

S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

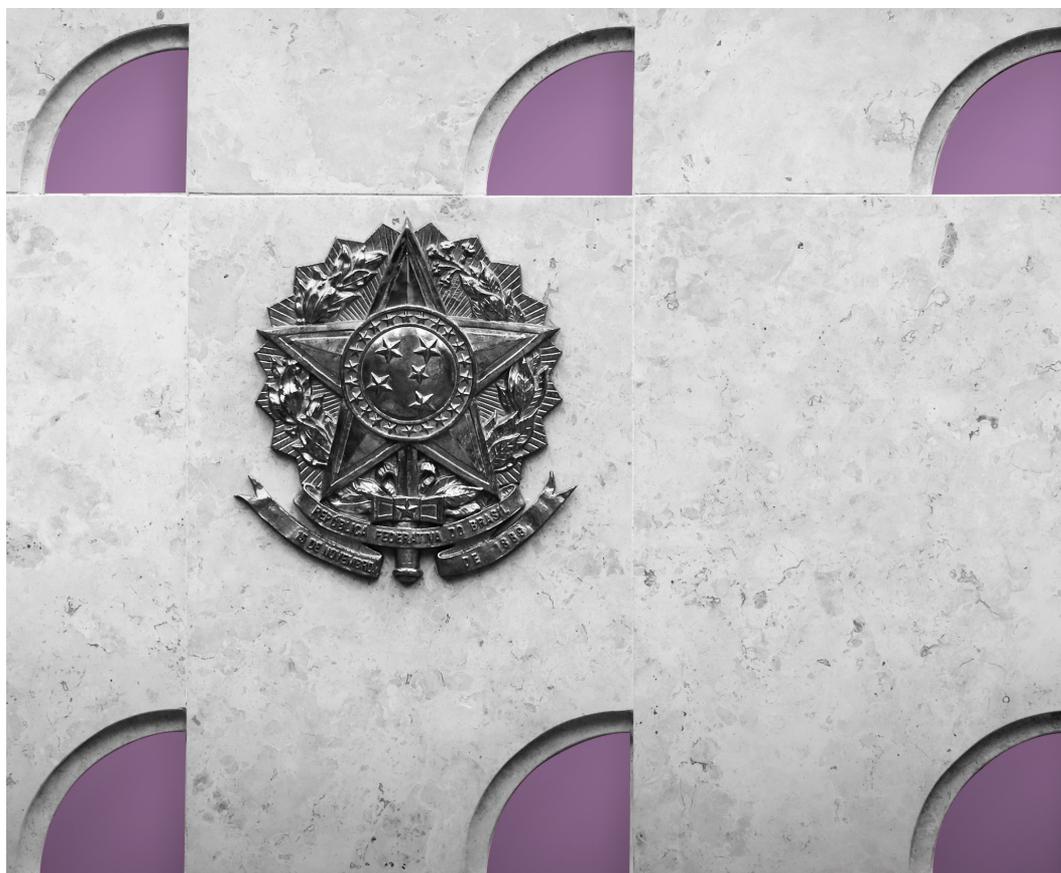
v. 4 | n. 1 | janeiro / junho 2024



S U P R E M A

REVISTA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS

v. 4 | n. 1 | janeiro / junho 2024



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

Lívia Gil Guimarães

Aline Borges Nascimento

Carolina Rezende Moraes

Isabela Garbin Ramanzini

Letícia da Rocha Gomes

Maria José Fleury

Maria Lúcia Alves Vieira de Lima

Paula Coutinho Bahia de Souza

Raquel Beutel Semenzato Proazio

Tamara Claudia Coimbra Pastro

Coordenadoria de Biblioteca

Luiza Gallo Pestano

Andréia Cardoso Nascimento

Gabriela Ayres Miranda Cunha

Haidéia Passos Oliveira

Luciana Araújo Reis

Coordenadoria de Difusão da Informação

Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf

Aline da Silva Pereira

Ana Carolina Caetano

Camila Penha Soares

Elizeu Gonçalves Oliveira Pereira

Gabriel de Amorim Leite

Lilian Januzzi Vilas Boas

Lúcia Helena Lopes Fachinnetto

Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy

Mariana de Araújo Alves

Nara Andejara Gomes do Vale

Rosa Cecília Freire da Rocha

Coordenadoria de Gestão da Informação, Memória
Institucional e Museu

Ana Paula Alencar Oliveira

Assessoria de Assuntos Internacionais

José Gilberto Scandiucci Filho

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: 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.2023.v4.n1>

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 [26.06.2013]

Ministro

LUIZ EDSON FACHIN

Vice-presidente [16.06.2015]

Ministro

GILMAR FERREIRA MENDES

Decano [20.06.2002]

Ministra

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

[21.06.2006]

Ministro

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

[23.10.2009]

Ministro

LUIZ FUX

[03.03.2011]

Ministro

ALEXANDRE DE MORAES

[22.03.2017]

Ministro

KASSIO NUNES MARQUES

[05.11.2020]

Ministro

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA

[16.12.2021]

Ministro

CRISTIANO ZANIN MARTINS

[03.08.2023]

Ministro

FLÁVIO DINO DE CASTRO E COSTA

[22.02.2024]

EQUIPE TÉCNICA

Presidente da Revista

Ministro Luís Roberto Barroso

Editoras-chefes

Aline Rezende Peres Osorio

Patrícia Perrone Campos Mello

Lívia Gil Guimarães

Editora-adjunta

Aline Borges Nascimento

Assistente editorial

Maria José Fleury

Revisão de normalização (bibliotecárias)

Andréia Cardoso Nascimento

Gabriela Ayres Miranda Cunha

Haidéia Passos Oliveira

Luciana Araújo Reis

Revisão de provas editoriais

Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy

Gabriel de Amorim Leite

Lúcia Helena Lopes Fachinetto

Maria Lúcia Alves Vieira de Lima

Mariana de Araújo Alves

Nara Andejara Gomes do Vale

Rosa Cecília Freire da Rocha

Revisão de idiomas da Política Editorial

José Gilberto Scandiucci Filho

Projeto gráfico e capa

Flávia Carvalho Coelho

Diagramação

Camila Penha Soares

Aline da Silva Pereira

Ana Carolina Caetano

Estagiárias

Luana Ainoã Viana de Souza

Mariá Silva Brilhante de Medeiros

Foto da capa

Gustavo Moreno/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 Rubio 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 Andrekowsk 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, **Otavio 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 Sarmiento** 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 Binbenojm** 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 Paulo 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 Xavier Cabral** 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 Estadual de Goiás – Goiânia/GO.

APRESENTAÇÃO

É com muita alegria que apresento esta nova edição da *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, obra que expressa o compromisso institucional do Supremo Tribunal Federal (STF) com o conhecimento científico, o diálogo acadêmico e a difusão da informação.

A *Suprema*, periódico criado em 2021, atende aos mais elevados padrões de publicações científicas: veicula trabalhos de vanguarda de autores nacionais e estrangeiros, adota o sistema de revisão por pares duplo-cego (*double-blind peer review*) e identifica os artigos publicados no DOI¹. Recentemente, concluiu, ainda, sua indexação na *Redalyc*, prestigiada plataforma de acesso aberto de difusão acadêmica na América Latina, no Caribe, na Espanha e em Portugal.

A nova publicação, número 1 do volume 4 da Revista, apresenta o dossiê temático “Os litígios estruturais na jurisdição constitucional” e traz, ao todo, doze artigos originais e inéditos e uma tradução. A seleção de trabalhos do dossiê – que combina perspectivas nacionais, estrangeiras e internacionais – oferece oportunidade para que leitoras e leitores conheçam diferentes ideias e olhares sobre os desafios que o enfrentamento dos litígios estruturais coloca à jurisdição constitucional.

A escolha da temática não poderia ser mais oportuna. Ela cuida de litígios que enfrentam o descompasso entre as promessas constitucionais e as condições de vida dos cidadãos, buscando pavimentar um caminho de proteção aos direitos fundamentais e de defesa da dignidade humana de grupos especialmente vulnerabilizados. Nesse sentido, a lente dos processos estruturais auxilia o Poder Judiciário na tarefa de decodificar a tortuosa caligrafia das desigualdades e conferir normatividade à Constituição.

Além disso, trata-se de demandas que colocam os juízes em papel diverso daquele que estão habituados a desempenhar. Em lugar de serem chamados a produzir uma decisão determinando as providências da vida a serem satisfeitas, esses litígios os desafiam a fomentar o diálogo entre distintas autoridades e a sociedade civil, a provocar a reformulação de políticas públicas deficientes e a monitorar a

¹ O DOI (*digital object identifier*) consiste em um sistema de atribuição de um código numérico único para identificar o artigo, de modo a permitir a sua singularização, rastreabilidade e localização no universo de dados disponíveis *online*.

implementação de planos e soluções complexas. Em tais condições, promovem-se adaptações à ordem do processo tradicional, busca-se uma atuação multidisciplinar, e discutem-se os caminhos possíveis para agir e promover transformações nas sociedades democráticas.

Os litígios estruturais são um desafio que o STF está enfrentando no tempo presente. De fato, encontram-se em curso no Tribunal processos sobre a violação massiva de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional brasileiro (ADPF 347), a letalidade policial em operações realizadas em comunidades periféricas (ADPF 635) e a proteção da saúde e do território de comunidades indígenas (ADPF 709), entre outros casos. Nesse contexto, os debates promovidos por esta publicação contribuem para a produção de um conhecimento essencial para a Corte.

Por fim, é importante registrar que a produção da *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* demanda o empenho consistente de muitas pessoas ao longo da extensa jornada de produção editorial, desde o recebimento das propostas de artigos até a efetiva publicação e divulgação do periódico. Editoras, conselheiros, pareceristas, servidores, colaboradores e estagiários do STF merecem reconhecimento pela contribuição competente que lhe prestam. Meus agradecimentos a toda a equipe que mantém este relevante canal de interlocução do STF com a academia e a sociedade.

Com confiança nos planos traçados para a Revista, sigo acompanhando de perto a sua consolidação como um periódico de debates de alto nível, reconhecido pela qualidade das pesquisas publicadas e pela capacidade de circular ideias inovadoras, sempre de forma aberta e gratuita. Faço, portanto, o convite para que todas e todos apreciem mais esta edição. Que a leitura proporcione a todos nós conhecimento e reflexão de qualidade!

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.2024.v4.n1.a414	
SUPREMA ENTREVISTA/SUPREMA INTERVIEW	
Professor Dieter Grimm	21
https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a415	
ARTIGOS – TEMAS GERAIS	
Brazilian constitutionalism in the Latin American context	
<i>O constitucionalismo brasileiro no contexto latino-americano</i>	
<i>El constitucionalismo brasileño en el contexto latinoamericano</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a413	
Roberto Gargarella (autor convidado).....	35
The court speaks first? Problems and challenges of prior judicial review	
<i>O Tribunal fala primeiro? Problemas e desafios do controle prévio de constitucionalidade</i>	
<i>¿El tribunal habla primero? Problemas y desafíos del control previo de constitucionalidad</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a411	
Jorge Ernesto Roa Roa	
Juan José Aristizábal (autores convidados).....	55
DOSSIÊ – OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	
O procedimento e a efetividade dos litígios estruturais: os modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas	
<i>The procedure and effectiveness of structural litigation: the “strong” and “weak” models of judicial intervention in public policy</i>	
<i>Procedimiento y eficacia de los litigios estructurales: los modelos “fuerte” y “débil” de intervención judicial en las políticas públicas</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a333	
Valter Shuenquener de Araujo	
Camila Almeida Porfiro	89
Delegação de competência no processo estrutural	
<i>Jurisdiction delegation in structural injunctive relief cases</i>	
<i>Delegación de competencia en proceso estructural</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a375	
Antonio do Passo Cabral	123

Contempt of court: a importância de medidas coercitivas no processo estrutural
Contempt of court: the importance of enforcement measures in structural litigation
Contempt of Court: la importancia de las medidas coercitivas en los procedimientos estructurales
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a318>
Matheus Casimiro 169

A inevitável mutabilidade dos litígios coletivos e estruturais
The inevitable mutability of collective and structural disputes
La inevitable mutabilidad de los conflictos colectivos y estructurales
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a370>
Thais Costa Teixeira Viana..... 201

Litígios estruturais na Corte Constitucional: momento, legitimidade e estratégias
Structural Reform Litigation in the Constitutional Court: ripeness, legitimacy and strategies
Controversias estructurales en el Tribunal Constitucional: oportunidad, legitimidad y estrategias
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a369>
Jordão Violin 225

Uma pauta de atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: por que, quando e como?
An agenda for structural intervention at the Supreme Court: why, when and how?
Una agenda estructural para el Tribunal Supremo: ¿por qué, cuándo y cómo?
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a372>
Edilson Vitorelli253

Enfrentando o vírus no tribunal: a litigância estrutural pelas lentes do processo na ADPF 709
Facing the virus in court: structural litigation through the lens of ADPF 709
Enfrentando al virus en los tribunales: la litigancia estructural a través del lente de la demanda judicial ADPF 709
<https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a367>
Hermes Zaneti Júnior
Leonardo Silva Nunes
Edilson Santana Gonçalves Filho
Kessler Cotta Gomes..... 299

Tema de repercussão geral 698: processo estrutural e estratégias adotadas	
<i>General repercussion theme 698: structural process and adopted strategies</i>	
<i>Tema de repercusión general 698: proceso estructural y estrategias adoptadas</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a338	
Marcos Rolim da Silva	
Susana Henriques da Costa	337

Litígio estrutural: encruzilhadas entre jurisdição constitucional e a Corte Interamericana	
<i>Structural Litigation: crossroads between constitutional jurisdiction and the Inter-American Court</i>	
<i>Litigio Estructural: encrucijadas entre la jurisdicción constitucional y la Corte Interamericana</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a361	
Melina Girardi Fachin	
Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert	369

Litígio estrutural sobre el Acuerdo de Paz en Colombia: reflexiones sobre el habitus de las instituciones políticas y judiciales	
<i>Contencioso estrutural sobre o Acordo de Paz na Colômbia: reflexões sobre o habitus das instituições políticas e judiciais</i>	
<i>Structural litigation over the Peace Agreement in Colombia: reflections on the habitus of political and judicial institutions</i>	
https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a374	
Michael Cruz Rodríguez	405

TRADUÇÃO

A arte do (im)possível? A contribuição do Justice Froneman para o desenho de medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos	
https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a412	
<i>The art of the (im)possible? Justice Froneman's contribution to designing remedies for structural human rights violations</i>	
<i>¿El arte de lo (im)possible? La contribución del Justice Froneman al diseño de remedios para violaciones estructurales de derechos humanos</i>	
Sandra Liebenberg (autora convidada).....	433

Política Editorial	485
Instruções editoriais para autores.....	486

EDITORIAL POLICY	495
Guidelines for authors	496



EDITORIAL

A presente edição da *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais* corresponde à primeira publicação da revista que, desde a chamada de artigos para o dossiê temático até a seleção final dos trabalhos, foi realizada integralmente sob a presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Ela expressa o compromisso do Supremo Tribunal Federal (STF) com a divulgação científica de qualidade e o esforço para ampliar o diálogo entre academia e Poder Judiciário, a fim de promover o debate público de alto nível sobre questões complexas e atuais.

Nesta oportunidade, anunciamos a indexação da *Suprema* na *Redalyc*, prestigiada plataforma de acesso aberto de difusão acadêmica na América Latina, no Caribe, na Espanha e em Portugal. Esse marco reafirma o engajamento do periódico com a disseminação do conhecimento científico de qualidade e democrático, abrindo caminho à ampliação do alcance e do impacto das pesquisas publicadas.

Além disso, a equipe editorial vem continuamente implementando esforços para promover a internacionalização do *site* da Revista, de modo a torná-la mais atrativa a autores e leitores internacionais. Inicialmente o conteúdo do *site* foi vertido para o inglês e para o espanhol. A expectativa é que, em breve, toda a plataforma esteja acessível nos quatro idiomas estrangeiros em que a Revista aceita submissões: inglês, espanhol, francês e italiano.

Este periódico, assim como diversos outros produtos do STF, está classificado conforme os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas, especificadamente os ODS 4 (Educação de Qualidade) e 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes). Tal classificação contribui para o mapeamento dos projetos em curso na Instituição, que se relacionam com a construção de uma sociedade mais justa e equitativa, por meio da disseminação do conhecimento jurídico de excelência.

A *Suprema* reafirma o seu compromisso com a manutenção dos mais elevados padrões científicos, destacando-se entre suas práticas: a avaliação por pares duplo-cego (*double-blind peer review*) dos artigos submetidos, realizada por acadêmicos e acadêmicas com titulação mínima de doutorado; o apoio de membros dos conselhos editoriais internacional e nacional; a identificação de artigos a serem publicados via DOI (*digital object identifier*); a diversidade internacional, com a publicação de artigos de autoras e autores vinculados a instituições estrangeiras;

a inclusão da Revista em novas bases de indexação para sua maior difusão; o combate a práticas antiéticas (como plágios, dupla-submissão e ausência de originalidade e ineditismo); e a transparência em relação aos deveres de autores, pareceristas e editores.

Com o propósito de buscar trabalhos sobre questões atuais, o STF lançou, no primeiro semestre de 2024, dois editais temáticos: um para o dossiê “Os litígios estruturais na jurisdição constitucional” e o outro para o dossiê “200 anos de Constitucionalismo no Brasil: passado, presente e futuro”. Dadas a elevada quantidade de submissões para a primeira temática e a necessidade de atender às regras do sistema Qualis da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fracionou-se a publicação do primeiro dossiê em mais de um volume da Revista, sem prejuízo da publicação do segundo dossiê já convocado.

A presente edição traz, portanto, a primeira parte da publicação do dossiê sobre litígios estruturais. Nessa linha, volta-se ao exame de violações crônicas e sistemáticas sofridas por grupos vulneráveis no Brasil e em outras partes do mundo, bem como à contribuição do Poder Judiciário para seu enfrentamento. Trata-se de assunto na ordem do dia do Supremo Tribunal Federal: há, hoje, ao menos, dez processos estruturais em curso no Tribunal, monitorados pela Assessoria de Apoio à Jurisdição da Presidência do Tribunal (AAJ)¹.

O presente número da Revista tem o privilégio e a honra de apresentar uma entrevista com o renomado professor e jurista alemão Dieter Grimm, ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (1987-1999), professor de Direito Público na Universidade Humboldt de Berlim e ex-reitor e membro permanente do *Wissenschaftskolleg zu Berlin*. Por meio dela, Grimm compartilha com nossas leitoras e leitores os momentos marcantes da sua trajetória profissional e acadêmica. Além disso, aborda reflexões sobre assuntos contemporâneos e desafiadores para a jurisdição constitucional como *fake news* e ameaças à ordem democrática global.

¹ Para conferir as informações atualizadas sobre o monitoramento dos processos estruturais, acessar: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Último acesso em: 23.08.2024. A AAJ é uma inovação da atual gestão do STF. Tem o propósito de conferir tratamento multidisciplinar aos processos estruturais e complexos e compõe-se de especialistas em economia, políticas públicas, processos estruturais, métodos consensuais de solução de conflitos e estatística. É integrada pelo Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC), pelo Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL) e pelo Núcleo de Análise de Dados e Estatística (NUADE), que trabalham de forma integrada a fim de alcançar uma maior efetividade em tais feitos.

Os artigos selecionados para a presente edição exploram desde os contornos teóricos e práticos dos litígios, das ações e dos processos estruturais, até as discussões sobre as capacidades, a legitimidade e os diálogos institucionais necessários para a remediação das graves violações de direitos fundamentais ínsitos a esse tipo de processo. Nesse sentido, percorrem temáticas como: a implementação do acordo de paz na Colômbia; a delegação de competências jurisdicionais; a atuação do STF em arguições de descumprimento de preceitos fundamentais de caráter estrutural; o controle judicial de políticas públicas; a importância das medidas coercitivas para a efetividade do processo estrutural no Brasil; e a proteção dos povos indígenas, entre outras.

Inicia-se a sequência de artigos a partir do manuscrito “*Brazilian constitutionalism in the Latin American context*”, em que Roberto Gargarella aborda a evolução do constitucionalismo brasileiro sob a óptica do desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano. O renomado autor argentino destaca que, embora a Constituição de 1988 tenha promovido a expansão dos direitos sociais, há obstáculos consideráveis à sua concretização, em razão da preservação de antigas estruturas de poder. O trabalho conta, portanto, com a reconhecida análise do autor sobre o funcionamento da “sala de máquinas” aplicada à Constituição brasileira.

Em seguida, em “*The court speaks first? Problems and challenges of prior review*”, Jorge Ernesto Roa Roa e Juan José Aristizábal apresentam as particularidades do controle de constitucionalidade inaugurado a partir da Constituição da Colômbia de 1991 e os desafios do controle judicial prévio no sistema constitucional colombiano.

No artigo “O procedimento e a efetividade dos litígios estruturais: os modelos ‘forte’ e ‘fraco’ de intervenção judicial em políticas públicas”, Valter Shuenquener de Araujo e Camila Almeida Porfiro analisam o procedimento judicial adotado nos litígios estruturais, propondo a identificação, bem como a diferenciação, em intensidades “fraca” e “forte”, da intervenção judicial em políticas públicas. Ao questionar o controle jurisdicional de políticas públicas, os autores aprofundam as reflexões sobre as relações entre os Poderes e a consolidação da democracia.

Na sequência, no artigo “Delegação de competência no processo estrutural”, Antonio do Passo Cabral aborda um ponto relevante, mas ainda pouco explorado pela doutrina brasileira de processos estruturais: a possibilidade de delegação de competências decisórias a outros órgãos, entes e agentes, que atuam como mediadores ou fiscalizadores das decisões. O autor argumenta que essa técnica contribui para dar efetividade ao processo estrutural.

Em “*Contempt of court*: a importância de medidas coercitivas no processo estrutural”, Matheus Casimiro demonstra que medidas coercitivas podem ser fundamentais para garantir a eficácia do processo estrutural, de forma complementar a alguns estudos sobre o tema, que enfatizam o caráter dialógico entre os atores.

No artigo “A inevitável mutabilidade dos litígios coletivos e estruturais”, a autora Thais Costa Teixeira Viana desenvolve uma análise teórico-filosófica com foco nos litígios coletivos e estruturais, examinando como esses conflitos surgem, afetam e evoluem dentro do sistema social, bem como nas transformações contínuas que moldam a dinâmica litigiosa deles ao longo do tempo.

Na sequência, no artigo “Litígios estruturais na Corte Constitucional: momento, legitimidade e estratégias”, o autor Jordão Violin examina o que caracteriza um litígio como estrutural e discute se é papel de uma corte constitucional, como o STF, conduzir reformas estruturais. A partir da análise de casos submetidos ao STF, Violin identifica as vantagens e desvantagens de assumir tal tarefa e apresenta estratégias para corrigir desconformidades.

No artigo “Uma pauta de atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: por que, quando e como?”, Edilson Vitorelli oferece parâmetros analíticos para a seleção de casos propícios à atuação do STF, a partir da adoção de técnicas processuais específicas para lidar com a complexidade dos litígios estruturais e garantir a implementação de resultados socialmente significativos.

Na sequência, no artigo “Enfrentando o vírus no tribunal: a litigância estrutural pelas lentes do processo na ADPF 709”, Hermes Zaneti Júnior, Leonardo Silva Nunes, Edilson Santana Gonçalves Filho e Kessler Cotta Gomes analisam a atividade jurisdicional no processo estrutural envolvendo a proteção dos indígenas brasileiros (ADPF 709), que tiveram sua condição de vulnerabilidade agravada durante a pandemia de covid-19.

A seguir, no artigo “Tema de repercussão geral 698: processo estrutural e estratégias adotadas”, os autores Marcos Rolim da Silva e Susana Henriques da Costa apresentam o julgamento emblemático do Recurso Extraordinário 684.612/RJ, no qual é discutida a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes que visam a assegurar o direito à saúde. A partir da tese firmada no Tema 698, examinam as possíveis implicações da decisão para o controle judicial de políticas públicas, sobretudo nos processos estruturais.

Já no artigo “Litígio estrutural: encruzilhadas entre jurisdição constitucional e a Corte Interamericana”, de Melina Girardi Fachin e Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert, os autores investigam o litígio estrutural, explorando seu conceito, suas características e a sua presença nas cortes internacionais. Além de examinar como essas cortes podem superar desafios de legitimidade, destacam o litígio estratégico como uma ferramenta de transformação social.

No artigo em espanhol: “*Litigio estructural sobre el Acuerdo de Paz en Colombia: reflexiones sobre el habitus de las instituciones políticas y judiciales*”, Michael Cruz Rodríguez apresenta interessantes insights sobre como a implementação do Acordo Final de Paz na Colômbia, monitorada pelo Tribunal Constitucional dos Estados de Assuntos Inconstitucionais, gerou práticas ambíguas nas instituições judiciais e políticas envolvidas no cumprimento das medidas estruturais.

Finalizando o conjunto de artigos desta edição, o artigo de Sandra Liebenberg “A arte do (im)possível? A contribuição do *Justice Froneman* para o desenho de medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos”, traduzido por Isabela Garbin Ramanzini e revisado por Livia Gil Guimarães, examina várias ferramentas desenvolvidas na jurisprudência constitucional sul-africana para remediar violações estruturais de direitos humanos naquele país a partir do conjunto de decisões do *Justice Froneman*.

Expressamos nosso agradecimento ao Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC) do STF pelo inestimável apoio na produção do dossiê temático, assim como às autoras e aos autores desta edição pela confiança no trabalho desenvolvido pela *Suprema*. Agradecemos às nossas conselheiras e aos nossos conselheiros, sempre disponíveis e abertos ao diálogo para o aprimoramento da Revista; às nossas e aos nossos pareceristas pelo atento e rigoroso trabalho na importante missão de assegurar a qualidade dos artigos submetidos à avaliação.

Registramos a dedicação e o compromisso de todas as pessoas do STF que participaram dos processos de trabalho para a publicação desta edição. A elaboração de uma revista científica é desafiadora, mas proporciona resultados gratificantes e perenes.

Por fim, convidamos todas e todos a explorar este novo número, que busca contribuir de forma significativa para o desenvolvimento do pensamento jurídico contemporâneo.

Desejamos a todas e todos uma excelente leitura.

