a Balaiada, a Sabinada e a Farroupilha)³⁴, além de um desgastante conflito externo (Guerra do Paraguai)³⁵, ainda que vitorioso³⁶.

Coube ao então advogado Rui Barbosa, um dos idealizadores e principais formuladores da Constituição de 1891, diante da realidade ditatorial instaurada nos anos finais do século XIX, desenvolver o que ficou conhecido como a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Utilizou-se da referida garantia constitucional para ir além do “simples” constrangimento corporal, estendendo-a para “todos os casos em que um direito [estiver sendo] ameaçado, manietado, impossibilitado de seu exercício pela intervenção de um abuso de direito ou de uma ilegalidade”³⁷. É nesse momento que o advogado irá se utilizar do *habeas corpus* para além da simples defesa da liberdade individual de locomoção. No entanto, teve ele que buscar no Supremo Tribunal Federal as forças que este julgava não possuir (vigorava o entendimento de incompetência para julgar decisões advindas de outros poderes), sendo um dos seus

³⁴ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. São Paulo: Leya, 2012. p. 195.

³⁵ BUENO, Eduardo. **Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção**. p. 217.

³⁶ BARBOSA, Rui. **O liberalismo e Constituição de 1988**: textos selecionados de Rui Barbosa. Organização: Vicente Barreto. Apresentação: Ulysses Guimarães. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 39.

³⁷ BARBOSA, Rui. **O liberalismo e Constituição de 1988**: textos selecionados de Rui Barbosa. p. 137.

exemplos o caso do estado de sítio determinado pelo Poder Executivo, em 10 de abril de 1892, conforme Decreto n. 791³⁸.

Foram essas as circunstâncias que levaram Rui Barbosa a impetrar o *Habeas Corpus* n. 300³⁹ contra a prisão irregular e indevida de dezenas de pessoas. O Supremo Tribunal Federal não se apresentou como instância competente para o caso e, por consequência, sequer aceitou o pedido. Em sua decisão, além de ter pontuado “que antes de juízo político do Congresso não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional [decreto de estado de sítio]”, deixou claro também não ser “da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”⁴⁰. Apesar de toda a reação negativa às formulações de Rui Barbosa, levantou-se, pioneiramente, o ministro Pisa e Almeida, como uma espécie de “voto positivo”, tendo ele entendido “ser o Supremo Tribunal Federal competente para tomar conhecimento desse recurso”⁴¹. A tese sustentada pelo atual patrono da advocacia brasileira não obteve êxito, no entanto tratou-se de um primeiro e sólido passo, o qual renderia frutos.

A persistência de Rui Barbosa foi fundamental. No pedido de *Habeas Corpus* n. 1.063, o Supremo Tribunal Federal negou a garantia, o que já foi um enorme avanço, pelo simples fato de ter conhecido e enfrentado o seu mérito, ainda que o resultado tenha sido de cinco contra quatro (um avanço histórico, na verdade). Importante frisar que a primeira vitória do que viria a ser conhecido como a doutrina brasileira do *habeas corpus* não veio de uma atuação direta de Rui Barbosa. Fato é que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 1.073, impetrado por um ex-ministro da Corte, sob as mesmas bases e fundamentos alegados por Rui Barbosa, conheceu e acolheu a garantia, imiscuindo-se pioneiramente em atos do Poder Executivo.

³⁸ BRASIL. Decreto n. 791, de 10 de abril de 1892. *Coleção de Leis do Brasil*, v. 1, pt. 2, p. 173, 1892. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-791-10-abril-1892-506799-norma-pe.html>. Acesso em: 18 jun. 2024.

³⁹ BARBOSA, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. In: BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos: estado de sítio*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956. p. 355-361. Apêndice II: Acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 1892, na petição de “Habeas-Corpus” n. 300. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 19, t. 3, 1892). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/217>. Acesso em: 17 jun. 2024.

⁴⁰ BARBOSA, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. p. 356-357.

⁴¹ BARBOSA, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. p. 358.

É concedida a impetrada ordem de *habeas corpus*, para que cesse o constrangimento ilegal em que se acham os pacientes [...]. A atribuição judiciária de conhecer tais medidas, findo o sítio, não é excluída pela do Congresso para o julgamento político dos agentes do Executivo⁴².

A decisão é pioneira – insista-se. Pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a atribuição judiciária de conhecer as medidas advindas do Poder Executivo não é única e exclusivamente do Poder Legislativo ou, em outras palavras, compete ao Poder Judiciário defender o ordenamento jurídico de atos que diretamente entrem em conflito (por ação ou omissão) com a Constituição, texto hierarquicamente superior, assim como centro irradiador para todo o ordenamento jurídico pátrio. Ao fazer uma análise dos dois acórdãos, o advogado Rui Barbosa concluiu que esses tinham sido o resultado de mais de seis anos de lutas⁴³. Nas palavras do próprio Rui Barbosa, “o acórdão de 16 de abril [...] tem o brilho, a solidez e a força dos grandes arestos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as constituições escritas”⁴⁴. Com essa linha pioneira de entendimento, a qual data dos primórdios da República brasileira, tem-se como relevantes (e importantes) os alicerces iniciais conferidos ao controle de constitucionalidade, o qual somente alcançará sua mais elevada estrutura com a promulgação da Constituição de 1988.

3.2 Constituição de 1988 – consolidação do controle da constitucionalidade

O sistema de defesa da constitucionalidade no Brasil reflete, de um lado, a tradição europeia (modelo fortemente político) e, de outro, a concepção americana (modelo centralmente jurisdicional), fazendo do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro um dos mais amplos e particulares do mundo. Nesta perspectiva – controle da constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como foco aferir e, se for o caso, extirpar do ordenamento jurídico norma que contrariar a Constituição –, encontram-se reflexos desses mecanismos clássicos em diversos instrumentos constitucionais, figuras exemplares de uma

⁴² BARBOSA, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. p. 341.

⁴³ NOGUEIRA, Rubem. **O advogado Rui Barbosa**: momentos culminantes de sua vida profissional. 4. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1996. p. 405.

⁴⁴ BARBOSA, Rui. A lição dos dois acórdãos: estudo crítico acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de *habeas corpus* contra atos do Poder Executivo. In: BARBOSA, Rui. **Trabalhos jurídicos**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. p. 288. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 25, t. 4, 1898). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/258>.

atividade jurisdicional puramente negativa (uma espécie de “legislador negativo”), o que resulta em um puro e simples eliminar, ceifando as normas descompassadas do mundo jurídico pátrio⁴⁵.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, por exemplo, é o mais clássico dos instrumentos de controle da constitucionalidade. Pode ser ela proposta pelos legitimados arrolados no art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁶, tendo por objeto a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual⁴⁷. O seu rito encontra-se previsto na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tratando de procedimento objetivo, o que significa dizer que “se destina ao controle da constitucionalidade e não à solução de questões pertinentes a eventuais interessados”⁴⁸. A decisão que acolhe a arguição de inconstitucionalidade possui caráter declaratório⁴⁹, o que implica o reconhecimento da nulidade *in abstracto* da norma, produzindo, em regra, efeitos *ex tunc*, além de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, distrital, estadual e municipal, ressalvada – obviamente – a possibilidade de modulação temporal dos seus efeitos, medida cada vez mais debatida, incorporada e utilizada.

Instituída pelo poder constituinte derivado, através da Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, tem-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a qual se destina a obter a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e, também, pode ser proposta pelos mesmos legitimados previstos no art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁰. O seu procedimento também está previsto na Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999,

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁴⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 103. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

⁴⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 102. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

⁴⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. p. 79.

⁴⁹ Não há muita margem para dúvidas de que, com a declaração de inconstitucionalidade, haverá o desfazimento da lei ou do ato normativo, pois contrário ao ordenamento jurídico, especialmente à Constituição. MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 292-293.

⁵⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 103. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024. Esse entendimento é de longa data defendido pela doutrina, o que veio a ser consolidado com a emenda constitucional – EC n. 45/2004, conforme – e por todos –, cite-se: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 544.

podendo adotar, inclusive, os mesmos moldes procedimentais da Ação Direta de Inconstitucionalidade. No mais, não inova acerca da eficácia *erga omnes* e muito menos acerca dos seus efeitos vinculantes lançados sobre o Poder Judiciário e a Administração Pública em todas as suas esferas, bem como sua possibilidade de modulação temporal dos seus efeitos⁵¹.

Pode-se facilmente perceber que a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade possuem, entre elas, uma espécie de efeito dúplice direto e imediato, o que significa dizer que a improcedência de uma implicará a produção de efeito contrário ao originariamente pretendido com a sua propositura. Em outras palavras, o efeito dúplice que tanto aproxima quanto afasta as referidas ações consiste na “atribuição de efeito contrário ao pretendido [...], se julgadas improcedentes”. Quando comparada às ações, a relação pretensão-resultado é inversamente proporcional. Trata-se de estrutura de controle de constitucionalidade com sinais trocados entre elas – a improcedência de uma implicará a procedência da outra, e vice-versa⁵².

Ao final dessa linha clássica dos instrumentos processuais existentes para o exercício do controle da constitucionalidade, devem-se reservar alguns parágrafos para a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, medida também instituída pelo poder constituinte derivado através da Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Referida ação pode ser proposta pelos mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade, assim como da Ação Declaratória de Constitucionalidade, destinando-se a prevenir ou reparar lesão contra preceitos fundamentais insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵³. Trata-se de mais uma das modalidades constitucionalmente previstas de defesa e proteção do texto constitucional, porém dotada de objeto específico e cabimento excepcional, ou mesmo residual.

Como instrumento subsidiário de defesa da Constituição, a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental só poderá ser utilizada quando as

⁵¹ BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 136, p. 29-36, out./dez. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/288>. Acesso em: 28 fev. 2024.

⁵² LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Lições de direito constitucional*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 70.

⁵³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 102, §1º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

demais medidas processuais específicas não mais se mostrarem aptas a eliminar a ofensa ou ameaça a determinado dispositivo constitucional, tendo sob as suas lentes os preceitos fundamentais, isto é, os “princípios reitores, regras nucleares, linhas mestras ou vigas-mestras da organização política e social brasileira”⁵⁴. Exige-se *quorum* especial para o julgamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, devendo a decisão estabelecer as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental em discussão. O Supremo Tribunal Federal poderá fixar efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir do trânsito em julgado ou de algum outro momento temporal, conforme modulação⁵⁵.

Os instrumentos aqui elencados, de forma sumária, sinalizam no sentido de uma característica comum que permeia a todos, ao menos em um primeiro e inicial plano reflexivo e delimitador, qual seja, objetiva-se cotejar as normas do ordenamento jurídico com a Constituição vigente, extirpando aquelas que forem reconhecidas como inconstitucionais. Consolidou-se, com isso, um Supremo Tribunal Federal como “legislador negativo”, não podendo se utilizar das ações de controle da constitucionalidade “com o objetivo de transformar [a Corte constitucional], indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar”⁵⁶.

Esse entendimento carece de uma releitura à luz da Constituição, como centro do ordenamento jurídico, e da jurisdição constitucional, como preceito fundamental da tutela jurisdicional a ser desenvolvida pelo (e no) Supremo Tribunal Federal. Tal movimento emerge do seio de uma espécie de segunda viragem constitucional, tendo como base uma nova dimensão da jurisdição constitucional, perfeitamente estruturada por instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o mandado de injunção, além da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, sem perder de vista as emergentes e inovadoras particularidades oferecidas pela – revisitada, e reconfigurada – ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁵⁴ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional da constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 296.

⁵⁵ MELO, Carlos Antonio de Almeida. Alguns apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 145, p. 113-118, jan./mar. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/562>. Acesso em: 28 fev. 2024.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1063/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de maio de 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346801>. Acesso em: 20 fev. 2024.

Uma das concepções que atualmente ganha força é a de que a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional devem ter como objetivo a viabilização das tutelas prometidas pelo direito material, o que significa dizer que os planos do processo e do direito material devem ser costurados “mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das ‘tutelas dos direitos’”⁵⁷. A jurisdição, sob uma perspectiva constitucional, elevou-se de patamar depois que a Constituição passou ao centro do ordenamento e as Cortes Constitucionais passaram a ser demandadas não mais para simplesmente eliminar do mundo jurídico as normas compreendidas como inconstitucionais. Referido movimento poderá ser percebido em decisões em defesa de uma interpretação conforme a Constituição e de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, além de situações omissivas sanáveis pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do mandado de injunção. É diante desse novo tempo que a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental emerge realinhada aos desafios da jurisdição constitucional.

Na interpretação conforme a Constituição, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão julgando improcedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade, porém com os mesmos efeitos práticos de uma decisão julgada procedente. Várias acepções são analisadas, concluindo-se pela indicação de “um único sentido compatível com a norma constitucional e excluindo os demais, que se têm – esses, sim – como contrários à Lei Maior”⁵⁸. Declara-se a legitimidade da norma questionada, desde que seja ela interpretada conforme o entendimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal, pacificando-se a sua aplicabilidade sem a necessidade de ser ela eliminada do ordenamento jurídico, estabelecendo-se, com isso, um viés de harmonização, logo, de preservação da vontade majoritária do legislador, em uma perspectiva alinhada e compatível com o texto constitucional.

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto implica uma interpretação restritiva do texto, pois a norma teria se excedido em relação aos limites estabelecidos pela Constituição. Limita-se, com isso, a aplicação da referida norma a determinadas situações, porém declarando-a inadmissível em relação a outras, ainda que expressamente previstas. Uma das diferenças básicas entre a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição está justamente no fato de que a primeira, quando acolhida, deve

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. p. 142.

⁵⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. p. 88.

ser julgada procedente em parte, diferentemente da segunda, que, ao ser acolhida, deverá ser tida como parcialmente improcedente⁵⁹, o que significa dizer que elas podem até parecer próximas, porém jamais poderão ser entendidas como mecanismos idênticos.

Além desses instrumentos de manutenção do texto normativo, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁶⁰ e o mandado de injunção⁶¹ como meios aptos para que o Supremo Tribunal Federal promova a defesa da Constituição em situações omissivas, possibilitando que referida lacuna seja atendida em um determinado prazo ou até mesmo concretamente suprida. A primeira possui natureza declaratória, uma espécie de reconhecimento de que o órgão competente se encontra inerte quanto à regulamentação de uma determinada norma constitucional, devendo o Supremo Tribunal Federal, em sendo acolhida a referida ação, cientificar a autoridade competente para que adote as providências necessárias para suprir a lacuna apontada. O mandado de injunção, por sua vez, é instrumento para a tutela dos direitos subjetivos, tendo como objetivo concreto suprir uma lacuna sempre que a sua falta tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, possuindo, para tanto, natureza constitutiva e mandamental⁶².

4. Consolidação da jurisdição constitucional – ADPF em uma nova dimensão

Uma primeira leitura pode inserir a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental entre os clássicos instrumentos de controle da constitucionalidade. Esse entendimento também foi conferido no presente trabalho, ao menos em suas linhas iniciais. No entanto, um olhar mais atento demonstra que ela – em

⁵⁹ BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 2, p. 507-526, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/24325>. Acesso em: 28 fev. 2024.

⁶⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 103, § 2º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

⁶¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, [2024]. Art. 5º, Inc. LXXI. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

⁶² MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. p. 106.

verdade – transita em ambos os terrenos (entre o clássico e o moderno, estando, atualmente, mais para este do que para aquele), o que significa dizer que, ao mesmo tempo em que se apresenta como mecanismo para extirpar do ordenamento jurídico pátrio leis ou atos normativos em conflito com a Constituição (visão clássica do controle de constitucionalidade), ela também – e muito especialmente – se torna cada vez mais uma realidade para efetivar direitos via prestação da tutela jurisdicional constitucional (visão contemporânea do controle de constitucionalidade)⁶³.

As características a seu favor são muitas. A primeira trata de instrumento que objetiva defender preceito fundamental, que pode ser traduzido como proteção aos princípios fundamentais da própria Constituição, aos princípios sensíveis, às cláusulas pétreas⁶⁴, portanto, às balizas fundantes (e fundamentais) do Estado democrático e de direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Na segunda, ainda que os legitimados para a sua propositura sejam os mesmos da Ação Direita de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, existe a previsão de que qualquer interessado poderá oferecer representação ao Procurador-Geral da República, para que este decida sobre o seu cabimento e ajuizamento⁶⁵. A terceira trata do fato de ter procedimento bastante simplificado, salvo se o ministro relator entender pela necessidade da dilação probatória, o que é, justamente, um dos seus pontos fortes⁶⁶. A quarta, e última, porém não menos importante, está justamente no fato de que a decisão do Supremo Tribunal Federal deve estabelecer as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental⁶⁷.

A essencialidade da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental encontra-se fundamentalmente em seu objeto (o próprio preceito fundamental), na ampliação de sua possibilidade de arguição, ainda que indiretamente, além da existência de um procedimento simplificado e, muito especialmente, da necessidade de ser a sua decisão detalhada. Não é por outra razão que o referido instrumento vem dando causa aos principais debates nacionais, o que passou a ensejar não apenas o exercício de sua atividade clássica, visando afastar do

⁶³ MELO, Carlos Antonio de Almeida. Alguns apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Consulex*, v. 4, n. 44, p. 36-37, ago. 2000.

⁶⁵ BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília: Presidência da República, 1999. Art. 2º, § 1º.

⁶⁶ BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília: Presidência da República, 1999. Art. 6º, § 1º.

⁶⁷ BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília: Presidência da República, 1999. Art. 10, *caput*.

ordenamento jurídico lei ou ato normativo em afronta com a Constituição, como também a sua utilização para efetivar preceitos fundamentais via tutela jurisdicional constitucional, apresentando-se a sua faceta mais dinâmica, institucional e dialógica. Em se tratando de matéria ambiental, por exemplo, sua utilização vem ganhando espaço, conquistando adeptos e sendo cada vez mais uma demanda manuseada pelos seus legitimados.

Verificada a importância da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, seja para concretizar a Constituição como centro do ordenamento jurídico (primeira viragem), seja para conduzir o Supremo Tribunal Federal ao campo da prestação da tutela jurisdicional efetiva (segunda viragem), pode-se deduzir que o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro está no caminho para (e em vias de) incorporar à sua clássica e histórica função de defesa da constitucionalidade (aferição formal de compatibilidade com a Constituição) mecanismos inovadores e diretamente relacionados com uma nova dimensão à jurisdição constitucional. Pelo que se percebe – e não poderia ser diferente –, o Supremo Tribunal Federal está cada vez mais se afastando da pura e simples eliminação da afronta normativa à Constituição, para ampliar sua visão, mantendo a norma posta, porém sob outros olhares, interpretações, implicações e resultados pretendidos.

Promove-se essa viragem através de instrumentos como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, além – e especialmente – da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a qual deixa o caminho pavimentado para que o estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro seja reconhecido e delimitado. Desse modo, então, será possível superar os bloqueios políticos e institucionais, especialmente diante de massiva, generalizada e sistemática violação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como dever imposto ao Poder Público e à coletividade, visando às atuais e às futuras gerações, o que exigirá a adoção de medidas para o tempo presente (dias atuais), assim como para o tempo futuro (amanhã), tendo-se como primazia estabelecer um equilíbrio tanto sutil quanto fundamental nas relações e interações entre humanos e entre estes e os não humanos⁶⁸.

⁶⁸ Nessa linha, a crítica realizada por Bruno Latour é consistente ao afirmar que, “[s]e não mudarmos [...], não seremos capazes de absorver as outras culturas que não mais podemos dominar, e seremos eternamente incapazes de acolher este meio ambiente que não podemos mais controlar. Nem a natureza nem os outros irão tornar-se modernos. Cabe a nós mudar nossas formas de mudar. Ou então o Muro de Berlim terá caído em vão [...]” (LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. 3. ed. Tradução: Carlos Ireneu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 143).

5. Conclusão

O estado de coisas inconstitucional, fenômeno tipicamente latino-americano voltado aos litígios estruturais na jurisdição constitucional, é uma realidade no Brasil, conforme acolhido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. O estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro é, por sua vez, uma possibilidade, quiçá, uma necessidade, tendo em vista o histórico e desafiador quadro ambiental nacional, o qual alcançou repercussão interna e amplitude internacional, inclusive perante o Tribunal Penal Internacional⁶⁹. O quadro abaixo objetiva espelhar o presente debate da forma mais exaustiva possível, refletindo a presença do estado de coisas inconstitucional ambiental no Supremo Tribunal Federal, seja nas peças iniciais manejadas, seja em manifestações exaradas pelos ministros da Suprema Corte brasileira, seja, ainda, em incidentes processuais havidos no curso do processo, senão vejamos.

Quadro – Dramático cenário ambiental no Brasil

Ação	Relator(a)	Pretensão	Debate ambiental
ADPF 760	Cármem Lúcia	Obstar o desmatamento na Amazônia.	Reconhecimento do estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento da Floresta Amazônica.
ADO 54		Tratar da omissão do Estado em sua função protetiva.	Existência de um estado de coisas inconstitucional na gestão ambiental.
ADO 59	Rosa Weber	Desobstruir o Fundo Amazônia.	Providências administrativas necessárias para a reativação do Fundo Amazônia.
ADPF 708	Luís Roberto Barroso	Desobstruir o Fundo Clima.	Reparação, com urgência, da conduta omissiva inconstitucional da União relativa ao Fundo Clima.
ADO 60 (convertida)			

⁶⁹ No ponto, recorde-se que as insurgências ao Tribunal Penal Internacional (TPI) envolvendo crime de genocídio supostamente praticado pelo então Presidente da República do Brasil, o senhor Jair Bolsonaro, partiram das mais variadas instituições, tais como, do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu), da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos Dom Paulo Evaristo Arns (Comissão Arns), da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), do Partido Democrático Trabalhista (PDT) e da Rede Sindical Brasileira (UNISaúde) (TRIBUNAL Penal Internacional suspende investigação contra Bolsonaro. **Consultor Jurídico**, Brasília, 15 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-15/tribunal-penal-internacional-suspende-investigacao-bolsonaro/>. Acesso em: 28 maio 2024).

ADPF 743	André Mendonça	Obstar ações e omissões de afronta reiterada aos biomas Amazônia e Pantanal.	Pedido expresso na inicial para que se reconheça o estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental.
ADPF 746		Tratar de incêndios nos biomas Pantanal e Amazônia.	Os riscos do afastamento do Poder Público de sua obrigação constitucional para a atual e as futuras gerações.
ADPF 747 ADPF 748 ADPF 749	Rosa Weber	Reconhecer a existência de um estado de anomia e descontrole regulatório.	Estado de coisas (tanto na dimensão normativa quanto fática) inaugurado pela revogação das Resoluções nºs 284/2001, 302/2002 e 303/2002 do CONAMA.
ADPF 756	Luís Roberto Barroso	Objetivar que o Poder Público apresente plano de vacinação.	Reconhecimento do estado de coisas inconstitucional ambiental, em face de afronta à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana do cidadão amazonense e manauara.
ADI 7.107	André Mendonça	Tratar do garimpo na Amazônia.	Regularização de atividades de garimpo desenvolvidas às margens da lei.
ADPF 857	André Mendonça	Tratar de incêndios no bioma Pantanal.	Reiterada ausência de investimentos para prevenção e controle de incêndios.
ADPF 981	Gilmar Mendes	Tratar da Política Nacional de Educação Ambiental.	Desestruturação e desmantelamento dos órgãos e políticas públicas voltadas ao desenvolvimento da Educação Ambiental.
ADPF 592	Luiz Fux	Tratar da conciliação ambiental e conversão de multas em serviços.	Postergação indeterminada dos prazos de defesa e pagamento de multas.
ADPF 755			Estado de coisas que conflita com os preceitos constitucionais.

Fonte: O Autor (2024).

Os principais debates já enfrentados ou ainda pendentes de apreciação e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal sobre a temática ambiental, assim como a pretensão de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional ambiental, perpassam desde o desmatamento e pelos incêndios na Amazônia e no Pantanal, alcançando indevido e reiterado contingenciamento de recursos, pelo garimpo ilegal na região amazônica, pela obstrução de multas ambientais, sob o pretexto da instituição de uma via dialógica e compositiva e de uma possível conversão de eventual multa em serviços ambientais, além de atingirem diretamente a Política Nacional de Educação Ambiental, entre muitos, diversos e variados outros temas nessa seara. Essa interessante e inquietante conexão envolvendo a temática ambiental, somada com o fortalecimento da tutela jurisdicional constitucional – especialmente através da Arguição de Descumprimento de preceito fundamental –, abre espaço para que o fenômeno latino-americano das decisões estruturais tanto seja reconhecido como uma alternativa capaz de oferecer respostas aos litígios estruturantes no âmbito da jurisdição constitucional quanto permita lançar novos olhares aos conflitos socioambientais travados acerca dos problemas do uso e da apropriação dos recursos naturais⁷⁰.

Portanto, o fenômeno colombiano parece ter alcançado a temática ambiental brasileira, conforme quadro de violações massivas, generalizadas e sistemáticas⁷¹, revelando-se como alternativa ao tradicional modelo de freios e contrapesos (*checks and balances*)⁷². Referido movimento almeja um Poder Judiciário atento e atuante, não só para proteger os direitos fundamentais, mas – e principalmente – para lhes conferir aplicabilidade e efetividade, sob o ângulo de um constitucionalismo contemporâneo dialógico. Não é por outra razão que o cenário ambiental exposto demanda provimento jurisdicional de índole constitucional, obviamente propositivo, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, visando à promoção do meio

⁷⁰ “Importante ainda ressaltar que o contexto ‘ecológico’ que emoldurou a base constitucional ambiental brasileira permeou-se de perspectivas socioambientais e a hermenêutica constitucional passou a conjugar diversos elementos da ordem social e cultural constitucionais, em especial os direitos indígenas, quilombolas e de demais povos e comunidades tradicionais, assim como a qualidade de vida nas cidades, por via de consequentes planos diretores municipais, enquanto temas imprescindíveis e em constante correlação” (LAGO, Laone; MIRANDA, Napoleão; MADEIRA FILHO, Wilson. Enquanto passa a boiada: uma necessária perspectiva ambiental emancipatória. In: MIRANDA, Napoleão; MADEIRA FILHO, Wilson (org.). **Desenvolvimento insustentável: conflitos socioambientais e capitalismo no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Autografia, 2020. p. 284).

⁷¹ LAGO, Laone. **Estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro**.

⁷² GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. Tradução: Ilana Aló. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75. Disponível em: https://www.academia.edu/35764978/JURISDI%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL_E_DIREITO_CONSTITUCIONAL_INTERNACIONAL_BH_EDITORA_F%C3%93RUM_2016. Acesso em: 17 jun. 2024.

ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Eis uma oportunidade concreta que bate às portas do órgão de cúpula do Poder Judiciário, demandando seu olhar atento e vigilante para romper com os bloqueios institucionais, desde que o faça – insista-se nesse ponto – pretendendo fortalecer o debate, potencializando o diálogo e garantindo o devido e necessário espaço de vez e voz historicamente reivindicado pelos conflitos socioambientais no Brasil de ontem, de hoje e de sempre.

Referências

ACSELRAD, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. *In*: ACSELRAD, Henri (org.). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004. p. 13-35.

BARBOSA, Rui. A lição dos dois acórdãos: estudo crítico acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de habeas-corpus contra atos do Poder Executivo. *In*: BARBOSA, Rui. **Trabalhos jurídicos**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. p. 278-358. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 25, t. 4, 1898). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/258>. Acesso em: 17 jun. 2024.

BARBOSA, Rui. O estado de sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. *In*: BARBOSA, Rui. **Trabalhos jurídicos**: estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956. p. 355-361. Apêndice II: Acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 27 de abril de 1892, na petição de “Habeas-Corpus” n. 300. (Obras completas de Rui Barbosa, v. 19, t. 3, 1892). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/217>. Acesso em: 17 jun. 2024.