Equipe Editorial

Aline 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

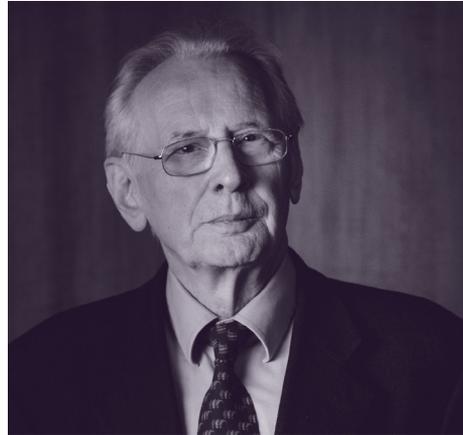
Aline Borges Nascimento

Editora-Adjunta

Gerente de Altos Estudos do STF

SUPREMA ENTREVISTA/ SUPREMA INTERVIEW

Professor Dieter Grimm¹



Fonte: foto fornecida pelo entrevistado (livre de direitos autorais)/ Source: photo provided by the interviewee (copyright free)

Dieter Grimm estudou direito e ciência política em Frankfurt, Paris e Cambridge (Harvard). Ensinou direito constitucional na Universidade de Bielefeld, na Universidade Humboldt de Berlim e na Escola de Direito de Yale. Foi Professor visitante em muitas universidades em vários países. De 1987 a 1999, serviu como Juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. De 2001 a 2007, foi Diretor do Wissenschaftskolleg zu Berlin (Instituto de Estudos Avançados), do qual continua afiliado como Membro Permanente. Dieter Grimm possui doutorados honorários pelas universidades de Göttingen, Toronto, Porto Alegre, Bucareste e Bielefeld. Ele é membro da Academia de Ciências de Berlim-Brandemburgo, da Academia Europeia, da Academia Britâ-

Dieter Grimm studied law and political science in Frankfurt, Paris and Cambridge (Harvard). He taught constitutional law at Bielefeld University, Humboldt University Berlin and the Yale Law School. He was Visiting Professor at many universities in several countries. From 1987 to 1999 he served as Justice of the Federal Constitutional Court of Germany. From 2001 to 2007 he was the Director of the Wissenschaftskolleg zu Berlin (Institute for Advanced Studies) to which he is still affiliated as Permanent Fellow. Dieter Grimm holds honorary doctoral degrees from the universities of Göttingen, Toronto, Porto Alegre, Bucarest and Bielefeld. He is a member of the Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, the Academia

¹ GRIMM, Dieter. Suprema entrevista: Professor Dieter Grimm. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 21-34, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a415>.

nica e da Academia Americana de Artes e Ciências. Seus trabalhos sobre direito constitucional (alemão e comparado), teoria constitucional, história constitucional e adjudicação constitucional foram traduzidos para muitas línguas.

Parte 1

1. Suprema. Professor, o senhor é uma das grandes referências em Direito Constitucional no mundo, atuou como Juiz no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e contribuiu de forma relevante para a doutrina jurídica. Quais os momentos ou as experiências que mais influenciaram sua carreira profissional ou que o marcaram como especialista jurídico?

Relativamente cedo, em meus estudos de Direito, ficou claro para mim que meu principal interesse era o Direito Constitucional. Eu estava interessado em política e considerei até mesmo uma carreira política. Assim, desde o início, estudei Ciência Política simultaneamente ao Direito. Essa combinação de disciplinas sugeria uma abordagem interdisciplinar do Direito. Para aplicar o Direito Constitucional, de uma maneira que se torne relevante na prática, é preciso conhecer a realidade na qual ele deve surtir efeito. No entanto, a interdisciplinaridade não era a forma como ensinava-se o Direito nos meus anos de estudante. Mais tarde, ao assumir minha primeira posição no Instituto de Pesquisa de História Legal Europeia, fiquei cada vez mais convencido de

Europea, the British Academy and the American Academy of Arts and Sciences. His works on constitutional law (German and comparative), constitutional theory, constitutional history, and constitutional adjudication were translated into many languages.

Part 1

1. Suprema. Professor, you are one of the great references in Constitutional Law in the world, having served as a Judge at the Federal Constitutional Court of Germany and making a relevant contribution to the legal doctrine. Could you tell us about the moments or experiences that most influenced you in your professional career and that marked you as a legal expert?

Relatively early in my study of law, it became clear to me that my main interest was constitutional law. I was interested in politics, even considered a political career, and so from the beginning, I studied political science next to law. This combination of disciplines suggested an interdisciplinary approach to the law. In order to apply constitutional law in a way that it becomes relevant in practice, one ought to know the reality in which it shall take effect. However, interdisciplinarity was not the manner in which the law was taught in my student years. Later on, having my first position in a research Institute for European Legal History, I became more and more convinced that

que a História também era indispensável a alguém que quisesse interpretar e aplicar o Direito em um mundo de rápidas mudanças. Somente se alguém souber os propósitos e as condições em que uma certa instituição legal foi criada, ou em que uma determinada disposição foi promulgada, e como esse contexto mudou desde então, poderá compreender como o significado original do Direito precisa ser adaptado a um contexto alterado, para evitar que ele perca seu propósito, ou até mesmo que se torne disfuncional. Acredito que fui um dos pioneiros do trabalho jurídico interdisciplinar na Alemanha. Tentei não apenas propagar, mas também praticar isso como professor de Direito Público e, posteriormente, como juiz do Tribunal Constitucional Alemão. O tempo no Tribunal foi, é claro, uma experiência inestimável, na qual pude construir pontes entre teoria e prática e ampliar meu conhecimento sobre outros sistemas judiciais.

2. Suprema. Durante sua carreira acadêmica, o senhor estudou em universidades na Alemanha, França e Estados Unidos. Houve diferenças muito significativas quanto às abordagens do Direito nessas diferentes universidades? Como cada uma delas contribuiu para sua maneira de ver a atividade de ensino e o Direito?

Minha ambição não era apenas trabalhar de forma interdisciplinar, mas também internacionalmente. Portanto, foi bastante lógico que, após concluir meu curso de Direito Alemão, eu desejasse continuar meus estudos no exterior. Continuei

history was indispensable as well if one wanted to interpret and apply the law in a rapidly changing world. Only if one knows under which conditions and with which purpose in mind a certain legal institution was created or certain provision enacted, and how the context has changed in the meantime, one will be able to answer the question whether and how the original meaning of the law has to be adapted to a changed context, in order to avoid that it misses its purpose or even becomes dysfunctional. I think I can say that I was one of the pioneers of interdisciplinary legal work in Germany. I tried not only to propagate but also to practice it as a professor of public law and later on as a justice of the German Constitutional Court. The time on the Court was, of course, an invaluable experience where I could build bridges between theory and practice and enlarge my knowledge about other judicial systems.

2. Suprema. During your academic career, you studied at universities in Germany, France, and the United States. Were there very significant differences in approaches to law at the different universities? How did each of them contribute to your way of seeing the activity of teaching and the law?

My ambition was not only to work in an interdisciplinary way, but also internationally. So it was quite logical that, after earning my German law degree, I wished to continue my

meus estudos na França, país não menos importante, pois a Alemanha e a França foram inimigas por muito tempo e, após a Segunda Guerra Mundial, estavam determinadas a cooperar, especialmente em relação à integração europeia. O segundo país estrangeiro onde estudei foram os Estados Unidos, a principal potência do mundo ocidental e que possui um sistema jurídico diferente, o *common law*. Consegui bolsas de estudo para ambos os países e estudei por um ano em Paris e por um ano na Harvard Law School, onde obtive um diploma de LLM.

As diferenças foram significativas. Na Alemanha, o estudo era bastante impessoal, normalmente em grandes turmas, com professores dando aulas e raramente encorajando discussões. Não se esperavam perguntas dos alunos. Somente em seminários, nos semestres mais próximos ao exame, isso mudava e o contato com os professores poderia se desenvolver. O estudo na França era ainda mais impessoal. Os professores davam aulas com trajes formais, as discussões eram impossíveis nas grandes salas de aula, e seminários não eram oferecidos (com exceção de um professor de Filosofia do Direito, que estivera anteriormente em Estrasburgo, onde a tradição alemã ainda estava viva). Além disso, não era ensinado na França o Direito Constitucional, mas apenas “*institutions politiques*” (a parte organizacional da Constituição). Os direitos fundamentais não eram, de forma alguma, assunto de ensino.

Tudo isso foi completamente diferente em Harvard. Havia lugares designados na sala

studies abroad. France was the first country, not least because Germany and France had been enemies for a long time in history and after World War II were determined to cooperate, especially regarding European integration. The second country was the United States, the leading power of the Western world and a different legal system, the common law. I got scholarships for both countries and studied a year in Paris and a year at the Harvard Law School, where I obtained an LLM degree.

The differences were significant. In Germany the study was rather anonymous, normally big classes, professors lecturing, rarely encouraging a discussion, questions from students were not expected. Only in seminars in the later semesters, closer to the exam, this changed and contacts with professors could develop. France was even more anonymous. Professors lectured in robes, discussions were impossible in the big lecture halls, and seminars were not offered (with the exception of one professor of philosophy of law who had previously been in Strasbourg, where the German tradition was still alive). In addition, constitutional law was not taught in France, only “*institutions politiques*” (the organizational part of the Constitution). Fundamental rights were not a subject of teaching at all.

All this was completely different at Harvard. One had assigned seats in class. Professors called upon students

de aula, os professores chamavam os alunos pelo nome, as discussões eram a regra, cada aula tinha que ser preparada por meio de leituras e o material de leitura era a base da discussão. Os professores, pelo menos em sua grande maioria, eram excelentes. Lembro-me, em particular, de um curso chamado “Processo Legal”, sem equivalente em meus estudos europeus. Os professores eram bastante acessíveis. Portanto, pela primeira vez, tive a sensação de que os alunos importavam. A faculdade de Direito de Harvard proporcionou uma de minhas experiências duradouras. Minha ambição, caso me tornasse um professor (o que não estava totalmente claro naquela época), era fazer isso da maneira que experimentei em Harvard. E percebi que havia uma forma muito diferente de lidar com o Direito, orientado para a prática e para casos, como se faz na *common law*. No entanto, descobri, naquela época, que a tradição do *civil law*, com sua abordagem sistemática em vez de casuística, era superior ao *common law*. E, finalmente, o Direito Constitucional era de suma importância nos Estados Unidos, onde era ensinado por vários professores na Harvard Law School.

3. Suprema. O senhor foi membro do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 1987 a 1999, e participou de inúmeras decisões importantes. Como o senhor descreveria o caminho histórico do Tribunal durante o período em que serviu? Se o senhor pudesse escolher uma decisão ou um momento memorável, qual seria? E por quê?

Em primeiro lugar, a Alemanha possui um sistema de juiz relator. Cada membro

by name, discussions were the rule, every class had to be prepared by readings and the reading material was the basis of the discussion. The professors, at least the vast majority, were excellent teachers. I remember in particular a course called “Legal Process” that had no equivalent in my European studies. Professors were easily accessible. So, for the first time, I had the feeling that students counted. Harvard Law school was one of my lasting experiences. My ambition, should I ever become a professor myself (that was not totally clear at that time), was to do it in the way I had experienced at Harvard. And I saw that there was a very different way to deal with the law, the practice-oriented, case-oriented common law. However, I found at that time that the civil law tradition with its systematic rather than casuistic approach was superior to the common law. And finally, constitutional law was of paramount importance in the United States, several professors taught it at Harvard Law School.

3. Suprema. You were a member of the German Federal Constitutional Court from 1987 to 1999, participating in numerous important decisions. How would you describe the historical path of the Court during the period in which you served? If you could choose one most memorable decision or moment, what would it be? And why?

First of all, Germany has a system of judge rapporteur. Each member of

do tribunal é responsável por uma determinada área do direito. Minha responsabilidade não poderia ter sido melhor: assuntos constitucionais genuínos, liberdade de expressão, imprensa, TV, liberdade de associação, liberdade de reunião, direitos de personalidade, privacidade, proteção de dados. Entretanto, tudo isso foi suplantado por um evento totalmente inesperado e imprevisível. Fui eleito como Juiz do Tribunal em julho de 1987. Em novembro de 1989, o Muro de Berlim caiu e a unificação alemã tornou-se repentinamente possível e, em outubro de 1990, foi alcançada, o que suscitou um conjunto totalmente inesperado de novas questões constitucionais que ocuparam o tribunal por quase 10 anos. Somente quando meu mandato terminou, em dezembro de 1999, é que os problemas da unificação estavam mais ou menos resolvidos.

Aqui estão alguns exemplos: podemos punir os líderes políticos da República Democrática Alemã (RDA), antiga Alemanha Oriental, pelo que fizeram? Podemos punir os guardas de fronteira que mataram pessoas que queriam sair da RDA? A propriedade privada que foi expropriada pela RDA deve ser restituída ao proprietário original? E quanto aos débitos das empresas econômicas e às reivindicações dos bancos? No sistema socialista, em que todos os bancos eram instituições estatais e toda a economia estava nacionalizada, essas dívidas e reivindicações não eram realmente dívidas e reivindicações, no sentido ocidental, mas simplesmente posições no orçamento do Estado, que, de repente, com a adoção do sistema ocidental, tor-

the court is responsible for a certain area of the law. My responsibility couldn't have been better, genuine constitutional subject matters, freedom of speech, press, TV, freedom of association, freedom of assembly, personality rights, privacy, data protection. But all this was trumped by a totally unexpected and unforeseeable event. I had been elected as Justice of the Court in July 1987. In November '89 the Berlin wall fell, German unification was all of a sudden possible and in October 1990 it was achieved. This brought forth a totally unexpected set of new constitutional questions that occupied the court for almost 10 years. Only when my term ended in December 1999, the unification problems were a more or less settled.

Here are some examples: Can you punish the political leaders of the GDR for what they did? Can we punish the border guards who, in accordance with GDR law, shot people to death who wanted to leave the GDR? Does the private property that had been expropriated by the GDR have to be restituted to the original owner? What about the debts of economic enterprises and the claims of banks? In the socialist system where all banks were state institutions and the whole economy was nationalized, they were not really debts and claims in the Western sense, but simply positions in the state budget. But all of the sudden, with the adoption of the Western system, they became

naram-se dívidas e reivindicações reais. Além disso, em um sistema socialista, muitas atividades que eram consideradas privadas, nas sociedades ocidentais, eram conduzidas pelo Estado. Assim, milhões de pessoas perderam seus empregos. Isso era compatível com a liberdade profissional? Espiões que atuaram no território da RDA e não entraram na Alemanha Ocidental de repente se tornaram puníveis, enquanto os espiões ocidentais que fizeram o mesmo não eram puníveis. Isso era compatível com o princípio da igualdade? Alguém que foi policial no sistema socialista poderia ser policial na nova ordem?

Paralelamente às questões de unificação, os assuntos normais prosseguiram com um grande número de decisões importantes. Se me pedirem para citar uma decisão específica, gostaria de mencionar o primeiro caso, que não foi espetacular, a levantar questões de globalização. O caso tratava do transporte marítimo em alto mar. Para isso, a regra é que, em navios alemães, a lei alemã se aplica. Isso incluía o alto padrão alemão de proteção aos direitos fundamentais e à seguridade social. Dificilmente, algum dos marinheiros em navios alemães era alemão, exceto o capitão e seu vice. O restante vinha de países com baixos salários. Para evitar os altos custos, os proprietários de navios alemães “bandeiravam”, ou seja, navegavam seus navios sob uma bandeira estrangeira. O governo alemão queria interromper essa tendência, e o Parlamento promulgou uma lei que reduzia o padrão, de modo que a lei alemã continuasse a se aplicar nos navios alemães,

real debts and claims. Moreover, in a socialist system, many activities that were regarded as private in Western societies were conducted by the state. So millions of people lost their jobs. Was that compatible with the freedom of profession? Spies who had spied from GDR territory and not entered West Germany were all of a sudden punishable, while Western spies who had done the same were not punishable. Was that compatible with the equality principle? Could someone who had been a policeman in the socialist system be a policeman in the new order?

Next to unification issues the normal business went on with quite a number of important decisions. If you ask me for a specific one, I would like to mention a case that was not spectacular, but was the first one to raise questions of globalization. The case was about shipping on the high sea. For this the rule is that on German ships German law applies. This included the high German standard of fundamental rights protection and social security. Hardly any of the sailors on German ships was German, except the captain and his deputy. The rest came from low-wage countries. To avoid the high costs, German ship owners “flagged out”, meaning, that their ships sailed under a foreign flag. The German government wanted to stop the trend and Parliament enacted a law that lowered the standard, so that German law continued to apply on German

mas não de forma completa. Essa lei foi contestada perante o Tribunal Constitucional. O problema que o Tribunal enfrentou foi grave: se mantivéssemos o alto padrão de lei alemã, não haveria mais campo de aplicação para a lei alemã em alto mar; se quiséssemos manter a frota alemã, teríamos que reduzir o padrão. Naquela época, acreditávamos que o transporte marítimo em alto mar era o único caso em que esse problema se apresentava, mas esse se tornaria o problema do futuro.

Parte 2

4. Suprema. A Constituição Federal do Brasil de 1988 é, em grande parte, inspirada na Constituição de Weimar, da Alemanha. Com base em sua experiência como Juiz do Tribunal Constitucional Alemão, o senhor vê oportunidades potenciais de aprendizado mútuo entre os tribunais constitucionais da Alemanha e do Brasil? Se sim, quais?

Muitos problemas enfrentados pelos tribunais surgem simultaneamente em vários países. As regras legais podem diferir, mas os problemas são semelhantes. Todavia, no campo do Direito Constitucional, nem mesmo as regras diferem tanto. Pense nos direitos fundamentais, como liberdade de expressão ou liberdade de imprensa. Todas as constituições os têm. Amplia-se o horizonte daquele que conhece o modo como outras jurisdições lidam com esses direitos fundamentais. Suas soluções, é

ships, but no longer completely. This law was challenged before the constitutional court. The problem that the court faced was severe: if one upholds the high standard of German law, there would no longer be field of application for German law on the high sea. If one wanted to keep the German fleet, one had to lower the standard. At that time, we believed that shipping on the high sea was the only case that posed this problem. But it should become the problem of the future.

Part 2

4. Suprema. The Brazilian Federal Constitutions of 1988 is largely inspired by the German Weimar Constitution, having points in common. Based on your experience as a Judge of the German Constitutional Court, do you see potential opportunities for mutual learning between the constitutional courts of Germany and Brazil? If so, which ones?

Many problems that courts face arrive in many countries simultaneously. The legal rules may differ, the problems are similar. But in the field of constitutional law, not even the rules differ that much. Think of fundamental rights like freedom of expression or freedom of the media. All constitutions have them. It broadens one's horizon if one knows how other jurisdictions

claro, não são vinculantes, mas podem ser informativas. No entanto, não estou suficientemente familiarizado com a jurisprudência do STF para fornecer exemplos de aprendizado mútuo.

5. Suprema. Em 2023, a Constituição Federal de 1988 completou 35 anos. Apesar do progresso na garantia dos direitos das mulheres, dos povos indígenas, da população LGBTQIAPN+ e das pessoas negras, a democracia brasileira ainda enfrenta problemas como desigualdade, pobreza, altos níveis de violência, desafios na luta contra a discriminação, entre outros. Na sua opinião, como as constituições, o Direito Constitucional e os tribunais podem desempenhar um papel mais eficaz na promoção da justiça social?

Diferentemente dos direitos constitucionais negativos, que são cumpridos por meio da omissão de certas ações, os direitos positivos, como os direitos sociais, são cumpridos por meio de ações. Se os direitos negativos forem violados pelo legislativo ou pelo executivo, os tribunais constitucionais podem declarar seus atos nulos e sem efeito. Se os direitos positivos forem violados, os tribunais podem apenas obrigar o governo a tomar as medidas prescritas, mas não podem cumpri-las por si mesmos. A omissão e a anulação não têm custo; o cumprimento dos direitos positivos, especialmente o dos direitos sociais, é custoso. Isso depende de recursos. Os tribunais não podem gerar recursos e o governo pode fazê-lo apenas até certo ponto. Os tribunais podem lembrar o governo de

deal with them. Their solutions are, of course, not binding, but they may be informative. However, I'm not sufficiently familiar with the jurisprudence of the STF to give examples for mutual learning.

5. Suprema. In 2023, the 1988 Federal Constitution completed 35 years. Despite progress in guaranteeing the rights of women, indigenous people, LGBTQIAP+ and black people, Brazilian democracy still faces problems of inequality, poverty, high levels of violence, challenges in combating discrimination, among others. In your view, how can constitutions, constitutional law, and courts play a more effective role in promoting social justice?

Different from negative constitutional rights that are fulfilled by omitting certain actions, positive rights like social rights are fulfilled by taking action. If negative rights are violated by the legislative or the executive, constitutional courts can declare their acts null and void. If positive rights are violated, courts can only oblige government to take the prescribed action, but it cannot fulfill them itself. Omission and annulment are not costly, the fulfillment of positive rights, especially social right, is costly. It depends on resources. Courts cannot generate resources and government can do it only to a certain extent. Courts can remind government of its obligation, in some rare cases also order the government

sua obrigação e, em alguns casos raros, também ordenar que o governo conceda benefícios, mas não podem alterar a situação econômica que determina, em última instância, a capacidade do Estado.

6. Suprema. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil começou a publicar suas principais decisões em uma linguagem mais acessível à população, como uma forma de combater a desinformação. Considerando sua experiência enquanto especialista jurídico, como o senhor vê essa aproximação entre o Supremo Tribunal e a sociedade? E de que outras maneiras, em sua opinião, os tribunais constitucionais e os tribunais supremos podem agir para prevenir a disseminação de notícias falsas?

Certamente, essa é uma forma. Mas deve-se ter em mente que pessoas comuns não costumam ler decisões judiciais. Elas obtêm informações sobre tais decisões por meio da cobertura midiática. Além disso, a possibilidade de simplificar o raciocínio jurídico é limitada. Em compensação, as consequências das decisões judiciais para indivíduos ou grupos podem ser apresentadas em linguagem mais acessível. Nesse sentido, não acho inadequado que os juízes aceitem convites para explicar (e não para defender!) suas decisões. Eu costumava fazer isso em relação a decisões altamente controversas. No entanto, isso é mais fácil se o tribunal decidir por unanimidade, e não se dividir, como o STF muitas vezes faz.

to award benefits, but they cannot change the economic situation that ultimately determines the capacity of the state.

6. Suprema. Recently, the Brazilian Federal Supreme Court (STF) began publishing its main rulings in a language that is more accessible to the population as one of the ways to combat misinformation. Considering your experience as a legal expert, how do you see this rapprochement between the supreme court and society? In what other ways, in your opinion, could constitutional courts and supreme courts act to prevent the spread of fake news?

This is certainly a way. But one should keep in mind that ordinary people don't use to read court decisions. They draw their information about them from media reporting. In addition, the possibility to simplify legal reasoning is limited. However, the consequence of judgements for individuals or groups can well be presented in more accessible language. In addition, I don't find it inappropriate that judges accept invitations to explain (not defend!) their rulings. I often did it regarding highly controversial judgements. However, this is easier if the court decided unanimously and not split like the Brazilian STF often does.

A questão também aborda o problema da desinformação em geral. A desinformação pode ser suprimida sem violar o direito fundamental à liberdade de expressão. Na Alemanha, mentiras deliberadas ou declarações cuja falsidade já foi constatada no momento em que foram proferidas não dispõem da proteção da liberdade de expressão, pois informações falsas não contribuem para o discurso público. No entanto, o problema não é determinar o que é proibido e o que não é, mas implementar a proibição em redes sociais e plataformas.

7. Suprema. No Brasil, como o senhor sabe, as sessões de julgamento do Plenário do STF são transmitidas ao vivo pela TV. Embora essa não seja uma experiência comum entre tribunais supremos ou constitucionais, o Brasil não é o único país que tem suas sessões televisionadas ou gravadas. Com base em sua experiência enquanto juiz de um Tribunal Constitucional, como o senhor percebe os diferentes modelos de deliberação dos tribunais (com maior ou menor grau de transparência para o público)? Existe um modelo ideal a seguir?

De fato, o Brasil compõe o pequeno número de países onde os juízes do supremo tribunal deliberam em público. No entanto, na maioria desses países, a deliberação pública não é a verdadeira deliberação. Na Alemanha, como na maioria dos países, o Tribunal Constitucional delibera a portas fechadas. A deliberação nem sequer é registrada e não são feitas atas. No Tribunal Constitucional alemão, há um entendimento

The question also addresses the problem of misinformation in general. Misinformation can be suppressed without violation of the fundamental right of free speech. In Germany, deliberate lies or statements of fact whose falsehood was established already at the time of the utterance, do not enjoy the protection of freedom of speech, because false information does not contribute to the public discourse. Yet, the problem is not so much to determine what is prohibited and what not, but to implement the prohibition in social media and platforms.

7. Suprema. In Brazil, as you know, the trial sessions of the Plenary of the STF are broadcast live on TV. Although this is not a common experience among supreme or constitutional courts, Brazil is not the only country that has its session televised or recorded. Based on your experience as a Judge of a Constitutional Court, how do you perceive the different deliberation models of the Courts (with a greater or lesser degree of transparency to the public)? Is there an ideal model to follow?

Brazil is indeed among the very small number of countries where the judges of the supreme court deliberate in public. In most of these countries, the public deliberation is not the true deliberation. In Germany, like in most countries, the Constitutional Court deliberates behind closed doors. The deliberation is not even recorded and no minutes are taken. In the German Constitutional Court

comum de que uma decisão unânime é melhor do que uma decisão dividida. Isso pressupõe a disposição dos juízes para conciliação. A deliberação secreta facilita a conciliação. No tribunal alemão, é completamente normal que os juízes mudem de ideia no curso da deliberação porque ouviram argumentos que não haviam considerado antes ou não consideraram suficientemente. A capacidade das sentenças de pacificar a sociedade é maior nos casos em que se chegou a um acordo. A transparência não é um valor em si. A transparência deve ser aplicada quando melhora as decisões, mas não quando tende a piorá-las.

Parte 3

8. Suprema. Qual é a sua opinião sobre o recente fenômeno global de erosão do constitucionalismo democrático, que afetou tanto as novas democracias quanto as democracias consolidadas? Nesses contextos, quais os principais desafios enfrentados pelos magistrados e tribunais supremos/constitucionais na proteção da Constituição?

Tribunais constitucionais ou cortes supremas com jurisdição constitucional são frequentemente os primeiros alvos das forças políticas que empreendem uma transformação do sistema. O funcionamento desses tribunais deve, portanto, ser garantido no nível constitucional, para que uma maioria simples não seja suficiente para restringir ou refrear o tribunal. Magistrados e juízes devem resistir à tentação de se desviar

there is a common understanding that a unanimous decision is better than a split one. This presupposes the willingness of the justices to compromise. Secret deliberation facilitates compromises. In the German Court, it is completely normal the judges change their mind in the course of the deliberation because they have heard arguments that they had not or not sufficiently considered before. The capacity of judgments to pacify society is bigger in cases where a compromise has been reached. Transparency is not a value in itself. It should be applied when it improves decisions not when it tends to make them worse.

Part 3

8. Suprema. What is your perspective on the recent global phenomenon of erosion of democratic constitutionalism, which has affected both new democracies and consolidated democracies? In these contexts, what are the main challenges faced by magistrates and supreme/constitutional courts in protecting the constitution?

Constitutional courts or supreme courts with constitutional jurisdiction are often the first targets of political forces that undertake a system transformation. The functioning of these courts should therefore be guaranteed on constitutional level, so that a simple majority would not be sufficient to curb or pack the court. Magistrates and judges should resist

da Constituição para proteger a instituição. O sucesso não é garantido. Uma perda de legitimidade é quase certa. Em geral, um tribunal que está unido em seus esforços para resistir às transformações do sistema terá uma melhor chance de sucesso do que um tribunal dividido e fragmentado.

9. Suprema. O senhor acredita que a democracia enfrenta hoje ameaças autocráticas diferentes das experimentadas anteriormente? Na sua perspectiva, quais os possíveis futuros obstáculos que a democracia constitucional pode enfrentar e o que é necessário para garantir sua operação contínua?

Os sistemas antidemocráticos do século XX eram principalmente ditaduras brutais. Isso não pode ser dito sobre a maioria dos regimes populistas. Nos países em que os partidos populistas vencem eleições livres, eles mantêm as formas e instituições da democracia constitucional, mas buscam miná-las ou trazê-las para as linhas partidárias e usam a lei e o orçamento para se privilegiarem, impedirem concorrentes e paralisarem forças críticas, enquanto a esfera privada permanece mais ou menos livre. A ameaça enfrentada hoje se relaciona a uma maior ou menor abertura das pessoas às promessas dos populistas. Eu não conheço um remédio melhor do que a educação e a informação contra as consequências do populismo. Mas, ao mesmo tempo, isso se torna mais difícil em tempos de desinformação e fatos alternativos, que confundem as fronteiras entre verdadeiro e falso, desacreditam a ciência etc.

the temptation to deviate from the Constitution in order to protect the institution. Success is not guaranteed. A loss of legitimacy is almost certain. In general, a court that is united in its efforts to resist system transformations will have a better chance to succeed than a split and divided court.

9. Suprema. Do you believe that democracy today faces autocratic threats that are different from those previously experienced? From your perspective, what are the possible future obstacles that constitutional democracy may face and what is needed to ensure its continued operation?

The antidemocratic systems of the 20th century were mostly blunt dictatorships. This cannot be said about most populist regimes. Where populist parties succeed in free elections, they keep the forms and institutions of constitutional democracy, but seek to undermine them or bring them on party lines and use the law and the budget to privilege themselves, to impede competitors and to paralyze critical forces, whereas the private sphere remains more or less free. The threat consists in that the people are more or less open for the promises of populists. I don't know of a better remedy than education and information about the consequences of populism. But at the same time, this becomes more difficult in times of misinformation and alternative facts, blurring borderlines between true and false, discrediting science etc.

10. Suprema. Qual a sua percepção sobre a confluência entre Direito Constitucional e novas tecnologias (expansão da internet, redes sociais, inteligência artificial)? Como é possível proteger os direitos fundamentais na esfera virtual, considerando-se que esta compreende espaços de debate público controlados por empresas privadas?

Nos primórdios da internet, havia uma suposição generalizada de que isso [essas tecnologias] elevaria a democracia a um novo nível. As barreiras entre comunicadores e destinatários caíram: todos podiam ser comunicadores, e o discurso público sem inibições parecia possível, até mesmo a democracia direta não era mais uma exceção, mas poderia ser um modo regular de tomada de decisão. Entretanto, esse otimismo se extinguiu. As plataformas não operam no interesse de um discurso público racional, mas no interesse do lucro, e a possibilidade de todos se comunicarem a qualquer momento com audiências imensas levou à disseminação de desinformação e ódio, o que torna difícil a distinção entre verdadeiro e falso. Atualmente percebemos a internet como uma ameaça à democracia em vez de um aprimoramento. A regulamentação é necessária, mas não se pode mais esperar essa ação apenas do Estado-nação; isso requer cooperação internacional, o que não é fácil de se obter.

10. Suprema. What is your perception on the confluence between constitutional law and new technologies (expansion of the internet, social media, artificial intelligence)? How do we protect fundamental rights in the virtual sphere, given that they are spaces for public debate controlled by private companies?

In the beginnings of the internet, there was a widespread assumption that this would elevate democracy to a new level. The barriers between communicators and recipients fell, everybody could be a communicator, and uninhibited public discourse seemed possible, even direct democracy was no longer the exception, but could be a regular mode of decision making. In the meantime, this optimism is gone. Platforms do not operate in the interest of a rational public discourse, but in the interest of profit, and everybody's possibility to communicate at any time with immense audiences has led to a spread of misinformation and hatred and makes the distinction between true and false difficult today. We perceive of the Internet as a threat to democracy rather than enhancement. Regulation is needed, but it can no longer be expected by the nation state, it requests international cooperation, and this is not easy to obtain.



Brazilian constitutionalism in the Latin American context¹⁻²

O constitucionalismo brasileiro no contexto latino-americano

El constitucionalismo brasileño en el contexto latinoamericano

Roberto Gargarella³

Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1579-5427>

E-mail: roberto.gargarella@gmail.com

Abstract

This paper studies the evolution of Brazilian constitutionalism in light of the development of Latin American constitutionalism. It focuses on three major periods of this evolution: (i) a first “foundational” period (1850-1900) in which a majority of countries in the region, including Brazil, adopted constitutions that incorporate features of the two main legal influences in Latin America, liberalism and conservatism; ii) a second period (1917-1960), in which the old liberal-conservative constitutionalism began to acquire a profile more attentive to social issues and economic inequalities – the period (so-called) “social constitutionalism”; and iii) a more recent period, related to the so-called “new Latin American constitutionalism”, which came to combine “the old” and “the new”: the old institutional model, inherited from the nineteenth century, and the new social constitutionalism. The final part of the paper explores the (so called) problem of the “engine room” of the Constitution, that is, the problem of significantly changing the structure of rights, while basically preserving the old organization of power untouched.

¹ GARGARELLA, Roberto. Brazilian constitutionalism in the Latin American context. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 35-54, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a413>.

² This article results from the “Institutional Changes for Democratic Dialogue” project, under development at the Universitat Pompeu Fabra, with the support granted by the European Union (ERC, Project 101096176 – ICDD). The views and opinions expressed are solely those of the author and do not necessarily reflect those of the European Union or the European Research Council. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them. It also connects to a broader research agenda conducted by the author on Latin American constitutionalism, considering previous works, such as Gargarella (2013) and Gargarella, The “Engine Room” of the Constitution (with Some Particular Attention to the Cuban Case). *Cuban Studies* 45, 14-27, 2017.

³ Senior Researcher, CONICET; Visiting Professor University Pompeu Fabra.

Keywords

Brazilian Constitution; liberalism; conservatism; social constitutionalism; “engine room”.

Contents

1. Introduction. 2. Towards a liberal-conservative Constitution for Brazil. 3. Brazilian social constitutionalism in the mid-twentieth century. 4. Constitutions with “two souls”: Brazil 1988 and the problem of the “engine room”. 5. Conclusion.

Resumo

Este artigo estuda a evolução do constitucionalismo brasileiro à luz do desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano. Ele se concentra em três períodos principais dessa evolução: (i) um primeiro período “fundacional” (1850-1900), no qual a maioria dos países da região, inclusive o Brasil, adotou constituições que incorporam características das duas principais influências jurídicas da América Latina, o liberalismo e o conservadorismo; ii) um segundo período (1917-1960), em que o antigo constitucionalismo liberal-conservador passou a adquirir um perfil mais atento às questões sociais e às desigualdades econômicas – o período do (chamado) “constitucionalismo social”; e iii) um período mais recente, relacionado ao chamado “novo constitucionalismo latino-americano”, que passou a combinar “o velho” e “o novo”: o antigo modelo institucional, herdado do século XIX, e o novo constitucionalismo social. A parte final do artigo explora o (assim chamado) problema da “casa de máquinas” da Constituição, ou seja, o problema de alterar significativamente a estrutura dos direitos, preservando basicamente intacta a antiga organização do poder.

Palavras-chave

Constituição brasileira; liberalismo; conservadorismo; constitucionalismo social; “sala de máquinas”.

Sumário

1. Introdução. 2. Rumo a uma Constituição liberal-conservadora para o Brasil. 3. Constitucionalismo social brasileiro em meados do século XX. 4. Constituições com “duas almas”: Brasil 1988 e o problema da “sala das máquinas”. 5. Conclusão.

Resumen

Este artículo estudia la evolución del constitucionalismo brasileño a la luz del desarrollo del constitucionalismo latinoamericano. Se centra en tres períodos principales de esta evolución: (i) un primer período “fundacional” (1850-1900), en el

que la mayoría de los países de la región, incluido Brasil, adoptaron constituciones que incorporaban rasgos de las dos principales influencias jurídicas de América Latina, el liberalismo y el conservadurismo; ii) un segundo período (1917-1960), en el que el viejo constitucionalismo liberal-conservador pasó a adquirir un perfil más atento a las cuestiones sociales y a las desigualdades económicas – el período del (así llamado) “constitucionalismo social”; y iii) un período más reciente, relacionado con el llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, que pasó a combinar “lo viejo” y “lo nuevo”: el viejo modelo institucional, heredado del siglo XIX, y el nuevo constitucionalismo social. La parte final del artículo explora el (llamado) problema de la “sala de máquinas” de la Constitución, esto es, el problema de alterar significativamente la estructura de los derechos, preservando básicamente intacta la antigua organización del poder.

Palabras clave

Constitución Brasileña; liberalismo; conservadurismo; constitucionalismo social; “sala de máquinas”.

Índice

1. Introducción. 2. Hacia una Constitución liberal-conservadora para Brasil. 3. Constitucionalismo social brasileño a mediados del siglo XX. 4. Constituciones con “dos almas”: Brasil 1988 y el problema de la “sala de máquinas”. 5. Conclusión.

1. Introduction

In this paper, I would like to reflect on the evolution of Brazilian constitutionalism in light of the development of Latin American constitutionalism. I will focus on three major periods of this evolution, which implies that I will not make an exhaustive or complete overview of the history of constitutionalism in Brazil: (i) a first period, which we can call “foundational” (1850-1900) in which a majority of countries in the region, including Brazil, adopted constitutions that incorporate features of the two main legal influences in Latin America, liberalism and conservatism; ii) a second period (1917-1960), in which the old liberal-conservative constitutionalism began to acquire a profile more attentive to social issues and economic inequalities - this was the arrival of (so-called) “social constitutionalism” in the region; and iii) a more recent period, related to the so-called “new Latin American constitutionalism”, and which in fact came to combine “the old” and “the new”: the old institutional model, inherited from the nineteenth century, and the new social constitutionalism. In this last stage a relevant problem is consolidated,

also common to the whole region, and which is linked to what in other works I have called the problem of the “engine room” of the Constitution, that is, the problem of significantly changing the structure of rights, while basically preserving the old organization of power untouched (Gargarella 2013, Gargarella 2022).

2. Towards a liberal-conservative Constitution for Brazil

Towards the end of the eighteenth century, Brazil, like almost all countries in the region, had a Constitution that combined, imperfectly, features of the two main dominant political projects in Latin America. On the one hand, features of a liberal constitutionalism, which had arrived in the region from the United States, through the famous Constitution of 1787: a liberalism that pronounced itself against “tyranny” and “anarchy”; that demanded the separation and balance of powers (a system of “checks and balances”); and that required the adoption of a Bill of Rights aimed at safeguarding fundamental rights including, prominently, religious tolerance, freedom of the press and due process. On the other hand, Brazil, like other countries in the region, was influenced by the long period of colonialism. From that period of Spanish-Lusitanian rule, it derived a conservative constitutional model - that of “the Cross and the Sword” - which called for the concentration of powers in the President; which was less concerned with the separation and balances of power; and which demanded a prominent place for the Church in the affairs of public life.

In different ways, and since the mid-nineteenth century, the great majority of the countries of the region “synthesized”, through their Constitutions, these two great influences. This result was sometimes achieved through negotiations between liberals and conservatives at the same constitutional discussion table (as in Argentina 1853, Mexico 1857). On other occasions, as in Chile, the strong conservative conservatism (of the Constitution of 1833) began to liberalize towards the end of the century; and on other occasions, as in Colombia, the strong liberalism of the middle of the century (years of the Presidency of José Hilario López, and of the radicalism of the Rionegro Convention), gained increasingly conservative features towards the end of the century. In Brazil, on the other hand, this process of agreement between liberals and conservatives came very late - at the dawn of the 19th century, but it finally arrived. Let me give a brief account of this evolution.

I shall begin by stating that, after the sudden -and very late- passage from Empire to Republic, which took place only in 1889, Brazil suffered many years of instability and uncertainty. The political scene was then occupied by different groups

that were in tension with each other. On the one hand, there were the landowners -and particularly those connected to coffee plantations- who dominated politics at the state level, in association with increasingly important political groups, mainly associated with liberal and republican ideologies (republicans, at the same time, found inspiration in the then widespread positivist philosophy). On the other hand, there were the army forces -a group that included some of the “heroes” of the war against Paraguay, like the noted Deodoro Fonseca and also military officers with links to the “positivist Church”.⁴

While representatives of the first group promoted a federalist territorial organization; representatives of the army resisted those policies claiming that they put the national unity under risk. Frequently, military officers defend antiliberal views, and also the creation of a powerful Executive power -some of them even accepted the establishment of a dictatorship (Fausto 2006, 246).

The fall of the imperial regime was due ultimately to a military coup that, in 1889, ended decades of monarchical rule. The coup was led by Marshal Deodoro, and supported both by the army and by an increasingly powerful coffee bourgeoisie, which would be clearly favored by the end of the Empire. The regime change, moreover, was consistent with a profound change in the economic organization of Brazil. In effect, by the end of the Century, Brazil experienced a drastic transformation in the foundations of its economy, which changed from being dominated by the export of cotton and sugar, to be controlled by the export of coffee (Halperin Donghi 2007, 273). This shift had huge implications. It involved, first, an extraordinary change in the geography of power, whose central axis passed from the northeast (predominantly based on cotton and sugar), to the center-south, controlled by Sao Paulo and Minas Gerais - the great coffee producers. The political and economic change also generated a significant impact on the social level, because they came together with the end of the exploitation of slave labor, which was predominantly used in the traditional agricultural economy.⁵ In this way, and much later than most Latin American countries, Brazil began to put an end to this unacceptable practice. Also in this way, the link between big landowners and the imperial administration came to an end.

All these events facilitated the fall of the Empire, although they did not favor a well-ordered transition -rather the contrary. The new government, under the

⁴ Positivists in Brazil worked for the realization of the ideals of “order and progress” that are still written in the Brazilian flag.

⁵ Owners of coffee-plantations tended to replace slaves by European immigrants, and locally unemployed people.

command of Mariscal Deodoro, promptly acquired the form of a dictatorship. As a result of this, different sectors of the government began to see the enactment of a new Constitution as a key element in the transition to a new political organization. The new document -they believed- could then provide a more solid and legitimate basis to the desired liberal Republic.

In order to promote the constitutionalization of the country, the Provisional Government created a five-member Commission, which would be in charge of drafting the new Constitution. The Commission then presented three different projects: The first one, the so-called Werneck-Pestana project, established a system of indirect election for the president and vice-president of the country; incorporated the institution of federal intervention; proposed the creation of a new Capital for the country; and favored a modest federalist organization of the national territory. The second one -the so-called Américo Brasiliense Project- also established the indirect election for the president and vice-president of the country (although in a somehow different manner than in the Werneck-Pestana project); regulated the institution of federal intervention; and proposed a substantive revision with respect to the states' territorial limits. Finally, the Magalhaes Castro project organized the election of the president and vice-president through municipal chambers; proposed the creation of a new Capital for the country; affirmed the principle of federal intervention; and explicitly prohibited contracts that were incompatible with the liberty and independence of individuals (Arinos 1967, 126-7). The Commission then revised the three different projects and summarized them in only final alternative, which they offered to the Provisional Government. In this process, the then Minister of Finance, the influential jurist Rui Barbosa, appeared as the most salient figure.

What resulted from that process of synthesis was a new Constitution, which would become known as Brazil's 1891 Republican Constitution. The new document had important differences with respect to the previous ones. Among other things, it put an end to the decisive influence of French and British constitutionalism, which had been the dominant influences during the Empire. The old model was replaced by a different one, much closer to the U.S. Constitution: it incorporated the institutions of presidentialism, federalism, judicial review and individual rights.⁶ In addition, and through the new Constitution Brazil abandoned its traditional constitutional structure, which included a four-branches-organization of power, which included the noted Moderating Power, and replaced it by a more traditional one, based

⁶ According to some, it represented "the text of the U.S. Constitution, together with some dispositions coming from the Argentine and Suisse Constitutions" (Amaro Cavalcanti, citado en da Silva 2010, 79).

on a three-branches-division (da Silva 2010, 79). The Constitution that was then approved, which established a “federative republic with maximum administrative decentralization” (Calmón 1958, 313)- represented a clear convergence between liberal and conservative ideals.

In its liberal side, the Constitution included the prohibition of retroactive laws, and also a much more detailed approach to individual rights.⁷ In addition, the Constitution proclaimed the separation between the State and the Church; authorized free interstate commerce; favored federalism (in a way that many considered exaggerated);⁸ promoted public instruction; granted powers of judicial review to the Superior Tribunal; created the mechanism of *impeachment*; made the president of the republic responsible for different crimes; and prohibited all those constitutional reforms that affected the republican and federal character of the national organization (Fausto 2006).

Meanwhile, in its conservative side, the Constitution incorporated the institutions of federal intervention and state of siege; and above all favored the creation of a strong presidentialist system.⁹ Among other features, the Brazilian Constitution allowed the Executive to appoint and remove its Ministers at his own will, which put the Brazilian document in line with most other Latin American presidentialist systems: all of them reserved for the President more powers than the U.S. presidentialist Constitution.

The main intellectual responsible of its text was a noted jurist, namely Rui Barbosa, who became the person in charge of revising the (five) different projects presented by the commissions of experts.¹⁰ Barbosa himself was, in addition, the

⁷ Although the Constitution expanded political rights, it did not extend them to illiterate people, women or the very poor. These decisions were heavily criticized by the so-called “Apostolado Positivista”, which considered that there were no good reasons for leaving so many people deprived from their right to vote (Rodrigues 1965, 155-6).

⁸ Some authors distinguished Brazilian from U.S. federalism, by making reference to the centripetal character of the U.S. model, composed by states that “being separated, looked for their reunion”; which they contrasted to the centrifugal character of the Brazilian system, composed by more integrated states that looked for their separation, in order to win autonomy (Mendes et al, 2008, 164).

⁹ Some influential activists (including Rosa e Silva and Nilo Pecanha) objected to presidentialism, and called for the adoption of a parliamentary system. In their view, a “free government” had to always include the possibility of making their members accountable (Arimos 1967).

¹⁰ Barbosa was a member of the Liberal Party, who was born in Bahia, and a Member of Parliament during the time of the Empire. From his position in Parliament, he advocated for the adoption of an electoral reform; the introduction of changes in legal education; the abolition of slavery; and the gradual democratization of the prevailing Monarchy (Barbosa 1921, 359-369). From the direction of the *Diário de Notícias*, he also worked for the transition towards a

key person in trying to approach the Constitution to the U.S. model (some people said, at the time, that Barbosa “wrote to Brazil by translating texts from the United States”). At the same time that he favored the “importation” of U.S. constitutionalism, Barbosa considered that it was impossible to “import” the Suisse model (which was then seen as a possible alternative), given Brazil territorial immensity, which made the country incomparable with Suisse. Similarly, Barbosa also rejected the possibility of following the French model, which many of his compatriots defended, given that, in his opinion, Brazil needed to become a federalist country. In the end, the Constitution that he advanced included a presidentialist system; a tripartite division of power; a federalist organization; and a Superior Federal Court, capable of controlling the political decisions of both the Executive and the Legislative (Arinos 1967).¹¹

In political terms, the first years of the Constitution were particularly troublesome.¹² These unfortunate circumstances favored the strengthening of the more conservative features of the Constitution and, in particular, the Executive’s supremacy (at the time, people referred to the President as a “king without throne”). As A. Wolkmer maintained, Brazilian constitutionalism became -since then, and until today- “the product of a conciliation-compromise between a modernizing and social authoritarianism, and a conservative bourgeois liberalism” (Wolkmer 1989, 35).

3. Brazilian social constitutionalism in the mid-twentieth century

To understand both the changes that occurred in Brazilian constitutionalism in the mid-twentieth century and the arrival of social constitutionalism in the country, it is important to pay attention to the fall of the First Republic of Brazil in the late 1930s. The fall of the First Republic came after a Revolution that was promoted by a liberal alliance led by powerful sectors coming from Minas Gerais. The *Mineiros*

more federalist system. With the end of the Empire and the arrival of the Republic -a regime that did not particularly attract his attention- Barbosa occupied different public positions, including that of the Vice-Chief of Government.

¹¹ As the main intellectual responsible of the new system, Barbosa was deemed the proponent of a formalistic, idealistic and liberal-individualist approach, which was considered totally foreign to the national political and social thought (V. da Silva 2011).

¹² Brazil faced at the time dramatic political situations, which the suppression of Congress, and the threat of a dictatorship, under the command of Deodoro; a civil war that followed Deodoro’s resignation; a period of oligarchic rule; and the phenomenon of “colonelism”, which emerged during the presidency of Prudente de Morais.

sectors considered that the *Paulistas* -who represented the coffee-interests- had broken the pact that existed between the two groups, and which had allowed them to share political power. Their agreement was broken -the *Mineiros* assumed- when the *Paulistas* decided to promote Julio Prestes as a presidential candidate. Against this possibility, the *Mineiros* sponsored an armed rebellion that ended with Getulio Vargas as the head of a provisional new government. In spite of its early promises (which included the political reorganization of the country and the promotion of substantial institutional changes), Vargas' government became soon transformed into a dictatorship. Vargas only accepted to call a Constitutional Assembly after three years, and as a consequence of an armed insurrection that took place in Sao Paulo -the so-called "constitutionalist revolution of 1932". This civil war became the "main armed conflict in Brazil's 20th Century"; and mobilized more than 150 thousands combatants (Villa 2010, 38).

The process of legal and constitutional reform promoted by *Varguism*, in Brazil, was inspired by European authoritarian regimes, partly in response to the 1932 civil war; and partly due to the growing conflicts then generated by the numerous workers' strikes of the time, which were usually organized by foreign workers (Villa 2011, 53). At that juncture, there was "no more space for liberals" -as the noted writer and former deputy Gilberto Amado once said (ibid. 49). The military regime launched then a period of "xenophobic nationalism" (ibid. 52), which included numerous measures against foreign workers (and even eugenic initiatives, aimed at "improving the race" and the "mental health of the population", and fighting against those who "poisoned" the social life, as indicated by art. 138 of the 1934 Constitution). These initiatives were strengthened by presidential decrees, which both restricted the incorporation of foreign workers and forced the expulsion of many of them, who were then associated with "economic disorder" and "social insecurity" (ibid., 53).

Regarding the majority of the working classes, the government promoted the massive inclusion of workers in politics, and also favored the organization of labor through the creation of trade unions. The State was then more economically active than never before. At the same time, Vargas' regime showed a strong disdain towards institutional forms, which it accompanied with an active anti-communist drive. An expression of its attitude towards institutions is the fact that Vargas' dictatorship worked "during seven years without the support of any Constitution, with the prohibition of all political parties, the dissolution of all legislative bodies, and the replacement of all state governors by agents who worked for Vargas" (Halperin

Donghi 2007, 381). Meanwhile, the government's anti-communist drive achieved became apparent with the bloody repression against the forces of the communist leader Luis Carlos Prestes who, in 1935, commanded an important rebellion movement against the dominant regime.

Vargas' constitutional legacy was very rich. During his years in government, Vargas promoted the enactment of two Constitutions. The first one was the 1934 Constitution – was the more innovative of the two, and also represented a significant rupture concerning the traditional Brazilian political-constitutional structure (Bercovici 2009). The second one, which was sanctioned in 1937, accompanied the creation of the *Estado Novo* and decisively contributed to the strengthening of the powers of the Executive. Again, social constitutionalism was coming hand in hand with the creation of a strongly presidentialist regime.¹³

The 1934 Constitution was mainly inspired by the Constitution of Weimar. The document was originally drafted by the so-called Itamaratí Commission, which gathered many noted Brazilian legal and political thinkers.¹⁴ Among other members, the Commission included Afranio Melo Franco, Carlos Maximiliano, José Américo de Almeida, Temístocles Cavalcanti and, perhaps most significantly, Joao Mangabeira.¹⁵ The Commission, first, and then the Convention, worked in isolation - in a context of almost complete absence of popular participation.¹⁶

From its very composition, the Constitutional Convention tried to reflect the different economic interests and also the demands of the different political elites existing in the country. As a consequence, the Convention included representatives of the *Paulistas* interests and local oligarchies; an ample 40-members group of so-called

¹³ It must also be noted the Constitution's lack of impact in the political life of the country. This result was clearly linked to the presence of a too strong Executive, who was prepared to rule with independence of what the Constitution said. In any case, the 1934 Constitution appeared to be mainly directed to "constitutionalize the main measures that the Provisional Government of Getulio Vargas had already adopted" (Bercovici 2008, 382; Bercovici 2009).

¹⁴ The Commission combined figures of a fascist origin, nationalists, militarists; with other figures, more closely related to the left, such as the jurist Joao Mangabeira; or defenders of a strong social State, like Oswaldo Aranha or José Américo; and also young brilliant activists, such as Themístocles Cavalcanti (see, for example, Marinho 1982).

¹⁵ Mangabeira was one of the members who inaugurated the Commission's sessions. Mangabeira's work is of fundamental importance not only for explaining the main social aspects of the document, but also to understand the place left to professional representation, which Mangabeira promoted.

¹⁶ There were four fundamental topics that were then discussed: centralization; regionalization; the need or not to federalize the country; the organization of the judiciary; the classist type of (Wolkmer 1989, 74-5). It was also remarkable a proposal, inspired by the 1931 Spanish legal order, of including a unicameral legislature, which then implied the suppression of the Senate, and its replacement by a "Superior Council of the Republic".

“classist Deputies”, which included 18 employees; 17 employers; 3 members of the liberal professions and 2 public officers, which would have the decisive voice in issues concerning social and economic rights. The Convention also included two socialist representatives, namely Zoroastro Gouveia y Lacerda Werneck.¹⁷ The project coming from Itamaratí was then examined at the Constitutional Assembly, where a special Commission discussed more than one thousand modifications to it.

The 1934 Constitution was characterized by two main notes, namely its strong corporatist character (Lima Lopes 2008, 361), and its decision to take the *social question* seriously (da Silva 2011, 69). The final text incorporated many of the basic features that characterized the previous Constitution, including federalism (the Convention rejected the excessively centralist orientation of the Itamaratí project); presidentialism, and republicanism. At the same time, the new Constitution incorporated some important novelties: it strengthened the capacities of the Union; transferred more powers to the Executive; replaced the more traditional bicameralism by a different one (where the Senate acted as a collaborator of the Chamber of Deputies -thus also abandoning the unicameral proposal advanced by the Itamaratí Commission); created the Electoral Justice; organized forms of corporatist representation (art. 23 established that the Chamber of Deputies would include representatives of the people at large, but also representatives of professional interests, related to the industry, commerce, transport, liberal professions and public officers).