BARBOSA, Rui. **O liberalismo e Constituição de 1988**: textos selecionados de Rui Barbosa. Organização: Vicente Barreto. Apresentação: Ulysses Guimarães. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 2, n. 9, p. 258-301, abr. 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Consulex**, v. 4, n. 44, p. 36-37, ago. 2000.

BRITO, Daguiete Maria Chaves *et. al.* Conflitos socioambientais no século XXI. **PRACS**: revista de humanidades do curso de ciências sociais da UNIFAP, n. 4, p. 51-58, dez. 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233923139.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, v. 5, n. 2, p. 507-526, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/24325>. Acesso em: 28 fev. 2024.

BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2012.

BUZANELLO, José Carlos. Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 136, p. 29-36, out./dez. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/288>. Acesso em: 28 fev. 2024.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisprudência constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 29 fev. 2024.

FISS, Owen M. 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: 29 fev. 2024.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. Tradução: Ilana Aló. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75. Disponível em: https://www.academia.edu/35764978/JURISDI%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL_E_DIREITO_CONSTITUCIONAL_INTERNACIONAL_BH_EDITORA_F%C3%93RUM_2016. Acesso em: 17 jun. 2024.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LAGO, Laone. **Estado de coisas inconstitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2023.

LAGO, Laone. **Rui Barbosa e o habeas corpus**: o nascimento de uma doutrina. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.

LAGO, Laone; MIRANDA, Napoleão; MADEIRA FILHO, Wilson. Enquanto passa a boiada: uma necessária perspectiva ambiental emancipatória. In: MIRANDA, Napoleão; MADEIRA FILHO, Wilson (org.). **Desenvolvimento insustentável**: conflitos socioambientais e capitalismo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Autografia, 2020. p. 271-296.

LATOUR, Bruno. **A esperança de Pandora**: ensaio sobre as realidades dos estudos científicos. Tradução: Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. 3. ed. Tradução: Carlos Ireneu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2013.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do direito**: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Lições de direito constitucional**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. Alguns apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Informação Legislativa**, v. 37, n. 145, p. 113-118, jan./mar. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/562>. Acesso em: 28 fev. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOGUEIRA, Rubem. **O advogado Rui Barbosa**: momentos culminantes de sua vida profissional. 4. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1996.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte de Warren (1953-1969)**: revolução constitucional. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i3.74743>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/74743>. Acesso em: 29 fev. 2024.

SOUZA, Leandro Ricarte Castro de; MILANEZ, Bruno. Conflitos socioambientais, ecologia política e justiça ambiental: contribuições para uma análise crítica. **Perspectiva Geográfica**, v. 11, n. 14, p. 2-12, 2016. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/pgeografica/article/view/15568>. Acesso em: 25 fev. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 171, p. 19-47, jun./set. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/95317>. Acesso em: 29 fev. 2024.

TRIBUNAL Penal Internacional suspende investigação contra Bolsonaro. **Consultor Jurídico**, 15 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-15/tribunal-penal-internacional-suspende-investigacao-bolsonaro/>. Acesso em: 28 maio 2024.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional da constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999. 2. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547>. Acesso em: 29 fev. 2024.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 54/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça. Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5757017>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 59/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 3 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360101699&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 60/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 28 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO60Decisa771oaudie770nciapu769blica.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

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, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 708/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353796271&ext=.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 6 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 29 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5988705&ext=RTF>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. André Mendonça, 14 de março de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=6001474&ext=RTF>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautela na Ação Direita de Inconstitucionalidade 1063/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de maio de 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346801>. Acesso em: 20 fev. 2024.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença T-025/04**. Magistrado: Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 24 fev. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)**. Chief of Justice: Warren, May 17, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955)**. Chief of Justice: Warren, May 31, 1955. Disponível em: [https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_\(349_U.S._294\)](https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_(349_U.S._294)). Acesso em: 14 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Plessy vs. Ferguson, 163 U.S. 537**. Mr. Justice: Brown, May 18, 1896. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/plessy-v-ferguson>. Acesso em: 14 jun. 2024.

Legislação citada

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.

BRASIL. Decreto n. 791, de 10 de abril de 1892. Declara em estado de sítio o Distrito Federal e suspende as garantias por 72 horas. **Coleção de Leis do Brasil**, v. 1, pt. 2, p. 173, 1892. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-791-10-abril-1892-506799-norma-pe.html>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 14 jun. 2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

ISSN 2763-7867

<https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a349>

Data de submissão: 3/3/2024

Data de aprovação: 11/5/2024

O caso do Termo de Compromisso do Aterro Mantovani na perspectiva estrutural¹

The case of the Mantovani Landfill Commitment Agreement from a structural perspective

El caso del Término de Compromiso del Vertedero Mantovani desde una perspectiva estructural

José Augusto Medeiros²

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7814-0984>

E-mail: professor.augustomedeiros@gmail.com

Bruno Teixeira Peixoto³

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-5450-5571>

E-mail: brunopeixoto1810@gmail.com

Murilo Meneghetti Nassif⁴

Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8077-7834>

E-mail: murilo.nassif@gmail.com

¹ MEDEIROS, José Augusto; PEIXOTO, Bruno Teixeira; NASSIF, Murilo Meneghetti. O caso do termo de compromisso do aterro Mantovani na perspectiva estrutural. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 373-418, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a349>.

² Doutor em Direito Econômico e Economia Política pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Ênfase de produção acadêmica nas áreas de Direito Econômico e Economia Política (Direito e Subdesenvolvimento), Direito da Concorrência e Desenvolvimento Industrial. Advogado com atuação em matérias de Direito Constitucional, Econômico e Concorrencial. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7608668664337150>.

³ Doutorando em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Mestre em Direito Internacional e Sustentabilidade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc). Implementador e Auditor Líder para Sistemas de Gestão de *Compliance* (ISO 37.301) e Sistemas de Gestão Antissuborno (ISO 37.001). Formação Executiva em *Compliance* e Governança no Setor Público pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Atuou entre os anos de 2021 e 2022 como Gerente de Integridade e *Compliance* na Controladoria-Geral do Estado de Santa Catarina (CGE-SC). Advogado com atuação em casos ambientais, climáticos e estruturais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8781271064409977>.

⁴ Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Público pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Tributário-Constitucional

Resumo

O presente artigo objetiva analisar, sob a lógica dos processos e litígios estruturais, o caso do Termo de Compromisso Extrajudicial (TC) firmado em face de irregularidades ambientais no Aterro Mantovani. Para tanto, o trabalho contextualiza o episódio, o atual estágio de execução do acordo e seus resultados. Além disso, expõe as repercussões nos direitos e nas garantias fundamentais – em matéria ambiental, social e econômica – das comunidades e dos demais atores públicos e privados vinculados ao caso. Abordados os efeitos jurídicos e as repercussões do caso, são traçadas as principais perspectivas de diagnóstico e de potenciais resoluções do conflito a partir do paradigma dos processos e litígios estruturais. Como metodologia utilizou-se a abordagem dedutiva, empregando-se as técnicas documental e bibliográfica de pesquisa. O trabalho conclui na direção da possibilidade de rediscussão quanto à eficácia e à eficiência esperadas do termo de compromisso em questão, abrindo-se espaço para a eventual resolução do caso por via estrutural e concertada entre os atores públicos e privados envolvidos.

Palavras-chave

Termo de Compromisso Extrajudicial (TC); Aterro Mantovani; direitos socioambientais e econômicos; processos estruturais.

Sumário

1. Introdução. 2. Caso Aterro Mantovani: contextualização, formação e estágio atual. 3. O objeto do Termo de Compromisso Aterro Mantovani e as duas décadas de aditamentos. 4. A ineficácia e a ineficiência supervenientes do TC e seu problema estrutural. 4.1 A ineficácia jurídica de um TC. 4.2 A ineficiência de um TC. 4.3 A amplitude e a gestão regulatória do TC: eficácia e eficiência. 4.4 A ineficácia e a ineficiência quanto à proteção ambiental esperada do TC. 4.5 A ineficácia e a ineficiência supervenientes do TC Aterro Mantovani. 4.5.1 A Metodologia utilizada para o levantamento de informações. 4.5.2 Resultados prévios. 5. Caso Mantovani na perspectiva estrutural. 5.1 Identificadores estruturais do caso. 5.1.1 O evento ou problema estrutural. 5.1.2 O processo estrutural. 5.1.3 A decisão ou resolução estrutural. 5.2 Mecanismos estruturais resolutórios aplicáveis ao caso. 5.2.1 Memorando de Entendimentos (MoU). 5.2.2 Fixação de Compromisso de Ajuste Estrutural (TC Estrutural). 5.2.3 Ação judicial (Decisão Estrutural). 6. Conclusão.

Abstract

This article aims to analyze, employing the logic of structural processes and disputes, the case of the consent decree (or “Commitment Agreement – TC”, in Brazilian Portuguese) signed to remedy environmental damage at the Mantovani Landfill. To achieve this, the study contextualizes the incident, the current stage of TC execution, and its outcomes, elucidating the repercussions on fundamental environmental, social, and economic rights and guarantees of communities and other stakeholders, both public and private, associated with the case. After addressing the legal effects and repercussions of the event, the main perspectives for diagnosing and potentially resolving the conflict are outlined based on the paradigm of structural processes and disputes. As for methodology, a deductive approach was employed, utilizing documentary and bibliographical research techniques. The study concludes by suggesting a reevaluation of the expected effectiveness and efficiency of the TC in question, thereby paving the way for the potential resolution of the case through structural and collaborative means involving the public and private relevant actors.

Keywords

Commitment Agreement; Mantovani Landfill; socio-environmental and economic rights; structural processes.

Contents

1. Introduction. 2. Mantovani Landfill Case: contextualization, formation and current stage. 3. The object of the TC Mantovani Landfill and the two decades of additions. 4. The ineffectiveness and inefficiencies resulting from the TC and the structural problem. 4.1 The legal ineffectiveness of a TC. 4.2 The inefficiency of a TC. 4.3 The scope and regulatory management of the TC: effectiveness and efficiency. 4.4 The ineffectiveness and inefficiency regarding the environmental protection expected from the TC. 4.5 The resulting ineffectiveness and inefficiency of the Mantovani Landfill TC. 4.5.1 Methodology for information gathering. 4.5.2 Previous results. 5. Mantovani case from a structural perspective. 5.1 Case structural identifiers. 5.1.1 Event or structural problem. 5.1.2 Structural litigation. 5.1.3 Decision or structural injunction. 5.2 Structural resolving mechanisms. 5.2.1 Memorandum of Understanding (MoU). 5.2.2 The Case of Consent Decree. 5.2.3 Lawsuit (Structural lawsuit). 6. Conclusion.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo analizar, bajo la lógica de procesos estructurales y disputas, el caso del Término de Compromiso Extrajudicial (TC) firmado ante

irregularidades ambientais en el Vertedero de Mantovani. Para ello, el trabajo contextualiza el episodio, la etapa actual de ejecución del acuerdo y sus resultados. Además, expone las repercusiones sobre los derechos y garantías fundamentales –en materia ambiental, social y económica– de las comunidades y otros actores públicos y privados vinculados al caso. Abordados los efectos y repercusiones jurídicas del caso, se esbozan las principales perspectivas para el diagnóstico y posibles resoluciones del conflicto a partir del paradigma de procesos y disputas estructurales. Se utilizó como metodología el enfoque deductivo, empleando técnicas de investigación documental y bibliográfica. El trabajo concluye en dirección a la posibilidad de una rediscusión sobre la efectividad y eficiencia esperadas del plazo de compromiso en cuestión, abriendo espacio para la eventual resolución del caso a través de medios estructurales y concertados entre los actores públicos y privados involucrados.

Palabras-clave

Término de Compromiso Extrajudicial (TC); Vertedero Mantovani; derechos socioambientales y económicos; procesos estructurales.

Sumario

1. Introducción. 2. Caso Vertedero Mantovani: contextualización, formación y etapa actual. 3. El objeto del Término de Compromiso del Vertedero Mantovani y las dos décadas de adiciones. 4. La ineficacia e ineficiencia resultantes de lo TC y el problema estructural. 4.1 La ineficacia jurídica de un TC. 4.2 La ineficiencia de un TC. 4.3 El alcance y gestión normativa del TC: eficacia y eficiencia. 4.4 La ineficacia e ineficiencia en cuanto a la protección ambiental esperada de lo TC. 4.5 La ineficacia e ineficiencia resultantes del TC de lo vertedero Mantovani. 4.5.1 La metodología de recolección de información. 4.5.2 Resultados anteriores. 5. El caso Mantovani desde una perspectiva estructural. 5.1 Identificadores estructurales de casos. 5.1.1 El evento o problema estructural. 5.1.2 El proceso estructural. 5.1.3 La decisión o resolución estructural. 5.2 Mecanismos de resolución estructural. 5.2.1 Memorando de Entendimiento (MOU). 5.2.2 Fijación del Término de Compromiso Extrajudicial. 5.2.3 Acción Jurisdiccional (Sentencia Estructural). 6. Conclusión.

1. Introdução

O presente artigo analisa o contexto e os efeitos do Termo de Compromisso de Resolução Extrajudicial (TC) vinculado ao caso Aterro Mantovani. Constituído em 2001 para a execução de medidas emergenciais e de controle de irregularidades

ambientais causadas na região do aterro, o TC em questão foi firmado entre o Ministério Público de São Paulo (MP-SP), a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB) e um grupo de mais de sessenta empresas. Até o momento, o acordo possui vinte aditamentos, e a situação perdura por mais de duas décadas. Apesar do tempo transcorrido, do alto nível de investimento e da remediação de parte de contaminantes, a situação ainda carece de resolução integral.

Dadas as causas, consequências e formas de resolução propostas e estabelecidas pelas autoridades e pelos demais atores privados envolvidos, o caso revela uma estrutura complexa, sobretudo se considerada a natureza do conflito jurídico e socioeconômico. Essa complexidade pode ser percebida ao se analisar mais detidamente os elementos estruturantes adjacentes ao estado de coisas que se instalou a partir do TC e de seus aditamentos.

Considerado esse contexto, este trabalho, por meio de estudo de caso, tem como problema responder à questão: o Termo de Compromisso firmado no caso do Aterro Mantovani pode ser considerado eficaz e eficiente quanto aos seus fins predeterminados? Como hipótese testada, apurou-se que, à luz dos seus objetivos normativos e de gestão, bem como da lógica dos processos estruturais, o referido instrumento restou ineficaz e ineficiente, tendo em vista a não resolução do conflito e a extensão dos danos no caso concreto.

A fim de cumprir com o seu objetivo, este trabalho está dividido em quatro partes. A primeira é dedicada à contextualização do caso e à formação do acordo estabelecido, de modo a delinear a ordem dos fatos e das fases do episódio. Na segunda parte, analisa-se um recorte do objeto do TC e de seus aditamentos, considerando-se as alterações e rediscussões correlatas à pretensa eficácia jurídica do acordo, bem como à eficiência econômica e regulatória adstrita aos objetivos de todo e qualquer TC. Na terceira parte, são abordadas as premissas de eficácia jurídica e normativa, e de eficiência econômica e regulatória vinculadas ao TC, sobretudo diante de casos complexos e estruturais. Por fim, com base nos dados coletados, coteja-se criticamente se, no caso em exame, estão presentes a ineficácia e a ineficiência supervenientes do TC, bem como o dinamismo que a lógica dos processos e litígios estruturais pode emprestar para a resolução definitiva da situação.

Desde já é importante ressaltar que o TC Aterro Mantovani se desvela como um clássico conflito de ordem estrutural. Em razão da natureza do seu objeto, o compromisso em questão contém um problema de *jaez* estrutural, multipolar,

complexo em causas e efeitos e fomentado por um estado de coisas irregular. Com efeito, a refuncionalização desse estado de coisas aponta para a pertinência de decisões e medidas estruturantes, com o fim maior de devolver a normalidade ao acordo, restituindo a ele e aos seus gestores, consequentemente, a capacidade de reparar as irregularidades.

2. Caso Aterro Mantovani: contextualização, formação e estágio atual

Em 1987, a CETESB constatou a deposição irregular de resíduos químicos industriais na área pertencente ao Aterro Mantovani S/C Ltda. (“Aterro Mantovani”), localizado no Sítio Pirapitingui, no Município de Santo Antônio de Posse, em São Paulo. Na sequência, em 1988, o Ministério Público de São Paulo (MP-SP) propôs a Ação Civil Pública nº 480/1988 (ACP), que teve por objeto a condenação das empresas supostamente envolvidas na degradação da área e relacionadas aos atos ilícitos ambientais então verificados.

No ano de 1996, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) proferiu sentença judicial na referida ACP, reconhecendo que o dano ambiental fora ocasionado pelos proprietários do Aterro Mantovani. Em 2001, após mais de dez anos da proposição da ação civil pública e ante as dificuldades encontradas para a execução da decisão judicial em face dos proprietários do Aterro, em uma nova tentativa de reparação dos danos, o MP-SP instaurou o Inquérito Civil nº 001/2001. Esse movimento deu ensejo à celebração de um Termo de Compromisso de Resolução Extrajudicial (TC) entre o órgão ministerial e a maioria das empresas que tiveram parte nas ações de contaminação da área. Com a anuência da CETESB, mais de sessenta empresas assumiram o compromisso de adotar medidas destinadas à remediação, ao estancamento e à prevenção de alastramento dos danos ambientais na região. As signatárias assumiram um compromisso social e de boa-fé e não reconheceram culpa pelos atos ilícitos apurados, sob a alegação de que a área estava devida e previamente licenciada pela CETESB.

Entre outros objetivos, o texto original do TC endereçou: (i) a realização de diagnósticos ambientais dos danos; e (ii) a implementação de medidas emergenciais ou de curto prazo, com a repartição proporcional dos custos entre as empresas

envolvidas. Para o cálculo dessa proporcionalidade, o órgão ministerial levou em conta o volume de resíduos supostamente destinados pelas empresas ao Aterro Mantovani. Visando ao cumprimento desses objetivos, as obrigações de prevenção e de reparação delineadas no TC foram estabelecidas com base no compartilhamento específico de ações, as quais deveriam ser sustentadas e financiadas de forma voluntária por cotas-partes das empresas aderentes ao acordo, conforme fixado no aludido negócio jurídico estabelecido em consensualidade.

Com base nessas informações preliminares, constata-se que o TC em questão constitui uma composição extrajudicial em caso de dano de ilícito ambiental de ordem coletiva (bem jurídico de titularidade indeterminável e objeto indivisível). Seguindo a lógica da sentença da ACP nº 480/1988, o instrumento de compromisso firma-se como título executivo extrajudicial, com obrigação certa, líquida e exigível, cuja execução permanece em curso. A despeito da celebração e da definição pontual de obrigações no TC, o conflito permanece sem integral resolução por mais de duas décadas, exibindo controvérsias acerca da eficácia do instrumento adotado, bem como a respeito do (re)direcionamento de sua gestão.

3. O objeto do Termo de Compromisso Aterro Mantovani e as duas décadas de aditamentos

Desde que foi firmado, em 2001, o TC foi modificado por vinte aditivos, e os custos totais até agora dispensados para a correção do problema atingem a monta de R\$ 105.452.053,06, sem a aplicação de correções e juros.

Os aditivos foram propostos sempre que alguma das partes indagava sobre os resultados técnicos do programa de recuperação e/ou sobre os reflexos e efeitos causados pelo programa ao ambiente e à comunidade em torno da área degradada. Atualmente está em curso o 20º Aditamento, e por meio dele as empresas signatárias devem arcar com medidas de remediação, estudos técnicos e ações de monitoramento da região.

O quadro a seguir ilustra, de modo geral, a cronologia dos aditamentos mencionados, destacando os principais objetivos neles insertos:

Quadro 1

TC originário (de 11.09.2001)	Diagnóstico + Medidas Emergenciais de Contenção / Custo: R\$ 2.795.232,00.
1º Aditamento (de 30.07.2003)	Fornecimento de Água + Monitoramento + Operação de Estação de Tratamento de Águas / Custo: R\$ 92.670,00.
2º Aditamento (de 25.11.2003)	Segurança de Operações + Novas Intervenções de Contenção de Contaminação + Novas Investigações e Medidas Complementares / Custo: R\$ 2.197.760,00.
3º Aditamento (de 19.04.2005)	Manutenção do Fornecimento de Água / Custo: R\$ 14.000,00.
4º Aditamento (de 05.07.2005)	Implantação de Barreira contra Contaminação + Construção de Cerca em Vala / Custo: R\$ 892.831,00.
5º Aditamento (de 28.11.2005)	Manutenção de Segurança de Operações + Reparos Emergenciais + Fornecimento de Água + Intervenções contra Contaminação / Custo: R\$ 3.677.000,00.
6º Aditamento (de 28.08.2006)	Remoção e Destinação de Borras Oleosas (Contaminação) + Caracterização de Resíduos + Revisão de Projeto de Remediação + Estudo de Estabilidade de Taludes / Custo: R\$ 7.367.137,62.
7º Aditamento (de 05.03.2007)	Manutenção de Segurança de Operações + Fornecimento de Água + Monitoramento + Armazenamento de Resíduos / Custo: R\$ 3.750.000,00.
8º Aditamento (de 07.10.2008)	Plano de Contingência para Adversidades + Limpeza e Manutenção + Fornecimento de Água + Manutenção de Operações + Monitoramento + Armazenamento de Resíduos / Custo: R\$ 2.650.000,00.
9º Aditamento (de 16.12.2008)	Manutenção de Operações de Escavação de Resíduos (Vala Aberta) + Monitoramento + Destinação e Transporte de Resíduos + Obtenção de Licenças / Custos: R\$ 5.453.110,00 e R\$ 8.285.000,00.
10º Aditamento (de 25.11.2009)	Manutenção de Operações e Segurança do Local + Fornecimento de Água + Operações das Barreiras Hidráulicas e Estação de Tratamento de Águas + Monitoramento + Avaliação de Águas Superficiais e Subterrâneas / Custo: R\$ 2.145.826,47.

11º Aditamento (de 18.11.2010)	Operação das Barreiras Hidráulicas + Monitoramento + Estudo de Alternativas para Tratamento de Águas + Proteção e Segurança do Local + Fornecimento de Água + Identificação, Armazenamento e Destinação de Resíduos / Custos: R\$ 2.165.144,00 e R\$ 1.836.170,40.
12º Aditamento (de 09.10.2012)	Investigações Complementares no Aquífero e sobre Plumas Contaminantes + Revisão do Projeto de Remediação + Caracterização de Resíduos + Avaliação do Monitoramento de Águas + Instalação de Novos Poços de Monitoramento (Complemento do 11º Aditamento) / Custo: R\$ 3.868.396,91.
13º Aditamento (de 17.05.2013)	Novas Investigações em Valas + Operações de Tratamento e Destinação de Resíduos + Elaboração e Refinamento de Projeto Executivo de Remediação / Custo: R\$ 17.424.010,22.
14º Aditamento (de 11.12.2013)	Operações nas Barreiras Hidráulicas + Adequação na ETAS + Comprovação de Eficiência Operacional do Projeto de Adequação da Estação de Tratamento de Águas + Fornecimento de Água + Proteção e Segurança das Operações + Serviços de Limpeza da Infraestrutura / Custos: R\$ 3.689.327,78 e R\$ 2.594.222,40.
15º Aditamento (de 14.10.2014)	Monitoramento Semestral + Relatórios / Custo: R\$ 830.418,48.
16º Aditamento (de 17.12.2015)	Operações nas Barreiras Hidráulicas e na Estação de Tratamento de Águas / Custo: R\$ 3.302.968,28.
17º Aditamento (de 01.02.2016)	Serviços de Limpeza + Segurança do Local + Fornecimento de Água + Caracterização, Transporte e Destinação de Resíduos / Custos: R\$ 3.168.000,00 e R\$ 501.019,29.
18º Aditamento (de 15.12.2017)	Estudos e Monitoramento + Instalação de Novos Poços e Reinstalação dos Existentes + Operação das Barreiras Hidráulicas + Serviço de Limpeza + Segurança do Local + Comprovação da Eficiência Operacional da Estação de Tratamento de Águas / Custos: R\$ 1.760.332,29, R\$ 6.234.426,00 e R\$ 4.792.576,51.

19º Aditamento (de 15.12.2020)	Estudos e Monitoramento + Instalação de Novos Poços e Reinstalação dos existentes + Operação das Barreiras Hidráulicas + Serviço de Limpeza + Segurança do Local + Comprovação da Eficiência Operacional da Estação de Tratamento de Águas / Custos: R\$ 2.395.643,40, R\$ 7.499.873,91 e R\$ 3.827.142,00.
20º Aditamento (de 01.06.2022)	Planejamento de Novo Projeto de Remediação da Área + Revisão do Modelo Conceitual + Revisão/Atualização de Análise de Riscos + Revisão da Modelagem Matemática + Nova Avaliação Viabilidade Técnico-Econômica + Contratação para Projeto Básico + Reuniões Adicionais / Custo: R\$ 240.816,10.

Fonte: Elaborada pelos autores com base nos documentos do Inquérito Civil nº 14.1097.0000013/2016-7 – GAEMA PCJ Núcleo de Campinas - MP-SP.

A leitura sistemática dos vinte aditamentos indica uma intensa relação entre a apresentação de estudos técnicos por interessados e a consequente deliberação para o alargamento do objeto original do TC, a fim de corrigir falhas de gestão. Além disso, esses aditamentos demonstram uma destacada rotatividade de prestadores de serviços terceirizados, os quais não raras vezes indicam atuação sem métodos comprovadamente eficientes de controle. Em conjunto, esses aditamentos e o seu conteúdo trazem evidências claras da ineficácia do compromisso celebrado. O efeito direto disso é a projeção dos danos sociais, econômicos e ambientais no tempo, com impacto na segurança jurídica e nas esferas econômica e social de toda a sociedade e das partes e empresas envolvidas. Esse cenário fragiliza a eficácia dos resultados pretendidos, a eficiência da governança e da gestão dos recursos, bem como as medidas despendidas na condução do TC.

4. A ineficácia e a ineficiência supervenientes do TC e seu problema estrutural

4.1 A ineficácia jurídica de um TC

A eficácia jurídica é a capacidade de um ato ou fato jurídico produzir efeitos concretos. A respeito do TC, a eficácia jurídica desse instrumento é condicionada e definida por pressupostos e condições de forma e resultado. Em regra, tanto a formatação de um TC quanto a definição dos seus resultados são pensadas e confeccionadas com a finalidade última de promover a solução extrajudicial de conflitos, garantindo a celeridade, a consensualidade e o alcance de maior conteúdo técnico

material para a proteção do bem tutelado. Com base nisso, pode-se afirmar que a *eficácia* de um TC se relaciona: (i) aos efeitos concretos das obrigações assumidas; (ii) aos objetivos normativos correlatos ao objeto do TC; e (iii) à gestão do TC (administração destinada à garantia dos resultados pretendidos).

No campo do Direito Privado, importante abordagem sobre a temática da eficácia de um TC é a de Antônio Junqueira de Azevedo⁵. O autor ressalta que o fato jurídico entra no mundo do direito para produzir efeitos jurídicos, alcançando, a partir disso, eficácia jurídica⁶. Segundo Azevedo, ao lado desta eficácia jurídica reside a eficácia própria ou típica, a qual se refere aos efeitos desejados do negócio⁷. Tomado a partir da sua perspectiva estrutural, o negócio jurídico deve ser compreendido como todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, para a qual o ordenamento normativo atribui os efeitos designados como queridos, desde que observados os requisitos legais. O negócio jurídico não se resumiria à simples manifestação de vontade das partes, mas a uma “manifestação de vontade qualificada”⁸. Por conseguinte, a eficácia dos negócios jurídicos estaria, também, vinculada às diretrizes normativas que servem como qualificador dessa vontade.

Sob a ótica dessa perspectiva privada de negócio jurídico transacional⁹, é seguro afirmar que o TC se desvela como um ato/fato jurídico cujos efeitos são pré-definidos e projetados em escala de tempo e obrigação. A interpretação não é diferente no Direito Público, no qual boa parte dos autores considera o TC como um ato administrativo negocial¹⁰. Para o presente estudo, importa destacar que, em ambas as facetas, se houver descumprimento ou desvio do compromisso assumido, a transação perderá a sua eficácia¹¹.