Concerning the rights-section of the Constitution, the new document significantly expanded the traditional list of legal rights. On the one hand, the new Constitution extended political rights, for instance, through the establishment of secret ballot and the recognition of women’s suffrage. On the other and, it included two new sections, previously inexistent, which referred one to social and economic order (Title IV), and the other (Title V, Chap. I) to the family, culture and education (da Silva 2010, 81-2; Reiner 1982; Mendes et al 2008, 167-8; Wolkmer 1989). Articles 120, 121 and 122 were also decisive in the shaping of a new social policy. Among other things, the social clauses prohibited de establishment of different payments to the same work; minimum salary; eight hours as maximum working hours; paid vacations; medical and sanitary assistance to workers; etc. The Constitution also made reference -for the first time in the country’s constitutional history- to the indigenous groups that inhabited in Brazil.

¹⁷ During the debates, Gouveia denounced the “dictatorial Government”, “the contradiction and Maquiavelism” of government, and also of the “dictatorship of money, the dictatorship imposed by capitalists” (Wolkmer 1989, 112).

However, after three years of only partial application of the Constitution, the same President Vargas abandoned its enforcement. Vargas justified his decision through a discourse that was transmitted to the entire country, in November 10th 1937. In that occasion, he claimed that the Constitution presented “manifest and lamentable failures”, particularly as a result of the influences that it had received from “liberalism and the representative system”. For Vargas, the Constitution was thus incapable of properly confronting the new realities posed by a “world crisis”. More significantly perhaps, Vargas considered that the 1934 Constitution had not provided him with the powers that he needed in those times of crisis (Mendes et al 2008, 168).

In the same way that the 1934 Constitution emerged in dialogue with (if not in direct reaction to) the political ascension of Luis Prestes, the civil war of 1932, and an increasing workers’ conflicts; the 1937 Constitution appeared as a clear response to the communist insurrection of November 1935. This popular upraise was again commanded by Luis Carlos Prestes who, taking advantage of the existing climate of social discomfort, tried to carry out now the revolution that he had been unable or unwilling to promote in 1930.

Vargas managed to contain the leftist insurrection and, immediately after, launched numerous measures against the rebels. In fact, and since that moment, the national legislation -and then the same Constitution- became clearly marked by an anti-communist and authoritarian character. First of all, Vargas announced the state of war, which was followed by a declaration of state of siege, and the detention of more than 7000 people. Soon afterwards, he created a National Commission for the Repression of Communism, and a National Security Court, which would be in charge of prosecuting the enemies of the government (there would be more than 4000 people under trial, during the period). Finally, in 1937, the government enacted a new Constitution.

The 1937 Constitution was also known as the “Poland Letter”, given the inspiration it found in the authoritarian Constitution of Poland, 1935 (the Constitution was also inspired in Portugal’s 1933 *Novo Estado*). The Constitution was characterized by the way in which it strengthened the powers of the President, and also by its “centralizing and antifederalist character” (Lima Lopes 2008, 362). It maintained the majority of the social clauses included in the previous one -but the right to strike, which it considered “anti-social” (art. 139) (See Bercovici 2008, 389, 399).

The main ideologist behind its text was Francisco Campos, who had worked as the Minister of Justice during Vargas dictatorship. Campos was also known as the Brazilian Carl Schmitt (dos Santos 2007). The jurist seemed little sympathetic with democracy, and openly resistant to liberal constitutionalism, an ideology that, in his opinion, “made government impossible” (Villa 2011, 65). Notably, in his work *Estado Nacional*, Campos developed his views on the topic, and stated: “The political regime of the masses is a dictatorship...People always ask for their own Cesar” (Bercovici 2008, 390; Campos 1937). Together with other noted jurists, such as Oliveira Viana (who at one point even defended racist and eugenic policies), or the influential Alberto Torres (author of significant works, such as *O Problema Nacional Brasileiro* or *A Organização Nacional*), Campos advanced a legal approach that defended the concentration of power, with arguments in favor of a “substantive” and plebiscitarian democracy (dos Santos 2007). Their views represented a renewed approach to constitutionalism, which wanted to leave behind the legacy of the 1891 Constitution. This reactive approach was characterized by its anti-liberal; anti-idealistic; and anti-democratic features (V. da Silva 2011).

The new Constitution opened up with a Preamble that referred to the danger of a “communist infiltration” and the need to respond with “radical and permanent measures”. For the first time in Brazilian legal history, the Constitution included the death penalty; created mechanisms of censorship; and put severe limits to the rights of freedom of expression and freedom of reunion. At the same time, it transferred extraordinary powers to the Executive, which included the capacity to declare the state of emergency or the state of war at will (without previous consultation with the Legislative, according to article 166). At the same time, and in order to strengthen the legislative role of the President, the Constitution established that the Executive would be also part of the Legislative power (j); and granted to it the faculty of federal intervention.

In actual reality, the 1937 Constitution was used as an excuse for dissolving the Legislative Powers in the entire country. The pretext was that it was necessary to re-organize the whole institutional system. For that purpose, the Constitution established that the Nation would first have a plebiscite (in order to legitimize the new legal order) and then celebrate elections. But those initiatives finally did not prosper and Vargas ended up ruling at his will, almost without any institutional controls. As a consequence, the Constitution was never applied, and the regime became “a pure and simple dictatorship” (da Silva 2011, 71). A few years later -in 1946- a new Constitution was sanctioned. Enacted after the defeat of the Axis in the Second World War (an event that put Vargas regime in risk), the new document

returned to the basis of the 1934 Constitution, and reproduced many of its main aspects. In 1950, Vargas returned to the Presidency of the country, although this time through the democratic vote. His government, characterized by its nationalism, lasted until 1954, when he committed suicide.

4. Constitutions with “two souls”: Brazil 1988 and the problem of the “engine room”

The influence of the last wave of dictatorships in the development of Brazil’s new constitutional ideas, texts and discussions seems undeniable. Dictatorships had both a profound impact in the progress of regional and local constitutionalism. The case of Brazilian constitutionalism in the post-dictatorial period shows how, a newly elected democratic government was required to deal with the legacy of an authoritarian Constitution sanctioned by a dictatorial government. The Constitution at stake was the one of 1967, which was enacted during the military government of General Humberto Castelo Branco. The 1967 Constitution (amended in 1969), imposed severe limitations in the federal organization of the country; and also in the political and civil liberties of the population. Thus, massive meetings were subject to previous governmental authorization; political parties were restricted (only the official party, namely the National Renovating Alliance -ARENA- and an opposition party, the Brazilian Democratic Movement, MDB, were allowed to function as such); direct suffrage was directly suppressed in the main cities, for security reasons. In 1969, a provisional military junta introduced a profound amendment of the Constitution, which strengthened the repressive character of the previous document. It for example introduced the institution of death penalty; suppressed habeas corpus; created new military courts; and opened the door to new repressive laws, such as the Law of National Security, or another that came to regulate the press.

For that reason, shortly after the recovery of democracy, Brazilians wrote a new Constitution, which tried to repair, one by one, the worst consequences left by the previous one. Thus, the democratic 1988 Constitution prohibited the use of torture; re-established direct and secret suffrage; put the basis for the re-organization of democratic electoral competition; penalized the restriction of civil liberties; adopted anti-discriminatory measures; promoted political participation through plebiscites and referenda; expanded municipal autonomy and federalism; established protections for indigenous lands; included a long list of social rights and guarantees; etc.

Notably, however, this Constitution -perhaps because of the “trauma” of the 1946 Constitution that, according to many, created a too weak Presidency- maintained a strong presidential system, which was very much in line with the reforms introduced in the Executive branch by the same dictatorship.¹⁸ In sum, the democratic Constitution took distance from the previous one, particularly in what concerns the Bill of Rights-section of the Constitution, but did not proceed in the same way in what regards the existing organization of power (Limongi 2008).

For many, the new 1988 Constitution appeared as the “ground zero” of a “new legal history” (Barroso & Barcellos 2005, 273). The 1988 document was thus deemed an “unprecedented catalogue of fundamental rights”, particularly taking into account the recent legal history of the country, which was characterized by the “arbitrariness and violence exercised by the State,” and a “long history” of inequalities (Vilhena Vieira 2006, 11; Peixinho et al 2006).¹⁹

¹⁸ It must be remembered that a national plebiscite, in 1993, would reaffirm the presidential character of the system, over the parliamentary or monarchical alternatives.

¹⁹ This case is somehow parallel to that of Chile. Chile, as we know, lived under a dictatorial regime since 1973, the year when a military coup ended with Salvador Allende’s presidency. The dictatorial regime, commanded by general Augusto Pinochet, promoted a radical re-organization of society, which included the enactment of a new Constitution that took the place of that of 1925. With that purpose, Pinochet promptly designed a new commission -the so-called *Ortúzar Commission*- in charge of setting the bases of the new Constitution. The final draft of the document, however, was completed in 1980. The new Constitution, which reflected the impoverished and paternalistic conception of democracy of the Chilean Army Forces, transcended Pinochet’s government, and thus remained as the national Constitution even after the return of democracy. This situation imposed a heavy burden upon the newly elected democratic regime. In effect, after the democratic elections of 1989, the democratic community had to make enormous efforts trying to overcome the numerous legal limitations imposed by the dictatorial document -the so-called *authoritarian enclaves* created by the Constitution in force. Those *enclaves* included the institutions of life-tenured Senators (which allowed Pinochet to be part of the Senate, during the democratic period) and the «designated Senators» (which allowed members of the coercive forces to be part of the Senate); a National Security Congress; an extremely exclusionary electoral system (which made very difficult for minoritarian forces to participate in electoral politics); or the requirement of qualified majorities in order to change basic aspects of the institutional system (from education, to the organization of Congress or the regulation of the Army). These were all limitations based on a clear and declare attitude of lack of confidence towards the democratic will of the people (Sierra 2012). Very slowly, however, and through successive constitutional reforms, the new democratic governments began to left behind these authoritarian legacies. The most important of these legal reforms took place during Ricardo Lagos’ government. Among other significant reforms, the modifications included the following: limitations on the institution of “states of exception” (1989); changes in the organization of the provinces (1991); a reduction from 8 to 6 years in the presidential period (1994); changes in the modes of judicial appointments (1997); changes in the working of the Judiciary and the organization of the (second term of the) presidential election (1999); changes in the mechanisms for constitutional reform (2000); introduction of a guarantee to gratuitous education (2003); end of the institutions of the life-tenured and designated Senators; reduction of the presidential period to 4 years; permission to the President to remove the head of the Army forces and the director of the Police; changes in the National Security Council (2005); changes in the electoral system (2009).

My view is less optimist. In my opinion, the recent Brazilian constitutional development, culminating in the 1988 Constitution, gives a good account of the way in which regional constitutionalism has been developing since its birth, and in particular of the form this development has taken over the last half century. More precisely, what happened with Brazilian constitutionalism in all these decades (and which I tried to summarize in the previous pages) accompanied a problematic and controversial constitutional evolution that took place in Latin America in a similar period.

In fact, in Latin America, during the past decades, most constitutions experienced an explosive expansion of their declarations of rights. The rights section of our constitutions has changed and grown dramatically, but this fundamental innovation has not been accompanied by equivalent, consequent changes in constitutions' organization of powers. In this sense, and for example, Brazil's 1988 Constitution, together with that of India, is one of the most extensive in the world, as well as being one of those that incorporates the most fundamental rights in its text. This brings us to what I called the "engine room" problem of constitutionalism: expanding dramatically the list of constitutional rights, while keeping the organization of powers untouched (Gargarella 2013, Gargarella 2023).²⁰ Now, what is the problem with this decision, if any? In other words, why it may be wrong to have such a robust list of social rights while keeping the old organization of powers intact or unchanged? Let me try to explain why this could be deemed a (serious) problem.

For one thing, most of those changes in the Bill of Rights were in a clear direction, namely to improve the status of the most disadvantaged members of society. The incorporation of more rights wanted to ensure certain special protections for individuals and groups that had been traditionally marginalized by the law. These sections of society included, first and most significantly, members of the working class, but also women and children, and then the elderly as well as racial and ethnic minorities, and more recently aboriginal groups. In that way, the expansion of social, economic, and cultural rights came to make societies more egalitarian. Similarly,

²⁰ The expansion of legal and constitutional rights was remarkable, both in Latin America as in Europe. However, in Latin America -a region that was always at the avant-garde in terms of social, economic, and cultural rights- the legal commitment expressed concerning those rights was even stronger than in Europe, at least regarding the content of new constitutions. A quick overview of these constitutions shows that the documents included references to the rights to the environment, culture, health, education, food, housing, work, clothing, the promotion of gender equality, affirmative action, participatory democracy, the right to recall, and the right to hold a referendum or popular assembly. Many Latin American countries, in addition, provided constitutional or supralegal status to international human rights treaties (Argentina, article 75 inc. 22; Bolivia, article 256; Brazil, article 5; Colombia, article 93; Costa Rica, article 7; Dominican Republic, article 74; Ecuador, article 417; El Salvador, article 144; Guatemala, article 46; Honduras, article 18; Paraguay, article 141; Peru, article 56; Venezuela, article 23).

the expansion of political rights and the diffusion of participatory rights came to make societies somehow more democratic, more horizontal. The recognition of other groups' identities and the affirmation of their cultural rights recognized the multicultural and plural character of our societies.

As a consequence, one could have expected that the organization of powers of our constitutions changed accordingly, that is, in the direction of making our societies more egalitarian, democratic, horizontal, and toward reaffirming societies' multicultural character. However, this is not at all what has happened with our constitutions. By contrast, on many occasions, the organization of powers remained almost untouched, as if society had not made such a clear gesture in the direction of political equality. Even worse, on other occasions, the organization of powers did change, but in ways that made societies less egalitarian and less democratic; instead, the powers of the Executive were augmented, and the organization of powers became more vertical. In this way, we have been creating in recent years are constitutions that seem to have "two souls": they are rich and generous in their declarations of rights, but they retain or strengthen a regressive political system, which limits rather than facilitates popular inclusion and participation.

The concentration of powers tends to conspire both against the values of democracy and against the value of having a robust list of enforced rights (Gargarella 2013). The first part of this claim seems simply evident: the concentration of powers directly contradicts the principle of the democratization of power: we decide things either collectively, horizontally, or vertically -the latter when someone decides for us. For that reason, those of us who defend a radical democratization of society should favor a horizontal rather than vertical organization of powers. I should say something similar about the second part of the claim, that the concentration of powers tends to undermine the newly adopted and bold declarations of rights. I do not maintain that one thing necessarily comes with the other. In fact, history has given us examples of both situations: powerful presidents who build welfarist institutions and powerful presidents who dismantle the welfarism. However, there is something in the "logic" of the concentration of powers that works against this idea as a means for improving the enforcement of rights. Basically, the idea of concentrating powers does not seem to be conducive to the expansion of rights, which are supposed to make people more autonomous. Typically, there seems to be an obvious tension between the concentration of powers and the expansion of participatory rights. We have no good reason to expect that a privileged leader will encourage changes that would directly curtail his or her own powers; that is, if society has more chances to decide for itself on fundamental public issues, then a leader would have less power

to decide things by him- or herself). Additionally, in profoundly unequal societies like many of those in which we live, the concentration of economic powers tends to provide tremendously perilous incentives to the members of the sitting government: in such contexts, those who are benefited by the concentration of economic and political powers tend to work together rather than confront each other, thus reinforcing the dynamics of inegalitarianism and injustice.

5. Conclusion

In this paper, I was interested in analyzing the development of Brazilian constitutionalism, within the evolution of Latin American constitutionalism. I highlighted, then, three fundamental stages of Brazilian constitutionalism, which are, in my opinion, parallel to the three fundamental stages that characterize regional constitutionalism: a first, foundational stage, in which constitutionalism largely merges the original liberal and conservative models; a second stage in which constitutionalism makes room for social concerns (the stage of “social constitutionalism”); and a third stage, that of the so-called “new constitutionalism”, in which a model is consolidated -still in force- that combines an organization of power concentrated in the Executive, and a long list of fundamental rights. I also criticized this model, still in force in the region, for generating constitutions “in internal tension” (or “with two souls”): Constitutions that affirm strong commitments to democracy and equality, through their Bill of Rights, which they then tend to deny through a concentrated organization of power with authoritarian traits.

On the one hand, Brazil’s 1988 Constitution deserves recognition for the important changes it has introduced - its commitment to democracy, its recognition of the rights of disadvantaged minorities and, in particular, its unprecedented affirmation of the rights of women, indigenous groups and environmental protection. In terms of fundamental rights, we find ourselves with an avant-garde Constitution, typical of the 21st century. On the other hand, however (and repeating a defect typical of all regional constitutionalism), the Constitution leaves such innovations dependent on an organization of power that reproduces conservative features of the old Latin American constitutionalism of the 19th century.

References

- Arinos de Melo Franco, A. (1967), *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense.
- Barbosa, R. (1921), *Queda do Imperio*, vol. I, Rio de Janeiro: Livraria Castilho.
- Barbosa, R. (1939), *Conferencias y discursos*, Buenos Aires: Biblioteca de autores brasileños.
- Barroso, R. & Barcellos, A. (2005), “O começo da Historia: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.” em V. Afonso da Silva, org., *Interpretação Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores.
- Bercovici, G. (2008), “Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1960)”. En *História do direito em perspectiva. Do Antigo Regime à Modernidade*, Curitiba: Juruá Editora.
- Bercovici, G. (2009), “Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes,” em: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento; Gustavo Binenbojm. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 725-738.
- Calmón, P. (1958), *História da Civilização Brasileira*, São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- Calmón, P. (1959), *História de Brasil*, BRJ Olympio, Rio de Janeiro: vols. 4 y 5.
- Campos, F. (1937), *O Estado Nacional*, Rio de Janeiro: Imprensa nacional.
- Da Silva, J.A. (1992), “Presidencialismo e parlamentarismo no Brasil,” *Estudios doctrinales*, 139, *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México, 643-675.
- Da Silva, J.A. (2010), *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Brasil: Malheiros Editores.
- Da Silva, J. A. (2011), *O constitucionalismo brasileiro. Evolução institucional*, São Paulo: Malheiros editores.
- Da Silva, V.A. (2011), “Ideas e instituciois constitutionais do século xx no Brasil,” em D. Valadés et al, (eds.), *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*. México: Siglo XXI.

- Fausto, B. (2006), *História do Brasil*, São Paulo: Universidade de São Paulo.
- Gargarella, R. (2010), *The Legal Foundations of Inequality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2013), *Latin American Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2022), *The Law as a Conversation Among Equals*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Halperín Donghi, T. (2007), *Historia Contemporánea de América Latina*, Alianza: Buenos Aires.
- Lima Lopes, J. (2008), *O Direito na História*, São Paulo: Editorial Atlas.
- Limongi, F. (2008), “O Poder Executivo na Constituição de 1988,” em R.Oliven *et al*, org., *A Constituição de 1988*, São Paulo: Editora Hucitec, 23-56.
- Linz, I. (1967), *História do Positivismo no Brasil*, São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- Marinho, J. (1982), “João Mangabeira, constitucionalista,” em L. Reiner *et al*, eds., *João Mangabeira na UnB*, Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- Mendes, G., *et al* (2008), *Curso de Direito Constitucional*, San Pablo: Editora Saraiva.
- Peixinho, M.; Guerra, I.; Filho, F. (2006), eds., *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora.
- Rodrigues, J. H. (1965), *Conciliação e Reforma no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira.
- Sierra, L. (2012), “Supermajority Legislative Requirements and the Constitutional Court in Chile,” Working Paper, SELA, Mexico.
- Vilhena Vieira, O. (2006), *Direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros Editores.
- Villa, M. (2010), *A Revolução de 1932. Constituição e Cidadania*, São Paulo: Imprensa oficial.
- Villa, M. (2011), *A História das Constituições brasileiras*, São Paulo: Texto editores.
- Wolkmer, A. (1989), *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*, San Pablo: Editora Acadêmica.



The court speaks first? Problems and challenges of prior judicial review¹

O Tribunal fala primeiro? Problemas e desafios do controle prévio de constitucionalidade

¿El tribunal habla primero? Problemas y desafíos del control previo de constitucionalidad

Jorge Ernesto Roa Roa²

Pompeu Fabra University in Barcelona (Barcelona, Espanha)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1117-2302>
E-mail: jorgeroaroa@gmail.com

Juan José Aristizábal³

Corte Constitucional de Colombia (Bogotá, Colômbia)
ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8481-5023>
E-mail: juanj.aristizaball@gmail.com

Abstract

Comparative constitutional law studies on who has the last word in a democratic system have focused on models of *ex post* control of the constitutionality of laws. However, models of constitutional justice incorporate some forms of prior review of constitutionality. This article focuses on those cases in which judges speak first. For that reason, it refers to the problems and challenges that prior review of constitutionality represents for democracy. Specifically, those challenges related to exercise it and to act dialogically with the other branches of government. In particular, the issues related to the need to imagine the problems of constitutionality, the lack of citizen participation and the inevitable rupture of *res judicata* are

¹ ROA ROA, Jorge Ernesto; ARISTIZÁBAL, Juan José. The court speaks first? Problems and challenges of prior judicial review. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 55-88, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a411>.

² Constitutional lawyer, international consultant in human rights and arbitration. Former law clerk of the Constitutional Court of Colombia. He is a postdoctoral researcher at Pompeu Fabra University in Barcelona and professor at several universities in Latin America and Europe.

³ Lawyer from Universidad de Caldas. Master in Constitutional Law from Universidad Externado de Colombia. He is an official of the Constitutional Court of Colombia.

addressed. All this is studied within the contextual framework of one of the most active and sophisticated prior judicial review systems in the world, as it's the case for the Colombian system.

Keywords

Prior judicial review; dialogic justice; cooperative constitutionalism; judicial deliberation; participative judicial review.

Contents

1. Introduction. 2. Dispositions subject to previous judicial review and the characteristics of the review. 2.1 Statutory laws. 2.2 Statutory decrees. 2.3 Laws approving an international treaty. 2.4 Presidential veto or objections on grounds of unconstitutionality. 5. A more detailed description of the definitive judicial review. 2.6 Synthesis of this section. 3. Challenges of the prior judicial review. 3.1 The need to imagine unconstitutionality issues. 3.2 Reduced legitimacy due to the lack of public citizen action. 3.3 Blind spots for the legislator and the Court. 3.4 The inadequacy of citizen *amicus curiae*. 3.5 The inevitable rupture of the *res judicata*. 4. The future of the prior judicial review. 4.1 Public hearings and citizen participation. 4.2 Increasing flexibility in terms of *res judicata*. 4.3 Conclusion.

Resumo

Os estudos de Direito Constitucional comparado sobre quem tem a última palavra num sistema democrático têm-se centrado em modelos de controle *a posteriori* da constitucionalidade das leis. No entanto, os modelos de justiça constitucional incorporam algumas formas de controle prévio da constitucionalidade. Este artigo centra-se nos casos em que os juízes se pronunciam primeiro. Por essa razão, refere-se aos problemas e desafios que o controle prévio da constitucionalidade representa para a democracia. Em particular, para o seu exercício e para a atuação em diálogo com os outros Poderes. Em particular, são abordados os desafios relacionados com a necessidade de imaginar os problemas de constitucionalidade, a falta de participação dos cidadãos e a inevitável quebra do caso julgado. Tudo isso é estudado no contexto de um dos sistemas de controle prévio mais ativos e sofisticados do mundo, o da Colômbia.

Palavras-chave

Controle prévio; justiça dialógica; constitucionalismo cooperativo; deliberação judicial; controle participativo da constitucionalidade.

Sumário

1. Introdução. 2. Disposições sujeitas a revisão judicial prévia e as características da revisão. 2.1 Leis estatutárias. 2.2 Decretos estatutários. 2.3 Leis que aprovam um tratado internacional. 2.4 Veto presidencial ou objeções com base em inconstitucionalidade. 5. Uma descrição mais detalhada da revisão judicial definitiva. 2.6 Síntese desta seção. 3. Desafios da revisão judicial prévia. 3.1 A necessidade de imaginar questões de inconstitucionalidade. 3.2 Redução da legitimidade devido à falta de ação pública dos cidadãos. 3.3 Pontos cegos para o legislador e a Corte. 3.4 A inadequação do *amicus curiae* do cidadão. 3.5 A inevitável ruptura da coisa julgada. 4. O futuro da revisão judicial prévia. 4.1 Audiências públicas e participação cidadã. 4.2 Aumento da flexibilidade em termos de coisa julgada. 4.3 Conclusão.

Resumen

Los estudios de derecho constitucional comparado sobre quien tiene la última palabra en un sistema democrático se han centrado en los modelos de control de constitucionalidad posterior de las leyes. Sin embargo, los modelos de justicia constitucional incorporan algunas formas de revisión previa de constitucionalidad. Este artículo se centra en los casos en los que los jueces hablan primero. Por esa razón, se refiere a los problemas y los desafíos que representa para la democracia el control previo de constitucionalidad. En especial para ejercerlo y para actuar dialógicamente con los demás poderes del Estado. En especial se abordan los retos relacionados con la necesidad de imaginar los problemas de constitucionalidad, la falta de participación ciudadana y la inevitable ruptura de la cosa juzgada. Todo esto se estudia con el marco contextual de uno de los sistemas control previo más activos y sofisticados del mundo como el de Colombia.

Palabras clave

Control previo; justicia dialógica; constitucionalismo cooperativo; deliberación judicial; control de constitucionalidad participativo.

Índice

1. Introducción. 2. Disposiciones sometidas a control judicial previo y características del control. 2.1 Leyes estatutarias. 2.2 Decretos-leyes. 2.3 Leyes aprobatorias de un tratado internacional. 2.4 Veto presidencial u objeciones por inconstitucionalidad. 5. Una descripción más detallada de la revisión judicial definitiva. 2.6 Síntesis de esta sección. 3. Impugnación del control judicial previo. 3.1 La necesidad de imaginar cuestiones de inconstitucionalidad. 3.2 Menor legitimidad por falta de acción pública ciudadana. 3.3 Puntos ciegos para el legislador y el Tribunal. 3.4 La insuficiencia

del amicus curiae ciudadano. 3.5 La inevitable ruptura de la cosa juzgada. 4. El futuro del control judicial previo. 4.1 Audiencias públicas y participación ciudadana. 4.2 Flexibilización creciente de la cosa juzgada. 4.3 Conclusión.

1. Introduction

The Political Constitution of Colombia of 1991 reinforced the principle of constitutional supremacy and established a model of judicial review of the law based on three pillars. First, the creation of a Constitutional Court specialized in judicial review (validity control). Secondly, the power of all the judges of the country to disregard the provisions that they consider to be contrary to the Constitution, by means of the exception of unconstitutionality. Thirdly, the political right of citizens to challenge laws and other normative acts before the Constitutional Court through a public action⁴.