⁵ Fazemos referência à obra: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. p. 22.

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. p. 49.

⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. p. 18.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, p. 187-197, 2009.

¹⁰ C.f.: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204-205. Sobre o tema, ver, também: MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência.

O que diferencia o TC de outros negócios jurídicos da mesma estirpe é a tutela de interesses por ele instrumentalizada. Manifestada com ou sem a assunção de culpa (*nolo contendere*), a vontade expressada no TC é “qualificada” pelas normas que orientam o escopo geral do acordo, o que torna esse instrumento ainda mais complexo. Na doutrina do Direito Público, em especial, é comum o entendimento de que a finalidade do TC é a tutela de interesses transindividuais, obrigando o compromissário a cumprir novamente a lei, sem que para isso seja necessário o acionamento de instrumentos processuais tradicionais¹². Daí a conclusão de que a legitimidade¹³ do TC reside em uma tutela de interesses coletivos. Em outras palavras, aquilo que autoriza o exercício do TC (“dever-poder”) reside no direito material nele subsumido para a tutela dos interesses da coletividade. Assim encarado, o TC pode ser classificado como instrumento direcionado a elevar o grau de eficácia da legislação, ou ainda como um instrumento coletivo de acesso à justiça e de resolução de conflitos.

Outro ponto a ser considerado a respeito da eficácia do TC é a gestão daquilo que foi acordado com o intuito de assegurar minimamente o resultado almejado. Em verdade, desde a sua origem, o *consent decree*, mecanismo norte-americano que inspirou o termo de compromisso entre os brasileiros¹⁴, já pressupunha a “segurança do resultado”¹⁵. Desse modo, se, por um lado, no acionamento do TC, há a segurança de uma não condenação, de outro deve haver a garantia do resultado, que

¹² Entre outros, ver, especialmente: ORZARI, Octavio Augusto da Silva. **Compromisso de ajustamento de conduta**: eficácia na proteção de interesses transindividuais. 2004. Tese de láurea (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 40; GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência; RODRIGUES, Geisa de Assis. Breves considerações sobre o compromisso de cessação de crática. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho *et al.* (coord.). **Lei antitruste**: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 121-122; e GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na Lei antitruste brasileira. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 229-248.

¹³ Sobre o conceito de legitimidade, ver: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 57-63; e COMPARATO, Fabio Konder. **O poder de controle da sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 383-393.

¹⁴ A primeira utilização do instrumento foi no caso *United States vs. Otis Elevator Co.*, de 1906, sob o enfoque do *Sherman Act* (ESTADOS UNIDOS. Circuit Court (Ninth Circuit, Northern District of California). **United States v. OTIS Elevator Co.**, Judge Wm. W. Morrow, June 1st, 1906. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1139406/dl>. Acesso em: 5 jun. 2024). A respeito da origem do *consent decree* na literatura internacional, ver: GOLDBERG, Milton S. The consent decree: its formulation and use. **Business and Economic Research Bureau Occasional Paper UA 15.6 & UA 16.158**, n. 8, 1962.

¹⁵ C.f.: ISENBERGH, Maxwell S.; RUBIN, Seymour J. Antitrust enforcement through consent decrees. **Harvard Law Review**, v. 53, n. 3, p. 386-341, Jan. 1940. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/hlr53&div=33&start_page=386&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 5 jun. 2024; PHILLIPS JR., Charles F., The consent decree in antitrust enforcement. **Washington and Lee Law Review**, v. 39, p. 39-55, 1961. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol18/iss1/4/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

provavelmente não seria encontrado por meio de uma demanda judicial¹⁶. Se fosse o contrário, se poderia imediatamente concluir que o litígio judicial corresponde à maneira mais eficaz de alcançar os objetivos almejados, não fazendo sentido falar em TC, sobretudo diante de casos complexos como o que envolve os mais de vinte anos de discussões, reavaliações e aditamentos existentes e registrados na execução do Termo de Compromisso firmado no episódio do Aterro Mantovani.

4.2 A ineficiência de um TC

Sobre a eficiência necessária para que um TC alcance seus objetivos, é fundamental que ele tenha como pressupostos: (i) a efetividade (grau de efeitos positivos alcançados); (ii) a otimização dos custos; (iii) o emprego adequado dos meios disponíveis; (iv) a concreta prevenção e precaução em matéria ambiental e social; e (v) o equacionamento dos recursos despendidos.

Da perspectiva da Administração Pública, a garantia em formalizar um TC reside no fato de o acordo representar um meio para alcançar resultados considerados desejáveis em um determinado setor, sem as despesas e o tempo que usualmente são necessários para alcançar o mesmo objetivo via ação judicial¹⁷. Além disso, a realização do acordo implica potencial diminuição da assimetria de informação. Alimenta-se também a premissa de que, ao fazer o acordo, o comprometente compartilhe informações técnicas com a autoridade sobre o setor ou mesmo sobre o serviço prestado. Subentende-se que essas informações não são de domínio público, fazendo-se especialmente relevantes em questões relacionadas à tutela coletiva complexa, como em matéria de direitos e garantias ambientais e sociais.

Nesse sentido, pode-se fixar que, para esta análise, a parametrização da eficácia jurídica do TC deve ser diretamente buscada em duas fontes dos seus elementos intrínsecos: (i) na vontade qualificada manifestada; (ii) no objeto intensificador da eficácia normativa de direitos transindividuais; e, paralelamente, (iii) na gestão e garantia de resultados (eficiência). A eficácia própria ou típica do TC, nessa linha,

¹⁶ Em especial, GOLDBERG defende que, ao firmar um TC, o comprometente teria as seguintes vantagens: (i) menos publicidade; (ii) menor despesa; (iii) menos interrupções em seus negócios, se comparados com o resultado de um eventual litígio; (iv) o fato de o acordo e seus elementos não poderem ser utilizados pela autoridade ou por terceiros como base para futura ação judicial de reparação civil por danos. *In*: GOLDBERG, Milton S. *The consent decree: its formulation and use*. p. 3.

¹⁷ GOLDBERG, Milton S. *The consent decree: its formulation and use*. p. 3.

está respectiva e simultaneamente ligada: (i) aos efeitos concretos obrigacionais estabelecidos *inter partes*; (ii) aos efeitos dirigidos pelos objetivos normativos; e (iii) à administração destinada à garantia do resultado esperado.

Vista a partir desse esquema, a legitimidade conferida às autoridades para a realização de um TC diz respeito não apenas à aplicação de sanções ou à determinação de desconstituição de atos ou danos prejudiciais ao quadro que se quer proteger. Mais do que isso, essa legitimidade se relaciona com o necessário tratamento que será endereçado para o TC ao longo da sua existência, a fim de que não ocorra o definimento de seus objetivos.

4.3 A amplitude e a gestão regulatória do TC: eficácia e eficiência

No ordenamento jurídico nacional, o aspecto transdisciplinar do TC e a sua amplitude são confirmados pelo estatuto legal de referência, formado, entre outras bases: (i) pela Constituição Federal de 1988; (ii) pela Lei nº 7.347, de 1985 (Lei da Ação Civil Pública); (iii) pela Lei nº 8.708, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); (iv) pela Lei nº 12.529, de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência); (v) pela Lei nº 13.506, de 2017 (Processo Administrativo Sancionador do BACEN); (vi) pela Lei nº 13.655, de 2018 (Nova LINDB); e (vii) pela Resolução nº 179, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que regulamenta a matéria. De acordo com a interpretação sistemática¹⁸ desse estatuto, o TC é um “instrumento de garantia dos direitos difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa o Ministério Público está incumbido”¹⁹.

A interpretação da totalidade dessa base legal evidencia o TC como um objeto intensificador da eficácia normativa dos direitos constitucionais, dentre os quais se incluem os do meio ambiente. Essa premissa revela, ainda, uma dimensão reguladora do TC, característica presente quando ele é percebido como um elemento de consensualidade²⁰, instituidor de norma constitucional positiva de eficácia plena,

¹⁸ Fazemos referência à orientação de GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução CNMP nº 179, de 26 de julho de 2017**, art. 1º. Brasília, DF: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2024.

²⁰ Desde o início da década de 1990, sob a influência da literatura internacional – especialmente portuguesa e francesa – os autores brasileiros defendem o termo de ajustamento de conduta como um meio consensual de resolução de conflitos, inserindo o mecanismo no âmbito da “consensualidade administrativa”. Na literatura, ver, entre outros:

com aptidão de reger *in concreto* determinada conduta²¹. Nessa linha, a eficácia do TC está atrelada à regulação de situações, relações e comportamentos destinados ao cumprimento de seu objeto último.

Por conseguinte, na forma de mecanismo regulatório de administração²², a gestão do TC guarda relação direta com a ideia de eficiência, princípio reconhecido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e no art. 2º da Lei Federal nº 9.784, de 1999. Esse princípio indica que a Administração Pública deve adotar soluções jurídicas fundamentadas em uma perspectiva de melhor custo-benefício, naquilo que diz respeito à otimização e à alocação de recursos²³. No âmbito do Direito admi-

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**: PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/190>. Acesso em: 5 jun. 2024. Mais recentemente, o Código de Processo Civil (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 jun. 2024) tirou qualquer dúvida que poderia restar sobre o tema, ao expressamente prever, em seu art. 174, III, que o TC é um mecanismo consensual de solução de conflitos. Outras legislações posteriores caminharam no mesmo sentido, como, por exemplo: (i) a Lei 13.140/2015 (BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 3 jun. 2024), que prevê o TC na esfera da mediação e da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; e (ii) o Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 3 jun. 2024), com as modificações trazidas pela Lei 13.655/2018 (BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 3 jun. 2024), que passou a prever a celebração do TC como forma de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa em matéria de Direito Público. Em sentido semelhante, também podem ser destacadas as previsões contidas na Lei 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 3 jun. 2024), na Lei 6.385/1976 (Lei do Mercado e da Comissão de Valores Mobiliários - BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm. Acesso em: 3 jun. 2024) e nas Leis 9.656/1998 (Lei dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde - BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 3 jun. 2024) e 9.961/2000 (Lei da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS - BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em: 3 jun. 2024), que trazem mecanismos semelhantes.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 65, 66, 82 e 83.

²² Partimos da ideia de que o TC é uma fonte de regulação administrativa, ao passo que esta é vista como um sistema de influência, orientação e de controle de processos, comportamentos e condutas de pessoas, seja em sua forma positiva (comandos, diretrizes ou recomendações) ou negativa (proibições, limitações ou advertências). Sobre o tema, entre outros, ver: GONÇALVES, Pedro Antônio P. Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia**: RDPE, v. 9, n. 35, p. 105-141, jul./set. 2011.

²³ EIDENMULLER, Horst. **Effizienz Als Rechtsprinzip: Möglichkeiten Und Grenzen Der ökonomischen Analyse Des Rechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998. p. 88-89.

nistrativo, a ideia de gestão eficiente encontra amparo na teoria da administração de resultados, a qual defende meios de otimização de recursos para a concreção e ganhos de eficiência²⁴. Daí ser correta a afirmação de que, usualmente, a *ineficiência* da gestão pode levar à caracterização da eventual *ineficácia* superveniente do TC, com prejuízo concreto ao seu objeto e aos direitos e garantias tutelados. Portanto, a ineficiência da gestão, relacionada à alocação incorreta de recursos, fará com que o TC deixe de produzir os efeitos que dele se esperava, tornando-o ineficaz, ainda que válido e existente²⁵.

Muito embora o princípio da eficiência seja de difícil fiscalização, haja vista estar atrelado ao campo da discricionariedade administrativa, no mundo prático a eficiência deve ser identificada como sinônimo de “emprego adequado dos meios para o alcance de resultados”²⁶. É comum que essa ideia seja avalizada a partir de quatro atributos definidores: a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade. De acordo com a doutrina, o princípio da eficiência tenciona que o gestor, via racionalização, defina melhor as suas escolhas no processo, impulsionando a eliminação de erros técnicos que podem ser evitados. Essa percepção automaticamente

²⁴ Surgida na Itália, a referida teoria tem adeptos em Portugal e no Brasil. Sobre o tema em sua origem, ver, entre outros: IANNOTTA, Lucio. La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto. *Diritto Processuale Amministrativo*, v. 2, p. 299-373, 1998; e, do mesmo autor, IANNOTTA, Lucio. Costruzione del “futuro” delle decisioni e giustizia nell’amministrazione di risultato. In: IANNOTTA, Lucio. *Economia, diritto e politica nell’amministrazione di risultato*. Torino: G. Giappichelli, 2003. Na literatura portuguesa, vide: GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1, p. 893-942; OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*: enquadramento dogmático-constitucional. Lisboa: Lex, 1995. v. 2, p. 637 e ss.; e OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática de direito administrativo. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coord.). *Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003. p. 147-173. Entre os brasileiros, conferir: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 131-205. Uma boa recuperação histórica desse processo e da sua influência no Brasil é feita por NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 162-177.

²⁵ A diferença conceitual entre “eficácia” e “eficiência” é destacada na doutrina. Em regra, os autores observam a noção de cumprimento de finalidade como sentido teleológico de ambos os termos. Porém, enquanto a eficiência aponta para a obtenção do resultado almejado da melhor forma possível, em atendimento ao interesse público subjacente, a eficácia administrativa representaria a concreção dos fins preestabelecidos em lei, ou seja, a situação atual de disponibilidade para a produção dos efeitos típicos esperados do ato. Assim sendo, nem sempre um ato eficaz é eficiente, ao passo em que um ato ineficiente provavelmente é ineficaz. Sobre o tema, ver: GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. In: ENCICLOPÉDIA Jurídica da PUCSP. São Paulo: PUCSP, 2017. Verbete. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-2/principio-da-eficiencia>. Acesso em: 6 jun. 2023; PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia y administración*: tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública: Boletín Oficial del Estado, 1995, capítulos IV e V; e NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. p. 203.

²⁶ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. p. 157. A autora lembra que a redação original do art. 37, *caput*, da Constituição Federal era orientada para a noção de “qualidade dos serviços prestados”.

engloba outro conceito importante das ciências econômicas, o de “efetividade”. Em outras palavras, a adoção da menor relação custo/benefício para o alcance de um objetivo (eficiência) deve, também, mirar o maior grau de efeitos positivos no ambiente externo da intervenção²⁷. Sob uma perspectiva mais acurada, esse assunto trata da adoção de modelos metodológicos (gerenciais) que sejam capazes de contribuir para uma relação razoável e adequada entre meios e fins. A partir deste ponto, é esperado que os demais atributos (economicidade, produtividade e celeridade no cumprimento do objetivo-fim) apareçam automaticamente²⁸.

Outro aspecto importante da eficiência é a sua relação com o princípio da precaução e a necessidade de justo equacionamento de riscos. Essa tônica se faz mais presente quando o objeto gerenciado pela Administração Pública tem impacto para além das partes interessadas²⁹. É o caso, por exemplo, de situações que envolvem a matéria ambiental.

Com base nessas considerações, o TC desponta como um elemento de consensualidade que entrelaça pressupostos de eficácia e eficiência de distintas maneiras. Nos aspectos ambiental e de sustentabilidade, esses pressupostos se traduzem na efetividade de evitar a consumação de eventuais danos e na recuperação mais célere possível de determinado ambiente degradado, resultados esses que, subentende-se, não seriam possíveis de serem alcançados da mesma maneira por meio de uma ação judicial. Além disso, a formalização do TC no âmbito ambiental guarda relação umbilical com a ideia de adequada alocação de custos socioambientais. Por fim, cabe ressaltar que, notadamente em casos ambientais, a composição do TC implica a diminuição de assimetria informacional, contribuindo, também por esse viés, para a escolha técnico-racional de proteção do interesse público.

²⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. p. 206. Para a autora, em especial, “efetividade significa, para a organização, o impacto, isto é, os efeitos de seus programas no ambiente, os quais são mensurados por índices técnicos, econômicos, socioculturais, institucionais e ambientais”.

²⁸ GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao seu turno, vincula a eficiência com o alcance do resultado esperado. Para a autora, o princípio da eficiência surte efeitos tanto em relação ao modo de atuação do agente público, quanto em relação ao modo de organizar estruturar, disciplinar a Administração Pública, a fim de que se alcance maiores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002).

²⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. p. 1164-1165.

4.4 A ineficácia e a ineficiência quanto à proteção ambiental esperada do TC

Na esfera do Direito Ambiental, o resultado do TC e da sua gestão deve ser compreendido como o alcance ótimo, proporcional e célere da adequada e concreta resposta técnico-jurídica para a reconstituição da qualidade e integridade ambiental. Isso equivale a dizer que, na instrumentalização de tutela ambiental, a eficácia do TC tem a ver com a intensificação das normas que regulam a solução do conflito gerado pelas condutas praticadas³⁰⁻³¹. Logo, a execução e a gestão do TC devem refletir a consecução de proteção socioambiental aos direitos e garantias transindividuais relacionados ao gozo do meio ambiente equilibrado e demais direitos fundamentais que o cercam (saúde, segurança, liberdade, dignidade, propriedade, autonomia, bem-estar, entre outros)³².

Desse ângulo, o TC pode ser visto como uma forma de alcançar os melhores resultados (concreta tutela de direitos transindividuais) com a otimização do uso de recursos escassos a um menor custo – aliás, essa característica é ressaltada pela doutrina ambiental como intrínseca ao TC e à sua finalidade³³. Para chegar neste ponto ótimo de eficiência no aspecto de sua gestão, o TC deve assumir a função de propiciar: (i) o conhecimento dos problemas; (ii) a investigação; e (iii) o deslinde efetivo do conflito ou da irregularidade³⁴. De modo particular, esse viés de funcionalidade revela-se como um estabilizador social³⁵, ao passo que a gestão indica um meio para a realização da eficácia do instrumento. Tudo isso para que sejam tomadas decisões

³⁰ NERY, Ana Luiza. Confissão como exigência da administração pública para a celebração de termo de ajustamento de conduta e negócio jurídico processual: risco de anulabilidade do negócio por coação. In: MILARE, Édís (coord.). *Ação civil pública após 35 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 81.

³¹ Sobre novas estratégias regulatórias ambientais, conferir: PEIXOTO, Bruno Teixeira. *Compliance no Direito Ambiental*: licenciamento, ESG e regulação. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

³² MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 118-120.

³³ MARQUES, José Roberto. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 7., 2003, São Paulo. *Direito, água e vida*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2003. v. 1, p. 621.

³⁴ CAPPELLI, Sílvia. Atuação extrajudicial do MP na tutela do meio ambiente. *Revista do Ministério Público*, n. 46, p. 230-260, jan./mar. 2002; e SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico*: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 508-509.

³⁵ FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 53-54.

e sejam assumidos compromissos que não agravem nem tampouco prolonguem no tempo os prejuízos detectados³⁶.

Assim sendo, a eficácia e a eficiência esperadas do TC ambiental devem ser compreendidas como pressupostos ligados à concretização do direito fundamental de proteção ambiental, cuja lógica é a de dimensão positiva-prestacional. Cumpre ao Estado, nesse cenário, assegurar a organização, o procedimento e os processos de realização da avaliação do meio ambiente, além da dimensão jurídico-participativa, garantindo e possibilitando à sociedade civil defender bens e direitos ambientais³⁷. Desse modo, é importante que a consecução de um TC, que vise à tutela de direitos ambientais, observe esquemas de proteção que previnam, monitorem, controlem e reparem as condutas comprometedoras da integridade e da qualidade dos elementos que compõem o meio ambiente³⁸ (eficiência e efetividade). Para que surta seus efeitos jurídicos, legítimos e esperados, a gestão vinculada ao TC deve abarcar e atender a esses predicados. Na hipótese de agravamento de conflitos, atrasos e obstáculos às ações e à otimização da gestão do TC, configura-se, sem dúvidas, uma situação de ineficiência e, por conseguinte, de ineficácia superveniente.

Em um quadro como esse, os riscos para o meio ambiente aumentam, com afetação dos princípios da precaução, prevenção e sustentabilidade (art. 225 da Constituição Federal), todos integrantes da noção conceitual de eficiência³⁹. Não por outro motivo, o êxito na execução do TC está atrelado à especificação clara

³⁶ LEITE, Fernanda Piccinin. **Desconstrução da natureza regulamentar dos termos de ajustamento de conduta:** uma perspectiva empírica a partir de TCs celebrados entre o Ministério Público e empresas privadas em matéria ambiental. 2020. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020. p. 35-36; e VIÉGAS, Rodrigo Nuñez; PINTO, Raquel Giffoni; GARZON, Luis Fernando Novoa. **Negociação e acordo ambiental:** o termo de ajustamento de conduta (TAC) como forma de tratamento de conflitos ambientais. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2014. p. 136-138. Disponível em: https://fase.org.br/wp-content/uploads/2015/01/negociacao_e_acordo_ambiental_tac_bollbrasil.pdf. Acesso em: 4 jun. 2024.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 5-6.

³⁸ SOARES, Inês Virgínia Prado; VENTURINI, Otávio. Termo de ajustamento de conduta e programas de compliance ambiental. In: TRENEPOHL, Terence; TRENEPOHL, Natascha (coord.). **Compliance no direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 164-165.

³⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia:** impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. p. 207-209; e LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 226-228.

— não contraditória ou obscura — de obrigações e resultados⁴⁰. Essa exigência em atos públicos é mais explícita no contexto de uma sociedade de riscos imprevisíveis, tanto em relação aos sujeitos atingidos como ao viés de tempo e espaço⁴¹, características presentes na maioria dos grandes danos ambientais.

Visto pelo seu viés de resultado, portanto, o TC tem como propósito a busca por soluções avançadas para problemas complexos. A gestão e a prevenção de danos ambientais coletivos e transgeracionais⁴² é um exemplo de situação complexa à qual um TC se revela meio para a eficácia do Direito Ambiental, cuja implementação exige e envolve variadas esferas da sociedade.

4.5 A ineficácia e a ineficiência supervenientes do TC Aterro Mantovani

4.5.1 A Metodologia utilizada para o levantamento de informações

Para a presente pesquisa, foram verificados os principais documentos que constituem o referido acordo. Em particular, foram analisadas decisões, manifestações, pareceres e aditamentos vinculados aos núcleos de (in)eficácia e (in)eficiência, tendo como base a execução e gestão do TC e dos objetivos entabulados.

Para tanto, seguiu-se a seguinte metodologia: (i) estruturou-se um recorte do objeto original do TC e de suas alterações nos aditivos; (ii) trabalhou-se, a partir das constatações iniciais, em um conceito de eficácia e eficiência, para o qual foram considerados a literatura sobre essas temáticas e o posicionamento do Ministério Público e de outras autoridades com atuação em casos semelhantes; (iii) executou-se uma revisão geral da documentação, a fim de extrair fontes fáticas que confirmassem ou não a ineficácia e ineficiência supervenientes do TC, tendo como base o padrão teórico-legal adotado. As documentações analisadas foram: (a) pareceres e informações técnicas da CETESB; (b) manifestações e reivindicações de instituições e da comunidade local; (c) manifestações e reivindicações de empresas vinculadas ao TC; e (d) manifestações e declarações de autoridades envolvidas com o TC.

⁴⁰ FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e resolução negociada de conflitos. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública**: após 35 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 148.

⁴¹ FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e resolução negociada de conflitos. p. 165.

⁴² BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das normas ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 620-621.

As informações coletadas foram analisadas sob a pressuposição de que a *eficácia própria* ou *típica* do TC está respectiva e simultaneamente ligada: (i) aos efeitos concretos obrigacionais estabelecidos *inter partes*; (ii) aos objetivos normativos correlatos ao objeto do TC; e (iii) à administração destinada à garantia do resultado esperado, ou seja, à gestão do TC. Para fins de *eficiência*, considerou-se a presença dos atributos de racionalização, produtividade, economicidade e celeridade, conforme escopo normativo do Direito Público. Além disso, no plano do Direito Ambiental, tomou-se como orientação a ideia de que, para a tutela do meio ambiente, a eficácia do TC está vinculada à conotação funcional das obrigações assumidas, que indica a necessidade de que a gestão do acordo deve propiciar: (i) o conhecimento do problema e sua dimensão; (ii) a investigação dos impactos; (iii) a adoção de mecanismos que, com a ótima alocação de recursos e no menor espaço de tempo, promova o deslinde efetivo das irregularidades, de modo a servir como um estabilizador social.

A partir desses pressupostos, foram buscados, nas fontes selecionadas, indicadores de agravamento dos danos ambientais e do conflito socioeconômico, bem como indícios de atrasos e obstaculizações às ações e à otimização da gestão do TC Aterro Mantovani. Por fim, tencionou-se a identificação de obrigações inócuas, contraditórias e/ou obscuras eventualmente presentes no termo e nos seus diversos aditamentos.

4.5.2 Resultados prévios

Com base no recorte de análise efetuado e considerando a perspectiva funcional e regulatória (de gestão) endereçada ao TC, é seguro afirmar que o referido instrumento não indica reunir os atributos de eficácia e eficiência para os fins aos quais foi destinado. A despeito dos interesses iniciais e da motivação à resolução do conflito, o instrumento sofreu alterações ao longo do tempo, o que colocou em xeque a efetiva proteção da área degradada. Neste caso, é possível relacionar o aparecimento do fenômeno da ineficácia superveniente do TC à sua ineficiência nos aspectos de precaução, prevenção e sustentabilidade.

Ao invés de efetivar o resultado esperado, a gestão do TC imprimiu danos ambientais, sociais e econômicos variados, indo, conseqüentemente, de encontro aos princípios da prevenção, da precaução e da sustentabilidade, conforme preconiza o art. 225, *caput*, § 1º, I e IV, da Constituição Federal. O levantamento realizado sobreleva evidências claras — produzidas por distintos órgãos da sociedade civil organizada — de prejuízos de racionalização, produtividade, economicidade e celeridade, relacionadas à garantia do resultado esperado, qual seja, do reestabelecimento e da manutenção da integridade ambiental e do cumprimento dos direitos e garantias

fundamentais ligados à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O impacto jurídico mais direto da ineficácia superveniente averiguada é a distorção do resultado do TC, com a projeção do dano ambiental e dos seus reflexos sociais e econômicos no tempo e no espaço⁴³. Ao lado do impacto jurídico, é também possível constatar uma miríade de efeitos econômicos para os compromissários, notadamente àquilo que diz respeito à alocação de recursos para o ambiente externo correlato⁴⁴.

O reconhecimento desse quadro permite inferir que o TC indica violações aos princípios da precaução, da prevenção e da sustentabilidade, já que sua gestão atenta contra a segurança jurídica, na medida em que esta última decorre da efetividade estrita ao princípio da legalidade, que orienta a atividade dos entes públicos e informa a relação entre o poder público e os particulares⁴⁵. Além disso, é digno de nota saber que não há qualquer fundamento legal que autorize atrasos e obstaculizações às ações e à otimização da gestão do TC em evidência, seja por parte dos compromissários, do Ministério Público e das agências técnicas do governo. Tampouco os novos danos oriundos da eficácia superveniente devem ser exclusiva e unilateralmente imputados aos signatários originais do TC⁴⁶.

⁴³ Há uma série de indicativos que comprovam essa consequência. Entre outros documentos, indicam-se os despachos do próprio MP-SP, em especial o datado de 2021, no qual o órgão atesta a necessidade de mais ações para o estancamento da contaminação do solo e das águas subterrâneas, bem como para a reparação do aterro (fl. 23.104 do Termo de Compromisso – TC no Inquérito Civil nº 14.1097.0000013/2016-7 – GAEMA Núcleo Campinas – MP-SP). Órgãos como o MPPF já tinham advertido ao próprio Município de Santo Antônio da Posse acerca dos prejuízos econômicos causados pela contaminação do solo e das águas (fls. 8.093-8.123 do TC).