Of the three pillars, only the first one was a novelty in the Colombian constitutional system. Before 1991, the judicial review was carried out by the constitutional chamber or the Plenary chamber of the Supreme Court of Justice, according to the historical period in question⁵. The second pillar, the exception of unconstitutionality, dates back to the period of independence and the influence of the constitutionalism of the United States in the constitutional thought of the nineteenth century⁶. The existence of public action has its origin in the third constitutional reform of 1910 to the Constitution of 1886⁷.

Even though the first and second pillars already existed, the great change produced in 1991 consisted in their integration. The Constitution assigned to the Constitutional Court the function of resolving, with the effect of constitutional *res judicata*, public actions brought by citizens against laws they consider unconstitutional. As it was configured, the Court is a tribunal within the judiciary, composed

⁴ Roa-Roa, Jorge Ernesto. "El diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad en Colombia". En: Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula y González, Diego (eds). *Garantías judiciales de la Constitución. Temas de Derecho Procesal Constitucional Colombiano. Tomo II. Acción Pública de Inconstitucionalidad, Procedimiento y Sentencia*. Universidad Externado de Colombia, 2023.

⁵ Restrepo Piedrahita, Carlos. *Control de Constitucionalidad*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

⁶ Santamaría, Alejandro. "El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886". In: Barbosa Delgado, Francisco (ed.). *Historia del Derecho Público en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 265-320.

⁷ Roa-Roa, Jorge Ernesto. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Colección Temas de Derecho Público nº 96. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

of nine judges elected by the Senate, from shortlists sent by the president, the Council of State and the Supreme Court of Justice⁸. To be a magistrate of the Constitutional Court it is required to be of Colombian nationality and citizenship, a law degree, a minimum of fifteen years of experience in the judicial career, the Public Prosecutor's Office, the practice of the profession or university teaching in legal areas⁹.

The judicial review performed by the Constitutional Court is regulated by article 241 of the Constitution and Decree 2067 of 1991. The former establishes a catalog of functions assigned to the Court and is attributed the review of different normative acts in order to guarantee – in each case – the supremacy of the Constitution. The decree regulates the procedure of the public action of constitutionality.

A systematic reading of article 241 of the Constitution allows to affirm that the concentrated judicial review is governed by a set of rules that combines three parameters: the *controlled act*, the *object of control* and the *origin of the control*. According to the criterion of the *controlled act*, the Court has jurisdiction over: legislative acts (constitutional amendments); ordinary laws; laws that call for constituent assemblies, referendums to reform the Constitution or legal referendums; decrees with force of law issued by the president of the Republic when Congress grants him extraordinary powers or those issued when he declares a state of emergency; statutory bills or any law challenged on grounds of unconstitutionality by the president; and laws approving international treaties.

According to the second criterion, the *object of control*, the Court may exercise the judicial review on procedural defects, material defects or defects of content, or both types of defects¹⁰. Finally, according to the *origin of the control*, it can be of three forms: based on a citizen's public action, automatic or semi-automatic. The following table summarizes the interaction of the three criteria mentioned, which make up the scope of the Constitutional Court's competence¹¹.

⁸ *Vid.* Political Constitution of Colombia (article 239).

⁹ *Vid.* Political Constitution of Colombia (article 232).

¹⁰ Article 242.3 of the Constitution provides that judicial review of procedural defects expires within one year. The time is counted from the publication of the act.

¹¹ To the elements in the following table must be added other normative acts whose judicial review is within the competence of the Constitutional Court of Colombia by mandate of other constitutional provisions or interpretations of the Court itself. These are norms that may be controlled by means of the public action of constitutionality: international treaties approved and ratified prior to the 1991 Constitution (Judgment C-400 of 1998), decree that puts into effect the public investment plan (Constitution Article 341-3), decree that puts into effect the annual budget when the Government correctly presented the project but the legislator abstained from processing it (Constitution

Controlled act	Origin of control	Object of control	Moment in which the control is carried out ¹²
Legislative acts (constitutional amendments)	Public action	Procedural defects and substitution test	Posterior
Laws that call for constituent assemblies, referendums to reform the Constitution	Automatic	Procedural defects	Prior to the assembly or referendum
Legal referendums and national popular consultations	Automatic	Procedural or material defects	Prior to the referendum or consultation
National plebiscites	Automatic	Procedural defects	Prior to the plebiscite
Ordinary laws	Public action	Procedural or material defects	Posterior
Decrees with force of law issued by the president of the Republic when Congress grants him or her extraordinary powers	Public action	Procedural or material defects	Posterior
Decrees with force of law issued when he declares a state of emergency	Automatic	Procedural or material defects	Posterior
Statutory law bills	Automatic	Procedural or material defects	Prior
Any law challenged on grounds of unconstitutionality by the president of the Republic	Semi-automatic	Procedural or material defects	Prior
Laws approving international treaties	Automatic	Procedural or material defects	Prior
Laws approving international treaties before 1991	Public action	Material defects	Posterior
Decree with force of law that enacts the public investment plan	Public action	Procedural or material defects	Posterior

Article 348), decrees that compile norms with the force of law (Judgment C-506 of 1996) and decrees issued by the president based on an authorization established in a Legislative Act (Judgments C-1154 of 2008 and C-461 of 2011).

¹² In relation to the enactment of the provision.

This article will only refer to one part of the map of the competence of the Constitutional Court: the normative acts that are subject to prior judicial review (PJR).

2. Dispositions subject to previous judicial review and the characteristics of the review

The PJR has five characteristics¹³: it is (i) prior, (ii) integral, (iii) automatic or semi-automatic, (iv) jurisdictional and (v) definitive. The purpose of this section is to explore the content of these five categories. Nonetheless, a preliminary note is necessary. As it has just been stated in the introduction, the PJR only applies to a certain type of dispositions: (i) the statutory laws, (ii) the statutory decrees, (iii) laws that approve an international treaty and (iv) the government's constitutional objections to a bill. This multiplicity of dispositions subject to the review implies that the five characteristics will have specifications or variations regarding the type of provision.

A precision is necessary. In the previous table we stated that other three norms are subject to PJR: laws that call for constituent assemblies, referendums to reform the Constitution; legal referendums and national popular consultations and national plebiscites. However, we do not include these provisions in our analysis because they are prior to the citizen mechanism of participation but posterior to the act that summons those mechanisms. Specifically, article 241.2 of the Constitution provides that the Court shall “decide on the constitutionality of referendums about laws and popular consultations and plebiscites of a national scope; the Court shall review national popular consultations and plebiscites exclusively for procedural errors in their convocation and implementation”¹⁴.

The following table presents a provisional definition of each one of these characteristics. It is only provisional because of the announced variations. Because of this, the following descriptions correspond to the PJR of statutory laws, which we will use as the general framework, to be later specified.

¹³ For a period, the Constitutional Court considered a sixth characteristic: the PJR was participative. Specifically, the Judgments C-011 of 1904, section A.6, and C-787 of 2011, section 2.3.2., stated that “the judicial review is participative, since according to articles 153, paragraph 2 and 242, paragraph 1, of the Constitution any citizen may intervene in the constitutionality process with the purpose of defending or challenging the constitutionality of the bill”. However, in the present study we will not consider these as a particular characteristic of the PJR given that this is an intrinsic feature of all the constitutional judicial review in Colombia.

¹⁴ Vid. Political Constitution of Colombia (article 241.2).

Characteristic	Definition
Prior	The judicial review is carried out before the enactment of the provision. This typically means that it takes place after the approval of the disposition by Congress but before its sanction by the president of the Republic.
Integral	The Court must study both the formal and the material aspects of the provision under review. This typically means that the judicial review must verify that (i) the requirements for the formation of the dispositions have been fulfilled and (ii) the norms remain constitutional after being confronted with the totality of the Constitution.
Automatic	This characteristic has two meanings. Firstly, it implies that there is no need for a citizen to file a suit against the norm to enable the judicial review ¹⁵ . Secondly, it means that “no other organ of public power will attempt to omit the participation of this Court and, thus, disregard its constitutional competence, for which reason the Court must order the referral of the draft normative act if Congress evades this obligation” ¹⁶ .
Jurisdictional	Even though what the Court is reviewing is not a law but a bill, it does not “assume the role of co-legislator; its jurisdiction (...) remains judicial and, to this extent, does not involve judgments of convenience or inconvenience” ¹⁷ . This means that the judgments “are in law, based on the confrontation of a bill with the entirety of the Political Charter” ¹⁸ .
Definitive	The Court’s review implies the establishing of the <i>absolute res judicata</i> regarding the provision reviewed. This typically means that “the prior decision of the Court exhausted any debate on the constitutionality of the accused norm, since ‘it is understood that the norm is executory or unenforceable in its entirety and in relation to the entire constitutional text’” ¹⁹ .

The following sections explores the types of norms subject to the PJR and the specifications of the five characteristics in each case. Also, there is a section dedicated to the detailed description of the last characteristic, for its implications in the problematization of the PJR²⁰.

¹⁵ Judgments C-011 of 1994 and C-787 of 2011.

¹⁶ Judgment C-153 of 2022, section 59.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Judgments C-011 of 1994 and C-787 of 2011, section 2.3.2.

¹⁹ Judgment C-009 of 2023, section 22.

²⁰ *Infra* 3 and 4.

2.1 Statutory laws

Article 152 of the Political Constitution of 1991 establishes the rank of *statutory* for laws regulating certain six specific matters: fundamental rights and duties and their guarantees; the administration of justice; the regime of political parties and movements; mechanisms for citizen participation; states of exception and the conditions for equal participation amongst candidates for the presidency. This category corresponds to the *organic* laws of the Spanish Constitution of 1978 and is different from the statute laws or statutes of autonomy, which are not contemplated in Colombia due to the different configuration of the territorial order.

The importance of these laws has been stressed by the Constitutional Court. In Judgment C-015 of 2020 the Court stated that “the reservation of statutory law seeks to subject to greater democratic discussion and control the regulation of certain matters that are subject to a qualified legislative process, due to their importance for the Social State of Law”²¹.

This typology of laws demands the fulfillment of special requirements. Article 153 of the Constitution indicates that “the approval, amendment, or repeal of statutory acts shall require an absolute majority of the votes of the members of Congress and shall be completed within a single legislative term”²². Also, the legislative procedure is regulated by articles 206 and 207 of section 6A of the Law 5th of 1992. The first one reiterates the matters subject to regulation by this type of law. On this subject, the Constitutional Court has considered that, eventually, any law can have an impact on a fundamental right, but this does not mean that every law has to be an statutory one because “applying this broad criterion would imply emptying the distinctions made by the Constitution with respect to the classification of laws of their content, as well as nullifying the competence of the ordinary legislator”²³.

When the Court exercises the PJR of dispositions that may impact any fundamental right, it has outlined on multiple occasions five criteria for deciding if certain regulations should have been enacted through statutory law²⁴. These criteria demand that the regulation: (i) addresses fundamental rights and duties; (ii) aims to

²¹ Judgment C-015 of 2020, section 7.

²² Political Constitution of Colombia (article 153). Translation by the Constitutional Court of Colombia. Available at: <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Constitucion%CC%81n%20en%20Ingle%CC%81s.pdf>

²³ Judgment C-015 of 2020, section 7.2.

²⁴ Judgments C-015 of 2020, C-370 of 2019 and C-204 of 2019.

provide a regime for a fundamental right; (iii) regulates these rights integrally, completely and structurally; (iv) involves the essential core and fundamental principles of each a right or duty involved and (v) sets out limits, restrictions, exceptions and prohibitions that impact the overall framework of the right.

Article 208 of the Law 5th of 1992 establishes three conditions for statutory laws bills: (i) they shall be issued in a single legislature; (ii) there will be PJR carried out by the Constitutional Court and (iii) these laws can't be issued through extraordinary powers granted to the president of the Republic. In addition to these requirements, the bills must be passed following the rules for the ordinary legislative process.

Finally, Article 153 of the Constitution establishes that the parliamentary process of approval of a statutory law includes the prior judicial review, and that any person may intervene in that process before the Constitutional Court. The article provides: “[t]his process shall include the prior review, by the Constitutional Court, of the *exequibility* of the bill. Any citizen may intervene to defend or challenge it”.

As it was previously stated, the general descriptions of the five characteristics of the PJR are typically applied for statutory laws. For this type of norms, it means the following.

Prior. The judicial review is carried out before the sanction of the bill. The Constitutional Court has stated that the 1991 constituent foresaw a special legislative procedure and the PJR because applying these mechanisms “promotes the validity of regulatory texts whose compatibility with the Political Charter is much more strongly guaranteed than the presumption of constitutionality that protects all laws, and hence why such texts are subject to the [PJR]”²⁵. The Court has also considered that the prior characteristic is given “because it is not appropriate to sanction the bill before it passes judicial review, thus preventing a statutory content from entering into force before this Court validates its correspondence with the Constitution”²⁶.

Integral. The Constitutional Court has stated that the review must “confront the materiality of the bill with the totality of the Constitution; and likewise, analyze whether or not there was a procedural flaw in its formation”²⁷. Two implications arise from this notion: the Court (i) must review that the statutory law bill has fulfilled

²⁵ Judgments C-787 of 2011, section 2.3.2., and C-162 of 2003, section 4.

²⁶ Judgment C-153 of 2022, section 59.

²⁷ Judgments C-011 de 1994, section A.6 and C-787 de 2011, section 2.3.2.

the requirements established by the article 153 of the Constitution and the articles 207 and 208 of the Law 5th of 1992 and also (ii) it has to confront the disposition with all the principles, values, rights and rules that the Constitution contains.

Automatic. It is not necessary for a citizen to challenge the constitutionality of the law for the judicial review to take place. Specifically, article 39 of the Decree 2067 of 1991 establishes that the “president of Congress shall send to the Constitutional Court an authentic copy of the statutory laws bills immediately after they have been approved in the second debate”.

Jurisdictional. As it was stated in the provisional descriptions table, the Court does not act as a co-legislator, but its rulings are in law, confronting the provision with the entirety of the Constitution.

Definitive. Article 241.8 of the Constitution determines as one of the Constitutional Court functions to “decide definitely on the constitutionality (...) of proposed statutory bills”²⁸.

2.2 Statutory decrees

In principle, only Congress may pass statutory laws. However, there are exceptional cases in which the president of the Republic issues decrees regulating matters that are reserved to statutory laws. This occurs when a constitutional amendment orders the president to regulate a matter. In that case, the president regulates a statutory matter based on a direct, concrete, and limited mandate that was exceptionally established in the Constitution. Therefore, there may be statutory decrees that were not approved by the procedure established in Articles 152 and 153 of the Constitution.

This is a very special case because it involves a paradox. A law that should be approved by the Congress with qualified majorities is finally approved by the president without any majority and without any deliberative or parliamentary procedures. For this reason, the Constitutional Court has indicated that this type of statutory decrees must have the same judicial control as statutory laws. This means that the president must adapt the procedure of these statutory decrees so that they have a prior judicial review.

²⁸ Vid. Political Constitution of Colombia (article 241.8).

In other words, although these statutory decrees are not approved by Congress but by the president, Article 153 of the Constitution applies to them. Of course, only with regard to the prior judicial review. Consequently, the president must send them *ex officio* or automatically to the Constitutional Court before these decrees enter into force. The objective is that the Court performs the prior judicial review with the same characteristics of the control it performs on statutory bills.

Recently, in Judgment C-302 of 2023, the Constitutional Court declared unconstitutional a statutory decree that was approved by the president. The main reason for declaring it invalid was that the president put it into effect without a prior study by the Court. Thus, the president omitted his obligation to automatically send it to the Constitutional Court. Some citizens filed unconstitutionality lawsuits against this decree for material or substantive reasons. However, the Court declared it invalid for a procedural reason. The procedural defect or error was the failure of the president to send the decree for prior judicial review by the Constitutional Court. In that judgment, the Court established that:

“(...) judicial review of the decrees that regulate matters of statutory content has been approached from a demanding perspective and restrictive interpretation of these authorizations. This is justified because, by means of this type of rules, the Constituent Assembly temporarily alters the competence for the issuance of statutory laws. This implies that the normative attributions conferred to bodies – other than Congress – to issue this type of regulation must be evaluated based on their exceptional and extraordinary condition”²⁹.

This means that all the characteristics described regarding the judicial review of statutory bills apply to this type of decree. Nonetheless, there are three differences. First, it is not a statutory bill that is sent but a decree that is not in force. Second, it is not sent by the Congress because it did not issue the decree, but by the president of the Republic himself. Third, the Court has stated that the “scrutiny is not only prior, automatic, integral and definitive, but also includes the verification of ‘compliance with the temporal and material limits established by the enabling norm’”³⁰.

²⁹ Judgment C-302 of 2023, section 76.

³⁰ Judgments C-302 of 2023, section 71, C-523 of 2005, section 3, and C-672 of 2005, section 10.

2.3 Laws approving an international treaty

In Colombia the approval of an international treaty involves the participation of the three branches of public power. Article 189.2 of the Constitution states as a faculty of the president of the Republic to “make international treaties or agreements with other states and international bodies, which shall be submitted for the approval of Congress”³¹. This faculty implies that the legislative initiative in the matter is exclusive to the executive branch. This is stated by the article 142 of the Law 5th of 1992³².

Article 150.16 of the Constitution establishes that one of Congress’s functions is to “approve or reject treaties that the Government makes with states or international law entities”³³. The Congress must approve or reject the complete text of the treaty. According to the Constitutional Court, it cannot “introduce new clauses or modify those provided for in the treaty, because, according to the Constitution, its function is to approve or disapprove the agreement as a whole”³⁴. The article 217 of the Law 5th of 1992 provides the special regime for the passing of these bills. It states that: (i) the Congress may present proposals of for non-approval, deferral or reservation; (ii) the text of the treaties cannot be subject of amendments; and (iii) the proposals of reservation can only be formulated in treaties that provide for this possibility or whose content so admits. On the remaining aspects, article 204 of the law states that the bill shall be “passed through the ordinary or common legislative procedure, with the specialties established in the Constitution and in these Rules of Procedure”.

During the approval by the Congress the bill must complete eight steps identified by the Constitutional Court:

“(i) The presentation of the bill to the Senate of the Republic by the Government (art. 154 of the [Constitution]); (ii) the official publication of the approving bill (art. 156 of Law 5th of 1992); (iii) the beginning of the legislative process in the respective permanent

³¹ Vid. Political Constitution of Colombia (article 189.2).

³² Article 142 of the Law 5th of 1992. “Laws may only be enacted or amended at the initiative of the Government in the following areas: (...) 20. Laws approving treaties or Conventions that the Government enters into with other States or international law entities”.

³³ Vid. Political Constitution of Colombia (article 150.16).

³⁴ Judgment C-320 of 2022, section 8.

constitutional commission of the Senate of the Republic (art. 154 of the [Constitution]); (iv) the publication of the report for debate in the commissions and in the plenary sessions (arts. 157 and 185 of Law 5th of 1992); (v) the prior announcement of the votes (art. 160 of the [Constitution]); (vi) the vote and the quorum and majority requirements (arts. 145 and 185 of Law 5th of 1992); (vii) the lapse between debates (art. 160 of the [Constitution]), and, finally, (viii) that the bill has not been considered in more than two legislatures (art. 162 of the [Constitution])³⁵.

Finally, article 241.10 of the Constitution states as a function of the Constitutional Court to “decide on the execution of international treaties and laws approving them”. This disposition also provides the PJR for this typology of laws. The article states that the Government shall submit the treaty within six days of their approval by the Congress and, only if the Court declares it constitutional, it can proceed to the exchange of notes, that is, to the perfecting of the treaty.

This locates the PJR after the ratification of the treaty, but prior to its perfecting. For this reason, this type of control is placed as part of the prior judicial review. However, it is important to clarify that, unlike all the others, in this case the law already effectively exists. The judicial review is only prior to the perfection of the international obligation. In contrast, in all the other norms discussed in this paper, the control is (truly) prior because it occurs before the norm exists in the domestic legal system.

Once the bill has been approved by the Congress, reviewed by the Court and perfected by the president through the exchange of notes, it becomes a law. Here it is important to make a distinction between (i) human rights treaties³⁶ and (ii) the rest of international treaties. The first group acquires constitutional rank while the second one maintains the rank of an ordinary law.

³⁵ Judgment C-252 of 2019, section 23.

³⁶ This is provided both by the Constitution and the Constitutional Court. First, article 93 of the Political Charter states that “international treaties and agreements ratified by Congress that recognize human rights and prohibit their limitation in states of emergency prevail in the internal legal order. The rights and duties mentioned in this charter shall be interpreted in accordance with international treaties on human rights ratified by Colombia”. Second, recently in the Judgment C-030 of 2023 (section 179) the Court reiterated its own jurisprudence in the sense that “the only reasonable meaning that can be given to the notion of prevalence of human rights and international humanitarian law treaties is that they form with the rest of the constitutional text ‘The Constitutional Block’, whose respect is imposed on the law”.

The characteristics of the PJR have certain variations for this type of provisions. *Prior*. The judicial review takes place after the ratification of the instrument by the Congress but before the exchange of notes or perfecting of the treaty.

Integral. As for statutory laws, for the laws approving an international treaty the review implies the study of both formal and material aspects. For the formal control the Court must verify that throughout the process of subscription and approval of the treaty it fulfills the procedural requirements, which are specific to each step. The following table shows every requirement reviewed by the Court:

Formal aspects of the subscription and approval of a treaty According to the Judgment C-252 of 2019	
Phase of the norm generating process	Requirements reviewed in each phase
Prior governmental phase	The validity of the representation of the Colombian State in the negotiation, conclusion and signing of the treaty.
	Whether the approval of this instrument was subject to prior consultation and, if so, whether it was carried out. This applies for the cases involving ethnic communities.
	Whether the treaty was approved by the president of the Republic and was submitted to Congress for its consideration.
Process in the Congress of the Republic	The presentation of the bill to the Senate of the Republic by the Government.
	The official publication of the approving bill.
	The beginning of the legislative process in the respective permanent constitutional commission of the Senate of the Republic.
	The publication of the report for debate in the commissions and in the plenary sessions.
	The prior announcement of the votes.
	The vote and the quorum and majority requirements.
	The lapse between debates.
	That the bill has not been considered in more than two legislatures.

Presidential sanction and remission to the Constitutional Court	The president of the Republic has sanctioned the bill
	The president of the Republic has submitted the bill for PJR in the six following days to its sanction.

The material review requires the confrontation of the content of the treaty and the approbatory bill with “the totality of the provisions of the Constitution, to determine whether or not it conforms to the Political Charter”³⁷. This implies the same standard used for the statutory laws and decrees, that is, confronting the content of the treaty with all the principles, values, rights and rules of the Constitution.

The characteristics of *automatic*, *jurisdictional* and *definitive* for this type of dispositions are the same as for the statutory bills. The only changes are regarding the article of the Constitution that provides this qualification. Specifically, it is *automatic* because article 241.10 of the Constitution states that “the Government shall submit treaties to the Court within six days of their approval by law”³⁸ and it is *definitive* due to article 241.10 of the Political Charter, which establishes that the Court shall “definitively decide on the execution of international treaties and laws approving them”³⁹.

2.4 Presidential veto or objections on grounds of unconstitutionality

Up to this section, only prior and automatic or *ex officio* judicial review processes have been described. Congress always sends the laws approving treaties or statutory bills. And the president must send the statutory decrees. It has even been stated that the omission in the automatic or *ex officio* sending is an insurmountable vice or problem of unconstitutionality. If this obligation is omitted, the norm will be declared invalid for not having sent it *ex officio* to the Constitutional Court.

However, there is a case in which the judicial review is prior, but the referral is not completely automatic or *ex officio*. This occurs when the Congress approves an (ordinary) law and sends it for the signature of the president of the Republic. This is a normal step in the process of approval of the law. However, the president may refuse to sign the law. This means that the law does not exist in the legal system. The

³⁷ Judgment C-252 of 2019, section 40.

³⁸ Vid. Political Constitution of Colombia (article 241.10).

³⁹ Vid. Political Constitution of Colombia (article 241.10).

president's veto may occur for reasons of inconvenience or for reasons of unconstitutionality. In this case, the second type of veto is of interest. When the president vetoes a law for reasons of unconstitutionality and the Congress insists that the law must be approved, the bill is sent to the Constitutional Court⁴⁰.

The procedure for these objections is the following⁴¹: once a bill is approved by Congress it is sent to the president. If he or she presents objections, the bill must be sent back to the chamber of Congress in which it had its origin⁴². Once the objections have been received and published, the president of each chamber conforms an accidental commission to study and elaborate a report that will be presented to the plenary of each chamber. Then, the vote takes place, and three possible outcomes may occur. This happens depending on if the chambers (i) insist in the bill, in which case the PJR takes place; (ii) take different votes, which implies that the bill is archived or the objected part is retired or (iii) find founded the objections, what means that the bill is archived or modified in the parts that were subject to objections.

In the first case, the review carried out by the Constitutional Court is prior because the law does not exist in the legal system. However, unlike in other cases, the Court does not perform a comprehensive control. The Court does not contrast the entire law with the entire Constitution. In these cases, the Court only analyzes the argument that was presented by the president against the bill. The arguments of the president's veto are the framework within which the control performed by the Constitutional Court moves.

If the Court considers that the veto is not justified, the president must sign the law for it to be put into effect. If the Court considers that the veto is justified, the Congress may modify it, or it may be put into effect without the dispositions vetoed.

As it has been stated, this type of norm has important nuances regarding the five characteristics of the PJR.

⁴⁰ Roa Roa, Jorge Ernesto. "El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional En Colombia". En: Correa Henao, Magdalena y Robledo Silva, Paula. *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 113-136.

⁴¹ For a detailed description of this process, see Celis Corzo, Diego Alejandro. *Objeciones gubernamentales en el ordenamiento jurídico colombiano*. In: Revista Derecho del Estado, núm.. 48, 2021, pp. 51-84.

⁴² Vid. Political Constitution of Colombia (article 115).

Prior. The judicial review is prior because it is carried out before the sanction of the bill. The Court has indicated that “if, as a result of the processing of governmental objections, the bill is modified, added to or deleted, including the total or partial archive of the bill, it must be submitted to [PJR]”⁴³.

Not integral. Article 241.8 of the Constitution states that it is one of the functions of the Court to decide on the constitutionality of the bills with governmental objections “both on account of their substantive content and for procedural errors in their formation”⁴⁴. The Court has also considered that the PJR “is applied both for its material content and for procedural flaws in its formation”⁴⁵. Nonetheless, as it was just stated, the Court does not carry out a comprehensive review in which it both identifies the constitutional tensions of the law and confronts it with the totality of the Constitution. The Court only analyzes the argument that was presented by the president against the law.

Semi-automatic. The president of the Congress must submit the bill to the Court if it is insisted by the chambers or if it had any modification during the process of the objections or if it was partially or completely archived. This remission must be carried out (i) when the process of objections has concluded or (ii) the time limit for deciding on the matter has expired, whichever comes first⁴⁶. The Court stated that the review is automatic because it must be carried out “as of the culmination of the legislative procedure and without the filing of a lawsuit being required for its activation, even if the bill has not been sent to the Court by the respective Chamber”⁴⁷.

Jurisdictional. Article 167 of the Constitution provides that the PJR is enabled by the presentation of objections relative to the constitutionality of the bill. The objections that consider the bill to be inconvenient do not have judicial review and, in these cases, it returns to the Congress for a second debate and the president “shall sign a bill without being able to present objections if it is approved upon reconsideration by an absolute majority of both houses”⁴⁸. In this sense, the Court

⁴³ Decision A-123 of 2019, section III.

⁴⁴ Vid. Political Constitution of Colombia (article 241.8).

⁴⁵ Decision A-123 of 2019, section III.

⁴⁶ In the decision A-123 of 2019 the Court stated that “the president of Congress, at the conclusion of the processing of the objections formulated by the president of the Republic or the term to decide on the matter, whichever occurs first, shall send to this Corporation the bill resulting from said procedure, even in the event that the same is totally or partially archived”, section III.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Vid. Political Constitution of Colombia (article 167).

can only exercise the judicial review upon constitutionality objections, thus making the process jurisdictional.

Not definitive. Even though the Court has stated that the PJR is also definitive because “a new [review] is not applicable after its enactment”⁴⁹, this affirmation requires some precision. Specifically, the review is not integral and it is only focused on the argument that was presented by the president against the law. This implies that the constitutionality of the provision can be challenged after the control has been carried out, especially regarding the dispositions that were not subject to presidential objections. Also, the Court has considered that a new review may proceed if aspects that were not reviewed or a change in the control parameter arise⁵⁰.

2.5 A more detailed description of the definitive judicial review

The PJR is definitive for the statutory laws and decrees and for the laws approving international treaties. In the Judgment C-153 of 2022 the Court established that the PJR “is definitive given the scope of the aforementioned control, thus materializing the principle of absolute constitutional *res judicata*”⁵¹. The doctrine of the *res judicata* is an established phenomenon in the Constitutional Court’s jurisprudence. It originates from article 243 of the Constitution, which provides that “Constitutional Court rulings in exercise of jurisdictional oversight bar double jeopardy (or *res judicata*)”⁵².

The Court has considered that this figure is founded in four reasons⁵³. First, the principle of legal certainty which imposes stability and reliability on the rules. Secondly, the safeguard of good faith, which requires ensuring the consistency of the Court’s decisions. Thirdly, the guarantee of judicial autonomy, by preventing a matter that has already been judged by the competent judge from being examined again. Finally, the constitutional supremacy (provision established by article 4 of the Political Charter) since the decisions of the Court that put an end to the constitutional debate are intended to ensure the integrity and supremacy of the Charter.

⁴⁹ Decision A-123 of 2019, section III.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Judgment C-153 of 2022, section 59.

⁵² Vid. Political Constitution of Colombia (article 243).

⁵³ Judgment C-009 of 2023, section 18.

The Court has considered that the *res judicata* requires three concurring circumstances⁵⁴. First, the contested norm must have the same normative content of the legal provision that was subject to review in the previous decision. Secondly, “the charges of unconstitutionality raised in the new complaint must be materially similar to those proposed and studied previously by the Court”⁵⁵. Thirdly, the parameter of control must be the same that was applicable in the previous decision.

Finally, the Tribunal has distinguished between four types of *res judicata*: absolute and relative, on one side, and formal and material, on the other. The first one occurs when “the prior decision of the Court exhausted any debate on the constitutionality of the accused norm, since ‘it is understood that the norm is executory or unenforceable in its entirety and in relation to the entire constitutional text’”⁵⁶. This may happen on two occasions: (i) when the Court develops the PJR or (ii) in those cases when the ruling “has not made an express delimitation of its effects in the resolutive part of the decision, it is presumed that the absolute constitutional *res judicata* has operated”⁵⁷. The second one is configured in those events “when the previous decision conducted the study of constitutionality with respect to some charges. For this reason, it is possible to challenge the same provision based on different charges so that the Court may examine it from the perspective of the new accusations”⁵⁸.

The formal *res judicata* occurs when “when there is a previous decision of the constitutional judge on the same provision that is brought back for review”⁵⁹. On the other hand, the material *res judicata* takes place when “when the provision under attack is not necessarily the same as the one analyzed in the previous decisions but reflects identical normative content”⁶⁰.

Up to this point we have explained the concept and types of *res judicata* but, what does this mean for the PJR? Specifically, what type of *res judicata* implies the PJR? What are the dispositions subject to it? Here the PJR characteristics of integral and definitive interact to answer these questions.

⁵⁴ Ibid. Section 19.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibid. Section 22.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibid. Section 23.

⁵⁹ Ibid. Section 24.

⁶⁰ Ibid. Section 25.

Given that for the statutory laws and decrees and for the laws approving international treaties the PJR is integral, the provisions have been reviewed taking the entirety of the Constitution as the control parameter. The Court has identified the problems of the disposition and already has exhausted the debate around its constitutionality. This means that the phenomenon that operates is that of the *absolute and formal res judicata*.

For example, in the Judgment C-713 of 2008 the Court carried out the PJR regarding a reform of the Justice Administration Statutory Law. In paragraph 5.23.3 the Court studied the constitutionality of article 23 of the law and declared it constitutional. Years later, in the Judgment C-787 of 2011 a citizen presented a public action against that very same article 23. The Court decided that the phenomenon of the *absolute res judicata* took place because the PJR carried out in 2008 was prior, integral and definitive. In consequence, the decision was to abide by the prior judgement.

There are two precisions to be made. First, the presidential objections do not imply the establishing of an *absolute res judicata* because, as it was previously stated, the review is not integral. It is limited to the provisions that the president challenged and only in relation to its specific arguments. Second, even though the *res judicata* is classified as absolute, this is not truly the case. As we will explore in a following section⁶¹ the Constitutional Court has identified three events in which a new review may be carried out. This implies a necessary flexibilization of the *res judicata* that invites a reconceptualization of the category. This, and other problems, will be the subject of sections 3 and 4 of this article.

2.6 Synthesis of this section

Due to the number of specifications regarding the PJR for each of the provisions subject to this review, the following table aims to synthesize these conclusions.

⁶¹ Infra 3.5.

Type of provision	Characteristics of the PJR
Statutory laws	Prior to the sanction of the bill, integral (material confrontation with the Constitution and legislative procedure), automatic, jurisdictional and definitive.
Statutory decrees	Prior to the enactment of the decree, integral (material confrontation with the Constitution and administrative procedure), automatic, jurisdictional and definitive.
Laws approving an international treaty	Prior to the exchange of notes, integral (material and legislative procedure), automatic, jurisdictional and definitive.
Presidential objections	Prior to the sanction of the bill, not integral (only reviews the presidential objections), semi-automatic (only if the Congress does not modify the law after the objections), jurisdictional and not definitive.

This document has already described the characteristics and procedure of the prior judicial review. It has even distinguished the different nuances of this judicial control according to each norm under review. It is now time to formulate a series of challenges and perspectives on the functioning of the prior judicial review. This may be useful as a laboratory for other jurisdictions in which the same challenges exist or in which it is intended to implement this form of review of laws.

3. Challenges of the prior judicial review

The purpose of this section is to describe some of the challenges of prior judicial review. The aim is to use the Colombian system as a laboratory so that some of these challenges can be overcome with the institutional design adopted in other countries (i.e. Chile or Argentina). Perhaps there are also shared challenges that may be intrinsic to this form of constitutionality control.

3.1 The need to imagine unconstitutionality issues

One of the main challenges for a Constitutional Court is to imagine or think prospectively about the problems of constitutionality of a law. This occurs in all systems in which the judicial review does not require any type of lawsuit, accusation or veto.

As has been indicated, most of the prior judicial review in Colombia is also automatic. The only exception is the president's vetoes against bills. That means that there is no formal demand from a citizen with a series of arguments against the law. The Court must think, imagine or detect the problems of constitutionality that the law might have. The Court itself must think about the questions and the answers.

This is even more challenging when the control occurs before the law has entered *into operation*. Before its operation in *real life*. The challenge is to analyze the law impartially and, at the same time, to have the peace of mind that all potential problems have been seen and resolved.

Of course, each process is studied by the nine judges of the Court and their teams and not only by the magistrate acting as rapporteur. But even those nine teams may have various difficulties in anticipating all the abstract and concrete problems of constitutionality of a norm that has not entered *into operation*. It is therefore necessary that the discussion of these rules be qualified. Deliberation can remedy many of the deficits of a judicial review process that begins automatically and in advance.

3.2 Reduced legitimacy due to lack of public citizen action

The second challenge is specific to the context of Colombian institutional design. The citizenry is the protagonist of the judicial review in Colombia. The way laws reach the Court's desk is by means of an unconstitutionality claim. The prior judicial review betrays (so to speak) this central philosophy of the Colombian judicial review system.

Therefore, it can be thought that the prior judicial review lacks the legitimacy of a process initiated by the petition of citizens. However, it is also true that prior review only exists by direct mandate of the Constitution. The Constitution itself has decided which norms must be subject to a prior review of constitutionality.

In this sense, prior judicial review would lack citizen legitimacy but would have a legitimacy derived directly from the mandates of the Constitution. The Court can raise its hand and say: it is true that it would have been better if the law (or the bill) had been sued by the citizens. But it is no less true that the Constitution mandates that these norms be previously controlled due to their importance. Likewise, it is difficult for citizens to demand normative acts that do not exist. Therefore, the absence of

demand in the prior control seems to be a necessary element that corresponds more to the philosophy of a preventive control than to the citizen control of power⁶².

3.3 Blind spots for the legislator and the Court

As it was stated before, during the process of PJR the Court must identify by itself the constitutionality problems of the provision under review. This poses a special difficulty: the monologic nature of the PJR may subject the Court to the same blind spots that the legislative process faces. Dixon diagnoses three types of blind spots that may arise in the process of creating provisions. These are the blind spots of (i) application, (ii) perspective and (iii) accommodation. The first ones may occur because “legislatures may fail to recognize that a law could be applied in a way that infringes rights [and] this failure could come about because of time pressures on legislative deliberations or because of other limitations on legislative foresight”⁶³.

The second type of blind spots take place when the Congress fails to anticipate the impact on rights “because they do not appreciate, adequately, the perspective of rights claimants with very different life experiences and viewpoints”⁶⁴. Finally, the third kind of blind spots may be present because “legislators who are focused on a particular legislative objective, and who have limited legal experience, may be ill-equipped to perceive ways in which a rights-based claim might more fully be accommodated, without undue cost to the relevant legislative objective”⁶⁵.

⁶² Roa Roa, Jorge Ernesto. “A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 28, núm. 2, 2023, pp. 91–115.

⁶³ Dixon, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. In: *I-CON*, Volume 5, Number 3, 2007, pp. 391–418. p. 402

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

Given the presence of blind spots and other problems amongst the legislative procedure⁶⁶, a valid question arises: why not have pure strong forms⁶⁷ of judicial enforcement? This would mean treating the Court's decisions as "having broad and final effect"⁶⁸. However, the author states that "courts, like legislatures, will be prone to failures of responsiveness in the process of constitutional rights-enforcement"⁶⁹.

It is possible to imagine this occurring. For example, a Court could miss the specific unconstitutional effects of a disposition for the situation of certain citizens, implying the need for a posterior unconstitutionality exception in concrete control (application blind spot). Or a Court may fail its duty to adopt a "differential approach"⁷⁰ for the incommensurable amount of different life perspectives.

3.4 The inadequacy of citizen *amicus curiae*

It has already been indicated that the prior judicial review process does not begin with a lawsuit. Only the presidential veto provides some argument to detect problems of unconstitutionality of a law that will be previously controlled. It has also been pointed out that the control implies problems for the Court to imagine difficult questions of constitutional incompatibility.

⁶⁶ Dixon also refers to the burdens of inertia. The author states that: "Legislative processes may also be subject to burdens of inertia in achieving rights-based protection because legislation is a time-consuming process and must operate within the capacity constraints of a given legislative session. In these circumstances, a legislature may fail to address rights-based claims simply because competing legislative priorities appear electorally more pressing or salient (priority-driven burdens of inertia). Alternatively, inertia may come about because an issue divides a political party in such a way that the benefits of pursuing a more responsive legislative outcome are outweighed by the costs involved for party integrity (coalition-driven inertia). Finally, where the realization of a rights-based claim requires sustained and complex forms of administrative action, delay and inertia in the process of legislative oversight may combine with inertia within the executive or administrative branch to produce compound burdens of inertia". Ibid. p. 403

⁶⁷ This statement follows the distinction made in Dixon, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. op. cit. p. 408 and Tushnet, Mark. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – and Democracy-Based Worries*. In: *Wake Forest Law Review*, Volume 38, 2003, pp. 813-838. In this sense, we will understand for strong-forms those models that give to the Courts the final word on constitutionality matter and for weak-forms those that admit dialogic features such as the not-withstanding clause.

⁶⁸ Dixon, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. op. cit. p. 407

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ The Constitutional Court of Colombia has considered that this approach "must be understood 'as a development of the principle of equality, as it treats unequal subjects differently, seeks to protect people who are in circumstances of vulnerability or manifest weakness, so as to achieve a real and effective equality, with the principles of equity, social participation and inclusion'". Judgments T-412 of 2023, section 26, and T-010 of 2015, section 3.4.

However, the process is participatory⁷¹. This means that the citizenry can participate in the deliberations with written submissions in which they can defend or attack the law. The fundamental question is whether this participation is sufficient and whether it remedies the fact that the law was not subject to an initial attack of unconstitutionality? Regarding the participatory nature of the prior control of constitutionality, in Judgment C-153 of 2022, the Constitutional Court held:

“The scheme of prior control before this Corporation evidences the irradiation of the participatory principle in the State, by allowing that through the process of constitutionality the citizenship and the Public Ministry find another space in which their reasons are heard, around the constitutionality of norms that, as it has been argued, have a special category in our legal system and that, for their incorporation into the normative system, do not only require the presumption of validity – which accompanies all laws that are generally subject to subsequent control – but the prior and concrete verification, the certainty, of their concordance with the superior mandates”⁷².

One way to remedy this deficit would be to establish the obligation that in all prior controls a public oral hearing must be convened. This should be attended not only by the persons who filed an *amicus* brief but also by all those who wish to intervene orally and by a number of persons summoned directly by the court. Of course, it would be ideal if the authorities who will be in charge of applying the law, those who participated in the negotiation of the international treaty, citizen associations and the legislators themselves would participate. No scenario of deliberation is superfluous in the judicial review of laws, and this is even more true when it comes to the prior judicial review⁷³.

3.5 The inevitable rupture of the *res judicata*

In most cases, the PJR is integral and definitive. This implies that the disposition is reviewed both in its formal and material aspects and the decision has the

⁷¹ Roa Roa, Jorge Ernesto. “La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador”. *Revista Iuris Dictio*, n° 30, mayo-diciembre de 2022, pp. 41-57.

⁷² Judgment C-153 of 2022, section 60.

⁷³ Roa-Roa, Jorge Ernesto. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 137-173.

effect of an absolute *res judicata*, which means that the Court has “exhausted any debate on the constitutionality of the accused norm, since ‘it is understood that the norm is executory or unenforceable in its entirety and in relation to the entire constitutional text’”⁷⁴.

Even though there may exist *res judicata* in a certain case, the Court has foreseen three events in which a new ruling may take place: (i) the modification of the constitutional parameter of control; (ii) the change of the material significance of the Constitution or (iii) a variation of the normative context of the disposition under review⁷⁵.

The first one takes place when the provisions of the Constitution that were used in the past ruling as parameter the control have been modified or reformed. The second one occurs in those events when “‘in light of the economic, social, political, and even ideological and cultural changes of a community’ it may not be admissible (...) ‘a pronouncement that the Court has made in the past, based on constitutional meanings materially different from those that must now govern the judgment of constitutionality of a given norm’”⁷⁶. The last event presents itself in those cases in which “a previously reviewed provision is subsequently issued and integrated into a different normative context. It may also happen that the provision that has been judged is not modified, but the legal system in which it is included has undergone modifications”⁷⁷.

This situation creates difficulties relative to the different types of dispositions subject to PJR. For the statutory laws or decrees it is possible to imagine these events occurring. For example, the political and public debate implies a new comprehension of the political values and fundamental rights. This is the case for equal marriage or the abortion debates. Or maybe a constitutional amendment incorporates new principles or rules to the Constitution, demanding an adjustment of the statutory regime.

This flexibilization took place, for example, for the Statutory Law 971 of 2005. This disposition provided in its articles 14 and 15 certain rights for the family members of victims of enforced disappearance. Through Judgment C-473

⁷⁴ Judgment C-009 of 2023, section 22.

⁷⁵ Judgment C-007 of 2016.

⁷⁶ Ibid. Section 3.4.b).

⁷⁷ Ibid. Section 3.4.c).

of 2005 the Court carried out the PJR for the law and declared it constitutional. Years later, in the Judgment C-029 of 2009, the Court studied a public action in which a citizen challenged those same articles claiming that the provisions excluded homosexual couples.

The Court stated that, even though the law was previously studied, the normative context had changed because posterior judgments, such as judgments C-075 and C-811 of 2007 and C-336 of 2008, considered that the exclusion of homosexual couples was understood as a violation of the principle of equality. Because of this, the Court reviewed again the dispositions and declared them constitutional but in the understanding that the provisions included as family the spouses or permanent companions of the same gender.

Regarding the laws that approve an international treaty, the PJR is not a suitable mechanism for reviewing the compatibility of domestic legal norms with the international instrument⁷⁸. It may happen that a treaty in conformity with the Constitution is incompatible with certain legal norms; that after the entry into force of the treaty, the legislature enacts norms contrary to the content of that international instrument; or that without a domestic legislative change, the authentic interpreter of the international treaty expands the content of the obligations in such a way that a national law that was compatible with the initial interpretation of the treaty ceases to be so by virtue of the new hermeneutic formula⁷⁹.

The tensions just exposed show that the integral and definitive characteristics of the PJR are not, in fact, integral and definitive. Specifically, the three events that enable a new ruling from the Court seem certain, given the passing of the time and the dynamism of the legal systems. Viewed from this perspective it appears as if the necessary conclusion of the PJR is not the configuration of the absolute *res judicata* but its weakening.

⁷⁸ In favor of the prior and posterior judicial review of international treaties: Mendez, Mario. "Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n° 1, 2017, pp. 84-109.

⁷⁹ Another type of antinomy may also arise between the domestic legal system and international law: "it may happen that a norm elaborated by a national legislature is initially 'conventional' – as it does not collide with the human rights treaties signed by the country in question, nor with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights – but that it later becomes unconstitutional, e.g., if a new jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights collides with that national norm, or if the State ratifies a new treaty opposed to the norm in question, or if it modifies a pre-existing one, with the same results". Sagüés, Néstor Pedro. *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016. p. 409.

These five challenges adequately comprise the evaluative panorama of prior constitutionality control in Colombia. But we must also look constructively to the future. In the following, the paper will describe some elements about the future of prior control of constitutionality in Colombia with a comparative perspective.

4. The future of the prior judicial review

This document also offers a series of perspectives on the future of prior judicial review. Some of these are responses to the challenges that were previously formulated and others some elements for the institutional design to be adopted for this form of judicial review in other countries.

4.1 Public hearings and citizen participation

Given the reduced space for citizen intervention in processes that are carried out through PJR, the Court should resort to different dialogic strategies, such as public hearings. Implementing this mechanism in an obligatory manner for all cases where the judicial review is not activated throughout a public action, could reduce the democratic tensions that were pointed out before.

For the Constitutional Court of Colombia this possibility is contemplated in articles 12 and 13 of the Decree 2067 of 1991. The first provides that any of the justices can propose “that a hearing be convened so that the person who issued the regulation or participated in its elaboration, by himself or through an attorney-in-fact, and the plaintiff, may attend to answer questions to deepen the arguments presented in writing or to clarify facts relevant to the decision”. Article 13 of the decree indicates that the justice in charge of the public action “may invite public entities, private organizations and experts in matters related to the subject matter of the process to present in writing, which shall be public, their opinion on relevant points for the elaboration of the draft decision”.

Also, article 67 of the Accord 2 of 2015 establishes that the “Plenary Chamber of the Court, at the request of any Magistrate, by a majority of those present and taking into account the background of the background of the act being judged constitutional and the importance and complexity of the importance and complexity of the issues, shall summon to a public hearing those persons who must persons who must intervene therein in accordance with the law, and shall set the date, time and place”.

What kind of hearings must be held by the Court? One type of hearings that might be beneficial follows the Argentinian doctrine of “institutional relevance hearings”⁸⁰. The Supreme Court Justice Ricardo Lorenzetti described this type of hearing as “those that are not only of interest to the parties, but also to third parties that are not part of the process”⁸¹. They are carried out in “cases of enormous public importance that go beyond the interest of the parties”⁸² and “a public hearing is held, the purpose of which is to hear the arguments of the parties and, often, the friends of the court (*amicus curiae*)”⁸³.

For Justice Lorenzetti the object of a public hearing “is to show a scenario where society interacts, where there are arguments, counter arguments, where there are points in which one says: ‘in this there can be common ground, in this there is dissent’. This is a much more appropriate way of thinking for the complexity and diversity in which we live than the one we are used to. I am convinced that this is the most important reason why one should have a public hearing”⁸⁴.

Deliberation is never superfluous. This is all the truer the greater the importance of the decision. New forms of deliberation are conceivable when it comes to rules that have not yet entered into force. Controlling these norms requires greater openness to written submissions, public hearings and a proactive role of the Court in fostering deliberation.

4.2 Increasing flexibility in terms of *res judicata*

As it was shown before, the PJR leads to the configuration of the absolute and formal *res judicata*. However, it was previously stated that integral and definitive characteristics of the PJR, in a context where the Constitutional Court has allowed three events of weakening of the *res judicata*, implies the inevitable rupture of the phenomenon.

⁸⁰ Lorenzetti, Ricardo. *Las audiencias públicas y la Corte Suprema*. In: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015. p. 348.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid. p. 354.

There are two possible ways of reading this weakening: (i) as an affront to the principle of legal certainty and the predictability of the legal system or (ii) as a strategy of dialogic constitutionalism that advocates the constant updating of the legal system to meet the needs of reality. This last perspective seems much more consistent with the preoccupations expressed throughout this work, that is, that the PJR generates certain tensions with the democratic principle that can be resolved.

Dixon considers that “[f]rom a dialogic perspective, some further internal *weakening* of judicial review will thus almost always be required, over and above the external checks described above, before one can be confident that the process of judicial review will enhance, rather than undermine, overall commitments to democratic responsiveness”⁸⁵.

In any case, the first reading of the weakening or flexibilization of the *res judicata* does not imply disregarding the principle of legal certainty. The Constitutional Court has stated that “[i]n view of the extraordinary nature of the events that allow the exception of the formal constitutional *res judicata*, the Court considers that the plaintiff is required to comply with a special and particular argumentative burden”⁸⁶. The tension with the principle of legal certainty is reduced by (i) the setting of an argumentative standard for the plaintiff and (ii) the fact that the review is activated by a public action presented by a citizen.

4.3 Conclusion

Is it better to have a system of prior judicial review or one of subsequent control with an action of unconstitutionality? In general, those who defend the existence of abstract models of prior control of constitutionality argue that the systems of abstract and subsequent control are not advisable because they have an intrinsic tendency to cause delays in the examination of the constitutionality of laws. There is no empirical study on this difference between the two types of control of constitutionality and, of course, neither is there one that distinguishes between the different forms of access to subsequent and abstract control of constitutionality.

⁸⁵ Dixon, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. op. cit. p. 408.

⁸⁶ Judgment C-007 of 2016, section 3.5.1.

Waldron considers that prior control constitutes a form of political control carried out by the legislator himself within the legislative procedure. The author also affirms that when the prior control of constitutionality is carried out by a constitutional judge, in reality he does not act as a judge but assumes the functional role of one of the chambers of the legislative body⁸⁷.

Some authors consider that only prior review of constitutionality helps to improve the constitutional quality of legislation, while others recognize that subsequent review also helps Parliament to take the Constitution seriously. In this context, the model of direct access to the control of constitutionality provides arguments in favor of *ex post* control of laws and its potential to dissuade the legislature from adopting rules contrary to the Constitution:

“Ex ante constitutional review may increase the average quality of legislation—patently unconstitutional bills cannot be passed. But *ex post* constitutional review may also have a similar effect. By demonstrating that unconstitutional legislation cannot be effectively implemented, *ex post* review may reduce the incentives to pass such legislation. To the extent that review after promulgation allows more information to be considered, there may be an advantage for *ex post* monitoring”⁸⁸.

Indeed, it is to be expected that the potential vulnerability of laws would lead the legislature to choose to take the public values of the Constitution seriously when defining the ends and means of its public policies. The goal of Congress would be to produce a legislative result that tends to be more consistent with the promises of the Constitution so that, despite the accessibility of the judicial control mechanism, citizens are discouraged from filing a lawsuit against a law, have a harder time finding a constitutionality objection, or the Court tends to support an interpretation that allows the validity of the law to be preserved against the arguments of the plaintiff. The debate on the institutional design of the judicial review of laws is still open.

⁸⁷ Waldron, Jeremy. “The Core of the Case against Judicial Review”. *Yale Law Journal*, n° 115, 2005, pp. 1358 y 1359 and Roa Roa, Jorge Ernesto. “Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá”. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. n° 44, septiembre-diciembre de 2019, pp. 57-98.

⁸⁸ Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 39.

References

Celis Corzo, Diego Alejandro. *Objeciones gubernamentales en el ordenamiento jurídico colombiano*. In: Revista Derecho del Estado, num. 48, 2021, Universidad Externado de Colombia, pp. 51-84.

Dixon, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*. In: I-CON, Volume 5, Number 3, 2007, pp. 391–418.

Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Lorenzetti, Ricardo. *Las audiencias públicas y la Corte Suprema*. In: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015. pp. 345 – 354.

Mendez, Mario. “Constitutional review of treaties: Lessons for comparative constitutional design and practice”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n° 1, 2017, pp. 84-109.

Restrepo Piedrahita, Carlos. *Control de Constitucionalidad*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

Roa-Roa, Jorge Ernesto. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

Roa-Roa, Jorge Ernesto. “El diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad en Colombia”. En: Sierra Porto, Humberto; Robledo Silva, Paula y González, Diego (eds). *Garantías judiciales de la Constitución. Temas de Derecho Procesal Constitucional Colombiano. Tomo II. Acción Pública de Inconstitucionalidad, Procedimiento y Sentencia*. Universidad Externado de Colombia, 2023.

Roa-Roa, Jorge Ernesto. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Colección Temas de Derecho Público n° 96. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Roa Roa, Jorge Ernesto. “A cidadania dentro da sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 28, núm. 2, 2023, pp. 91–115.