⁴⁴ São várias as evidências de problemas de alocação de custos. Para fins de ilustração, destacam-se, dentre outras: (i) a reunião técnica de 2018, na qual a empresa envolvida ressaltava os problemas de rateio dos custos (fl. 22.662 do TC); e (ii) o ofício do engenheiro do comitê de empresas do TC, que denuncia os efeitos do inadimplemento de algumas empresas do grupo, o que levou à suspensão dos trabalhos (fls. 19.374-19.377 do TC).

⁴⁵ Nesse sentido, ver o Ofício nº 002/2019, da Câmara de Vereadores do Município de Holambra-SP, que ressaltava as dificuldades para seguir as regras do TC depois de “tantos aditamentos”. No mesmo sentido, o governo local questiona os mecanismos de fiscalização e gestão do TC (fl. 22.656 do TC).

⁴⁶ Neste ponto, ganha destaque a previsão contida no art. 21, *caput* e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 3 jun. 2024), com alteração dada pela Lei nº 13.655, de 2018, que consagra a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 3 jun. 2024). De acordo com esse dispositivo, a decisão que decretar – nas esferas administrativa, controladora ou judicial – a invalidação de ato, contrato, ajuste ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse as suas consequências jurídicas e administrativas. Além disso, quando for o caso, a decisão deverá indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo dos interesses gerais, sendo vedado impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função da peculiaridade do caso, sejam anormais ou excessivos.

Deve ser lembrado também que, embora prioritária, a tutela do meio ambiente não pode ser efetivada à revelia das demais esferas, notadamente quando o resultado for o agravamento ou a não contenção adequada dos danos produzidos. Esse ponto, inclusive, dá azo para perquirir acerca da competência e legitimidade de órgãos e autoridades públicas enquanto simultaneamente signatários, fiscalizadores e controladores da gestão do acordo⁴⁷.

À luz da análise efetuada, é possível concluir que o TC perdeu sua funcionalidade de equalizador social e ambiental e passou a ser uma fonte de geração de novos problemas, sendo estes tão ou mais complexos do que o original. Esse novo quadro de danos não é passível de ser resolvido pelo mesmo instrumento, sobretudo pela forma originária como fora estabelecido. Esse fato explica, por exemplo, o volume e o conteúdo dos aditivos arquitetados nas últimas duas décadas no contexto do episódio, assim como aponta para a sua direta relação com os contornos dos processos e litígios denominados de estruturais. Assim, embora tenham mudado significativamente o objeto do TC e a sua forma e execução, a verdade é que essas modificações e aditivos não levaram a situação para melhor.

5. Caso Mantovani na perspectiva estrutural

Considerando as análises tecidas até aqui, é seguro dizer que o TC relacionado ao Aterro Mantovani resulta ineficiente em sua gestão e ineficaz para os fins aos quais restou estabelecido originariamente, em setembro de 2001. Dados seu contexto e objetivos, e tendo como fins últimos a preservação e a tutela do meio ambiente e a mitigação dos danos sociais, o mencionado instrumento exige uma rediscussão ampliada acerca de seu conteúdo e de sua forma. A despeito de outras possíveis abordagens, a rediscussão em questão tem relação íntima com as premissas e os conceitos da lógica estrutural de conflitos em casos jurídicos complexos. A abordagem é amplamente difundida pelo Poder Judiciário do Brasil⁴⁸ e por instituições e órgãos

⁴⁷ No caso analisado, deve ser destacado o despacho de fl. 18.791 do TC, no qual o próprio MP-SP reconhece a vulnerabilidade do órgão. A despeito do inquestionável papel do Ministério Público para a proteção e promoção dos interesses públicos, vale registrar aqui, apenas para fins de argumentação, que a constatação de uma gestão – ou mesmo de uma cogestão – por parte deste órgão invariavelmente indica a subtração das suas competências constitucionalmente fixadas, sem afastamento da responsabilidade pelas decisões de seus membros. Caso se comprove a afronta aos princípios que devem reger a atuação do MP, a hipótese autorizaria o pleito de nulidade dos atos praticados por seus representantes.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 790, de 22 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CESAL/STF) e dá outras providências.

de controle da Administração — incluindo o Ministério Público dos estados — o que chancela a contemporaneidade e a ascensão desta pauta⁴⁹.

A pertinência dos processos estruturais para a resolução ou alocação de obrigações em casos complexos tem sido positiva devido: (i) a sua aplicabilidade não estar limitada à esfera pública ou ao controle de políticas públicas; e (ii) à técnica processual e resolutória em questão possibilitar instrumentalizar meios posteriores à definição de um fim, com o intuito de trazer maior segurança jurídica e resolatividade a casos complexos⁵⁰. O processo estrutural e as medidas estruturais que o compõem revelam-se como mecanismos de controle continuados para casos de violação massiva e duradoura de direitos fundamentais. Nessa perspectiva, as medidas estruturais servem para os interessados operarem uma transição e posterior superação do estado das coisas causador de ampliadas violações.

O enfoque estrutural abrange a detecção de uma situação que demanda, para a correção das irregularidades constatadas, a reorganização ou a revisão de uma estrutura pública ou privada que causa, fomenta ou viabiliza, pelo modo como funciona, a ocorrência de violação contínua e sistêmica de direitos e interesses. O caso do TC Mantovani reúne as peculiaridades necessárias para ser considerado um “problema estrutural”, apto a ser rediscutido por mecanismos inerentes à lógica estrutural.

É de se notar, também, que o uso desse tipo de resolução extrajudicial não está restrito à teoria. Há casos recentes de resolução extrajudicial sob a lógica estrutural. Um deles é o TC firmado entre o MPF e as Prefeituras de Municípios do Estado da Paraíba⁵¹. Na situação, mais de sessenta Ações Cíveis Públicas ajuizadas foram suspensas por força da resolução, a fim de garantir um espaço consensual e estrutural para o problema dos “lixões” naquele Estado. No TC em questão, foram aplicadas medidas estruturais de resolução⁵². Outro exemplo é o TC firmado pela Defensoria Pública do

Brasília, DF: STF, 2022. Disponível em: <https://api-atosnormativosprd.azurewebsites.net/api/normativo/apresentacao/3171>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁴⁹ BARROS, Marcus Aurelio de Freitas. (org.). **Decisões e acordos estruturais**: da prática à teoria: tomo I. Natal: MPRN, 2020. p. 6-7.

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais: processos estruturais e separação de poderes. **Revista de Processo**, v. 47, n. 331, p. 256, set. 2022.

⁵¹ MINISTÉRIO Público Federal participa de TAC para acabar com lixões na Paraíba. **Portal da Capital**, João Pessoa, 11 jul. 2019. Disponível em: <https://www.portaldacapital.com/2019/07/11/ministerio-publico-federal-participa-de-tac-para-acabar-com-lixoes-na-paraiba/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁵² DUARTE, Verônica Rangel. **As técnicas do processo estrutural na efetivação da tutela jurisdicional contra o ilícito ambiental**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de

Município de São José dos Campos, em São Paulo, cujo objeto foi a reestruturação da assistência à saúde da gestante, ante relatos de situações de violência obstétrica e desrespeito ao direito ao acompanhante em instituições públicas e privadas de saúde⁵³.

O TC do Aterro Mantovani segue a mesma linha desses exemplos. Considerando que há um estado de coisas desconforme, cujos danos ambientais e sociais ainda não foram resolvidos mesmo após mais de vinte anos e inúmeros aditivos, o caso ilustra um legítimo problema estrutural que, como tal, exige reação por um processo estrutural viabilizador de efetiva e eficiente correção de suas mazelas. O maior indicativo nesse sentido é a constatação da ineficácia das ações e da ineficiência de sua gestão. Esse quadro impõe a rediscussão e a reestruturação dos meios e dos fins indexados para recuperar a área degradada, a fim de constituir e garantir concretamente as seguranças jurídica e institucional e de tutelar os interesses ambientais, sociais, econômicos e jurídicos do Estado, das partes envolvidas e da sociedade civil afetada. Ao observar casos de danos ambientais como os do Aterro Mantovani, é comum que as várias facetas existentes nos litígios ambientais e a necessidade de proteção simultânea de diversos interesses façam com que, nessas hipóteses, os processos e as decisões estruturais sejam ainda mais necessários.

Como já destacado, ao longo dos vinte anos de existência do TC, as inúmeras evidências documentais e oficiais sugerem uma intensa relação entre os estudos técnicos e o alargamento do objeto original do termo, a fim de corrigir as falhas de gestão. Além disso, constata-se uma destacada rotatividade de prestadores de serviços terceirizados, atuando sem esquemas eficientes de controle. O volume dos aditamentos e o seu conteúdo constituem sinais concretos de ineficácia no alcance dos objetivos assumidos, e o efeito direto desse cenário é a projeção dos danos ambientais no tempo, com impactos diretos na segurança jurídica e nas esferas econômica e social de todos os atores envolvidos.

Pernambuco, Recife, 2020. p. 129-131.

⁵³ Após quatro anos de atividades extrajudiciais, foi firmado o TAC para resolução do problema em São José dos Campos-SP, instruindo-se o procedimento administrativo com atos de metodologias variadas, tais como: (i) expedição de recomendações; (ii) realização de audiência pública envolvendo gestores públicos, entidades diversas, médicos, doulas e representantes da sociedade civil; (iii) coleta de depoimentos ao longo de todo o procedimento; (iv) delimitação dos eixos a serem trabalhados; (v) reuniões administrativas com o Poder Público para negociação de cláusulas do TAC, contando com secretários municipais, procuradores, lideranças dos movimentos sociais, advogados e diretores técnicos de hospitais públicos e privados; e (vi) visitas *in loco* (OROSO, Catharina Marins. Tutela extrajudicial de litígios estruturais: negociando direitos a partir da perspectiva de atuação do Ministério Público. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 65-66, 2022).

Na esfera do Direito Ambiental, o resultado almejado pelo TC e por sua gestão deve ser compreendido como o alcance ótimo, proporcional e célere da resposta técnico-jurídica dada à manutenção da qualidade e integridade ambiental da região afetada. Isso equivale a dizer que, na instrumentalização de tutela ambiental, a eficácia do TC tem a ver com a intensificação das normas que regulam a solução do conflito gerado pelas condutas praticadas.

Assim sendo, se a execução e a gestão do TC devem garantir a proteção dos direitos e das garantias transindividuais ao gozo do meio ambiente equilibrado e dos demais direitos fundamentais que o cercam (saúde, segurança, liberdade, dignidade, propriedade, autonomia, bem-estar, entre outros)⁵⁴, possível se constatar um horizonte que, à luz do atual estado de coisas do TC, não se confirma no contexto do referido compromisso e de seus resultados.

5.1 Identificadores estruturais do caso

Dada toda a discussão feita até aqui, serão apresentados a seguir os principais pontos da lógica estrutural, suas definições e premissas, com o intuito de promover uma compreensão mais pormenorizada do assunto. Para tanto, foram consultadas a literatura jurídica sobre o tema e investigados alguns casos concretos de aplicação da referida abordagem no país. Na sequência, o caso Mantovani será interpretado na perspectiva da lógica estrutural, com a consequente indicação de caminhos estruturais, judiciais e extrajudiciais, correlatos.

5.1.1 O evento ou problema estrutural

A lógica estrutural de atos e processos administrativos ou judiciais se articula a partir de conceitos-chave. Um desses conceitos é o de evento ou o de problema de ordem estrutural. Uma vez identificado que o problema é estrutural, passa-se ao seu diagnóstico e à busca da sua resolução por meio do processo estrutural e dos mecanismos que o constituem.

O problema estrutural é caracterizado pela existência de um “estado de desconformidade estruturada”. O termo vem do Direito Constitucional e significa “uma situação de ilicitude contínua e permanente” ou “uma situação de desconformidade”,

⁵⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. p. 118-120.

ainda que não propriamente ilícita, mas que também atinge direitos fundamentais e subverte a ordem jurídica estatuída disciplinadora do conflito em análise⁵⁵. O conceito indica uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal ou regular, seja ele derivado de política governamental, serviço, contrato, acordo, entre outros. No viés infraconstitucional, o conceito segue a mesma linha, vinculando-se a problemas que escapam à forma e atingem frontalmente direitos e garantias fundamentais (meio ambiente, saúde pública, serviços públicos, acesso à justiça etc.).

Em síntese, o problema estrutural tem por objeto evento ou questão estrutural, cuja base é um problema enraizado que gera uma situação de desconformidade permanente. Em vista de suas características, a correção desse estado irregular demanda a adoção de uma série de atos de reestruturação⁵⁶. É dizer, a transição do estado de desorganização estrutural para o estado ideal exige uma intervenção reestruturante⁵⁷, que é usualmente materializada por intermédio de um processo estrutural.

5.1.2 O processo estrutural

O processo estrutural é formado pelo conjunto de procedimentos, medidas, grupos de agentes e responsáveis, ações e decisões que se relacionam e buscam a resolução de um problema estrutural. A articulação propagada a partir de um processo estrutural tem como fim redefinir e readequar a situação de desconformidade estrutural, objetivando dispensar a ela uma solução definitiva e que retome a normalidade ao estado de coisas em análise.

⁵⁵ Recentemente, o conceito de “estado de coisas inconstitucional” ganhou a atenção do Supremo Tribunal Federal. A expressão foi dita no voto da Ministra Carmen Lúcia, no julgamento da ADPF nº 760/DF, no seguinte sentido: “A construção jurisprudencial do estado de coisas inconstitucional tem origem no Tribunal Constitucional Colombiano. Refere-se ao reconhecimento de omissão inconstitucional reiterada e relacionada a falhas estruturais que importam ofensa grave e contínua a direitos fundamentais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Relatora: Min^a. Carmen Lúcia, 6 de abril de 2022. Voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia (relatora). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023).

⁵⁶ ENTENDER direito: especialistas debatem sobre processos estruturais. **STJ Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 18 jul. 2022. Notícias. Convidados: Fredie Didier Jr. e Edilson Vitorelli. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/18072022-Entender-Direito-especialistas-debtem-sobre-processos-estruturais.aspx>. Acesso em: 29 jun. 2023.

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 22-30; e DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. p. 104.

Em geral, a doutrina especializada tem interpretado o processo estrutural como uma forma de processo coletivo, por meio do qual é possível idealizar e buscar a reorganização de uma estrutura burocrática e de administração ou gestão, pública ou privada, que causa violações pelo modo como funciona, dando origem a um litígio estrutural.

No entanto, é importante ressaltar que o processo estrutural se distingue dos mecanismos processuais tradicionais: enquanto estes se voltam para decisões com foco em acontecimentos passados e não prospectivos, os processos estruturais se vinculam à complexidade do problema e ao modo como suas frações interagem, exigindo que a dinâmica social em que ele ocorre seja alterada ou revisada. Parte-se do pressuposto de que tanto a forma processual quanto as próprias bases formatadoras do processo devem ser corrigidas, já que, se estas bases não forem alteradas, o problema não será resolvido e deflagrará um quadro de danos diretos e indiretos maior do que aqueles que se tentou corrigir⁵⁸.

No viés administrativo e extrajudicial, o processo estrutural se orienta por métodos e técnicas processuais que os órgãos públicos, responsáveis pelo exercício de funções de controle da Administração Pública, podem fazer uso para solucionar demandas públicas complexas⁵⁹. Entre as suas principais características típicas, o processo estrutural é identificado pela multipolaridade, coletividade e complexidade.

A multipolaridade advém do fato de que o problema estrutural geralmente atinge diferentes grupos de interessados – ativos ou passivos – na resolução e reestruturação do estado de coisas irregular constatado. Como exemplo, podemos citar os casos que envolvem danos ambientais coletivos, ineficácia e ineficiência em políticas públicas ou em acompanhamento de acordos em matérias jurídicas de alta complexidade. A coletividade empresta ao processo a conotação de interesse público e geral da sociedade. Essa característica é fundamental para avaliar a extensão dos danos e a urgência de mitigá-los. Por fim, a complexidade indica a necessária inter-relação e interdisciplinaridade nas técnicas e ações resolutórias. Ao necessariamente ter que contemplar a coletividade, o processo estrutural exige o cotejamento dos distintos efeitos que o problema gera para grupos diferenciados. Diante disso,

⁵⁸ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 284, p. 350, out. 2018.

⁵⁹ MENEGAT, Fernando. *Direito administrativo e processo estrutural*: técnicas processuais para um controle seguro e efetivo de casos jurídico-administrativos complexos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 26-30.

são necessárias visões distintas sobre esses interesses diversos e sobre a maneira pela qual eles devem ser abarcados e representados no processo⁶⁰.

Em matéria econômico-ambiental, a lógica estrutural desvela-se como uma medida que busca a efetivação de direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal⁶¹, não por outra razão cresce a aplicação da lógica estrutural em nível de ações constitucionais no país.

Em casos de danos econômico-ambientais⁶² complexos, o processo estrutural é um meio que possibilita uma melhor e mais eficaz reorganização e adequação de um estado de coisas que está violando sistematicamente o direito ao meio ambiente equilibrado, visando a maior e real efetividade desse direito fundamental⁶³. Com o reconhecimento de um problema estrutural de cunho ambiental, e levando em consideração a intensidade do impacto da implementação do regime de transição a ser estabelecido, abre-se campo para o exame da fiscalização e avaliação do cumprimento das novas obrigações estatuídas, com o estabelecimento de um prazo razoável para tanto. Esse gerenciamento fiscalizatório é comumente realizado pelo competente órgão público.

Como medida conformadora, a lógica processual estrutural permite o debate aberto entre os atores públicos ou privados envolvidos, além da ordenação para uma melhor interpretação e adequação do caso concreto, a fim de que se estabeleçam os caminhos necessários para alcançar a normalidade e a proteção ao meio ambiente equilibrado, conforme assegurado constitucionalmente.

⁶⁰ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 23 e 67.

⁶¹ BAMBIRRA, Tamara Brant; BRASIL, Deilton Ribeiro. Direito fundamental ao meio ambiente e o processo estrutural como meio adequado para sua tutela. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, v. 7, n. 1, p. 16-17, jan./jun. 2021.

⁶² Juridicamente, é o princípio da ordem econômica que constitui a defesa do meio ambiente, e não o contrário. No âmbito da Constituição econômica, o princípio da defesa do meio ambiente é impositivo. Ele conforma a ordem econômica constitucional, informando substancialmente o pleno desenvolvimento econômico. Além de objetivo, este princípio é também mecanismo, possuindo, portanto, dupla instrumentalidade. Sobre o assunto, ver: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 276; e, do mesmo autor: GRAU, Eros Roberto. Proteção do meio ambiente: caso do parque do povo. **Revista dos Tribunais**, v. 83, n. 702, p. 247-260, abr. 1994.

⁶³ BAMBIRRA, Tamara Brant; BRASIL, Deilton Ribeiro. Direito fundamental ao meio ambiente e o processo estrutural como meio adequado para sua tutela. p. 11-14.

5.1.3 A decisão ou resolução estrutural

O terceiro dos principais identificadores estruturais é a decisão estrutural, que estabelece o “estado ideal de coisas” (fim) almejado e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios). Em essência, a decisão estrutural, tomada a partir da constatação de um estado de desconformidade cujo conteúdo é de todo complexo⁶⁴, não estrutura, mas, sim, reestrutura o que estava desorganizado.

A racionalidade da decisão estrutural está assentada no fato de que muitas determinações sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de definições lineares e simples entre as partes. A complexidade dos casos sobre os quais se tomam decisões estruturais exige respostas difusas, que considerem um variado número de imposições ou medidas que se impõem gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tal qual um projeto, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo. Em tese, acredita-se que esse caminho tem o potencial de evitar que a decisão do caso se converta em um problema maior do que o litígio originalmente examinado e diagnosticado⁶⁵.

No ordenamento legal brasileiro, a doutrina aponta exemplos de analogia da lógica da decisão estrutural e de seu processo, como nos casos da Lei Federal nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial de Empresas), que versa sobre a previsão do processo de recuperação da situação de crise econômico-financeira de empresas⁶⁶, e da Lei Federal nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), que contém diversos instrumentos que autorizam o emprego de medidas que interferem em atos de dominação econômica e permitem a criação de mecanismos de acompanhamento do cumprimento dessas decisões⁶⁷.

Considerando-se esses principais elementos que caracterizam os conflitos ou litígios como de ordem estrutural, elencam-se no quadro abaixo os identificadores estruturais vinculados ao caso do TC Aterro Mantovani:

⁶⁴ DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 109.

⁶⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-391, nov. 2013.

⁶⁶ VOLPI, Maicon Natan. A recuperação judicial como processo estrutural. **Consultor Jurídico**, 12 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/maicon-volpi-recuperacao-judicial-processo-estrutural/>. Acesso em: 29 jun. 2023.

⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. p. 389-391.

Quadro 2

Problema estrutural	Permanência dos danos socioambientais causados pela deposição irregular de resíduos no local do antigo aterro;
Estado de coisas irregular e desconforme	Ineficácia dos resultados pretendidos pela celebração do TC em 11 de setembro de 2001, e ineficiência de sua gestão por intermédio de vinte aditamentos, especialmente após 2016, quando foi concluído o plano conceitual e exarado o objetivo do Termo de Compromisso, gerando outros prejuízos supervenientes;
Necessidade de medidas/ações estruturais de resolução	Contexto do TC com múltiplos riscos e prejuízos, com causas e efeitos sociais, econômicos, jurídicos e ambientais em diferentes frentes. A manutenção do instrumento não demonstra indicar êxito na tarefa de reestruturar e conformar a regularidade do estado ideal de coisas na região do antigo aterro.

Fonte: Elaborada pelos autores.

Por todas as perspectivas avaliadas, torna-se possível constatar que o TC firmado no episódio do Aterro Mantovani configura um caso de problema estrutural, agravado e perpetuado por um “estado de coisas irregular ou desconforme” tanto no que diz respeito à geração de resultados pretendidos, quanto na condução de sua gestão institucional e administrativa pelos atores públicos e privados responsáveis e competentes.

Trata-se de um caso cuja resolução definitiva exige novas e mais avançadas interpretações e discussões, inclusive no cotejamento de meios estruturais capazes de reestabelecer a normalidade do instrumento, de modo que seus objetivos primordiais de remediação do dano e de resolução do conflito sejam concretamente atingidos.

5.2 Mecanismos estruturais resolutórios aplicáveis ao caso

Demonstrada a análise e o apontamento quanto às possíveis ineficácias e ineficiências supervenientes ao TC Aterro Mantovani, bem como estabelecida sua relação, de forma e conteúdo, com a lógica estrutural de diagnóstico e de resolução de conflitos socioambientais complexos, neste tópico serão delineados, a título resolutório, três mecanismos jurídicos e institucionais que possuem potencial função de provocar e estabelecer a necessária rediscussão e reorganização do instrumento em questão junto às autoridades.

5.2.1 Memorando de Entendimentos (MoU)

As ineficácias e as ineficiências verificadas na gestão institucional do TC Mantovani permitem que seja considerada a formalização de um memorando de entendimentos (*Memorandum of Understanding – MoU*). Com base na ideia de problema estrutural, pode ser suscitada a formalização desse instrumento a fim de buscar a reorientação da governança estrutural (e não apenas formal) das diretrizes do TC e dos limites de sua gestão.

No caso, o uso do *MoU* funcionaria como uma espécie de projeto, necessário para calibrar a regulação pontual e efetivar as expectativas e necessidades das partes afetadas pelo TC e suas obrigações. Esse caminho tem o potencial de reestabelecer um espaço propício à consensualidade e a uma nova contratualização do termo, implicando a reorientação e o realinhamento das obrigações e da cooperação e do diálogo necessários entre as partes vinculadas ao acordo e os órgãos e autoridades públicas competentes.

No Brasil, há casos semelhantes que foram conduzidos via *MoU*. Um exemplo é o adotado no chamado “TAC Carne Legal”, que envolveu a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), a Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carnes (Abiec), a Associação Brasileira de Frigoríficos (Abrafrigo), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e o Grupo de Trabalho da Amazônia Legal do Ministério Público Federal (MPF). Assinado no ano de 2019, o *MoU* foi utilizado para fiscalizar e implementar os termos de ajustamento de conduta (TACs) firmados com frigoríficos para regulação da cadeia produtiva da carne⁶⁸.

Dentre os seus objetivos, o referido *MoU* teve como escopo esclarecer os compromissos e trazer maior segurança jurídica aos produtores que faziam parte do programa Carne Legal. Os TACs firmados nesse programa traziam uma série de obrigações de difícil fiscalização, tais como a proibição de adquirir, transportar ou comercializar produtos de origem animal vinculados ao desmatamento ou a áreas embargadas por irregularidades ambientais na região amazônica brasileira.

Aqui, vale chamar a atenção para o fato de que um dos fundamentos do *MoU* foi a “necessidade de reinterpretação do TAC”. As autoridades consideraram os

⁶⁸ AMAZONAS. Procuradoria da República. **Carne legal**. Manaus, [2024]. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/am/carne-legal>. Acesso em: 29 jun. 2023.

prejuízos econômicos, sociais e ambientais na cadeia produtiva de carne bovina amazonense, e apontaram “controvérsias na execução e gestão do acordo”, além de efeitos prejudiciais à recuperação do eventual passivo ambiental⁶⁹ – contexto próximo do TC ora em análise.

5.2.2 Fixação de Compromisso de Ajuste Estrutural (TC Estrutural)

O segundo caminho resolutivo a ser considerado – e que se fundamenta diretamente na lógica estrutural de resolução de conflitos e casos jurídicos complexos – é a propositura e implementação da celebração de um Termo de Compromisso Estrutural (TC Estrutural), com foco em promover a redefinição do estado de coisas desconforme e irregular presente no TC do caso Aterro Mantovani. Pela lógica estrutural, esta nova contratualização tem a capacidade de reestabelecer a ordem ideal de coisas do TC, abarcando, inclusive, o redimensionamento dos objetivos nele assumidos. Por conseguinte, o TC Estrutural pode reorientar a função e o conteúdo das medidas e das obrigações junto às partes interessadas e às autoridades.

Por meio desta modalidade de compromisso, as seguintes ações podem ser cogitadas: (i) reavaliação técnica e jurídica, contextual e geral, do atual estado de coisas da recuperação ambiental da região do Aterro Mantovani; (ii) restabelecimento de uma estratégia pautada em ações e medidas que sejam prioritárias, úteis e necessárias para a efetiva resolução do problema e a consequente remediação dos danos ambientais ainda existentes no local; e (iii) definição de planos de execução, controle, prazos e monitoramento, com a realocação de recursos, reconfiguração de atores e responsáveis e declaração de quitação de obrigações já encerradas ou pendentes. No ordenamento jurídico vigente, há um expresse fundamento normativo para que se explore este modelo de compromisso de ajuste estrutural, na forma do art. 26, inserido, pela Lei Federal nº 13.655/2018, no Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)⁷⁰.

⁶⁹ CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL. CNA, Abiec e Abrafrigo assinam memorando sobre o cumprimento dos TAC's do Programa Carne Legal. Brasília, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://cnabrazil.org.br/noticias/cna-abiec-e-abrafrigo-assinam-memorando-sobre-o-cumprimento-dos-tacs-do-programa-carne-legal>. Acesso em: 3 jun. 2024.

⁷⁰ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, *celebrar compromisso* com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 3 jun. 2024).

Em relação ao conteúdo e aos requisitos do referido compromisso, o §1º e os incisos I, III e IV do art. 26 da LINDB indicam que esse mecanismo administrativo de resolução extrajudicial deve “buscar solução jurídica *proporcional, equânime, eficiente e compatível* com os interesses gerais”, não podendo “conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”. Indica-se também que o TC Estrutural “deverá prever com *clareza* as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”.

A pertinência e a aplicabilidade desse mecanismo administrativo no caso do TC Aterro Mantovani justificam-se na medida em que a superveniente ineficácia de resultados e a ineficiência na gestão institucional do TC criam e agravam incertezas jurídicas e condições contenciosas na aplicação de Direito Público. Trata-se de um mecanismo de resolução administrativa de controvérsias, previsto legalmente e regulamentado pela Nova LINDB (Lei Federal 13.655/2018), cujo objetivo expresso foi fixar novas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

Entre os principais exemplos de aplicação de um TC Estrutural destaca-se o chamado “TAC Governança”, celebrado no contexto do rompimento da barragem de minérios da mineradora Vale S.A., em 2015, em Mariana, Minas Gerais. Por meio desse TAC alterou-se toda a estrutura de governança criada para a reparação dos danos acarretados pelo estouro da barragem. Para tanto, foram estabelecidas alterações na estrutura interna da Fundação Renova, a qual havia sido instituída para a gestão de reparações da tragédia. Além disso, o mecanismo criou diversos instrumentos com o objetivo de garantir uma efetiva participação dos atingidos nos processos deliberativos e executivos da reparação dos danos⁷¹.

5.2.3 Ação judicial (Decisão Estrutural)

Por fim, uma terceira via resolutiva a ser considerada é a propositura de uma ação judicial ordinária de viés estrutural, tendo como objetivo a rediscussão do TC e seu redimensionamento em termos de diálogos institucionais e resolução efetiva do conflito.

⁷¹ Os principais objetivos do acordo foram: (a) a alteração do sistema de governança estabelecido no Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), celebrado por União, Espírito Santo, Minas Gerais e mineradoras, dentro da ACP nº 0069758-61.2015.4.01.3400; (b) o aprimoramento de mecanismos que garantem a efetiva participação dos atingidos em todas as fases do processo de reparação dos danos; e (c) o estabelecimento de um processo negocial de repactuação dos programas socioambientais e socioeconômicos. Informações disponíveis em: BRASIL. Ministério Público Federal. *Dúvidas sobre o TAC Governança?* Brasília, [2018]. Grandes casos. Caso Samarco. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>. Acesso: 30 jun. 2023.

Ainda que não seja tão recomendada devido a menor possibilidade de resultados quando comparada a um TC Estrutural e a um *MoU*, essa via tem o mesmo fundamento que as demais: a superveniência da ineficácia de resultados e da ineficiência da gestão. Acredita-se que, ao se explorar essa temática, seja possível demonstrar ou estabelecer uma nova contratualização, além de um aberto diálogo institucional entre os atores públicos e privados.

A ação judicial de viés estrutural teria a capacidade de esgotar a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual adjacente ao caso fuja do antagonismo entre as partes e possibilite a participação de diferentes atores com *expertises* distintas. Não por outra razão, essas ações impõem um procedimento diferenciado, que não se amolda aos parâmetros tradicionais do processo civil individual. Quando se pensa em problemas estruturais, alguns elementos processuais comuns – como a adstrição da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada – recebem sentido mais abrangente. Em razão de abarcar múltiplos interesses, direitos e reivindicações ligadas ao evento/problema estrutural, a ação judicial de caráter estrutural possibilita declarações capazes de reorientar as inconformidades, a exemplo da alocação irregular ou indevida de recursos e de obrigações pendentes de análise e extinção, junto ao caso Aterro Mantovani. Nessa linha, pode-se demandar, com esse tipo de ação, alterações estruturais para que resultados sociais desejáveis do TC sejam produzidos⁷², sobretudo considerando os prejuízos jurídicos e econômicos indevidos e irregulares impostos pela má gestão do acordo.

Guardadas as devidas diferenças acerca do objeto, um exemplo que ilustra a hipótese aqui levantada é o da “ACP do Carvão”. Nesse caso amplamente referenciado pela doutrina nacional⁷³, ordenou-se, por meio de decisão judicial formal, o estabelecimento de um plano de fases para a recuperação de áreas degradadas pelas atividades mineradoras na região carbonífera do Município de Criciúma, em Santa Catarina.

⁷² VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. p. 350-351.

⁷³ BRASIL. Ministério Público Federal. Grupo Técnico de Assessoramento à Execução da Sentença. *ACP Carvão*, [2018]. Página inicial. Disponível em: <https://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em: 5 jun. 2024.

6. Conclusão

Como um movimento que deve refletir os anseios sociais quanto à atuação estatal e ao controle sobre as decisões públicas, a processualização se mostra um mecanismo de suma importância para a concretização de políticas públicas e, conseqüentemente, para o alcance dos objetivos constitucionais instituídos na busca pelo desenvolvimento nacional sustentável.

No cenário brasileiro pós-Constituição de 1988, a processualização recebeu relevante enfoque, especialmente pelo fato de o texto constitucional ter definido, mais que uma forma de Estado, um projeto de Estado social e ambientalmente orientado, cuja lógica engloba, entre outros objetivos, a superação do subdesenvolvimento econômico que assola historicamente o país (art. 3º, III, e 170, *caput* e inciso VII) e a afirmação da defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*, e 170, VI), missão determinada a todos os Poderes da República Federativa, em todas as suas funções. Em vista desse plano constitucional de 1988, torna-se patente a necessidade de o Direito Público, em geral, e o Direito Administrativo, em específico, se colocarem a serviço da concretização dos direitos e garantias fundamentais e das diferentes políticas estruturantes previstas constitucionalmente. Para todos os efeitos, o interesse público articulado em torno das decisões tomadas na esfera dos três Poderes deve ser visto como o fundamento, o limite e o critério da atuação e da interpretação administrativa.

A partir desta percepção, a finalidade de qualquer ente da Administração deve ser a obtenção de um resultado concreto e de acordo com o interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da Constituição e da lei. A ideia de cumprimento dessa finalidade constitucional é entendida pela doutrina como uma “função”. Assim, a noção de função revela um “dever-poder” de dar ao objeto certo destino, de vinculá-lo a certo objetivo. No caso da Administração Pública, o sentido é o do interesse público, e não o dos interesses próprios de um agente ou mesmo de um órgão. A partir do momento em que o constituinte e o legislador definem a finalidade e a atuação, cumpre às autoridades administrativas executá-las.

Alocada ao contexto de aplicação de instrumentos de resolução de conflitos, como o Termo de Compromisso Extrajudicial (TC), e lida à luz da lógica dos processos estruturais, essa perspectiva autoriza afirmar que a funcionalidade desse instrumento está vinculada ao dever de conduzir o objeto (o conflito ou litígio de ordem estrutural) para uma finalidade de política constitucional. Visto desse ângulo, o processo estrutural empresta maior dinâmica ao protagonismo dos atos e

processos administrativos, sobretudo em um quadro de crescentes transformações na Administração e na relação entre o meio ambiente e a sociedade.

Ancorada nessa quadratura, a pesquisa realizada neste artigo permitiu refletir criticamente o TC investigado. Celebrado em 2001 entre autoridades públicas e um conjunto de diversas empresas, e voltado a ações de remediação dos danos ambientais causados à região do Aterro Mantovani, o referido ajustamento traz consigo um conflito/litígio de natureza estrutural. Para além disso, se considerados todos os seus aditamentos, realocações, reorientações e atrasos em mais de duas décadas, e observada a análise da documentação pública examinada, o TC em questão padece da incidência de ineficácia jurídica e ineficiência gerencial supervenientes, sobretudo quando avaliado em contraste com suas finalidades últimas e demais resultados para o interesse público (econômico e socioambiental).

Ao se tomar como base a lógica e a perspectiva estrutural, o TC analisado demonstra, como dito, a ineficácia dos resultados e a ineficiência da gestão, fatores que materializam um estado de coisas irregular e desconforme acerca da resolução dos danos socioambientais causados à região do Aterro Mantovani. Esse cenário autoriza que o caso seja visto sob a ótica de um processo estrutural, uma vez que, tal como posto e executado, o acordo demonstra ter perdido a sua funcionalidade de interesse público. Logo, sendo um problema estrutural, o estado de coisas adstrito ao contexto de celebração e execução do TC Aterro Mantovani exige uma reestruturação por meio de medidas ampliadas, sistêmicas, que reconstituam a devida normalidade do instrumento, de modo que lhe permita cumprir seus objetivos e evitar o risco de projetar (e seguir perpetuando), no tempo e no espaço, os danos e as violações do caso.

Conforme demonstrado neste trabalho, existem diferentes mecanismos, de vertentes judiciais e extrajudiciais (*MoU*, TC Estrutural, Ação Estrutural), que têm potencial de instrumentalizar e fundamentar esta nova e necessária contratualização, direcionada à revisão do conteúdo e da forma do TC Aterro Mantovani. São reorientações indispensáveis à efetiva reparação das violações aos direitos e garantias ambientais, sociais e econômicas perpetradas e agravadas nas mais de duas décadas de existência deste conflito/litígio estrutural.

Nessa perspectiva, somente por meio de uma nova contratualização é que o TC Aterro Mantovani conseguirá receber novamente a devida funcionalidade. Para tanto, o documento pode e deve receber novas balizas e diretrizes de discussão, a fim

de se tornar apto a promover o importante diálogo institucional entre as autoridades públicas e os atores privados envolvidos. Esse passo, como se constatou, permitirá a recomposição do seu sentido (constitucional e de interesse público socioambiental), voltado à resolução definitiva dos problemas relacionados à área em questão.

Referências

AMAZONAS. Procuradoria da República. **Carne legal**. Manaus, [2024]. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/am/carne-legal>. Acesso em: 29 jun. 2023.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Desmistificando os processos estruturais: processos estruturais e separação de poderes. **Revista de Processo**, v. 47, n. 331, p. 239-259, set. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAMBIRRA, Tamara Brant; BRASIL, Deilton Ribeiro. Direito fundamental ao meio ambiente e o processo estrutural como meio adequado para sua tutela. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, v. 7, n. 1, p. 1-19, jan./jun. 2021.

BARROS, Marcus Aurelio de Freitas. (org.). **Decisões e acordos estruturais**: da prática à teoria: tomo I. Natal: MPRN, 2020.

BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das normas ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**: PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3 n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/190>. Acesso em: 5 jun. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Dúvidas sobre o TAC Governança?** Brasília, [2018]. Grandes casos. Caso Samarco. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Grupo Técnico de Assessoramento à Execução da Sentença. **ACP Carvão**. Página inicial. Disponível em: <https://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em: 5 jun. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 23-33.

CAPPELLI, Sílvia. Atuação extrajudicial do MP na tutela do meio ambiente. **Revista do Ministério Público**, n. 46, p. 230-260, jan./mar. 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. **O poder de controle da sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL. **CNA, Abiec e Abrafrigo assinam memorando sobre o cumprimento dos TAC's do Programa Carne Legal**. Brasília, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://cnabrasil.org.br/noticias/cna-abiec-e-abrafrigo-assinam-memorando-sobre-o-cumprimento-dos-tacs-do-programa-carne-legal>. Acesso em: 3 jun. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

DUARTE, Verônica Rangel. **As técnicas do processo estrutural na efetivação da tutela jurisdicional contra o ilícito ambiental**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2020.

EIDENMÜLLER, Horst. **Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse Des Rechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

ENTENDER direito: especialistas debatem sobre processos estruturais. **STJ Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 18 jul. 2022. Notícias. Convidados: Fredie Didier Jr. e Edilson Vitorelli. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18072022-Entender-Direito-especialistas-debatem-sobre-processos-estruturais.aspx#:~:text=O%20processo%20estrutural%20C3%A9%20aquele,atos%20de%20reestrutura%C3%A7%C3%A3o%22%2C%20afirmou](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18072022-Entender-Direito-especialistas-debatem-sobre-processos-estruturais.aspx#:~:text=O%20processo%20estrutural%20C3%A9%20aquele,atos%20de%20reestrutura%C3%A7%C3%A3o%22%2C%20afirmou.). Acesso em: 29 jun. 2023.

FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e resolução negociada de conflitos. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública**: após 35 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. In: **ENCICLOPÉDIA Jurídica da PUCSP**. São Paulo: PUCSP, 2017. Verbete. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-2/principio-da-eficiencia>. Acesso em: 6 jun. 2023.

GOLDBERG, Milton S. The consent decree: its formulation and use. **Business and Economic Research Bureau Occasional Paper UA 15.6 & UA 16.158**, n. 8, 1962.

GONÇALVES, Pedro (org.). **Estudos de contratação pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 3 v.

GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 9, n. 35, p. 105-141, jul./set. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do Ibrac**, v. 16, n. 1, p. 187-197, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Proteção do meio ambiente: caso do parque do povo. **Revista dos Tribunais**, v. 83, n. 702, p. 247-260, abr. 1994.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na Lei antitruste brasileira. *In*: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 229-248.

IANNOTTA, Lucio. La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto. **Diritto Processuale Amministrativo**, v. 2, p. 299-373, 1998.

IANNOTTA, Lucio. Costruzione del “futuro” delle decisioni e giustizia nell'amministrazione di risultato. *In*: IANNOTTA, Lucio. **Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato**. Torino: G. Giappichelli, 2003.

ISENBERGH, Maxwell S.; Rubin, Seymour J. Antitrust enforcement through consent decrees. **Harvard Law Review**, v. 53, n. 3, p. 386-341, Jan. 1940. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/hlr53&div=33&start_page=386&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso em: 5 jun. 2024.

LEITE, Fernanda Piccinin. **Desconstrução da natureza regulamentar dos termos de ajustamento de conduta**: uma perspectiva empírica a partir de TACs celebrados entre o Ministério Público e empresas privadas em matéria ambiental. 2020. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed., rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARQUES, José Roberto. Termo de compromisso de ajustamento de conduta. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 7., 2003, São Paulo. **Direito, água e vida**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2003. 2 v.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**: técnicas processuais para um controle seguro e efetivo de casos jurídico-administrativos complexos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MINISTÉRIO Público Federal participa de TAC para acabar com lixões na Paraíba. **Portal da Capital**, João Pessoa, 11 jul. 2029. Disponível em: <https://www.portaldacapital.com/2019/07/11/ministerio-publico-federal-participa-de-tac-para-acabar-com-lixoes-na-paraiba/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

NERY, Ana Luiza. Confissão como exigência da administração pública para a celebração de termo de ajustamento de conduta e negócio jurídico processual: risco de anulabilidade do negócio por coação. In: MILARE, Édis (coord.). **Ação civil pública após 35 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 69-84.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

OROSO, Catharina Marins. Tutela extrajudicial de litígios estruturais: negociando direitos a partir da perspectiva de atuação do Ministério Público. **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 57-81, 2022.

ORZARI, Octavio Augusto da Silva. **Compromisso de ajustamento de conduta**: eficácia na proteção de interesses transindividuais. 2004. Tese de láurea (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa: a revolução dogmática de direito administrativo. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coord.). **Constituição Federal 15 anos**: mutação e evolução. São Paulo: Método, 2003. p. 147-173.

OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**: enquadramento dogmático-constitucional. Lisboa: Lex, 1995. 2 v.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Eficacia y administración**: tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública: Boletín Oficial del Estado, 1995.

PEIXOTO, Bruno Teixeira. **Compliance no Direito Ambiental**: licenciamento, ESG e regulação. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

PHILLIPS JR., Charles F., The consent decree in antitrust enforcement. **Washington and Lee Law Review**, v. 39, p. 39-55, 1961. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol18/iss1/4/>. Acesso em: 5 jun. 2024.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Breves considerações sobre o compromisso de cessação de crática. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho *et al.* (coord.). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 121-122.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Termo de Compromisso – TC no Inquérito Civil nº 14.1097.0000013/2016-7 GAEMA - Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente CAMP - Núcleo de Campinas – MP-SP**. Campinas-SP, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Inês Virgínia Prado; VENTURINI, Otávio. Termo de ajustamento de conduta e programas de compliance ambiental. In: TRENNEPOHL, Terence; TRENNEPOHL, Natascha (coord.). **Compliance no direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 145-171.

VIÉGAS, Rodrigo Nuñez; PINTO, Raquel Giffoni; GARZON, Luis Fernando Novoa. **Negociação e acordo ambiental: o termo de ajustamento de conduta (TAC) como forma de tratamento de conflitos ambientais**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2014. Disponível em: https://fase.org.br/wp-content/uploads/2015/01/negociacao_e_acordo_ambiental_tac_bollbrasil.pdf. Acesso em: 4 jun. 2024.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 43, n. 284, p. 333-369, out. 2018.

VOLPI, Maicon Natan. A recuperação judicial como processo estrutural. **Consultor Jurídico**, 12 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/maicon-volpi-recuperacao-judicial-processo-estrutural/>. Acesso em: 29 jun. 2023.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Relatora: Min^a. Carmen Lúcia, 6 de abril de 2022. Voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia (relatora). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Circuit Court (Ninth Circuit, Northern District of California). **United States v. OTIS Elevator Co.**, Judge Wm. W. Morrow, June 1st, 1906. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1139406/dl>. Acesso em: 5 jun. 2024.

Legislações citadas

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução CNMP nº 179, de 26 de julho de 2017**. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.708, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017.** Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; altera a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, a

Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001; revoga o Decreto-Lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969, e dispositivos da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 790, de 22 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre a criação do Centro de Soluções Alternativas de Litígios do Supremo Tribunal Federal (CESAL/STF) e dá outras providências. Brasília, DF: STF, 2022. Disponível em: <https://api-atosnormativosprd.azurewebsites.net/api/normativo/apresentacao/3171>. Acesso em: 5 jun. 2024.



Structural litigation, destabilization rights and trans-judicial cooperation networks: lessons from comparative constitutional law¹

Litígios estruturais, direitos de desestabilização e redes de cooperação transjudicial: lições do direito constitucional comparado

Litigios estructurales, derechos de desestabilización y redes de cooperación transjudicial: lecciones del derecho constitucional comparado

Lucas Fucci Amato²

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8923-8300>

E-mail: lucas.amato@usp.br

Abstract

This paper intends to present a comparative analysis of practices of structural litigation and reform, exploring the combination of both judicial and extrajudicial agencies, mechanisms and procedures. By specifying a destabilizing function that fundamental rights may take and comparing the reconstructive role that different actors may perform in cooperation, the study advances the hypothesis that the success of structural reforms rely both on the careful design of judicial decrees and revisable monitoring mechanisms (when courts are called upon action) and on the cooperation with trans-judicial agencies, such as administrative organs, the Public Prosecutor's Office or the Public Defenders' Offices. The Brazilian experience of judicial review is then placed within a wider context, covering both the American practice of structural injunctions of complex enforcement and akin Latin American experiences.

¹ AMATO, Lucas Fucci. Structural litigation, destabilization rights and trans-judicial cooperation networks: lessons from comparative constitutional law. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 5, n. especial, p. 419-444, 2025. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2025.v5.nEspecial.a313>.

² Associate Professor at the Department of Jurisprudence and Philosophy of Law, University of São Paulo Law School, USP, Brazil. Visiting researcher at the Universities of Cambridge, Oxford and Harvard. Habilitation, post-doctorate, doctorate and bachelor's degrees in Law from USP. Vice-President of the Brazilian Association of Researchers in the Sociology of Law – ABraSD. CV: <http://lattes.cnpq.br/7721471179237026>.

Keywords

Structural litigation; structural injunction; destabilization rights; fundamental rights; judicial review.

Contents

1. Introduction. 2. Structural injunctions in the American Constitutionalism and the conceptual proposal of ‘destabilization rights’. 3. Beyond the American experience. 4. Structural action within constitutional jurisdiction: role and constraints. 5. Conclusion.

Resumo

Este artigo pretende apresentar uma análise comparativa das práticas de litígio e reforma estrutural, explorando a combinação de agências, mecanismos e procedimentos judiciais e extrajudiciais. Especificando uma função desestabilizadora que os direitos fundamentais podem assumir e comparando o papel reconstrutor que diferentes atores podem desempenhar em cooperação, o estudo avança a hipótese de que o sucesso das reformas estruturais depende tanto da elaboração cuidadosa dos decretos judiciais e de mecanismos de monitoramento revisáveis (quando os tribunais são chamados a agir) quanto da cooperação com agências transjudiciais, como órgãos administrativos, o Ministério Público ou as Defensorias Públicas. A experiência brasileira de controle judicial é então colocada em um contexto mais amplo, abrangendo tanto a prática americana de injunções estruturais de execução complexa quanto experiências latino-americanas similares.

Palavras-chave

Litígios estruturais; injunção estrutural; direitos de desestabilização; direitos fundamentais; controle judicial de constitucionalidade.

Sumário

1. Introdução. 2. As injunções estruturais no constitucionalismo americano e a proposta conceitual dos “direitos de desestabilização”. 3. Para além da experiência americana. 4. Ação estrutural na jurisdição constitucional: papel e limitações. 5. Conclusão.

Resumen

Este trabajo pretende presentar un análisis comparativo de las prácticas de litigio y reforma estructural, explorando la combinación de agencias, mecanismos y procedimientos tanto judiciales como extrajudiciales. Al especificar la función desestabilizadora que pueden asumir los derechos fundamentales y comparar el

papel reconstructor que pueden desempeñar los distintos actores en la cooperación, el estudio avanza la hipótesis de que el éxito de las reformas estructurales depende tanto del diseño cuidadoso de los decretos judiciales y de los mecanismos de control revisables (cuando los tribunales están llamados a actuar) como de la cooperación con agencias extrajudiciales, como los órganos administrativos, el Ministerio Fiscal o las Defensorías Públicas. La experiencia brasileña de revisión judicial se sitúa entonces en un contexto más amplio, que abarca tanto la práctica estadounidense de las medidas cautelares estructurales de aplicación compleja como las experiencias latinoamericanas afines.

Palabras clave

Litigio estructural; requerimiento estructural; derechos de desestabilización; derechos fundamentales; control judicial de constitucionalidad.

Índice

1. Introducción. 2. Los mandatos estructurales en el constitucionalismo estadounidense y la propuesta conceptual de los “derechos de desestabilización”. 3. Más allá de la experiencia americana. 4. La acción estructural en la jurisdicción constitucional: papel y limitaciones. 5. Conclusión.

1. Introduction

This paper aims at mapping practices of structural litigation and structural reform involving both judicial and extrajudicial arenas, procedures and mechanisms. It starts from pointing out to the paradigmatic trajectory of structural injunctions in the United States, since the middle of the 20th century, whose potentials and flaws led to two interesting pathways: specifications of the kind of judicial remedies and decrees apt to guarantee the implementation of the ordered structural reforms, but also its managerial revision and political support; or either the proposal of instituting ‘destabilization rights’ that would be implemented mainly by non-judicial agencies or by a new branch of government, a kind of ‘reconstructive’ power.

Secondly, the research points out to some other constitutional jurisdictions, focusing mainly on Latin America, and especially on Brazil. Here, despite the rising of instruments of judicial review since the 1988 Constitution, there isn’t yet a writ or injunction properly designed for structural reforms. However, a network of organs and agencies that constitute ‘functions essential to the Justice’ (in the constitutional words) – or are even administrative organs internal to the judicial

branch – is innovating in performing a role of destabilization and reconstruction of oppressive setups.

Thirdly, the text centers on a typology of forms of judicial review, reflecting on the place of courts within a wider vision of decision-making arenas and agencies that can cooperate in structural reforms. This discussion may help to sustain the hypothesis advanced by this text: that the fine tuning of the judicial remedies and instruments, combined with a cooperation network involving ‘trans-judicial’ agencies and procedures, enables a learning process that can best guarantee both managerial efficiency and political support to advance structural interventions.

2. Structural injunctions in the American Constitutionalism and the conceptual proposal of ‘destabilization rights’

The American exceptionalism in not recognizing social rights in the constitution (not to mention in binding human rights treaties)³ is ironically counterbalanced by the development of perhaps the richest set of procedural mechanisms relating to civil rights, public law, class actions and public interest litigation. At the core of this practice are structural injunctions issued by federal judges. Through them, the judiciary acts within the internal structure of organizations such as schools, hospitals, asylums and prisons, reorganizing them.

Since the nineteenth century, different trends of constitutional argument and decision have been seen in the United States⁴. A first model, of divided and separated powers, in line with Montesquieu and the architects of the American constitution, considers that rights are best protected by inaction, by locks on fragmented centers of power – the counterbalancing effect between distinct state powers and state initiatives. From Marshall (‘inventor’ of judicial control of constitutionality in *Marbury v. Madison* in 1803⁵) until the Civil War (1860s), this was the hegemonic model. Afterwards, and until the first quarter of the 20th century, the fear of national

³ KING, Jeff. Two ironies about american exceptionalism over social rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, p. 572-602, 2014; GABEL, Shirley Gatenio. *A human rights-based approach to justice in social work practice*. Oxford: Oxford University Press, 2024. ch. 5.

⁴ TRIBE, Laurence Henry. The emerging reconnection of individual rights and institutional design: Federalism, bureaucracy, and due process of lawmaking. *Creighton Law Review*, Omaha, v. 10, n. 3, p. 433-449, 1977.

⁵ UNITED STATES. Supreme Court. *Marbury v. Madison*. *US Reports*, v. 5, p. 137-180, 1964. Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>. Accessed on: 25 Apr. 2022.

‘tyranny’ led to a doctrine of implicit limitations on government, which firmly distinguished between the spheres of private, state and national power. The guideline was to prevent the government from interfering in a so-called invisible ‘natural order of things’ maintained by the common law rights of contract and property. In the wake of the economic crisis and the New Deal, these beliefs were discredited and freedom was then seen as a function of positive state action. Instead of policing government behavior by invoking inherent limitations, the judiciary then turned to protecting ‘entrenched expectations’ and ensuring the ‘regularity of government’ – presumably non-substantive, neutral and objective parameters, which proved to be empty and circular. After that, a model of ‘pre-emption rights’ came onto the scene. Its ambition was to define some islands of freedom immunized against state intervention. Some rights – such as freedom of expression and association, rights to political participation, religious autonomy and privacy and personality – were ‘preferred’. In contrast to previous beliefs that these rights were part of a sphere beyond the state, economic transactions and the order of contract and property came to be seen as the product of an economic system and its institutions, not as a natural order beyond the reach of political action.

In the same period, the ‘equal protection’ model gained influence. Its focus is discrimination in ‘state action’. The task is to pinpoint crucial areas of social structures that should be open to all, not allowing for ‘non-rational’ forms of distinction. Since the 1970s, however, the invocation of the federal judiciary for systematic reform has been criticized for its high standards. Before this skepticism, the great hope came from the *Brown* cases as a model of structural justice. Despite the realist’s appraisals in the 1930’s for judicial deference in face of the options taken by the elected branches (opposing the ‘formalist’ activism taken in face of the New Deal measures)⁶, during the 1950’s and 1960’s the Supreme Court presided by Justice Warren became active in advancing social claims⁷.

In fact, in *Brown I* (1954)⁸, the Court only noted the violation of the precept of equality by the segregationist dynamics of the educational system (until then

⁶ SOLAR CAYÓN, Jose Ignacio. *Política y derecho en la era del New Deal*: del formalismo al pragmatismo jurídico. Madrid: Dykinson, 2002. p. 135-153.

⁷ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the pursuit of justice*. New York: Hill and Wang, 1998; TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights*: judicial review and social welfare entitlements in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

⁸ UNITED STATES. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*. **US Reports**, v. 347, p. 483-496, 1954. Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep347/usrep347483/usrep347483.pdf>. Accessed on: 25 Apr. 2022.

justified by the doctrine of ‘separate but equal’, stated by the same court in the end of the 19th century, after the abolition of slavery and the civil war⁹). Once the practice was unauthorized, it remained to be seen how it could be corrected. In the successive *Brown II* case (1955)¹⁰, the court emphasized its illegitimacy to capture the democratic process by determining once and for all the correct solution; on the contrary, it left the question to be answered later with a myriad of federal district courts, with the determination that the state restructure the system with all due speed. Only successive civil rights laws throughout the 1960s legally cemented racial equality. Not just as a matter of principle, but with defined rules and sanctions, such as the suspension of federal funding for schools that persisted in discriminatory schemes.