Roa Roa, Jorge Ernesto. “La jurisdicción constitucional nos representa. La adjudicación estratégica y cooperativa en el constitucionalismo transformador”. *Revista Iuris Dictio*, n° 30, mayo-diciembre de 2022, pp. 41-57.

Roa Roa, Jorge Ernesto. “Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá”. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. n° 44, septiembre-diciembre de 2019, pp. 57-98.

Sagüés, Néstor Pedro. *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.

Santamaría, Alejandro. “El control constitucional por vía de excepción en el pensamiento constitucional colombiano: 1811-1886”. In: Barbosa Delgado, Francisco (ed.). *Historia del Derecho Público en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 265-320.

Tushnet, Mark. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – and Democracy-Based Worries*. In: *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 813-838.

Waldron, Jeremy. “The Core of the Case against Judicial Review”. *Yale Law Journal*, n° 115, 2005, pp. 1346-1406.



O procedimento e a efetividade dos litígios estruturais: os modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas¹

The procedure and effectiveness of structural litigation: the “strong” and “weak” models of judicial intervention in public policy

Procedimiento y eficacia de los litigios estructurales: los modelos “fuerte” y “débil” de intervención judicial en las políticas públicas

Valter Shuenquener de Araujo²

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Universidade Nove de Julho – UNINOVE (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1584-5340>

E-mail: vsaraujo19@gmail.com

Camila Almeida Porfiro³

Università degli Studi di Roma Tor Vergata (Roma, Itália)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3561-1157>

E-mail: cporfiro@hotmail.com

Resumo

Esta pesquisa tem como objetivo analisar o procedimento judicial adotado em litígios estruturais, na perspectiva de identificar e diferenciar as intensidades “fraca”

¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de; PORFIRO, Camila Almeida. O procedimento e a efetividade dos litígios estruturais: os modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 89-122, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a333>.

² Doutor em Direito Público pela UERJ. Doutorado-Sanduiche pela *Ruprecht-Karls Universität* de Heidelberg (Alemanha). Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ (Graduação e Pós-graduação *stricto sensu*). Professor Pesquisador da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). *Legal Staff* na *Secretariat for Legal Affairs* da Organização dos Estados Americanos (OEA). Juiz Federal. Secretário-Geral do Conselho Nacional de Justiça (2020-2022). Conselheiro Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público (2015-2020). Juiz Auxiliar e Juiz Instrutor no Supremo Tribunal Federal (2011-2014). Juiz Auxiliar no Tribunal Superior Eleitoral (2015). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8284713431239760>.

³ Doutora em Direito Público pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Mestre em Direito Público e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ex-Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Autora dos livros "Decretos presidenciais: limites constitucionais e dimensões de controle" (Ed. Fórum, 2021) e "Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade" (Ed. Lumen Juris, 2024). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0859926062233416>.

e “forte” da intervenção judicial em políticas públicas. O tema é de grande relevo no contexto atual da jurisdição constitucional e do Direito Administrativo, na medida em que oferece novas possibilidades no que concerne ao controle da Administração Pública, especialmente quanto ao controle jurisdicional de políticas públicas. O aprofundamento na construção teórica do litígio estrutural é determinante para aprimorar as relações entre os Poderes, para consolidar a democracia e para conferir mais efetividade às decisões judiciais que se referem às políticas públicas necessárias para a tutela de direitos fundamentais. Saber se e como o Poder Judiciário deve adotar uma solução pela técnica do litígio estrutural é matéria a ser objeto de profunda reflexão. A pesquisa é bibliográfica e qualitativa e, quanto aos seus objetivos, adotou a metodologia descritiva.

Palavras-chave

Processos estruturais; direitos socioeconômicos; políticas públicas; Supremo Tribunal Federal do Brasil; Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC).

Sumário

1. Introdução. 2. Os modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas. 3. A execução de sentenças estruturais: dificuldades procedimentais e institucionais. 4. Litígios estruturais como processos multipolares: publicidade e participação. 5. Meios coercitivos para a garantia de cumprimento de decisões estruturais. 6. Conclusão.

Abstract

This research aims to analyze the judicial procedure adopted in structural litigation, with the aim of identifying and differentiating the “weak” and “strong” intensities of judicial intervention in public policies. The subject is of great importance in the current context of constitutional jurisdiction and administrative law, insofar as it offers our possibilities with regard to the control of public administration, especially with regard to the judicial control of public policies. Deepening the theoretical construction of structural litigation is crucial to improving relations between the branches of government, consolidating democracy, and making more effective the judicial decisions that relate to public policies necessary for the protection of fundamental rights. Knowing whether and how the judiciary should adopt a solution using the technique of structural litigation is a matter for in-depth reflection. The research is bibliographical and qualitative, adopting a descriptive methodology in terms of its objectives.

Keywords

Structural litigation; socio-economic rights; public policies; Brazilian Federal Supreme Court; Brazilian Center for Structural and Complex Processes (NUPEC).

Contents

1. Introduction. 2. The “strong” and “weak” models of judicial intervention in public policies. 3. Enforcement of structural judgments: procedural and institutional difficulties. 4. Structural litigation as multipolar processes: publicity and participation. 5. Coercive means for ensuring compliance with structural decisions. 6. Conclusion.

Resumen

Esta investigación pretende analizar el procedimiento judicial adoptado en el contencioso estructural, con el objetivo de identificar y diferenciar las intensidades “débiles” y “fuertes” de intervención judicial en las políticas públicas. El tema es de gran importancia en el contexto actual de la jurisdicción constitucional y del derecho administrativo, en la medida en que ofrece nuestras posibilidades en lo que se refiere al control de la administración pública, especialmente en lo que se refiere al control judicial de las políticas públicas. Profundizar en la construcción teórica del litigio estructural es crucial para mejorar las relaciones entre los poderes del Estado, consolidar la democracia y hacer más eficaces las decisiones judiciales que se refieren a las políticas públicas necesarias para la protección de los derechos fundamentales. Saber si y cómo el poder judicial debe adoptar una solución utilizando la técnica del litigio estructural es una cuestión que requiere una reflexión profunda. La investigación es bibliográfica y cualitativa, adoptando una metodología descriptiva en función de sus objetivos.

Palabras clave

Litigio estructural; derechos socioeconómicos; políticas públicas; Supremo Tribunal Federal de Brasil; Centro Brasileño de Procesos Estructurales y Complejos (NUPEC).

Índice

1. Introducción. 2. Los modelos “fuerte” y “débil” de intervención judicial en las políticas públicas. 3. Ejecución de las sentencias estructurales: dificultades procesales e institucionales. 4. Los litigios estructurales como procesos multipolares: publicidad y participación. 5. Medios coercitivos para garantizar el cumplimiento de las decisiones estructurales. 6. Conclusión.

1. Introdução

Em uma manhã de maio de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tornou pública sua decisão no caso *Brown v. Board of Education*. Foi ela que colocou um ponto final na doutrina do famoso sistema de segregação racial alicerçado na construção teórica *separate but equal* (separados, mas iguais) e determinou a criação de uma nova política de integração nas escolas estadunidenses⁴. Para Owen Fiss, naquele julgamento surgiu uma nova forma de adjudicação⁵, denominada reforma estrutural (*structural reform*). Nesse novo modelo, reconhece-se a legitimidade do Poder Judiciário para determinar que autoridades administrativas e legislativas elaborem políticas públicas necessárias para cessar violações sistêmicas a direitos fundamentais. Os litígios estruturais se inserem em uma tendência internacional de intervenção das cortes para a concretização de direitos prestacionais⁶ e oferecem instrumentos para sua garantia em países onde há falhas sistêmicas e graves bloqueios políticos e institucionais⁷.

Para sua efetivação, tais processos precisam superar diferentes gargalos. Problemas de legitimidade, de procedimento e de efetividade não faltam. Um desafio importante relaciona-se com o grau de especificidade das decisões estruturais. E, nesse ponto, há uma questão fundamental: saber *se* e *como* o Poder Judiciário deve

⁴A doutrina conhecida como *separate but equal* (separados, mas iguais) refere-se à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), que permitiu a aplicação de leis de segregação por estados e governos locais. A frase *separate but equal* provém de parte da decisão da Corte que argumentava que os vagões de trem separados para brancos e negros eram iguais, pelo menos como exigido pela Cláusula de Proteção Igualitária da Constituição estadunidense. De acordo com a doutrina, desde que os serviços e instalações proporcionados a cada raça fossem iguais, os governos estatais e locais poderiam determinar a segregação por raça. Cf. LEVY, Leonard W.; PHILIPS, Harlan B. The Roberts case: source of the “separate but equal” doctrine. *The American Historical Review*, v. 56, n. 3, p. 510-518, 1951.

⁵Segundo Carlos Alberto de Salles, tradutor do capítulo “*Forms of justice*” de Owen Fiss, a “*adjudication* é a forma usual na literatura inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. Não obstante o vocábulo correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade (e.g., a “adjudicação compulsória”), é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa. O juiz, ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão”. FISS, Owen M. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Coordenação da tradução: Calos Alberto de Salles. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

⁶Cf., e.g., GAURI, Varun; BRINKS, Daniel (org.). **Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. New York: Cambridge University Press, 2008; GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (org.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Farnham: Ashgate, 2006.

⁷RODRÍGUEZ 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. p. 13–15.

fixar condições e prazos para a concretização de uma política pública. E, mais do que isso: é preciso definir se uma postura de deferência judicial é mais eficiente do que uma estratégia mais conservadora e rígida, baseada em ordens do tipo *comando-e-controle*. Em outras palavras, cabe ao Judiciário, além de determinar a cessação de violações sistêmicas a direitos, (i) impor um conteúdo mínimo das políticas a serem adotadas e (ii) fixar prazos para a apresentação dos planos de ação pelo gestor público? A questão pode implicar dois cenários.

De um lado, no modelo “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas (“*weak-form review*”), o Judiciário apenas afirma a necessidade de elaboração de certa política destinada a impedir violações de direitos fundamentais, mas não adentra o mérito administrativo. Ele não designa, assim, especificadamente de que forma a política deverá ser concretizada⁸. De outro, no modelo “forte” de intervenção judicial, os juízes prolatam ordens de execução com maior determinação de prazos, especificando quais medidas devem ser adotadas pelos agentes públicos⁹. O grau de generalidade ou especificidade é o fator que distingue os citados modelos¹⁰. No primeiro, os magistrados não fixam analiticamente os atos que devem ser praticados pelos gestores, mas apenas indicam os resultados genéricos que a execução da sentença deve produzir. Já no segundo, determinam prazos rígidos e condições, impondo medidas coercitivas para os casos de descumprimento do que foi decidido judicialmente, a fim de que as políticas atinjam metas específicas no prazo determinado pela sentença.

Vale destacar, porém, que as medidas judiciais podem se situar em um *continuum*, em termos de detalhamento, podendo existir estratégias intermediárias. Em um mesmo processo, algumas ordens podem ser mais detalhadas e prescritivas, enquanto outras podem ser mais deferentes à administração. Alguns casos, como o clássico *Brown v. Board of Education*, foram iniciados com medidas judiciais mais brandas, que, ao longo do tempo, se tornaram mais rígidas e detalhadas, a medida que o tribunal tentava aumentar a pressão sobre os atores políticos recalcitrantes¹¹.

⁸ SUSTEIN, Cass. **Designing democracy**: what constitutions do. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 221–237 e TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 244.

⁹ FISS, Owen M. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003. p. 3.

¹⁰ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 189, p. 161, 2012. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 1 mar. 2024.

¹¹ LANDAU, David. David Landau responds to Mark Tushnet. **Harvard International Law Journal/Opinio Juris Symposium**, v. 53, n. 1, Mar. 2012. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2012/03/09/hilj-landau-responds-to>

Daí ser possível afirmar que, entre os dois extremos, de deferência total ou detalhamento excessivo, existem soluções intermediárias, que podem variar segundo o objeto do processo estrutural e o grau de cooperação dos gestores públicos.

Nesse contexto, o presente artigo pretende analisar os principais aspectos dos procedimentos adotados em processos estruturais, bem como as dificuldades que surgem em termos de efetividade. Em primeiro lugar, serão analisadas as diferenças, os prós e os contras dos modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial. Na sequência, será examinada a importância da participação social ampla e plural nesses processos e nos planos executivos a serem elaborados pelos gestores públicos. Finalmente, serão apresentados os efeitos diretos e indiretos desses litígios. Como se verá, a intervenção judicial estrutural, seja ela efetivada na modalidade “fraca” ou “forte”, pode viabilizar a construção de uma ágora propícia para a promoção de um sério debate a respeito de violações a direitos fundamentais. Tais litígios têm o potencial de corrigir algumas das tendências observadas nas outras formas de concretização de direitos sociais pela via jurisdicional e podem ser especialmente vantajosos no que se refere ao impacto às populações marginalizadas. O manejo adequado das decisões estruturantes pode, portanto, colaborar efetivamente para inibir uma litigância errática, anti-isonômica e individualizada e, noutra perspectiva, contribuir para a formação de uma sólida cultura de fortalecimento dos diálogos institucionais.

2. Os modelos “forte” e “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas

De acordo com o pensamento liderado por Cass Sustein¹² e Mark Tushnet¹³, o modelo “fraco” de intervenção é o que melhor equilibra a virtude resultante de

tushnet/ Acesso em: 2 mar. 2024: “[...] Além disso, vejo a questão da “dureza” ou da “suavidade” das medidas como algo que se situa basicamente em um continuum – essas são diferenças de grau e não de tipo. Ou seja, como aponta o professor Tushnet, tanto as ordens estruturais quanto as medidas mais brandas, como a do caso *Grootboom*, são dialógicas por natureza, mas há diferenças importantes quanto à forma em que o tribunal ou a legislatura conduz o diálogo. O professor Tushnet observa que os remédios estruturais (como *Brown v. Board of Education*) tendem a começar como remédios mais brandos e a endurecer com o tempo, à medida que o tribunal tenta aumentar a pressão sobre os atores políticos recalcitrantes”.

¹² SUSTEIN, Cass. **Designing democracy**: what constitutions do. p. 221–237.

¹³ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. p. 242-244.

uma ampla efetivação judicial dos direitos fundamentais com as objeções relativas à legitimidade democrática e à *expertise* do Judiciário. Esse modelo permitiria a concretização judicial de direitos sociais, sem interferência excessiva em decisões políticas complexas.¹⁴ Dessa forma, concilia-se o dever – inerente a todos os Poderes do Estado – de proteger os direitos fundamentais com o princípio da Separação de Poderes. Uma vantagem do modelo “fraco” de intervenção judicial, quando comparado com o “forte”, está justamente ligada à sua natureza interativa, haja vista que ele reforça o diálogo entre os Poderes. É que o modelo “fraco”, em razão da contenção judicial, permite uma maior discricionariedade por parte da administração, que continua competente para determinar quais as melhores medidas e quais prazos seriam razoáveis para a efetivação de determinada política.

Esse argumento ainda ganha relevância, quando se considera que as cortes não dominam certos aspectos técnicos e desconhecem os detalhes do funcionamento das instituições públicas, que poderão, assim, dar concretude às políticas por *meio de seus próprios termos*¹⁵. Charles Sabel e Willian Simon, inclusive, apontam uma tendência, presente na atual jurisprudência estadunidense, no sentido de *intervenções experimentalistas*, no lugar de remédios mais rígidos e tradicionais, do tipo *comando-e-controle*. Em suas palavras, os tribunais perceberam que “não possuem a informação ou poder suficientes para formular e impor ordens tão rígidas. Além disso, as intervenções do tipo comando-e-controle despertam maior resistência por parte dos réus”¹⁶.

César Rodríguez-Garavito e Diana Franco destacam que o detalhamento excessivo de algumas decisões estruturais foi, em parte, o responsável pela ineficácia de certos julgamentos em que esse modelo decisório foi adotado.¹⁷ Para eles, ao prolatarem ordens demasiadamente fechadas, os tribunais ficam expostos a acusações de usurpação de funções de outros Poderes e fecham o caminho para diálogos

¹⁴ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law.** p. 242–244.

¹⁵ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. p. 162. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 1 mar. 2024.

¹⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, n. 117, p. 1053, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7756421/mod_resource/content/1/Destabilization%20Rights_%20How%20Public%20Law%20Litigation%20Succeeds.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

¹⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.** p. 54.

institucionais.¹⁸ Assim, o pronunciamento judicial deve estabelecer um comando com ampla abertura e flexibilidade, de maneira que os detalhes da elaboração do plano da política pública judicializada sejam formatados pela Administração Pública ou pelas legislaturas.

Por outro lado, autores como David Landau defendem o modelo “forte” de intervenção judicial. Segundo Landau, falhas sistemáticas nas legislaturas e na Administração Pública fazem com que as abordagens dialógicas não sejam eficazes, uma vez que os destinatários do diálogo muitas vezes não oferecem respostas eficientes ao problema¹⁹. Landau afirma que, em muitos casos, os demais Poderes simplesmente deixam de cumprir a decisão do tribunal e não concretizam as políticas ordenadas²⁰. A título de exemplo, aponta que a abordagem baseada no diálogo e na deferência judicial não foi bem-sucedida no caso *Grootboom*²¹, julgado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul em 2000. Nesse caso, os juízes utilizaram técnicas do modelo “fraco” para dar efetividade ao direito fundamental à moradia e, na fase de execução do provimento judicial, obtiveram resultados claramente insatisfatórios²². Theunis Roux também destaca que a decisão prolatada em *Grootboom* não promoveu avanços na efetividade do direito à habitação digna²³. A ideia subjacente à decisão foi correta, mas a solução aplicada deveria ter sido mais interventiva e menos deferente à discricionariedade administrativa²⁴.

Nesse sentido, Landau argumenta que a experiência no caso dos *desplazados*, julgado pela Corte Constitucional da Colômbia em 2004, demonstrou que

¹⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. p. 54.

¹⁹ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 192, 2012.

²⁰ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. p. 192.

²¹ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. *Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom and others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000). Disponível em: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>. Acesso em: 23 maio 2024.

²² LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. p. 197–198. “Um grande grupo de estudiosos sul-africanos e norte-americanos defende que o modelo fraco de intervenção judicial, como do caso *Grootboom*, não funciona – o Legislativo não apresentou o plano que a Corte solicitou, e o caso não gerou praticamente nenhum avanço na proteção do direito à moradia”.

²³ ROUX, Theunis. Principle and pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, p. 136, 2009. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/7/1/106/665838?ogin=true>. Acesso em: 23 maio 2024.

²⁴ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. p. 198.

estratégias judiciais “mais agressivas e não convencionais” se apresentam como a melhor forma de dar efetividade aos direitos prestacionais²⁵. Em suas palavras,

Todo esse cenário leva à necessidade de inovação das medidas, no sentido de modelos mais fortes de revisão e supervisão judicial, e não de formas mais fracas, como as defendidas por Tushnet, Sunstein e outros. As experiências na Colômbia e na Índia demonstram que estratégias de execução mais agressivas e não convencionais – especialmente o uso de medidas estruturantes – podem produzir melhores resultados na busca pelos direitos sociais dos mais pobres. Além disso, essas estratégias podem ser mais eficazes para fortalecer grupos da sociedade civil e induzir mudanças importantes na burocracia estatal²⁶.

Em resposta a tais argumentos, Mark Tushnet afirma que, ao fim e ao cabo, as diferenças nos resultados entre os modelos “fraco” e “forte” de intervenção judicial em políticas públicas são relativamente pequenas²⁷. Para Tushnet, a diferença no grau de efetividade do caso colombiano dos *desplazados* e do caso sul-africano *Grootboom* não se deve ao procedimento utilizado pelas respectivas cortes, mas, sim, aos diferentes contextos sociopolíticos dos respectivos países. No caso da Colômbia, o cenário político era favorável à proteção de minorias, e o tribunal constitucional gozava de amplo apoio social. Já na época do julgamento do caso *Grootboom*, o cenário político sul-africano era conservador e essencialmente contrário ao ativismo judicial. Ou seja, as diferenças entre a efetividade do caso colombiano e a do caso sul-africano se devem primordialmente a questões políticas, e não a diferenças entre as intensidades dos modelos de adjudicação utilizados²⁸. O sucesso na implementação de políticas públicas depende, assim, das circunstâncias político-econômicas de cada país, do tema judicializado e da aceitação social do Poder Judiciário, não sendo possível definir, *a priori*, qual a melhor forma de intervenção. Em outras palavras,

²⁵ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. p. 192.

²⁶ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. p. 192.

²⁷ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. p. 159–160. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 1 mar. 2024: “(...) as diferenças nos resultados do modelo “fraco” e das medidas estruturantes são relativamente pequenas. Landau analisou dois casos colombianos envolvendo decisões estruturais e comparou o sucesso (relativo) do caso do deslocamento forçado com o (relativo) fracasso dos litígios na área de saúde. Ele explica as diferenças nesses resultados com base nos diferentes contextos políticos nos quais as decisões foram prolatadas. Eu acho que essa explicação é mais promissora do que a comparação entre o modelo “fraco” e “forte” de intervenção judicial. Ou seja, eu suspeito que as variáveis que explicam a diferença nos resultados entre os casos da África do Sul e da Colômbia são políticas, e não relacionadas às formas de adjudicação”.

²⁸ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. p. 160. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 1 mar. 2024.

seriam os contextos político e social, e não as formas coercitivas empregadas, que determinariam o sucesso ou não de um litígio estrutural²⁹.

Sopesando os prós e contras de ambos os modelos, concluímos que, no contexto histórico-institucional brasileiro, a adjudicação estrutural deve – quanto maior for a reprovação social da violação ao direito fundamental judicializado – se aproximar de um modelo “forte” de intervenção judicial. Na história nacional, não são incomuns os casos em que membros do Legislativo ou do Executivo não deram cumprimento a decisões judiciais³⁰. O respeito recíproco e inequívoco entre as instituições, infelizmente, ainda é um trabalho em construção. Daí ser importante que diretrizes mínimas, condições e prazos para as políticas públicas sejam fixados judicialmente. Apesar das relevantes observações feitas por Mark Tushnet, sentenças estruturais mais detalhadas e rígidas impedem que o processo se converta em meras declarações simbólicas, desprovidas de qualquer efetividade.

Quanto ao ponto, vale destacar que há três relevantes ações estruturais em trâmite no Supremo Tribunal Federal: a ADPF 347, que trata do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro³¹; a ADPF 635 MC, sobre medidas para a redução da letalidade policial no Estado do Rio de Janeiro³²; e a ADPF 709 MC, que discute políticas públicas de saúde para os povos indígenas³³. Algumas

²⁹ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. p. 163. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/2012/04/HILJ-Online_53_Tushnet.pdf. Acesso em: 1 mar. 2024.

³⁰ Um exemplo é o caso do ex-Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, que se recusou a assinar notificação de afastamento determinado por Ministro do Supremo Tribunal Federal. Cf. D'AGOSTINO, Rosanne. O que dizem advogados sobre Renan não cumprir decisão do STF: Presidente do Senado recusou-se a assinar notificação de afastamento; especialistas divergem sobre Renan ser preso por desobediência. **G1**, 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/o-que-dizem-advogados-sobre-renan-nao-cumprir-decisao-do-stf.ghtml>. Acesso em: 2 mar. 2024.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Direitos fundamentais dos presos. ADPF. Sistema carcerário. Violação massiva de direitos. Falhas estruturais. Necessidade de reformulação de políticas públicas penais e prisionais. Procedência parcial dos pedidos. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 27 fev. 2024.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargo Declaratório na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ** Constitucional. Embargos de declaração em medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Omissão estrutural do poder público na adoção de medidas de redução da letalidade policial. Grave violação de direitos humanos. Necessidade de elaboração de plano para a redução da letalidade. Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mora inconstitucional. Necessidade da medida estrutural. Deferimento do pedido. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761112340>. Acesso em: 27 fev. 2024.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF** Direitos fundamentais dos presos. ADPF. Sistema carcerário. Violação massiva de direitos. Falhas estruturais. Necessidade de reformulação de políticas públicas penais e prisionais.

ordens se aproximam do modelo “forte” no que diz respeito à delimitação de prazos e de parâmetros mínimos para as políticas públicas. Outras apresentam um aspecto mais aberto e dialógico, permitindo que detalhes específicos dos planos sejam desenhados no seio administrativo. As três ações são monitoradas pelo Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC), criado pelo atual Presidente do STF, Ministro Luís Roberto Barroso, para auxiliar o Tribunal na identificação e no processamento desse tipo de litígio.

A análise desses casos permite concluir que o Tribunal tende a fixar prazos e acompanhar ativamente a concretização das ordens. Em outras palavras, o STF não se limita a instar o administrador ou legislador a elaborar um plano genérico e impreciso. Não o deixa livre, sem amarras, para que possa desenhar a política *quando e como* achar conveniente, sem quaisquer parâmetros. Pelo contrário: a Corte exerce ativamente um papel conformador e fiscalizador, ao determinar o conteúdo geral das medidas a serem adotadas e os prazos que o administrador público deverá observar para a apresentação dos planos.

O STF ainda (i) acompanha de perto a efetivação da decisão estrutural, homologando medidas executivas e monitorando cada etapa de cumprimento, e (ii) impõe o envolvimento obrigatório de certos órgãos e entidades. Como exemplo, podemos rememorar que o Conselho Nacional de Justiça, que também integra o Poder Judiciário, tem sido instado para assumir a atribuição de fazer o acompanhamento das medidas determinadas nas ações estruturais. Por outro lado, caberá ao destinatário do comando judicial apresentar as soluções para os problemas estruturais identificados no *decisum*. Há um rigor do Judiciário quanto à enumeração dos problemas a serem resolvidos pelo administrador público e quanto ao prazo para o cumprimento da decisão judicial tomada, mas, em contrapartida, a competência do administrador para apresentar as soluções é preservada.

Certamente, essa postura proativa e menos deferencial quanto ao estabelecimento de parâmetros e prazos a serem observados pelo administrador para a solução do problema é condizente com a urgência em impedir certas violações graves à Constituição, especialmente em um país que padece de um longo histórico de negação de direitos básicos às populações marginalizadas. Na ADPF 347, que trata de violações massivas de direitos no sistema carcerário brasileiro, por exemplo, o STF determinou que o Governo Federal, “no prazo de seis meses”, elabore um

Procedência parcial dos pedidos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 27 fev. 2024.

plano nacional visando à superação, em, “no máximo, três anos”, do estado de coisas inconstitucional do sistema. O Tribunal também ordenou a apresentação de planos estaduais e distrital no prazo de seis meses.³⁴

Vale ressaltar que a Corte definiu o conteúdo mínimo dos planos, que obrigatoriamente deverão tratar da redução da superlotação dos presídios; da adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos relativos a espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; da contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais, e do tratamento adequado a grupos específicos, como mulheres e população LGBTQIAPN+, entre outros. Trata-se de medidas específicas, cuja adoção não está submetida à discricionariedade administrativa. Eventuais planos executivos genéricos, insuficientes ou contrários às diretrizes judiciais presumidamente não serão homologados pelo Tribunal.