The limits of the judicial function in dealing with the constitutional clause of equality before the law are revealing¹¹. On the one hand, the arbitrariness of the doctrine emerged. Firstly, the doctrine of ‘state action’, by which it is understood that constitutional provisions are not applicable to relations between private individuals, unless some element of ‘state action’ is discernible (in the German tradition, a similar debate is taken under the discussion about horizontal, private or third-part effects of fundamental rights). The problem is that there is no social sphere that is not molded in some way by state law. On the other hand, there is the circumscription of the focus of the judgement of unconstitutionality in a list of ‘suspect classifications’: the most rigorous scrutiny is due to the incorporation into the law of differentiations by racial criteria; distinctions of sex and age give rise to an ‘intermediate’ suspicion, to which can be attached those relating to physical disability and sexual orientation. The justification is that these ‘marked’ attributes are innate, corporeal and not optional. That’s why class distinctions remained outside the scope of affirmative action. The result was to produce a series of incongruities that benefited the economically best-placed representatives of those ‘minorities’ and then those workers included in trade union structures strong enough to support, defend and supervise anti-discriminatory measures. A large mass of people who were economically vulnerable, but not marked by the identities to be ‘affirmed’ through compensatory mechanisms, remained disadvantaged and helpless. With the limitations of procedural formality and judicial routine to thoroughly consider empirical issues and deal with

⁹ UNITED STATES. Supreme Court. *Plessy v. Fergusson*. **US Reports**, v. 163, p. 537-564, 1896. Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep163/usrep163537/usrep163537.pdf>. Accessed on: 25 Apr. 2022.

¹⁰ UNITED STATES. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*. **US Reports**, v. 349, p. 294-301, 1955. Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep349/usrep349294/usrep349294.pdf>. Accessed on: 25 Apr. 2022.

¹¹ UNGER, Roberto Mangabeira. Part II: The Critical Legal Studies Movement. In: UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement**: another time, a greater task. London: Verso, 2015 [1982]. p. 127-143.

effectiveness (choosing alternative means), the courts are bound by the contingencies of doctrinal argument and political mobilization¹², on which social consensus and judicial support for progressive measures taken against political powers – and crystallized social practices – ultimately depend.

Structural injunctions spread to cover various sectors and organizations – reorganizing electoral and school systems, hospitals, prisons, companies, etc. – but ended up in crisis from the 1980s onwards¹³. Two main factors are pointed to for this crisis: the judiciary's operational overload with the task, which requires more bureaucratic and technical means than the typical routine tasks of the organization (for example, capabilities for evaluating, planning and executing medium-term interventions in a given organization, policy or procedure); the lack of legitimacy that a power not directly elected would have to interfere, with extended discretion, in public policies and private practices. Moreover, an important point is that the very organization that is the target of the intervention has in-depth knowledge of its routines and structural flaws; therefore, the judicial procedure may not be effective if it simply decrees corrective measures externally, imposing them from the top down.

Two paths would be taken from the American experience: a revision of the procedural frameworks for structural injunctions or even the proposal of a new branch or agency of government charged with this task. In the first line, one should note that a judicial decree of a 'complex enforcement' suit can be either¹⁴: (a) a scheme, a general framework for a compliant practice, leaving the convicted person the choices on how to follow the guidelines; (b) a plan, specifying a model for the reordered practice, beyond which the court must define further details (those it cannot determine beforehand) when supervising implementation; (c) or a takeover, when the organization is temporarily taken over by a body of experts in order to repair its practices and return it fixed (as in business judicial recovery).

In fact, in this case of a systematic violation, the court does not fulfil its obligation to enforce the rules if it simply leaves the measure to be taken to the

¹² KLARMAN, Michael J. Brown, racial change, and the civil rights movement. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 80, n. 1, p. 7-150, 1994.

¹³ WEAVER, Russell L. The rise and decline of structural remedies. *The San Diego Law Review*, v. 41, n. 4, p. 1617-1632, 2004; TUSHNET, Mark. "Sir, yes, sir!": the Courts, Congress and structural injunctions. *Constitutional Commentary*, v. 20, n. 1, p. 189-203, 2003.

¹⁴ SARGENTICH, Lewis Daniel. **Complex enforcement**. Cambridge, MA: Harvard Law School, 1978. Draft; SARGENTICH, Lewis Daniel. Dispute-settlement and enforcement. In: SARGENTICH, Lewis Daniel. **Advanced civil procedure: class actions and injunctions**. Cambridge, MA: Harvard Law School, 1981. Course materials (mimeographed).

discretion of the condemned organization. But the design and implementation of structural reforms requires more than a formalistic (rule-based) or idealistic (principle-based) interpretation of the law and a justification for condemnation or acquittal. It is a practice of institutional construction and reconstruction. Rules – manifested in words in statutes, case law and codes of conduct – are aggregated at the level of institutions; then the surrounding expectations need to be articulated and taken into account. The solutions presented by a reform plan cannot be arbitrary; they require justification, the listing of reasons, but are irremediably contingent and opposed to functionally equivalent options. Empirical considerations about available resources, technical information and probabilistic judgements need to be coupled to normative requirements, to the presentation of an ideal vision supported by the law. There will be cycles of decision-making, implementation, monitoring and the resolution of disputes that emerge in the course of these very phases. Access to the budget needed to carry out reforms can be an obstacle, and will depend on political channels and disputes or collaboration among powers.

The traditional implementation processes were characterized by¹⁵ very detailed judicial decrees, based on consensual policy objectives; monitoring mechanisms with little dependence on the parties; erratic execution mechanisms, leaving the initiative to the sanctioned actors, but with little control and low sensitivity to both the information generated in the course of compliance and the bureaucratic obstacles to change; implementation plans without clarity on their content and function. The judiciary entered into a commitment to relax the effectiveness of the intervention so as not to use up its entire stock of authority. On the other hand, it was proposed that the formulation of the decree should consider not only substantive guidelines, but also critical factors such as costs, bureaucratic capacity and political feasibility; the court would have to familiarize itself with the sanctioned area, probably requiring technical advice. Implementation also depends on the engagement of various groups, both internal and external, rather than being left solely to an appointed manager.

As for monitoring, it is important to have unrestricted access to records and people in the sanctioned organization and to define performance parameters and targets, including quantitative ones, which can be measured in the course of implementation. A full-time panel of experts would be the most suitable monitoring body, among other options such as lay committees, advocates for the sanctioned organization or ombudsmen. Delegating enforcement to a panel of experts is the

¹⁵ NOTES: implementation problems in institutional reform litigation. *Harvard Law Review*, v. 91, n. 2, p. 428-463, 1977.

most realistic solution in terms of the court's time and costs. But effectiveness will depend on the monitoring and enforcement body being given substantial authority and resources. The court can also appoint its own authority, with defined support staff, to carry out the monitoring and enforcement functions, or share them with another separate monitoring body, such as a panel of experts.

As far as dispute resolution is concerned, it depends on the court devoting substantial time to the task, or on the effective functioning of monitoring bodies as the first instance for processing complaints and disputes. It will be more difficult to arbitrate conflicts of competence and responsibility between agencies and bureaucratic bodies. Self-composition, mediation or arbitration can work under the supervision of an authority designated by the court.

Finally, or above all, the implementation plan should inform about the conditions and resources actually available for reform, determining the applicable remedies and defining the role of each actor, such as trade unions, parliament and civil organizations. The plan must be flexible enough to change strategies throughout implementation, when it must be periodically updated and adjusted. The design of the plan will have to rely on dedicated full-time staff, experts and authorities. It is not judicial improvisation.

Promising methods of executing the structural injunctions and managerially complex reforms try to offer an alternative¹⁶ to the model of reform centered on the court and hierarchically commanded by it, subordinating those sanctioned to implement the directive planning of judges. This practice raises technical, administrative and legitimizing deficiencies. On the other hand, leaving the reformed institutions to the pure market choice of their users is simply not solving the problem. Since it is the organization being suited that has the technical knowledge and local know-how, it is better for the court to leave the choice of means relatively undetermined. But at the same time, comparative performance standards (benchmarking) should ensure the quality of administrative decisions. The constitutional scrutiny of the situation to be reformed and the corrective process under monitoring should be reserved for the court, as should the definition of objectives and targets and the ongoing supervision of performance. The remedial means and processes employed directly are

¹⁶ SABEL, Charles; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004; LIEBMAN, James S.; SABEL, Charles F. A public laboratory Dewey barely imagined: the emerging model of school governance and legal reform. *New York University Review of Law & Social Change*, v. 28, n. 2, p. 183-304, 2003.

within the scope of the sanctioned organization. By stigmatizing it, the court must make room for more stakeholders to have a voice in reordering collective practices.

Concerning the proposal that the task of complex enforcement should be given to a new organ, agency or even branch of government, Unger¹⁷ suggests the *sui generis* nature of this type of intervention, not described among the classic functions of any branch. Structural interventions are at a first sight tasks similar to those programmed by the legislature in a general and abstract way and carried out by the public administration in the implementation of public policies; however, at the same time they are localized, temporary, one-off interventions to correct flaws in a policy, procedure or organization, either public or private. These interventions are punctual, like judicial decisions, but their structural nature requires extended limits on discretion and even a longer duration, until the defective practices are reorganized. The theoretical solution, then, is that ‘destabilization rights’ should be specified as claims aimed at this type of localized but structural corrective intervention in an organization, procedure or policy, in the name of bringing it into line with the ideals and rights proclaimed by the law, especially by the Constitution. This new task should be processed by a new power or agency of state, which could be called the ‘reconstructive branch’ or power.

3. Beyond the American experience

Structural injunctions have not remained a specific feature of American law. They have taken on equivalent forms in Latin America, Asia and Africa. In India, the Supreme Court is known to have inferred since the 1970’s its powers of judicial review (even of constitutional amendments, through the ‘basic structure doctrine’), not explicitly addressed on the letter of 1949 Constitution¹⁸. That Court also has addressed social rights through civil rights (such as the ‘right to life’), in the absence of textual norms on the former, and then (with deeper statutory bases in recent

¹⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy realized**: the progressive alternative. London: Verso, 1998. p. 228-229; UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** London: Verso, 1996. p. 30-33; UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy: from politics, a work in constructive social theory. 2. ed. London: Verso, 2001. p. 451, 530-535; UNGER, Roberto Mangabeira. Part II: The critical legal studies movement. In: UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**: another time, a greater task. London: Verso, 2015. p. 127-143.

¹⁸ MEHTA, Pratap Bhanu. The inner conflict of constitutionalism: judicial review and the ‘basic structure’. In: HASAN, Zoya; SRIDHARAN, E.; SUDARSHAN, R. (ed.). **India’s living constitution**: ideas, practices, controversies. Delhi: Permanent Black, 2002. p. 179-206.

years), restricted its very court-centric approach to a more ‘inter-institutional’ dynamics in the concretization of social rights¹⁹. There, for instance²⁰, public interest litigation has been stimulated, especially since the 1980s and by the Supreme Court, which expanded constitutional remedies, developing them on the border between jurisdiction and administration. Thus, it redefined the *locus standi*, creating its own broad concept of ‘public’, allowed the representation in good faith of third parties in a position of deprivation that prevented them from claiming judicial protection, and accepted the activation of jurisdiction by unformulated means, such as letters (‘epistolary jurisdiction’). The Supreme Court has therefore expanded its role in safeguarding fundamental rights, promoting access to justice for vulnerable groups and making decisions on social policy, governance and the fight against corruption. To what extent popular participation can be stimulated by this dynamic, and to what extent the court should be the oracle guaranteeing substantive constitutional justice, are questions that have emerged in this recent history.

In Colombia, a special doctrine and case law on the ‘unconstitutional state of affairs’ has developed. Problems with the implementation and impact of judicial activity have arisen, for example, in the treatment of rights injured by forced displacement, which has historically victimized peasant, indigenous and black populations. The Colombian constitutional court carried out corrective intervention in this area for six years. When studying this case, observers²¹ pointed out that, within the constitutional framework of the democracies that now exist, judicial activism has proved to be an appropriate response to unblocking public policies that implement constitutional rights. They also noted that structural solutions have the potential to include deliberation and participation by those involved and victimized. In addition to the instrumental effects, in directly or indirectly solving problems, the jurisdiction has achieved symbolic effectiveness, by awakening government and public opinion to the issue, becoming a gateway for mobilizing civil society organizations and structuring control mechanisms in the sector being judged. Intergovernmental coordination among agencies at different levels of government

¹⁹ MUKHERJEE, Gaurav. The Supreme Court of India and the inter-institutional dynamics of legislated social rights. *VRÜ Verfassung und Recht in Übersee*, v. 53, n. 4, p. 411-437, 2021; SETHI, Amal. The justiciability of economic, social and cultural rights in India. In: NUSSBERGER, Angelika; LANDAU, David (ed.). *The justiciability of economic, social and cultural rights*. Bruxelles: Intersentia, 2023. p. 483-503.

²⁰ SEN, Sarbani. The ‘public interest’ in India: contestation and confrontation before the Supreme Court. *Diogenes*, v. 60, n. 3-4, p. 27-44, 2013.

²¹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

remained problematic, and the implementation of public policies remained regionally uneven in the immediate aftermath of the case. Ensuring the sustainability of reform and reconstruction activity beyond the short term, therefore, remained a challenge for inter-institutional coordination in the face of a resistant socio-political structure.

A comparative study of the constitutional experiences of Colombia, India and South Africa highlights three critical success factors for destabilization and reconstruction²². Firstly: the content of the rights that give rise to a particular judgement issued by the court is important; ‘strong’ rights are those whose content is determined as the provision of essential means of basic well-being. Secondly, the type of judicial remedy matters; ‘moderate’ remedies are those relatively open-ended court orders that leave the details of defining public policies to the government, but set deadlines and procedures for government action. The third element that contributes to the effectiveness of this type of judicial action is strong monitoring, encompassing continuous follow-up decisions to check on the progress of the measures; incentives for compliance by public authorities; and the involvement of various ‘interested parties’ (stakeholders) in a process of public deliberation and problem-solving around rights violations (which compensates for shortcomings in the legitimacy and technical knowledge of the judicial authority).

Since 2015 the Brazilian Federal Supreme Court has been provoked to decide about some ‘unconstitutional state of affairs’, through abstract control via Claims of Non-compliance with a Fundamental Precept (ADPFs) in themes such as the prison system, the creation of new law faculties, deforestation in the Amazon, the tax system, the health policy during the Covid-19 pandemic, the costing of the healthcare system, police violence against black people and the situation of homeless population. Considering this scenario, some authors point out that judges need not only to take primary-order decisions about the suited cases, but also second-order decisions about when and how to decide. In such a line of thought, they suggest five requirements for filtering the actions that require structural judicial intervention: 1) a serious violation of fundamental rights; 2) the specific nature of the intervention demanded; 3) a vulnerable or minority group as the victim to be addressed by

²² RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Radical deprivation on trial**: the impact of socioeconomic rights in the Global South. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

litigation; 4) a permanent inertia on the part of the public authorities; and 5) the judicial subsidiarity in comparison with other branches or agencies²³.

Despite this recent pressure towards the institutionalization of structural actions and the doctrinal²⁴ and jurisdictional²⁵ underpinnings on this matter, Brazil has not yet procedural instruments analogous to the ‘structural injunctions’ of ‘complex enforcement’ in the U.S. law²⁶. The closest guarantee to this would be the writ of injunction (‘mandado de injunção’, art. 5, LXXI, Federal Constitution, regulated by Law 13.300/2016): a judicial order for the legislator to remedy its omission to regulate rules that are not fully effective and which, until they are regulated, make it impossible to exercise fundamental rights. While the writ of mandamus (‘mandado de segurança’) has been subjected to a long and winding deployment since the beginning of the Republic²⁷ (in the 19th century) and is directed towards protecting the citizen against an abusive exercise of power by public authorities, the writ of injunction is a more recent innovation directed to fill the gap of a norm that would be needed to regulate the exercise or effective fruition of fundamental rights. If since the 1988 Constitution the Supreme Court has taken a self-contained approach in filling ‘unconstitutional omissions’²⁸, its recent development has been seen as

²³ CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decidindo quando intervir: critérios para identificar ações estruturais prioritárias. *Revista Estudos Institucionais*, v. 10, n. 2, p. 661-688, 2024.

²⁴ E.g. ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

²⁵ The Supreme Federal Court (though the leading case of Extraordinary Appeal RE 684612) established in 2023 a thesis in General Repercussion Topic 698, on the “Limits on the Judiciary Power to order the State to make obligations, consisting of holding public tenders, hiring civil servants and carrying out works that meet the social right to health, to which the Constitution of the Republic guarantees special protection”: “1. The intervention of the Judiciary in public policies aimed at the realization of fundamental rights, in the event of the absence or serious deficiency of the service, does not violate the principle of the separation of powers. 2. The judicial decision, as a rule, instead of determining specific measures, must point out the objectives to be achieved and order the Public Administration to present a plan and/or the appropriate means to achieve the result. 3. In the case of healthcare services, the shortage of professionals can be met by a public tender or, for example, by relocating human resources and hiring social organizations (OS) and civil society organizations of public interest (OSCIP)”.

²⁶ There, injunction became the primary remedy in civil rights litigation, but then emerged a discussion about other available remedies which, depending on the context, would be best suited for advancing judicial action. See FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

²⁷ SANTOS, Gabriel Faustino. *A construção do mandado de segurança: por uma história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil republicano (1891-1937)*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018; SANTOS, Gabriel Faustino. *The invention of the Mandado de segurança: protecting rights and (re)building the state in the Vargas Era (Brazil 1934-1945)*. Macerata: Edizioni Università di Macerata, 2023.

²⁸ PEREIRA, David da Silva. *Jurisprudência e política no Supremo Tribunal Federal: omissão inconstitucional nas decisões de mandado de injunção (1988-2010)*. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013.

a strengthening of the Court's role of balancing interests though abstract judicial review (taking some precedence over legislative politics)²⁹, but the focus of that writ of injunction has been on a restricted and corporatist set of themes, such as retirement and social security, labor rights, public servants' rights³⁰.

However, like the abstract control of unconstitutional omission, these are actions by the Judiciary at the normative level: either with a judicial filling of the normative gap (through analogy and 'manipulative' or 'additive' judicial decrees) or with a notification to the legislator to regulate a constitutional norm, these instruments are not directly aimed to the administrative reordering of an organization or procedure. In order to promote such a reordering, notes Unger³¹, the writ injunction would have to be radically remodeled, to the point of giving rise to a new 'destabilizing' or 'reconstructive' constitutional writ or guarantee; such a judicial instrument would have to be under the competence of the entire judiciary (and not just the higher courts), to cover in its range the protection of all rights (and not just constitutional freedoms) and to authorize the judiciary not only to notify the omission to other powers, but to coordinate itself, with the necessary financial and human resources, the punctual structural interventions in the renitently unconstitutional situation diagnosed.

On the other hand, one may evaluate how the Brazilian experience since the 1980s has moved in a direction aligned with the tasks of 'destabilizing' structural injustices and rebuilding practices and institutions, even though a new branch of government has not been created³². Legislation on trans-individual rights – from Law 7.347/1985 (Public Civil Action) to the Consumer Protection Code (Law 8.078/1990), including the constitutionalization in 1988 of a wide range of individual, collective and even diffuse rights and guarantees – combined with the new role of the Public Prosecutor's Office in protecting these rights and the organization of Public Defenders' Offices, would have created a network of 'reconstructive'

²⁹ MACHADO, Luiz Felipe da Mata. **O mandado de injunção e a abstrativização do exercício da jurisdição constitucional**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

³⁰ RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Nem evolução, nem renascimento?: contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 219, p. 103-132, 2018.

³¹ UNGER, Roberto Mangabeira. [Palestra no HLS Legal Symposium]. In: HARVARD LAW BRAZILIAN ASSOCIATION LEGAL SYMPOSIUM, 26 Apr. 2018, Cambridge, MA. [Anais...]. 1 vídeo (48 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HyH-6jTxsto>. Acesso em: 26 set. 2022.

³² AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais: direitos e poderes**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 158-173.

organizations and procedures in the country with functions similar to those of destabilizing rights. Therefore, we could analyze the Brazilian experience as the emergence of a cooperation network involving occasionally structural litigation or collective claims in face of courts, but mainly the role of para-judicial or trans-judicial organs and agencies.

The restructuring and organization of these public bodies or agencies ‘essential to justice’ (in the terms of 1988 Constitution) has already been analyzed from the perspective of the concept of ‘destabilization rights’. This is the case, for example, with the work of the Labor Prosecutor’s Office in combating situations analogous to slave labor, in structural remedial intervention in cases of child labor or widespread moral harassment, or in cases of any reluctant and massive disregard for labor rights by employers³³. Outside of public law, the very creation of the judicial recovery institute (Law 11.101/2005) incorporates the proposal of an independent administrator, appointed by the judiciary, who can reorganize a certain business company in crisis, in view of the collective interest in preserving the business, positioning bankruptcy as an extreme solution.

The innovations presented by the Brazilian legal system since the 1980s in terms of fundamental rights, judicial procedures and the ‘functions essential to justice’ have been combined with a series of reforms in the judiciary, most notably Constitutional Amendment 45/2004, which established the National Council of Justice (CNJ, ‘Conselho Nacional de Justiça’). This can also be analyzed as a reconstructing organ of the Judicial branch itself³⁴, aimed at correcting the structural flaws that prevent the effective fruition of the fundamental rights of access to justice and effective and speedy judicial provision (art. 5, XXXV and LXXVIII, Federal Constitution). Thus, in this case we have a functional equivalent to a ‘destabilization’ right working through a ‘reconstructive’ organ internal to the judiciary, but with the power to manifest itself in the creation of public policies, under the terms of art. 103, I of the CNJ’s Internal Regulations. Here one may identify precisely an

³³ CARVALHO JR., Pedro Lino. *Direito e imaginação institucional em Roberto Mangabeira Unger*. Salvador: EDUFBA, 2020. p. 177-197; CARVALHO JR., Pedro Lino; MARTINEZ, Luciano. O processo estrutural no combate ao assédio moral na esfera trabalhista. *Revista dos Tribunais*, v. 110, n. 1033, p. 327-343, 2021.

³⁴ LIMA, Jordana Ferreira; AMATO, Lucas Fucci. Destabilizing barriers to the effective access to justice: the National Council of Justice as a reconstructing organ of Brazilian Judiciary. In: FONSECA, Gabriel Ferreira; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Loschiavo (org.). *Contemporary socio-legal studies: empirical and global perspectives*. 1. ed. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023. p. 562-590. Available at: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/995>. Accessed on 12 Feb. 2024.

experimentalist profile³⁵, based on trial and error, in the CNJ's work as a formulator of judicial public policies; this organizational style and the support of technical and technological expertise (for example, in terms of statistics and jurimetrics) aim to enable and legitimize the organ to deal with the traditionalism, opacity and corporatist self-closure of the judicial power.

4. Structural action within constitutional jurisdiction: role and constraints

The syncretic or hybrid institutional setup of many Latin American experiences of judicial review – the Brazilian case in particular – is constituted by a combination of American diffuse judicial review with a singular development of remedies, instruments and decrees concerning abstract judicial review. Latin America provided a singular and innovative approach to the 'Kelsenian' model of constitutional courts³⁶, combining it with the American design of a Supreme Court.

Just as it did not constitutionalized social rights (although it did build public welfare and assistance systems), the United States maintained a Madisonian system of government designed to make structural changes more difficult, preserving deadlocks between the elected branches³⁷. When deadlocks arise, given the decision-making omissions by either of those branches, the paralyzes programmed by the 'checks and balances' technique and the fear of instability generated by an external arbiter (the people, who could be consulted through plebiscites, referenda or earlier elections), courts may take on a moderating role, performing the specifically political work of taking collectively binding decisions. Then the Judiciary is burdened with 'polycentric tasks'.

³⁵ ROSILHO, André Janjácomo. O poder normativo do CNJ: um caminho para se pensar o experimentalismo institucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 141-160, 2011.

³⁶ GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. As origens latino-americanas do controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, p. 1-35, 2023.

³⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. p. xci-xcvi, 454-457.

The term ‘polycentric’ comes from a study by Michael Polanyi³⁸ on money as a means of social expression of complex and subjective desires, difficult to measure by any other objective standard, and thus as a tool for the rational distribution of goods. In order to define the distribution of income that would increase the satisfaction of one without depressing the state of another, we would have to proceed by successive approximations, considering at each stage a center of needs (a person, a robot) and adjusting it in relation to others, and so on, with new readjustments. This is, after all, a ‘polycentric’ problem. Lon Fuller³⁹ applied, by analogy, to the public sphere of law – rights and duties – what Polanyi had said about the public sphere of economics: the market and its logic of pricing and matching demand and supply.

Fuller’s example is the hypothesis that, in a communist system, the definition of prices and salaries would be managed by the courts, which would have to change these rules according to variations in supply and demand. It would be a polycentric task, evoking the image of a network that needs to distribute tensions between its various nodes and that is dynamically subjected to changing pressures, acquiring various forms. Courts can only manage these complex situations in a precarious and provisional way – and even then, when they move towards mixed techniques, moderating authoritative judgement by forms of negotiation and codetermination with the parties who have specific knowledge, but also an interest in the case.

The anchoring of judges in public opinion and the consequent translation of every policy demand into a rights controversy leads to a capture of the government process by one of its agents – precisely the one who, instead of managing crises and uncertainties, should be the guarantor of case law integrity and, in this way, of the soundness of democratic deliberation and the correctness of government choices in relation to the parameters of the rule of law, such as transparency, non-contradiction and isonomy⁴⁰. As the periphery of politics, the courts should not capture politics, but rather catalyze public dialogue, alerting public opinion to illegalities and omissions and putting pressure on the political powers to take their decisions. If the lack of legislative density and administrative concreteness makes the case undecidable – except by referring to general formulas and commonplaces that easily lend

³⁸ POLANYI, Michael. Profits and polycentricity. In: POLANYI, Michael. **The logic of liberty**: reflections and rejoinders. Indianapolis: Liberty Fund, 1951. p. 170-188.

³⁹ FULLER, Lon Luvois. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 394-404, Dec. 1978.

⁴⁰ ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980; AMATO, Lucas Fucci. Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 2, n. 1, p. 255-285, jan./jun. 2022.

themselves to opening up judicial argumentation to a free play of weak analogies, moralizing sophistry and ideological conflagration – it demands not Herculean fundamental solutions, but institutional redefinition. In order to carry out this task, judges would have to turn the interpretative material in their hands, reconfiguring the very framework under which this body of law is to be interpreted and applied. Therefore, in a framework not just of the separation of powers, but of the democratic rule of law, differentiated in a number of ways (between political and legal, administrative and judicial, democratic and technical procedures), the judicial decision of hard cases must be largely inconclusive – that is, it must refer them to the decision-making arenas favorable to deliberation, to the inclusive expression of consensus between the parties involved and interested, and to the complex formation of consensus at the intersection of participatory, representative and technical processes.

It is necessary to consider the variety of institutional performances that the courts can adopt when controlling constitutionality and passing judgement on fundamental rights, particularly economic and social rights that are not individually or collectively attributed (access to services and benefits outside of the universalist criteria programmed by public policy and implemented by the administration). Considering the institutional variability of the centers of the political and legal systems, there are alternative forms of organization of the political powers enshrined in the presidentialism/ parliamentarism difference (and a continuum of mixed forms), as well as the changing modes of ‘interaction’ between the political branches and the courts; these modes can be represented by the difference between weak and strong varieties of judicial control or review, or between judicial activism and self-restraint.

A typology of judicial action in the field of public rights highlights at least six models, which can even be pragmatically integrated by the same court⁴¹: a ‘catalytic’ court, which develops different parameters of intervention for different series of cases, selectively adopting the various styles of action. The first and most traditional model is that of ‘deferential’ judicial review, the self-restraint of the courts in the face of political powers. Here the core of the legal system seeks interpretative restraint when determining obligations to implement rights. It is understood that the core of the political system is better equipped, in normative and cognitive terms, to decide on the means of protecting, respecting, promoting and realizing rights that are only generically set out by constitutional principles. The two basic types of expectations that make up the structure of society and its institutions are involved here. Rights

⁴¹ YOUNG, Katharine G. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. ch. 5.

are institutions with a broad load of normativity – hence the extensive debate on ‘moral rights’. On the other hand, the ways of implementing the respective policies bring the technical challenge of comparing alternative means and choosing the most effective procedures – a cognitive problem.

Beyond what can be advanced by a more or less formalist interpretation, the court believes it cannot decide; after all, its *métier* is not to define how to carry out finalistic programs, but only to apply rules, conditional programs, and impose on public authorities the obligations defined therein, and to the extent previously defined. As individual rights are usually conditionally programmed (as rules with well-defined hypothesis and consequences), they are the focus of judicial activity. As for collective or ‘diffuse’ rights, the courts need to transform them into conditional programs: by specifying the purposes sustained by principles in terms of a situational and contextual setup constrained by the case being judged (and not taking the wider evaluative considerations as in constitutional or legislative drafting); and by adopting an informed but discretionary choice among alternative means of implementation (the judges having the guarantees of not being politically or legally liable for the content of their decisions)⁴². In a deferential approach, judges would only urge the political powers to take some measure or invalidate measures considered unreasonable, disproportionate, insufficient or inadequate, without proposing specific measures, acting then only as a ‘negative legislator’.

Faced with the deferential court, it seems that one need for a more ‘activist’ court – capable of proposing (or imposing) measures beyond the strict interpretation of the constitution and statutes – would be precisely to broaden its legitimacy base. And one of the means seems to be to procedurally integrate organizations typical of the political system, or even to seek a ‘dialogue’ with the political branches, a codetermination of measures to implement the law, rather than imposing a decision on the legislative and executive powers. Faced with the question that the implementation of rights enters the field of authority and knowledge of the political powers, ‘activist’ courts respond with the procedural integration of political organizations into judicial decision-making itself. Apart from the deferential court, the other courts presented in the typology we are discussing seem to opt in some way for a similar solution of bringing politics closer together.

⁴² LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Translated by Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 196-203; LUHMANN, Niklas. *Fin y racionalidad en los sistemas*: sobre la función de los fines en los sistemas sociales. Translated by Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Nacional, 1983. ch. 4 and 5; LUHMANN, Niklas. *A sociological theory of law*. Translated by Elizabeth King-Utz and Martin Albrow. 2nd. ed. New York: Routledge, 2014. p. 174-85.

Therefore, the second model of judicial action in judgements on fundamental rights is a court that is not deferential to political powers and administrative discretion, but practices ‘peremptory’ control. The scrutiny of legislation and public policy is rigorous and the court has three options: to judge the rules or measures as constitutional, as unconstitutional and invalid or to use interpretative mechanisms such as establishing an interpretation in accordance with the constitution, declaring partial unconstitutionality without revising the text or even modalities of judicial legislation in the event of a legislative omission in the regulation of a constitutional provision (e.g. additive judicial decrees).

The third type of judicial action is that of ‘institutional dialogue’ or ‘conversational’ judicial review, whereby the courts seek to distribute the scope of the decision throughout formal and informal channels of consultation and negotiation with the political powers. The paradigmatic case is that of ‘weak’ judicial review⁴³, in which the court makes a provisional decision that can then be overturned by parliamentary deliberation. The control of consistency with protected rights is then combined with the last word (provisional, at least in that decision-making cycle) of political representation.

The fourth and fifth modalities are that of bureaucratic and centralized judicial control over processes of restructuring organizations, rules and procedures (the example of the classic structural injunction in the Brown cases), and its experimental counterpart, which replaces the dynamic of top-down judicial command and control by the coordinated supervision, enabling the sanctioned agents themselves to reconstruct their practices in accordance to the legal and constitutional parameters defined in the ruling.

As for the possibility of the same constitutional court adopting hybrid models in a sixth, ‘catalytic’ approach – in other words, varying its ruling profile according to demand – the court needs to develop a political sensibility, overcoming selectivity in terms of types of rights, weighing up the interests affected (with attention to the extent of the impact on the most vulnerable and unprotected sections of the population) and negotiating with the political powers, starting from a position of reinforcing the representative decision-making arenas, and only progressively dosing the measure of judicial command. For example, from the deferential position of negative legislator, the court will only move to a weak control of constitutionality,

⁴³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

with the reopening of the final decision to parliament, if this control is necessary to awaken political inertia; and it will only move to stronger judicial control or even restructuring intervention if there is a complete blockage and a vacuum of agents more capable of taking collectively binding decisions or leading the localized repair of a systematically unconstitutional practice. This situational leadership of the court in relation to constitutional concretization and the promotion of the effective enjoyment of rights will depend on variables in the political history and constitutional culture of each country – variables that ensure that judges, and the Supreme Court in particular, have the confidence necessary for there to be a presumed consensus to support this prerogative to choose, depending on the case, in a customized way, how to act and to what extent to act. The scenario also changes if constitutional institutions add or reinforce the option of semi-direct democracy mechanisms, through which popular sovereignty can express itself without outsourcing the expression of its will to either politicians or judges.

5. Conclusion

The specification of a ‘destabilizing’ function that constitutional rights may take and the generalization of ‘reconstructive’ procedures that may channel this performance allow us to map the institutional diversity that is opened for structural reforms. The American experience with structural injunctions showed that sometimes courts were led to “move too far, too fast, and too coercively”, with very detailed decrees that denigrated their political authority, instead of generating support by legislative or executive action⁴⁴. This conclusion is supported by the Latin American trajectory in dealing with structural litigation. When the judicial branch is called upon action, the refined design of the measures decreed, the search for political support within and outside the Judiciary itself, and the backing of experts available to monitor and correct the implementation of the reforms throughout the own course of managing it seem to be critical factors of success, avoiding both judicial backtracking to a defensive and oversight position and the backlash by the counter-attack by other public and private mechanisms⁴⁵.

⁴⁴ JEFFRIES, John C., Jr.; RUTHERGLEN, George A. Structural reform revisited. *California Law Review*, Los Angeles, v. 95, 2007. p. 1421.

⁴⁵ GLADYS PUGA, Mariela. El caso estructural en América Latina. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 21-49, 2023.

Finally, the Brazilian experience itself shows the emergence of a trans-judicial cooperation network with functions of destabilizing localized structural routines renitently opposed to fundamental rights; instead of having courts as the only branch monopolizing the role of ‘reconstructing’ those practices, procedures and organizations in compliance with the constitution, structural litigation can be accessed as a tool besides non-judicial strategies, including the roles of the Public Prosecutor’s Offices, the Public Defenders’ Offices and even organs internal to established branches, such as the National Council of Justice, with its managerial and corrective functions towards the judicial power.

References

AMATO, Lucas Fucci. Formalismo jurídico: ascensão, declínio e renascimento. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, v. 2, n. 1, p. 255-285, jan./jun. 2022.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais**: direitos e poderes. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

CARVALHO JR., Pedro Lino. **Direito e imaginação institucional em Roberto Mangabeira Unger**. Salvador: EDUFBA, 2020.

CARVALHO JR., Pedro Lino; MARTINEZ, Luciano. O processo estrutural no combate ao assédio moral na esfera trabalhista **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 110, n. 1033, p. 327-343, 2021.

CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decidindo quando intervir: critérios para identificar ações estruturais prioritárias. **Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, p. 661-688, 2024.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

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

FULLER, Lon Luvois. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978.

GABEL, Shirley Gatenio. **A human rights-based approach to justice in social work practice**. Oxford: Oxford University Press, 2024.

GLADYS PUGA, Mariela. El caso estructural en América Latina. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, v. 3, n. 2, p. 21-49, jul./dez. 2023.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. As origens latino-americanas do controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Direito GV**, v. 19, p. 1-35, 2023.

HORWITZ, Morton J. **The Warren Court and the pursuit of justice**. New York: Hill and Wang, 1998.

JEFFRIES, John C., Jr.; RUTHERGLEN, George A. Structural reform revisited. **California Law Review**, Los Angeles, v. 95, p. 1387-1422, 2007.

KING, Jeff. Two ironies about american exceptionalism over social rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 3, p. 572-602, 2014.

KLARMAN, Michael J. Brown, racial change, and the civil rights movement. **Virginia Law Review**, v. 80, n. 1, p. 7-150, 1994.

LIEBMAN, James S.; SABEL, Charles F. A public laboratory Dewey barely imagined: the emerging model of school governance and legal reform. **New York University Review of Law & Social Change**, v. 28, n. 2, p. 183-304, 2003.

LIMA, Jordana Ferreira; AMATO, Lucas Fucci. Destabilizing barriers to the effective access to justice: the National Council of Justice as a reconstructing organ of brazilian Judiciary. In: FONSECA, Gabriel Ferreira; AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Loschiavo (ed.). **Contemporary socio-legal studies: empirical and global perspectives**. 1. ed. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023. p. 562-590. Available at: <https://www.livrosabertos.abcd.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/995>. Accessed on: 12 Feb. 2024.

LUHMANN, Niklas. **Fin y racionalidad en los sistemas: sobre la función de los fines en los sistemas sociales**. Translated by Jaime Nicolás Muñiz. Madrid: Nacional, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Translated by Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. Translated by Elizabeth King-Utz and Martin Albrow. 2nd. ed. New York: Routledge, 2014.

MACHADO, Luiz Felipe da Mata. **O mandado de injunção e a abstrativização do exercício da jurisdição constitucional**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

MEHTA, Pratap Bhanu. The inner conflict of constitutionalism: judicial review and the ‘basic structure’. In: HASAN, Zoya; SRIDHARAN, E.; SUDARSHAN, R. (ed.). **India’s living constitution**: ideas, practices, controversies. Delhi: Permanent Black, 2002. p. 179-206.

MUKHERJEE, Gaurav. The Supreme Court of India and the inter-institutional dynamics of legislated social rights. **VRÜ Verfassung und Recht in Übersee**, v. 53, n. 4, p. 411-437, 2021.

NOTES: implementation problems in institutional reform litigation. **Harvard Law Review**, v. 91, n. 2, p. 428-463, Dec. 1977.

PEREIRA, David da Silva. **Jurisprudência e política no Supremo Tribunal Federal**: omissão inconstitucional nas decisões de mandado de injunção (1988-2010). 2013. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013.

POLANYI, Michael. Profits and polycentricity. In: POLANYI, Michael. **The logic of liberty**: reflections and rejoinders. Indianapolis: Liberty Fund, 1951. p. 170-188.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Nem evolução, nem renascimento?: contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 219, p. 103-132, 2018.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social**: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Radical deprivation on trial**: the impact of socioeconomic rights in the Global South. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

ROSILHO, André Janjácomo. O poder normativo do CNJ: um caminho para se pensar o experimentalismo institucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 141-160, 2011.

SABEL, Charles; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, Feb. 2004.

SANTOS, Gabriel Faustino. **A construção do mandado de segurança**: por uma história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil republicano (1891-1937). 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

SANTOS, Gabriel Faustino. **The invention of the Mandado de segurança**: protecting rights and (re)building the state in the Vargas Era (Brazil 1934-1945). Macerata: Edizioni Università di Macerata, 2023.

SARGENTICH, Lewis Daniel. **Complex enforcement**. Cambridge, MA: Harvard Law School, 1978. Draft.

SARGENTICH, Lewis Daniel. Dispute-settlement and enforcement. In: SARGENTICH, Lewis Daniel. **Advanced civil procedure**: class actions and injunctions. Cambridge, MA: Harvard Law School, 1981. Course materials (mimeographed).

SEN, Sarbani. The ‘public interest’ in India: contestation and confrontation before the Supreme Court. **Diogenes**, v. 60, n. 3-4, p. 27-44, 2013.

SETHI, Amal. The justiciability of economic, social and cultural rights in India. In: NUSSBERGER, Angelika; LANDAU, David (ed.). **The justiciability of economic, social and cultural rights**. Bruxelles: Intersentia, 2023. p. 483-503.

SOLAR CAYÓN, Jose Ignacio. **Política y derecho en la era del new deal**: del formalismo al pragmatismo jurídico. Madrid: Dykinson, 2002.

TRIBE, Laurence Henry. The emerging reconnection of individual rights and institutional design: federalism, bureaucracy, and due process of lawmaking. **Creighton Law Review**, v. 10, n. 3, p. 433-449, 1977.

TUSHNET, Mark. “Sir, yes, sir!”: the Courts, Congress and structural injunctions. **Constitutional Commentary**, v. 20, n. 1, p. 189-203, 2003.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare entitlements in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracy realized**: the progressive alternative. London: Verso, 1998.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy: from politics, a work in constructive social theory. 2. ed. London: Verso, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira. [Palestra no HLS Legal Symposium]. *In*: HARVARD LAW BRAZILIAN ASSOCIATION LEGAL SYMPOSIUM, 26 Apr. 2018, Cambridge, MA. [Anais...]. 1 vídeo (48 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HyH-6jTxsto>. Acesso em: 26 set. 2022.

UNGER, Roberto Mangabeira. Part II: the critical legal studies movement. *In*: UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**: another time, a greater task. London: Verso, 2015. p. 127-143.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** London: Verso, 1996.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

WEAVER, Russell L. The rise and decline of structural remedies. **The San Diego Law Review**, v. 41, n. 4, p. 1617-1632, 2004.

YOUNG, Katharine G. **Constituting economic and social rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Case law

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema 698**. Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Leading case: RE 684612. Available at: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Accessed on: 26 Jul. 2024.

UNITED STATES. Supreme Court. *Marbury v. Madison*. **US Reports**, v. 5, p. 137-180, 1964. Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf>. Accessed on: 25 April 2022.

UNITED STATES. Supreme Court. *Plessy v. Fergusson*. **US Reports**, v. 163, p. 537-564, 1896. Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep163/usrep163537/usrep163537.pdf>. Accessed on: 25 April 2022.

UNITED STATES. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*. **US Reports**, v. 347, p. 483-496, 1954. Available at: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep347/usrep347483/usrep347483.pdf>. Accessed on: 25 April 2022.

POLÍTICA EDITORIAL

Objetivo da Revista

A *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais é um periódico científico, de periodicidade semestral, promovido pelo Supremo Tribunal Federal, destinado à publicação de artigos, traduções, resenhas e entrevistas inéditos da área jurídica. Seu principal objetivo consiste em difundir textos das mais diversas áreas do direito público e privado, possibilitando a circulação do conhecimento gerado em pesquisas baseadas em abordagens teóricas e empíricas, a fim de propiciar um espaço qualificado para o debate acadêmico.

Linha editorial

A *Suprema* adota uma linha editorial ampla, admitindo a submissão de trabalhos tanto dos ramos do direito tradicionalmente reconhecidos quanto de linhas menos convencionais, sendo especialmente valorizados os textos com abordagem interdisciplinar, de forma a promover maior diversidade nos temas discutidos. O fluxo de recebimento dos textos acadêmicos será contínuo. Serão aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

Processo de avaliação por pares

O artigo é inicialmente analisado pela Equipe Editorial da *Suprema* – Revista de Estudos Constitucionais, para verificação de sua adequação quanto à linha editorial da revista, aos requisitos formais de submissão, à política de publicação da revista e ao potencial para publicação. Após essa análise prévia, o arquivo sem a identificação de autoria é encaminhado a pareceristas do quadro definitivo de pareceristas ou *ad hoc* da revista. Nessa etapa, os artigos são avaliados em um sistema de avaliação às cegas por pares (*double-blind peer review*), mantendo-se em sigilo o nome de autores e pareceristas.

Instruções Editoriais para Autores

1. Ineditismo

1.1 Os artigos, as resenhas e as traduções submetidos deverão ser originais, inéditos e não podem estar em processo de avaliação em outros periódicos, a não ser que tenham sido publicados em outro idioma e em outro país, situação em que deve haver referência, em nota de rodapé, de que se trata de uma versão de artigo já publicado em outro periódico.

1.2 Uma vez publicados na *Suprema*, os artigos somente poderão ser republicados, após consulta prévia à Comissão Editorial da Revista.

2. Titulação dos autores

2.1 Os artigos poderão ter até três coautores, exigindo-se, primordialmente, a titulação de doutor. Excepcionalmente poderão ser aceitos textos de autores com título de mestre ou que estejam cursando o doutorado ou o mestrado, desde que haja ao menos um coautor com o título de doutorado.

2.2 No caso de grupos de pesquisa, os nomes dos participantes devem constar de nota de rodapé, com a indicação da tarefa executada por cada integrante.

3. Idiomas

3.1 Serão aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, francês e italiano.

3.2 Para os textos em português, o título, o resumo, as palavras-chave e o sumário devem ser vertidos também para inglês e espanhol. Para textos em outras línguas, o título, o resumo, as palavras-chave e o sumário devem ser traduzidos para português, inglês e espanhol, caso estes dois últimos não sejam o idioma original do artigo.

4. Metadados

4.1 No momento da submissão do artigo, os metadados devem ser preenchidos de acordo com as diretrizes a seguir, sob pena de rejeição liminar da submissão.

4.1.1 Autoria

4.1.1.1 Prenome e sobrenome: indicação do nome completo dos autores, apenas com as iniciais de cada nome em caixa alta.

Em caso de coautoria, os nomes dos autores devem ser inseridos na ordem em que deverão aparecer na publicação.

4.1.1.2 E-mail: indicação do *e-mail* de cada um dos autores, que será obrigatoriamente divulgado na versão publicada do artigo.

4.1.1.3 ORCID iD: indicação do número de identificação ORCID de cada um dos autores. O identificador ORCID pode ser obtido gratuitamente no endereço <https://orcid.org/register>. O autor deverá aceitar os padrões para a apresentação de iD ORCID e incluir, no seu cadastro, a URL completa, acompanhada da expressão “http://” (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

4.1.1.4 URL: indicação de *link* para o currículo completo de cada um dos autores. No caso de autores brasileiros, deve ser indicado *link* para o Currículo Lattes.

4.1.1.5 Instituição/afiliação: indicação da principal afiliação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas tenha a mesma importância. A afiliação diz respeito à instituição à qual o autor se encontra vinculado como docente ou discente. Caso não seja docente nem discente, deve ser informada a instituição onde obteve o maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização etc. O nome da instituição deverá constar por extenso e em sua língua original, seguido da indicação de seu país de origem entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a afiliação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

4.1.1.6 País: indicação do país da principal afiliação institucional de cada um dos autores.

4.1.1.7 Biografia: minicurrículo de cada um dos autores, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, com referência à respectiva cidade, sigla do estado e país entre parênteses, seguida da indicação de suas titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), de seus outros vínculos com associações científicas, de sua profissão etc.

4.1.2 Título e Resumo

4.1.2.1 Título: indicação no idioma original do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, com até dez

palavras (cf. informações completas a seguir em “Apresentação do texto”).

4.1.2.2 Resumo: indicação no idioma original do artigo, com até 150 palavras, sem formatação em parágrafos e sem apresentação de citações ou referências.

4.1.3 Indexação

4.1.3.1 Palavras-chave: indicação de até cinco termos no idioma original do artigo, em letras minúsculas e separados por ponto e vírgula.

4.1.3.2 Idioma: indicação da sigla correspondente ao idioma do artigo (Português=pt; English=en; Français=fr; Español=es; Italiano=it).

4.1.4 Fomento: indicação das fontes de financiamento da pesquisa, se for o caso.

4.1.5 Referências: indicação da lista completa de referências citadas no artigo, com um espaço entre cada uma delas.

5. Apresentação do texto

5.1 As submissões devem ser enviadas em arquivo “.doc” ou “.docx”, utilizando-se do programa *Microsoft Word* para a sua digitação. Deve-se utilizar a fonte *Times New Roman*, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 e parágrafos justificados (à exceção das citações, notas de rodapé, referências e legendas de figuras, as quais devem estar de acordo com os padrões da ABNT). O espaço da primeira linha dos parágrafos deve ser de 1,25 cm ou 1 TAB. A configuração da página deve ser feita no padrão A4 (210 mm x 297 mm), com margens superior e esquerda de 3 cm e inferior e direita de 2 cm.

5.2 O tamanho dos textos, no caso de artigos e traduções, é de, no mínimo, 7.000 (sete mil) e de, no máximo, 10.000 (dez mil) palavras. Para resenhas, o mínimo é de 4.000 (quatro mil) e o máximo de 7.000 (sete mil) palavras. Poderão ser publicados textos mais extensos, a critério da editoria, caso seu tamanho seja justificável.

5.3 As seções iniciais e finais do artigo devem ser denominadas Introdução e Conclusão, respectivamente.

5.4 As submissões deverão conter os seguintes itens:

5.4.1 Título: o título deve ter no máximo dez palavras, incluído o subtítulo (quando houver). O título no idioma original do artigo deverá ser redigido em fonte *Times New Roman*, tamanho 14, realçado em negrito e com alinhamento centralizado. Os títulos nos demais idiomas deverão ser redigidos em fonte *Times New Roman*, tamanho 14, itálico, também com alinhamento centralizado. Título e subtítulo do artigo devem ter apenas a primeira letra de cada frase em maiúscula, salvo nos casos em que o uso desta seja obrigatório.

5.4.2 Resumo: o resumo deve ser conciso (até 150 palavras), redigido em parágrafo único, e ressaltar o objetivo, o assunto principal do artigo, a metodologia utilizada e as principais conclusões. A enumeração de tópicos não deve ser usada nesse item.

5.4.3 Palavras-chave: indicar até cinco termos que classifiquem o trabalho com precisão adequada para sua indexação, separados por ponto e vírgula (;).

5.4.4 Sumário: deve reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.

5.5 As notas de rodapé não devem ser numerosas e devem conter apenas informações que sejam complementares ao corpo do texto. Não devem ser muito extensas nem conter citações diretas. Devem ser formatadas na mesma fonte do artigo (*Times New Roman*), tamanho 10, espaçamento entre linhas simples e alinhamento justificado.

5.6 Caso seja necessário indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma original do artigo.

5.7 As tabelas, os quadros, as figuras, as imagens e os gráficos, quando existirem, devem compor o corpo do texto, e não constar ao final do documento na forma de anexos. Devem ser inseridos com os devidos cuidados quanto à boa resolução. Para tanto, devem apresentar largura máxima de 10 cm; formato vetorial aberto e editável; legendas curtas e autoexplicativas. As imagens (bitmap) devem apresentar largura mínima de 12 cm e resolução mínima de 300 ppi.

6. Citações e notas

6.1 As citações realizadas ao longo do texto devem obedecer ao disposto na NBR 10520 – Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/Jul. 2023, da ABNT.

6.2 Não serão aceitos artigos que usem o modelo autor-data ou expressões como *Op. Cit.*, *Idem* e *Ibid.*

6.3 A indicação de autoria deve ser feita em nota de rodapé em fonte *Times New Roman* - tamanho 10, e não em nota de fim de artigo (indicar a referência completa da obra na primeira citação e, após, evidenciar apenas nome do autor, o título da obra e o número da página).

Exemplos:

No texto:

A chamada “pandectista” havia sido a forma particular pela qual o direito romano fora integrado no século XIX na Alemanha. (3)

Na nota de rodapé:

Na 1ª citação:

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

Na 2ª citação:

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. p. 225.

6.4 Autores estrangeiros podem, na submissão, seguir outros modelos de citações.

6.5 Citações com até 3 (três) linhas devem permanecer no corpo do texto, sem recuo ou realce, destacadas por aspas. As citações com mais de 3 (três) linhas devem ser separadas do texto com recuo de parágrafo de 4 cm, tamanho 11, espaçamento entre linhas simples e texto justificado, sem o uso de aspas.

6.6 Os destaques existentes na obra original devem ser reproduzidos de forma idêntica na citação. Caso não haja destaques no original, mas o autor do artigo deseje ressaltar alguma informação, deve-se observar as normas a seguir:

6.6.1 Destaques do autor do artigo: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)” entre parênteses.

6.6.2 Outros destaques em trechos do texto devem ocorrer apenas no estilo de fonte itálico e tão somente nos seguintes casos: a) expressões em língua estrangeira; e b) realce de expressões, se estritamente necessário para a compreensão do texto.

6.7 As citações em língua estrangeira devem ser sempre traduzidas para o idioma predominante do artigo nas notas de rodapé, acompanhadas do termo “tradução nossa” entre parênteses.

7. Referências

7.1 A indicação das referências deve obedecer ao disposto na NBR 6023/2018 – Informação e Documentação – Referências – Elaboração/Nov. 2018, da ABNT.

7.2 As referências devem conter todos os dados necessários à identificação das obras e ser dispostas em ordem alfabética a partir da primeira letra do sobrenome do autor.

7.3 A distinção de trabalhos diferentes de mesma autoria será feita levando-se em consideração a ordem cronológica, conforme o ano de publicação. Os trabalhos de igual autoria publicados no mesmo ano serão diferenciados acrescentando uma letra ao final do ano (ex. 2019a, 2019b).

7.4 Todas as referências bibliográficas utilizadas no texto devem vir indicadas ao final do documento, com informação das URLs quando possível.

7.5 Autores estrangeiros podem, na submissão, seguir outros modelos de referência.

8. Modelos de referências

8.1 Na 1ª citação: SOBRENOME, Prenome. **Título do documento em negrito:** subtítulo (se houver). Edição (se houver). Tradução de NOME DO TRADUTOR (se houver). Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação da obra. N. da página.

8.2 Na 2ª citação: SOBRENOME, Prenome. **Título do documento em negrito:** subtítulo (se houver). N. da página.

8.3 Capítulo de livro: SOBRENOME DO AUTOR DO CAPÍTULO, Prenome. Título do capítulo. *In:* SOBRENOME DO ORGANIZADOR DO LIVRO, Prenome (org.). **Título do documento em negrito.** Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação da obra. p. x-y.

8.4 Monografia, dissertação, tese: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. **Título do documento em negrito.** Data de publicação da obra. Dissertação (Mestrado em) – Faculdade de , Universidade de , Local da instituição (cidade), ano.

8.5 Artigo de revista: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome da revista em negrito,** Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, mês ano.

8.6 Artigo de jornal assinado: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome do jornal em negrito,** Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, mês ano.

8.7 Artigo de jornal não assinado: TÍTULO do artigo com primeira palavra em maiúscula. **Nome do jornal em negrito,** Local de publicação (cidade), v. x, n. x, p. x-y, dia mês ano.

8.8 Artigo de revista em meio eletrônico: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome da revista em negrito,** Local de publicação (cidade), dia mês ano [se houver]. Disponível em: . Acesso em: dia mês ano.

8.9 Artigo de jornal em meio eletrônico: SOBRENOME DO AUTOR, Prenome. Título do artigo. **Nome do jornal em negrito,** Local de publicação (cidade), dia mês ano. Disponível em: . Acesso em: dia mês ano.

9. Fomento

9.1 Os autores devem informar à Comissão Editorial qualquer tipo de financiamento, bolsa de pesquisa ou benefícios recebidos para o desenvolvimento do trabalho e declarar não haver conflito de interesses que comprometa o artigo apresentado.

9.2 Caso haja possibilidade de identificação da autoria, a informação não deve ser incluída no arquivo submetido, a fim de não prejudicar a avaliação às cegas por pares. A inclusão deverá ser feita na fase final, prévia à publicação do artigo, após o contato da Comissão Editorial com o autor.

10. Garantia de avaliação duplo-cego por pares (*double blind review*)

10.1 É imprescindível que autores tomem todos os cuidados para que seja eliminado do documento a ser submetido qualquer tipo de identificação da autoria.

10.2 Não devem ser incluídos, no corpo do texto, elementos como minicurrículo sob o título do artigo, nota de rodapé com dados de autoria, referência à obra anteriormente publicada que faça alusão aos autores de qualquer outra forma que não na terceira pessoa.

10.3 A identificação de autoria do trabalho deve ser removida do arquivo *Word*, conforme orientação disponível na página da *Microsoft* (<https://support.microsoft.com/pt-br/topic/remover-dados-ocultos-e-informações-pessoaisinspecionando-documentos-apresentações-ou-workbooks-356b7b5d-77af-44fe-a07f-9aa4d085966f>).

11. Termo de Compromisso e de Direito Autoral

11.1 Para publicação do artigo, os autores devem assinar o Termo de compromisso e de direito autoral, a ser encaminhado pela Comissão Editorial, no qual declaram o ineditismo do texto, a inexistência de qualquer infração à ética acadêmica e a concordância com a publicação do artigo sem ônus, sob a Licença Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional – CC BY 4.0.

EDITORIAL POLICY

Objectives of the Journal

Suprema – Constitutional Studies Law Review is a scientific journal, of semiannual periodicity, promoted by the Federal Supreme Court of Brazil (Supremo Tribunal Federal – STF), aimed at publishing original articles, translations, reviews, and interviews from the legal field. Its main objective is to disclose texts from the most diverse fields of public and private law, enabling the circulation of knowledge in research based on theoretical and empirical approaches to provide a qualified space for academic debate.

Editorial line

Suprema adopts a broad editorial line, accepting the submission of papers from both the traditionally recognized branches of law and the less conventional lines, such as texts with an interdisciplinary approach, to promote greater diversity in the discussed topics, which is especially valued by *Suprema*. The inbound flow of academic texts will be continuous. Papers will be accepted in Brazilian Portuguese, English, Spanish, French, and Italian.

Peer review process

The article is initially analyzed by the Editorial Team of *Suprema* – Constitutional Studies Law Review to verify its compliance with the guidelines established in the editorial line of the journal, the formal requirements for submission, the journal's publication policy, and the potential for publication. After this preliminary analysis, the file without the identification of authorship is sent to the journal's definitive or *ad hoc* referees. At this stage, the articles are evaluated in a double-blind review system, keeping the names of authors and referees confidential.

Guidelines for Authors

1. Originality

1.1 The papers, reviews and translations submitted must be original, unpublished and must not be in the process of being evaluated in other journals, unless they have been published in another language and in another country, in which case there must be a reference in a footnote to the fact that this is a version of an article already published in another journal.

1.2 Once published in *Suprema*, articles may only be republished after prior consultation with the journal's Editorial Board.

2. Authors' titles

2.1 Papers may have up to three co-authors, with the primary requirement being a doctoral degree. Exceptionally, texts may be accepted from authors with a master's degree or who are studying for a doctorate or master's degree, as long as there is at least one co-author with a doctorate degree.

2.2 In the case of research groups, the names of the participants must appear in a footnote, indicating the task performed by each member.

3. Languages

3.1 Papers will be accepted in Portuguese, English, Spanish, French, and Italian.

3.2 For texts in Portuguese, the title, abstract, keywords, and summary must also be translated into English and Spanish. For texts in other languages, the title, abstract, keywords, and summary must be translated into Portuguese, English, and Spanish, if the latter two are not the original language.

4. Metadata

4.1 When submitting the article, the metadata must be filled in compliance with the following guidelines, under penalty of preliminary rejection of the submission.

4.1.1 Authorship

4.1.1.1 First and last name: Indicate the authors' full names, with only the initials of each name in upper case. In the case of co-authorship, the authors' names should be included in the order in which they should appear in the publication.

4.1.1.2 E-mail address: Indication of the e-mail address of each one of the authors, which must be included in the published version of the article.

4.1.1.3 ORCID iD: Indication of the ORCID identification number of each one of the authors. The ORCID identifier can be obtained free of charge from <https://orcid.org/register>. The author must accept the standards for the presentation of ORCID iD and include the full URL in their registration, accompanied by the expression "http://" (for example: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

4.1.1.4 URL: Indication of a link to the full *curriculum vitae* of each author. In the case of Brazilian authors, a link to their Lattes CV must be indicated.

4.1.1.5 Institution/affiliation: Indication of the main institutional affiliation or the two main ones, if the connection with both holds the same importance. Affiliation refers to the institution to which the author is affiliated as a teacher or student. If the author is neither a teacher nor a student, the institution where he or she obtained the highest academic degree, such as a doctorate, master's, specialization, etc., should be informed. The name of the institution must appear in full and in its original language, followed by the country of origin in brackets. If the author is a lecturer studying for a master's or doctorate at another institution, the main affiliation will be that of the institution where the author is studying for a master's or doctorate.

4.1.1.6 Country: Indication of the country of each author's main institutional affiliation.

4.1.1.7 Biography: Mini *curriculum vitae* of each of the authors, starting with the institution where they are a lecturer, with reference to the respective city, state, and country in brackets, followed by an indication of their academic qualifications (starting with the highest), their other connections with scientific associations, their profession, etc.

4.1.2 Title and abstract

4.1.2.1 Title: Indication in the original language of the article, with only the first letter of the sentence capitalized, in up to ten words (see full details below under “Presentation of the text”).

4.1.2.2 Abstract: In the original language of the article, up to 150 words, without paragraph formatting and without citations or references.

4.1.3 Indexing

4.1.3.1 Keywords: Indication of up to five terms in the original language of the article, in lowercase letters and separated by semicolons.

4.1.3.2 Language: Indication of the acronym corresponding to the language of the article (*Português=pt; English=en; Français=fr; Español=es; Italiano=it*).

4.1.4 Funding: Indication of the sources of funding for the research, if applicable.

4.1.5 References: Indication of the complete list of references cited in the article, with a space between each one.

5. Presentation of the text

5.1 Submissions must be sent as a “.doc” or “.docx” file, using Microsoft Word for typing. The font should be 12-point Times New Roman, with 1.5 line spacing and justified paragraphs (with the exception of citations, footnotes, references and figure legends, which should comply with [Brazilian] ABNT standards). The spacing of the first line of paragraphs should be 1.25 cm or 1 TAB. The page layout should be A4 (210 mm x 297 mm), with top and left margins measuring 3 cm and 2 cm bottom and right margins.

5.2 The length of texts, in the case of articles and translations, is a minimum of 7,000 (seven thousand) and a maximum of 10,000 (ten thousand) words. For reviews, the minimum is 4,000 (four thousand) and the maximum 7,000 (seven thousand) words. Longer texts may be published, at the editor’s discretion, if their length can be justified.

5.3 The initial and final sections of the article should be called Introduction and Conclusion, respectively.

5.4 Submissions must contain the following items:

5.4.1 Title: The title must be no longer than ten words, including the subtitle (if there is one). The title in the original language of the article should be written in 14-point Times New Roman, highlighted in bold and centered. Titles in other languages should be written in 14-point Times New Roman, italics, also with centralized alignment. The title and subtitle of the article should only have the first letter of each phrase capitalized, except in cases where this is mandatory.

5.4.2 Abstract: The abstract should be concise (up to 150 words), written in a single paragraph, and highlight the objective, the key subject of the article, the methodology used, and the main conclusions. Topics should not be listed here.

5.4.3 Keywords: Indicate up to five terms that classify the work with adequate precision for indexing, separated by semicolons (;).

5.4.4 Summary: This should only include the number and name of the main sections that make up the article.

5.5 Footnotes should not be numerous and should only contain information that complements the body of the text. They should not be too long or contain direct quotations. They should be formatted in the same font as the article (10-point Times New Roman), single line spacing and justified alignment.

5.6 If it is necessary to provide information about the article (grant from funding agencies, acknowledgements, translators of the text etc.), a footnote with an asterisk (not a number) should be inserted to the right of the title in the original language of the article.

5.7 Tables, charts, figures, images, and graphs, if they exist, should be included in the body of the text and not at the end of the document as annexes. They must be pasted ensuring good resolution. To this end, they must have a maximum width of 10 cm; an open, editable vector format; short, self-explanatory captions. Images (bitmap) must be at least 12 cm wide and have a minimum resolution of 300 ppi.

6. Citations and notes

6.1 Citations throughout the text must comply with the [Brazilian] ABNT norm NBR 10520 – Information and documentation – Citations in documents – Presentation /Jul. 2023.

6.2 Articles using the author-date model or expressions such as *Op. Cit.*, *Idem*, and *Ibid* will not be accepted.

6.3 Authorship must be indicated in a footnote in 10-point Times New Roman and not in the endnote of the article (indicate the full reference of the work in the first citation and, afterwards, only the author's name, the title of the work and the page number).

Examples:

In the text:

The so-called “pandectism” had been the particular way in which Roman law had been integrated in the 19th century in Germany in particular. (3)

In the footnote:

In the 1st citation:

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **Law in History**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

In the 2nd citation:

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **Law in History**. p. 225.

6.4 Foreign authors may follow other citation models in their submission.

6.5 Quotations of up to 3 (three) lines must remain in the body of the text, with no indentation or emphasis, singled out by quotation marks. Quotations longer than 3 (three) lines must be separated from the text with a 4 cm paragraph indent, 11-point Times New Roman, single line spacing and justified text, without the use of quotation marks.

6.6 Highlights in the original work must be reproduced identically in the citation. If there are no highlights in the original, but the author of the article wishes to emphasize some information, the following rules must be observed:

6.6.1 Highlights by the author of the article: after transcribing the quotation, use the expression “our emphasis(s)” or “I have highlighted” in brackets.

6.6.2 Other highlights in parts of the text should only be in italics and only in the following cases: a) expressions in a foreign language; and b) emphasizing expressions, if strictly necessary for understanding the text.

6.7 Foreign language quotations must always be translated into the predominant language of the article in the footnotes, accompanied by the term “our translation” or “my translation” in brackets.

7. References

- 7.1 References must comply with [Brazilian] ABNT norm NBR 6023/2018 – Information and Documentation – References – Elaboration/Nov. 2018.
- 7.2 References must contain all the data necessary to identify the work and be arranged in alphabetical order of the first letter of the author's surname.
- 7.3 Different works by the same author will be distinguished in chronological order, according to the year of publication. Works by the same author and published in the same year will be distinguished by adding a letter to the end of the year (e.g. 2019a, 2019b).
- 7.4 All bibliographical references used in the text must be indicated at the end of the document, with URL information where possible.
- 7.5 Foreign authors may use other reference models when submitting their work.

8. Reference models

- 8.1 **In the 1st citation:** SURNAME, First name. **Title of document in bold:** subtitle (if any). Edition (if any). Translation by NAME OF TRANSLATOR (if any). Place of publication (city): Publisher, date of publication. Page number.
- 8.2 **In the 2nd citation:** SURNAME, First name. **Title of the document in bold:** subtitle (if any). Page number.
- 8.3 **Book chapter:** AUTHOR'S LAST NAME, First name. Title of the chapter. *In:* BOOK ORGANIZER'S LAST NAME, First name (org.). **Title of the document in bold.** Place of publication (city): Publisher, date of publication. p. x-y.
- 8.4 **Monograph, dissertation, thesis:** AUTHOR'S LAST NAME, First name. **Title of the document in bold.** Date of publication. Dissertation (Master's in) – College, University of , Place of institution (city), year.
- 8.5 **Journal article:** AUTHOR'S LAST NAME, First name. Title of the article. **Name of the journal in bold,** Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, month year.
- 8.6 **Signed newspaper article:** AUTHOR'S LAST NAME, First name. Title of article. **Name of newspaper in bold,** Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, month year.

8.7 Unsigned newspaper article: TITLE of the article with the first word in capital letters. **Name of the newspaper in bold**, Place of publication (city), v. x, n. x, p. x-y, day month year.

8.8 Journal article in electronic format: AUTHOR'S LAST NAME, First name. Article title. **Name of the journal in bold**, Place of publication (city), day month year [if any]. Available at: . Accessed on: day month year.

8.9 Newspaper article in electronic format: AUTHOR'S LAST NAME, First Name. Title of article. **Name of newspaper in bold**, Place of publication (city), day month year. Available at: . Accessed on: day month year.

9. Funding

9.1 Authors must inform the Editorial Board of any type of funding, research grant or benefits received for the development of the work and declare that there is no conflict of interest that would compromise the submitted manuscript.

9.2 If it is possible to identify the author, the information should not be included in the submitted file, so as not to jeopardize the blind peer review. It should be included in the final stage prior to publication of the article, after the Editorial Board has contacted the author.

10. Double blind peer review guarantee

10.1 It is essential that authors take the necessary precautions to eliminate any type of identification of authorship from the document to be submitted.

10.2 Elements such as a mini-resume under the title of the article, a footnote with authorship data, a reference in the body of the text to a previously published work which refers to the authors in any way other than in the third person should not be included in the body of the text.

10.3 The identification of authorship of the work must be removed from the Word file, following with the guidance available on the Microsoft website (<https://support.microsoft.com/en-gb/office/video-remove-personal-data-from-files-17b30a75-206f-44e0-9de3-afeedbf6bfa1>).

11. Term of Commitment and Copyright

11.1 When submitting the article, the authors must sign the Term of Commitment and Copyright in which they declare that the text is unpublished, that there is no infringement of academic ethics and that they agree to the publication of the manuscript free of charge, under the Creative Commons License – Attribution 4.0 International – CC BY 4.0.

POLÍTICA EDITORIAL

Objetivo de la Revista

Suprema – Revista de Estudos Constitucionais es una revista científica semestral editada por el *Supremo Tribunal Federal*, destinada a la publicación de artículos inéditos, traducciones, reseñas y entrevistas en el ámbito jurídico. Su principal objetivo es divulgar textos provenientes de las más diversas áreas del Derecho Público y Privado, facilitando la circulación del conocimiento generado en investigaciones basadas en enfoques teóricos y empíricos. De este modo, busca proporcionar un espacio de alto nivel para el debate académico.

Línea Editorial

Suprema adopta una línea editorial amplia, admitiendo colaboraciones tanto de ramas del derecho tradicionalmente reconocidas como también de líneas menos convencionales, con especial énfasis en textos con un enfoque interdisciplinario, a fin de promover una mayor diversidad en los temas tratados. La recepción de textos es de flujo continuo. Se aceptarán trabajos en portugués, inglés, español, francés e italiano.

Proceso de evaluación por pares

Los artículos serán analizados inicialmente por el Comité Editorial de *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* para verificar su adecuación a la línea editorial, a los requisitos formales de envío, a la política de publicación y a su potencial para ser publicados. Tras este análisis preliminar, el manuscrito sin identificación de autoría se envía a los evaluadores finales o *ad hoc* de la revista. En esta etapa, los artículos se someten al sistema de evaluación por pares mediante el sistema de doble ciego (*double-blind peer review*), manteniendo confidenciales los nombres de autores y evaluadores.

Instrucciones para los autores

1. Carácter inédito

1.1 La revista sólo acepta trabajos inéditos y originales. No deben enviarse manuscritos que estén bajo evaluación en otras revistas o editoriales, salvo que hayan sido publicados en otro idioma y en otro país. En este caso, se deberá incluir una nota al pie indicando que se trata de una versión de un artículo ya publicado en otra revista.

1.2 Una vez publicados en *Suprema*, los artículos solo podrán volver a publicarse previa autorización del Consejo Editorial de la revista.

2. Titulación de los autores

2.1 Los artículos podrán contar con un máximo de tres coautores, siendo requisito principal que al menos uno de ellos posea el título de doctor. Excepcionalmente, se podrán aceptar textos de autores con título de maestría o que se encuentren cursando estudios de doctorado o maestría, siempre que al menos uno de los coautores posea el título de doctor.

2.2 En el caso trabajos elaborados por grupos de investigación, los nombres de los participantes deberán incluirse en nota al pie, especificando las tareas realizadas por cada miembro.

3. Idiomas

3.1 Se aceptarán trabajos en portugués, inglés, español, francés e italiano.

3.2. Para los textos en portugués, el título, el resumen, las palabras clave y el índice deberán ser traducidos al inglés y al español. En el caso de textos en otros idiomas, el título, el resumen, las palabras clave y el índice deberán traducirse al portugués, inglés y español, excepto cuando alguno de estos dos últimos sea el idioma original.

4. Metadatos

4.1 Al enviar el artículo, los metadatos deberán ser completados conforme a las siguientes directrices, de lo contrario el envío será rechazado de manera inmediata.

4.1.1 Autoría

4.1.1.1 Nombre de pila y apellidos: se deberán indicar los nombres completos de los autores, con solo las iniciales de cada nombre en mayúsculas. En caso de coautoría, los nombres de los autores deberán incluirse en el orden en que deben aparecer en la publicación.

4.1.1.2 Correo electrónico: se deberá proporcionar la dirección de correo electrónico de cada autor, la cual figurará en la versión publicada del artículo.

4.1.1.3 ORCID iD: se deberá incluir el número de identificación ORCID de cada autor. El identificador ORCID puede obtenerse gratuitamente en la página web <https://orcid.org/register>. El autor deberá aceptar las normas de presentación de ORCID iD e incluir la URL completa en su registro, acompañada de la expresión “http://” (por ejemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>).

4.1.1.4 URL: se deberá incluir un enlace al currículum completo de cada autor. En el caso de autores brasileños, se deberá proporcionar un enlace a su *Currículo Lattes*.

4.1.1.5 Institución/Afiliación: se deberá informar la afiliación institucional principal o las dos principales, en caso de que ambas tengan igual importancia. La afiliación se refiere a la institución a la que el autor está vinculado como profesor o estudiante. Si el autor no es profesor ni estudiante, se deberá informar la institución en la que obtuvo el título académico más alto, como doctorado, maestría, especialización, etc. El nombre de la institución debe aparecer completo y en su idioma original, seguido del país de origen entre paréntesis. Si el autor es un profesor que cursa una maestría o un doctorado en otra institución, la afiliación principal será la de la institución en la que el autor sea estudiante de maestría o doctorado.

4.1.1.6 País: se deberá indicar el país de la afiliación institucional principal de cada autor.

4.1.1.7 Biografía: mini currículum de cada autor, comenzando por la institución donde ejerza como profesor, con referencia a la respectiva ciudad, región y país entre paréntesis, seguido de la indicación de sus títulos académicos (empezando por el más alto), otros vínculos con asociaciones científicas, su profesión, etc.

4.1.2 Título y resumen

4.1.2.1 Título: debe indicarse en el idioma original del artículo, con solo la primera letra de la frase en mayúscula, en un máximo de diez palabras (véanse todos los detalles en “Presentación del texto”).

4.1.2.2 Resumen: debe indicarse en el idioma original del artículo, con un máximo de 150 palabras, sin formato de párrafo, citas ni referencias.

4.1.3 Indexación

4.1.3.1 Palabras clave: se deberán incluir hasta cinco términos en el idioma original del artículo, en minúsculas y separados por punto y coma.

4.1.3.2 Idioma: se deberá indicar la sigla correspondiente al idioma del artículo (*Português*=pt; *English*=en; *Français*=fr; *Español*=es; *Italiano*=it).

4.1.4 Fomento: se deberá indicar las fuentes de financiamiento de la investigación, si corresponde.

4.1.5 Referencias: se deberá proporcionar la lista completa de referencias citadas en el artículo, con un espacio entre cada una.

5. Presentación del texto

5.1 Los documentos deberán enviarse en Microsoft Word (con extensión *.doc *.docx). Utilizando la letra tipo Times New Roman, tamaño 12, con interlineado de 1,5 y párrafos justificados (excepto en las citas, notas al pie, referencias y subtítulos de las figuras, que deberán ajustarse a las normas de la ABNT). El interlineado de la primera línea de los párrafos debe ser de 1,25 cm o 1 TAB. El tamaño del papel debe ser A4 (210 mm x 297 mm), con márgenes superior e izquierdo de 3 cm e inferior y derecho de 2 cm.

5.2 La extensión de los textos, en el caso de los artículos y las traducciones, es de un mínimo de 7.000 (siete mil) y de un máximo de 10.000 (diez mil) palabras. Para las reseñas, el mínimo es de 4.000 (cuatro mil) y el máximo de 7.000 (siete mil) palabras. Los textos más largos podrán publicarse a discreción del editor si su extensión es justificada.

5.3 Las secciones inicial y final del artículo se denominarán Introducción y Conclusión, respectivamente.

5.4 Los envíos deberán contener los siguientes elementos:

5.4.1 Título: no debe tener más de diez palabras, incluido el subtítulo (si lo hay). El título en el idioma original del artículo debe redactarse en fuente Times New Roman, tamaño 14, en negrita y centrado. Los títulos en otros idiomas deben redactarse en fuente Times New Roman, tamaño 14, en cursiva, también con alineación centrada. El título y el subtítulo del artículo deben llevar sólo la primera letra de cada frase en mayúscula, salvo en los casos en que sea obligatorio.

5.4.2 Resumen: debe ser conciso (hasta 150 palabras), redactado en un solo párrafo, y destacar el objetivo, el tema principal del artículo, la metodología utilizada y las principales conclusiones. En este apartado no debe utilizarse la enumeración de temas.

5.4.3 Palabras clave: indicación de hasta cinco términos que clasifiquen el trabajo con la precisión adecuada para su indexación, separados por punto y coma (;).

5.4.4 Índice: solo debe incluir el número y nombre de las secciones principales que componen el artículo.

5.5 Las notas a pie de página deberán ser únicamente aclaratorias o explicativas, sólo servirán para ampliar o ilustrar lo dicho en el cuerpo del texto. No deben ser demasiado largas ni contener citas directas. Deben tener el mismo tipo de letra que el artículo (Times New Roman), tamaño 10, interlineado sencillo y alineación justificada.

5.6 En caso de que sea necesario proporcionar información sobre el artículo (financiamiento de entidades de fomento, agradecimientos, traductores del texto, etc.), se insertará una nota a pie de página con un asterisco (no un número) a la derecha del título en la lengua original del artículo.

5.7 Las tablas, cuadros, figuras, imágenes y gráficos, si existen, deben incluirse en el cuerpo del texto y no al final del documento como anexos. Deben insertarse con el debido cuidado en cuanto a su buena resolución. Para ello, deben tener una anchura máxima de 10 cm, un formato vectorial abierto y editable; leyendas breves y autoexplicativas. Las imágenes (mapa de bits) deben tener una anchura mínima de 12 cm y una resolución mínima de 300 ppp.

6. Citas y notas

6.1 Las citas a lo largo del texto deben respetar las orientaciones de la ABNT-NBR 10520/2023.

6.2 No se aceptarán artículos que utilicen el sistema autor-fecha ni expresiones como *Op. Cit.*, *Idem* e *Ibid.*

6.3 La autoría debe ser indicada en nota al pie de página, en fuente Times New Roman, tamaño 10, y no en la nota al final del artículo. Se debe indicar la referencia completa de la obra en la primera cita y, después de esa, utilizar apenas el nombre del autor, el título de la obra y el número de la página).

Ejemplos:

En el texto:

La llamada “pandectística” fue la forma particular de integración del derecho romano en el siglo XIX, sobre todo en Alemania. (3)

En la nota a pie de página:

En la 1ª cita:

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História.** São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 225.

En la 2ª cita:

(4) LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História.** p. 225.

6.4 Los autores extranjeros podrán seguir otros modelos de citación en su envío.

6.5 Las citas de hasta 3 (tres) líneas deben permanecer en el cuerpo del texto, sin sangría ni resaltado, y se destacarán mediante comillas. Las citas de más de 3 (tres) líneas deben separarse del texto con una sangría de párrafo de 4 cm, 11 puntos, interlineado sencillo y texto justificado, sin utilizar comillas.

6.6 Los puntos destacados en el trabajo original deben reproducirse de forma idéntica en la cita. Si hay subrayados en el original, pero el autor del artículo desee destacar alguna información, deberán respetarse las siguientes normas:

6.6.1 Puntos destacados por el autor del artículo: tras transcribir la cita, utilice la expresión “nuestro(s) énfasis(s)” o “he añadido” entre paréntesis.

6.6.2 Otros subrayados en partes del texto solo deben ir en cursiva y únicamente en los siguientes casos: a) expresiones en lengua extranjera; y b) expresiones destacadas, si son estrictamente necesarias para la comprensión del texto.

6.7 Las citas en lengua extranjera deberán traducirse siempre a la lengua predominante del artículo en las notas a pie de página, acompañadas de la expresión “nuestra traducción” entre paréntesis.

7. Referencias

7.1 Las referencias deben respetar las orientaciones de la ABNT-NBR 6023/2018.

7.2 Las referencias deben contener todos los datos necesarios para la identificación de las obras y deben ordenarse alfabéticamente según la primera letra del apellido del autor.

7.3 Las diferentes obras de un mismo autor deben figurar en orden cronológico según el año de publicación. Las obras del mismo autor y publicadas en el mismo año se diferenciarán añadiendo una letra al final del año (ejemplo: 2019a, 2019b).

7.4 Todas las referencias bibliográficas utilizadas en el texto deberán indicarse al final del documento, con información sobre la URL cuando esté disponible.

7.5 Los autores extranjeros podrán utilizar otros modelos de referencia al enviar sus trabajos.

8. Modelos de referencia

8.1 En la 1ª cita: APELLIDO, Nombre de pila. **Título del documento en negrita:** subtítulo (si hay). Edición (si hay). Traducción de NOMBRE DEL TRADUCTOR (si hay). Lugar de publicación (ciudad): Editorial, fecha de publicación de la obra. N. de la página.

8.2 En la 2ª cita: APELLIDO, Nombre de pila. **Título del documento en negrita:** subtítulo (si hay). N. de la página.

8.3 Capítulo de libro: APELLIDO DEL AUTOR DEL CAPÍTULO, Nombre de pila. Título del capítulo. *In:* APELLIDO DEL ORGANIZADOR DEL LIBRO, Nombre de pila (org.) **Título del documento en negrita.** Lugar de publicación (ciudad): Editorial, fecha de publicación de la obra. p. x-y.

8.4 Tesis de Pregrado, Tesis de Maestría, Tesis de Doctorado: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. **Título del documento en negrita.** Fecha de publicación de la obra. Tesis (Maestría en) – Facultad de , Universidad de , Lugar de la institución (ciudad), año.

8.5 Artículo de revista: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. Título del artículo. **Nombre de la revista en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), v. x, n. x, p. x-y, mes año.

8.6 Artículo de periódico firmado: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. Título del artículo. **Nombre del periódico en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), v. x, n. x, p. x-y, día mes año.

8.7 Artículo de periódico no firmado: TÍTULO del artículo con la primera palabra en mayúscula. **Nombre del periódico en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), v. x, n. x, p. x-y, día mes año.

8.8 Artículo de revista en formato electrónico: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. Título del artículo. **Nombre de la revista en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), día mes año (si hay). Disponible en: . Consultado el: día mes año.

8.9 Artículo de periódico en formato electrónico: APELLIDO DEL AUTOR, Nombre de pila. Título del artículo. **Nombre del periódico en negrita**, Lugar de publicación (ciudad), día mes año. Disponible en: . Consultado el: día mes año.

9. Fomento

9.1 Los autores deben informar al Consejo Editorial sobre cualquier tipo de financiamiento, beca de investigación o beneficio recibido para el desarrollo del trabajo además de declarar que no existe ningún conflicto de interés que comprometa el manuscrito presentado.

9.2 En caso de que la identificación del autor sea posible, dicha información no debe incluirse en el archivo enviado, con el fin de no comprometer la evaluación a ciegas por pares. La inclusión deberá realizarse en la fase final previa a la publicación del artículo, después del contacto de el Consejo Editorial con el autor.

10. Garantía de evaluación por pares de doble ciego (*double-blind peer review*)

10.1 Es fundamental que los autores eliminen cualquier tipo de identificación de autoría del documento a enviar.

10.2 No deben incluirse en el cuerpo del texto elementos como: un mini currículum bajo el título del artículo, una nota a pie de página con datos de autoría, una referencia en el cuerpo del texto a una obra publicada previamente que mencione a los autores de cualquier manera distinta a tercera persona.

10.3 La identificación de la autoría del trabajo debe eliminarse del archivo Word, de acuerdo con las orientaciones disponibles en la página web de Microsoft (<https://support.microsoft.com/es-es/office/quitar-datos-ocultos-e-informaci%C3%B3n-personal-mediante-la-inspecci%C3%B3n-de-documentos-presentaciones-o-libros-356b7b5d-77af-44fe-a07f-9aa4d085966f>).

11. Término de compromiso y derechos de autor

11.1 Para la publicación del artículo, los autores deberán firmar la Carta de Compromiso y Autorización de Derechos de Autor, que será enviado por el Consejo Editorial. En este documento, los autores declararán que el texto es inédito, que no se infringe la ética académica y que acepta la publicación gratuita del manuscrito, bajo la Licencia Creative Commons – Atribución 4.0 Internacional – CC BY 4.0.

Esta Revista foi finalizada em abril de 2025 pela
Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da
Informação do Supremo Tribunal Federal.

Foi projetada e composta na fonte Crimson Pro.



*Download
gratuito*