Por sua vez, na ADPF 635, que busca a redução da letalidade policial no Estado do Rio de Janeiro, o STF determinou a elaboração, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, de um plano visando à redução do uso de força legal por agentes públicos e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança. A Corte fixou requisitos específicos e prazos para o plano, que deve conter “medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos recursos necessários para a sua implementação”³⁵. Deve, ainda, ser posteriormente submetido à homologação pelo Tribunal, que avaliará sua adequação às diretrizes normativas e judiciais.

Na ocasião, o STF determinou, em um exemplo de modelo mais “forte” de intervenção judicial, que o Estado do Rio de Janeiro, “no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias”, instalasse equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, o que garantiria o acesso posterior, pelo Ministério Público, às imagens e arquivos armazenados digitalmente. A decisão gerou impacto considerável na segurança pública estadual: dados do Instituto de Segurança Pública (ISP) demonstraram que, no primeiro mês de 2024, houve redução de 45% nas mortes por intervenção de agentes do Estado do Rio, em comparação com janeiro de 2023. Especialistas na área da segurança pública afirmaram que o uso das câmeras corporais influenciou diretamente na queda dos números de letalidade policial.

³⁴ STF, ADPF 347/DF. Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, j. 4 out. 2023.

³⁵ STF, ADPF 635 MC-ED/RJ. Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 3 fev. 2022.

Finalmente, na ADPF 709, o STF determinou à União e ao conselho Nacional de Direito Humanos a elaboração e monitoramento de um “Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros”, com a participação das comunidades indígenas e observância dos prazos e condições especificados no acórdão. O Tribunal impôs medidas detalhadas, todas voltadas a conter a circulação de terceiros em área indígena, de modo a evitar o contágio, suprimir invasores e assegurar acesso a políticas públicas de saúde. Ordenou, ainda, a criação de barreiras sanitárias “no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão”³⁶.

Esses casos revelam a tendência de adoção do modelo “forte” de intervenção judicial, no que se refere à previsão de prazo e identificação de problemas a serem resolvidos, mas do modelo “fraco”, no que tange à escolha da forma de solução do problema. Baseiam-se na fixação de prazos e medidas bastante específicos, que estreitaram consideravelmente a discricionariedade administrativa. O STF, apesar de atento às capacidades institucionais, não deu à Administração um cheque em branco para determinar unilateralmente *como* ou *quando* concretizar as políticas. O empoderamento da Administração foi dado no que diz respeito ao conteúdo do plano. O respectivo plano é elaborado no seio administrativo, com a participação plural de vários atores sociais, mas deve respeitar certos *standards* ou parâmetros substantivos e temporais, aptos a guiar a respectiva aplicação e controle da política. Em poucas palavras: deve haver um liame identificável que faça do plano executivo um produto da decisão estrutural, em vez de uma criação independente.

A moldura judicial com a fixação de diretrizes, escopo, objetivos, condições e prazos serve justamente para cessar, o mais rápido possível, problemas endêmicos de violação de direitos e omissões do Poder Público. Decisões dessa natureza se apresentam como um remédio direto, eficaz e apropriado para cessar violações sistêmicas de direitos socioeconômicos. Essa estratégia judicial possibilita que mesmo governos não comprometidos ou abertamente contrários a pautas politicamente sensíveis, como os direitos humanos da população carcerária, sejam compelidos a elaborar planos detalhados em um determinado cronograma.

³⁶ STF, ADPF 709 MC-Ref/DF. Plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 5 ago. 2020.

3. A execução de sentenças estruturais: dificuldades procedimentais e institucionais

Nos processos estruturais, os juízos devem conservar sua competência sobre o caso mesmo após a sentença, prolatando novas decisões de acordo com os avanços e contratempos da fase de execução. Neles, ao contrário do que ocorre nos processos bipolares, a intervenção jurisdicional é necessariamente *continuada*, exigindo constante fiscalização e ajuste. Nas palavras de Owen Fiss, “nos litígios estruturais [...] o juiz mantém uma relação contínua com a instituição durante um período de tempo significativo. Não existe um método fácil e rápido para se reconstruir uma instituição”³⁷. A sentença estrutural representa um contínuo compromisso do Judiciário de coagir o cumprimento de sua decisão, através do exercício do poder de sanção³⁸. O cenário com que se defronta o juiz não é o de uma fotografia estática, mas o de um filme em movimento permanente³⁹. Deve haver uma flexibilidade na fase de execução, já que nela os problemas serão resolvidos à medida que aparecerem. Os meios processuais executórios devem, então, se adequar à realidade, que está em constante mudança⁴⁰.

Diferentes estratégias já foram utilizadas na fase de cumprimento de sentenças estruturais. A mais comum é a delegação da execução para órgãos judiciais inferiores. Essa técnica foi utilizada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Brown v. Board of Education*⁴¹ e pelo Tribunal Constitucional da Argentina no caso

³⁷ FISS, Owen M. **The civil rights injunctions**. Bloomington: Indiana University Press, 1978. p. 28.

³⁸ FISS, Owen M. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p.49.

³⁹ 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. 406.

⁴⁰ BAUERMANN, Desirê. Structural injunctions no direito americano. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 288.

⁴¹ FISS, Owen M. *The forms of justice*. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 3, Nov. 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 22 maio 2024.

*Mendoza*⁴² e *Verbitsky*⁴³. Nesses casos, o objetivo da delegação foi alcançar uma maior eficiência na execução da sentença, já que os tribunais locais poderiam realizar um melhor monitoramento e controle sobre a implementação da decisão. Além disso, em razão das cortes superiores atuarem principalmente em questões abstratas de constitucionalidade de leis, é mais adequado que o trabalho minucioso de monitoramento da execução seja realizado pelas instâncias inferiores, que poderão se reportar às cortes constitucionais no caso de eventuais problemas⁴⁴.

Quanto ao ponto, a delegação da execução a instâncias inferiores se deve (i) às dificuldades processuais e aos incidentes que surgem durante o cumprimento da sentença; (ii) à necessidade de manter a racionalidade da agenda dos casos analisados; e (iii) à busca de uma maior proximidade entre o poder judicial e as partes⁴⁵. No caso *Mendonza*, por exemplo, a Suprema Corte argentina delegou as funções de monitoramento periódico para o Tribunal Federal de Primeira Instância de Quilmes, que tinha o poder de determinar multas diárias pelo descumprimento do programa estabelecido no julgamento. Além disso, a Corte nomeou a *Auditoría General de la Nación* para controlar a alocação de fundos e a execução orçamentária da política pública ordenada. Também no caso *Brown v. Board of Education*, os juízes federais

⁴² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)*: Sentencia 8 de julio de 2008. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 23 maio 2024. MERLINSKY, María Gabriela. Efectos de las causas estructurales en el largo plazo: la causa Riachuelo. *Revista Direito e Práxis*, v.7, n. 14, p. 400, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/22954>. Acesso em: 23 maio 2024: “[...] a Suprema Corte Argentina propôs duas importantes inovações: primeiro, a definição de metas de cumprimento obrigatório com prazos definidos; e segundo, a delegação da supervisão da execução da sentença a um juiz de primeira instância, tarefa que na época foi dada ao Tribunal Federal de Quilmes”. No mesmo sentido, cf. VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 74.

⁴³ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*: Sentencia 3 de mayo de 2005. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 23 maio 2024; VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina. p. 74.

⁴⁴ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 461.

⁴⁵ VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina. p. 74.

de diferentes distritos tiveram ampla liberdade para efetivar a decisão, podendo, até mesmo, determinar multas pessoais aos agentes públicos e prisões por *contempt of court*⁴⁶.

Outra dificuldade do procedimento estrutural diz respeito à rotatividade dos agentes públicos responsáveis pela efetivação e condução do processo⁴⁷. Nos Poderes Executivo e Legislativo, é comum a mudança constante de agentes públicos, seja por meio das eleições periódicas ou pela exoneração de secretários e ministros. Nesse cenário, é possível que, no início da fase de execução de uma sentença estrutural, o administrador público responsável esteja plenamente comprometido com a efetivação da política ordenada, mas, com posteriores eleições ou exonerações, outro agente menos comprometido assumo o cargo. Daí ser extremamente necessário que os tribunais desenvolvam estratégias para fazer cumprir sua decisão, independentemente da fluidez e vontade política das autoridades administrativas. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem contribuído para essa função, haja vista, notadamente, sua capacidade administrativa de desenvolver pesquisas e de realizar monitoramentos sobre temáticas afetas à prestação jurisdicional em matéria de políticas públicas.

Ainda, uma questão procedimental relevante refere-se ao órgão judiciário ideal para os litígios estruturais. Acreditamos que a corte mais apta a prolatar decisões estruturais no Brasil, justamente por ser o órgão de cúpula da estrutura judicial, é o Supremo Tribunal Federal, cujo presidente também preside o Conselho Nacional de Justiça que pode auxiliar no cumprimento do que for decidido. Ademais, no âmbito do STF, o processo estrutural pode agregar maior representação democrática, devido à frequência de audiências públicas e participação de *amicus curiae*⁴⁸. Apesar dessas vantagens, é certo que o STF não é a única instância possível para o litígio estrutural. Ou seja, casos iniciados por juízes ou tribunais inferiores também podem receber tratamento estrutural, especialmente quando o problema endereçado

⁴⁶ YOO, John Choo. Who measures the chancellor's foot?: the inherent remedial authority of the federal courts. *California Law Review*, v. 84, p. 1122, 1996. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1115635/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 22 maio 2024.

⁴⁷ FISS, Owen M. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 50; RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 149.

⁴⁸ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. p. 461.

envolve uma região geográfica específica⁴⁹. Em síntese, o monitoramento periódico e a conservação de jurisdição, na fase de execução, são as principais medidas adotadas pelos tribunais para o cumprimento de sentenças estruturais.

Cumprir observar, por fim, que os principais instrumentos previstos na lei processual brasileira para a promoção de medidas estruturantes são a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Civil Pública (ACP). Essas espécies de ação possibilitam a prolação de sentenças de natureza variada, inclusive as de cunho estrutural. Podem veicular pretensões inibitória-executiva, reintegratória, de adimplemento na forma específica, entre outras⁵⁰.

4. Litígios estruturais como processos multipolares: publicidade e participação

O processo estrutural deve ser conduzido através de um método dialógico que permita a participação de todos os interessados e possíveis afetados pela decisão⁵¹. Além do tribunal e das autoridades públicas destinatárias das ordens, o julgamento deve atrair todos aqueles que, direta ou indiretamente, são afetados ou têm interesse legítimo no resultado da causa. Segundo Rodríguez-Garavito, isso inclui todas “as vítimas cujos direitos foram violados, as organizações relevantes da sociedade civil, as organizações internacionais de direitos humanos e outros atores cuja participação é útil para a proteção dos direitos que são objeto do caso”⁵².

De fato, apesar da importância de imposição judicial de requisitos mínimos e prazos, é necessária uma abertura à participação popular na elaboração dos planos e também na fase de conhecimento da ação, por meio de audiências públicas e dos

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 230.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 408.

⁵¹ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. **UCLA Law Review**, v. 25, p. 244–260, 1977.

⁵² RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. p. 56.

*amici curiae*⁵³. O juiz responsável pelo caso estrutural deve privilegiar formas consensuais de resolução de disputas, como as audiências de conciliação ou mediação, a fim de que todos os interessados possam chegar a acordos⁵⁴. Na esteira do afirmado por Stephen Yeazell, o processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que diferentes posições e interesses podem fazer-se ouvir⁵⁵. Tal procedimento funcionaria como uma “reunião da cidade” (*town meeting*), em que se está diante de um estágio de consulta dos diversos interesses em jogo. Nas palavras de Edilson Vitorelli, “transformar audiências judiciais em *town meetings* não é apenas uma ideia voltada para se obter legitimidade da decisão [...]. É uma necessidade decorrente do perfil do conflito a ser decidido”⁵⁶.

Nesse contexto, o estudo de Paola Bergallo⁵⁷ sobre o caso *Mendoza*, atinente à contaminação do rio Riachuelo na Argentina, demonstra o potencial da condução dialógica de um processo. No caso, a Suprema Corte argentina incluiu como terceiros interessados a Defensoria Pública, diversas organizações da sociedade civil, as fábricas que operavam na região e diversas universidades e cientistas. Como observou Bergallo, a inclusão desses atores sociais criou um ambiente dialógico e possibilitou a produção de informações paralelas às que foram geradas pelos canais oficiais, permitindo, assim, um conhecimento mais amplo do objeto litigioso. Em suas palavras,

O processo e a fase de cumprimento de sentença envolveram uma variedade de partes interessadas que excediam em muito a dinâmica bipolar típica dos litígios convencionais. Este aumento da participação e transparência foi possibilitado também pelas audiências públicas [...]. Tais audiências ajudaram a reunir os dados necessários para o desenvolvimento dos planos de despoluição e possibilitaram a participação de especialistas e representantes da Universidade de Buenos Aires

⁵³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 363.

⁵⁴ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. p. 362–363.

⁵⁵ YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. p. 244.

⁵⁶ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. p. 399.

⁵⁷ BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa 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, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/306265512_El_caso_Mendoza_una_experiencia_de_judicializacion_cooperativa_en_Roberto_Gargarella_comp_Justicia_dialogica_Buenos_Aires_Siglo_XXI_Editores_2014. Acesso em: 22 maio 2024.

(UBA) e da sociedade civil. Além disso, elas facilitaram a coordenação interjurisdicional, forçando a colaboração entre os governos e os juízes locais. Por fim, as audiências foram importantes para fortalecer a legitimidade dos Tribunais, mostrando sua capacidade de incentivar a deliberação⁵⁸.

Ainda, o processo *Mendoza* gerou ampla mobilização social na região do litígio, e sua tramitação foi constantemente observada, estudada e impulsionada por vários representantes da população afetada. Nesse sentido, litígios estruturais podem contribuir para o empoderamento de comunidades marginalizadas. No caso dos *desplazados* da Colômbia, por exemplo, a decisão do Tribunal Constitucional tirou da invisibilidade social a população deslocada, alterando a percepção da opinião pública sobre suas condições de vida⁵⁹. Ou seja, a participação e o engajamento daqueles que serão atingidos pelas reformas estruturais são importantes para mobilizar as autoridades públicas e, em última instância, para garantir a própria concretização da decisão. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, na já citada ADPF 709, determinou que os planos envolvendo políticas de saúde para os povos indígenas fossem elaborados e monitorados pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, mas sempre com a participação das próprias comunidades indígenas. Nos termos do voto do relator, Ministro Roberto Barroso, os indígenas “têm que expressar suas necessidades e auxiliar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, inclusive porque é preciso ter em conta que as comunidades têm suas particularidades, peculiaridades e tradições culturais, muitas vezes, diversas”⁶⁰.

5. Meios coercitivos para a garantia de cumprimento de decisões estruturais

Os processos estruturais são, como regra, caros, consomem muito tempo, exigem uma expressiva habilidade jurídica e política do Poder Judiciário e só parecem funcionar bem em determinados contextos sociopolíticos. A implementação de decisões estruturais é tarefa especialmente difícil, que demanda a alteração de uma realidade complexa, que envolve interesses superpostos e contraditórios. Para

⁵⁸ BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud.

⁵⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. p. 18.

⁶⁰ STF, ADPF 709 MC-Ref/DF. Plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 5 ago. 2020.

que não se converta em uma “vitória de papel”⁶¹, ou seja, em uma mera declaração simbólica desprovida de efetividade, será preciso que os tribunais empreguem certos meios coercitivos, a fim de que suas ordens sejam cumpridas.

De acordo com Owen Fiss, a efetividade de decisões estruturais só pode ser garantida pela supervisão judicial constante. Os juízes responsáveis pela execução devem exercer uma fiscalização contínua das práticas e políticas adotadas pela instituição que está sob intervenção, até que o cenário de violações a direitos seja reparado⁶². Ao manter sua jurisdição sobre o caso, a corte permite que qualquer uma das partes possa imediatamente retornar a ela, caso a ordem estrutural não seja implementada. Da mesma forma, em muitos casos, os tribunais de diferentes países criaram comissões de monitoramento, que tinham a responsabilidade de informar os tribunais sobre o progresso da execução⁶³.

Ainda, como destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a contribuição de *experts*, a exigência de relatórios periódicos e as audiências públicas são exemplos de ferramentas empregadas no direito comparado para o monitoramento de sentenças estruturais⁶⁴. Na Colômbia, por exemplo, a fiscalização mediante “autos de acompanhamento” e audiências públicas foi determinante para o sucesso no caso do deslocamento forçado de pessoas, principalmente quando comparado “ao fracasso da intervenção no caso do sistema penitenciário, no qual a Corte não reteve jurisdição”⁶⁵. Da mesma forma, na Índia, a supervisão constante da Suprema Corte

⁶¹ BRADLEY, Valerie; CLARKE, Gary. **Paper victories and hard realities**: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled: selected papers on the Supreme Court decision, *O'Connor v. Donaldson*. Washington: Health Policy Center: Georgetown University, 1976.

⁶² FISS, Owen M. *The forms of justice*. p. 28: “Nos casos em que a desinstitucionalização é possível, como na área da saúde mental, fechar a instituição pode ser uma opção viável. Mas na maioria dos casos, como os que envolvem escolas, prisões, órgãos de assistência social, departamentos de polícia e sistemas de habitação, por exemplo, fechar a instituição não é uma opção viável. Assim, nesses casos, as cortes se envolvem na reorganização da instituição em funcionamento, de modo a remover a ameaça que ela representa para os valores constitucionais. A jurisdição do tribunal durará enquanto tal ameaça persistir”.

⁶³ ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**: can courts bring about social change? Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 27: “Outras medidas que auxiliaram os tribunais na efetivação de suas decisões foram: a retenção de sua jurisdição, a criação de comissões de monitoramento e o envolvimento ativo do juiz no caso [...]. Essas etapas são projetadas para permitir que o tribunal siga de perto a fase de cumprimento de sentença. Se as ordens judiciais não estiverem sendo executadas, ou se circunstâncias imprevistas tornarem essas ordens inadequadas, esses mecanismos permitirão uma rápida correção. Por exemplo, se a Corte retém sua jurisdição sobre o caso, qualquer uma das partes pode retornar imediatamente à Corte se a ordem não estiver sendo cumprida ou se uma mudança fática exigir sua alteração. Da mesma forma, as comissões de monitoramento podem informar ao juiz sobre o progresso da implementação e alertar o tribunal para a necessidade de outras medidas”.

⁶⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 210.

⁶⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 210.

criou a pressão necessária sobre o governo para que este reformulasse suas políticas de combate à fome. A Corte indiana determinou a criação de uma comissão, cujos comissários centrais nomeavam conselheiros em cada estado do país, para controlar a execução de suas ordens. Tal Comissão tinha o dever de recolher informações dos governos e mediar as políticas determinadas pelas cortes com as autoridades administrativas⁶⁶. Já na Argentina, Paola Bergallo aponta que a Suprema Corte, no caso *Mendoza*, empregou um estilo experimental para monitorar o cumprimento da decisão, designando a *Auditoría General de la Nación* (AGN) como o órgão responsável por auditorias e inspeções permanentes⁶⁷.

Por sua vez, nos Estados Unidos, além do controle permanente da execução da sentença, as cortes também emitiam ordens com alta carga coercitiva. Com efeito, a força das *structural injunctions* residia justamente no fato de que seu descumprimento gerava penalidades como multas ou prisão por *contempt of court*⁶⁸. No famoso caso *Spallone v. United States*⁶⁹, por exemplo, a Corte distrital de Yonkers declarou que o Conselho Legislativo da cidade estava em desobediência ao tribunal (*contempt of court*), pois não havia cumprido a ordem da Corte de criar moradias populares que contribuiriam para a dessegregação racial do local⁷⁰. No caso, os juízes ameaçaram prender os conselheiros que se recusaram a votar pela aprovação da legislação necessária para a criação dos conjuntos habitacionais e impuseram multas que alcançavam um milhão de dólares por dia – as quais, em poucas semanas, geraram a falência da cidade⁷¹. O caso acabou se tornando um exemplo paradigmático do poder excessivo

⁶⁶ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. p. 236–237: “A Suprema Corte da Índia já prolatou sentenças estruturais em face de violações constitucionais. O exemplo mais famoso é a ordem do Tribunal de 2001 no caso *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & Others*. [...] o conjunto de ONGs que ajuizou a ação foi fundamental para monitorar o cumprimento da decisão, trazendo novas informações ao tribunal, apresentando novos pedidos e atuando como uma ponte entre o Tribunal e os cidadãos. O Tribunal também criou uma Comissão em 2002 para acompanhar a implementação da sentença [...]. Essa Comissão recolhe dados governamentais, auxilia na elaboração de ordens provisórias e faz mediações políticas com os governos. Em geral, a intervenção judicial parece ter sido bem-sucedida nesse caso, eis que gerou melhorias na política alimentar da Índia e, principalmente, contribuiu para o início de um amplo debate público sobre o assunto. O governo anunciou recentemente uma nova lei (a Lei Nacional de Segurança Alimentar) destinada a solucionar todo o problema”.

⁶⁷ BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud.

⁶⁸ YOO, John Choo. Who measures the chancellor’s foot?: the inherent remedial authority of the federal courts. p. 1122.

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Spallone v. U.S.**, 493 U.S. 265 (1990). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/493/265/>. Acesso em: 23 maio 2024.

⁷⁰ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **United States v. Yonkers Bd. of Educ.**, 624 F. Supp. 1276 (S.D.N.Y. 1985). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/624/1276/2304726/>. Acesso em: 23 maio 2024.

⁷¹ FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. **Southern California Law Review**, n. 65, p. 763–765, 1992: “o caso *Spallone v. United States* envolveu uma ação ajuizada pela NAACP alegando

dos juízes nos processos estruturais estadunidenses e foi, inclusive, tema de recente série televisiva produzida pela HBO “Show Me a Hero”⁷², que retratou a resistência dos moradores de classe média contra a criação das habitações populares imposta pela corte.

No estudo da efetividade de sentenças estruturais prolatadas em âmbito nacional, é preciso verificar quais medidas coercitivas são de fato legítimas no Brasil. Os tribunais brasileiros não podem, por exemplo, determinar a prisão civil por dívida ou por descumprimento de decisão judicial⁷³. Além disso, como se sabe, a determinação judicial de aumento de impostos ou de contratação de agentes públicos pela Administração seriam inconstitucionais.

No Brasil, os principais meios coercitivos para a efetivação de sentenças são as *astreintes*⁷⁴. A imposição de *astreintes* é medida comum nos processos de execução brasileiros, utilizada em inúmeros casos em que administradores públicos descumpriram decisões judiciais⁷⁵. Com efeito, as *astreintes* servem para proteger o respeito devido à autoridade dos magistrados e, também, para proteger os indivíduos afetados que aguardam o cumprimento da sentença. Essa aplicação de multas para pressionar o cumprimento de uma decisão judicial é uma ferramenta conhecida também em outros países. As *astreintes* foram utilizadas, por exemplo, por tribunais argentinos no contexto da sentença estrutural emitida no caso *Mendoza*. Neste, as

que a cidade de Yonkers havia adotado um padrão e uma prática de discriminação racial no sistema habitacional, violando a Constituição e as leis federais. Em sua decisão, a Corte Distrital declarou a cidade culpada por uma conduta ‘permanente e extrema’ de discriminação racial. [...] Quando a cidade não aprovou a legislação exigida para garantir o cumprimento da ordem do tribunal distrital, os conflitos chegaram ao auge. [...] A Corte Distrital declarou que a cidade e os membros do conselho da cidade que haviam votado contra a legislação antidiscriminação estavam em desobediência à Corte (*contempt of court*). A Corte impôs vultosas multas e ameaçou prender os membros do conselho que não votaram a favor da legislação exigida. [...] Enquanto isso, as multas impostas à cidade se aproximavam de um milhão de dólares por dia. Enfrentando a falência, todos os membros do conselho, com exceção de dois, cederam e aprovaram a legislação antidiscriminatória exigida pela Corte”.

⁷² SHOW me a hero. Direção: Paul Haggis. New York: HBO Home Box Office, 2015. Disponível em: <https://www.imdb.com/title/tt2492296/>. Acesso em: 2 fev. 2024.

⁷³ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, seria preciso uma mudança de orientação por parte do STF para viabilizar a utilização desse meio coercitivo. (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. p. 229).

⁷⁴ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 203.

⁷⁵ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 203.

multas foram especificamente impostas à autoridade-chefe do órgão responsável pela implementação da sentença, e não ao ente público⁷⁶.

As medidas coercitivas, no entanto, devem ser utilizadas em casos excepcionais de não cumprimento e, ainda assim, de forma razoável, adequada, proporcional e compatível com a Constituição. Na maior parte dos casos, elas devem ser substituídas por um sistema funcionalmente operativo de monitoramento, de perfil dialógico e representativo de todos os interesses envolvidos no processo.

6. Conclusão

Os processos estruturais não garantem remédios imediatos ou soluções ideais, e o discurso dos direitos deve ser compatibilizado com a realidade. O Poder Judiciário não consegue, sozinho, superar cenários históricos de violações sistêmicas a direitos. É necessário o envolvimento ativo do Legislativo, do Executivo e da sociedade civil, que são a principal força motriz de mudanças reais e permanentes na sociedade. A formulação de políticas bem-sucedidas em um ambiente regulatório complexo requer intercâmbios permanentes e, muitas vezes, o envolvimento contínuo de todos os três Poderes⁷⁷.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem feito uso do arcabouço teórico do litígio estrutural de maneira ponderada, equilibrando a necessidade de tutela de direitos fundamentais violados de maneira generalizada com a preservação das competências dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse sentido, as decisões do STF sobre esses litígios têm sido para determinar que o Poder Executivo apresente planos de ação em um determinado prazo e com foco na resolução de problemas específicos. Por sua vez, a forma como os problemas apontados pelo Judiciário serão resolvidos é construída pelos próprios Poderes destinatários do comando judicial.

Ainda, a efetividade dessas decisões não deve ser aferida por meios excessivamente severos, já que, na maioria dos casos, a alternativa ao processo estrutural é a manutenção do *status quo* e da violação a direitos fundamentais. Em outras palavras,

⁷⁶BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. p. 331: “No decorrer de diferentes audiências, o juiz Armella impôs multas às autoridades públicas e até mesmo aos responsáveis da Acumar pelas inúmeras falhas administrativas”.

⁷⁷REBELL, Michel A. *Poverty, “meaningful” educational opportunity, and the necessary role of the courts.* *North Carolina Law Review*, v. 85, p. 1539, 2007.

“as limitações desses processos não podem ser avaliadas no vácuo”, mas apenas à luz das alternativas existentes⁷⁸. Assim, apesar de todas as dificuldades apontadas, reconhecemos que a intervenção judicial estrutural pode oferecer um relevante canal para promover discussões sobre direitos socioeconômicos. Mesmo se não forem capazes de gerar mudanças permanentes, esses litígios já desempenham o importante papel de chamar a atenção de agentes públicos e privados para certas violações de direitos e podem atrair, também, a atenção da mídia e da sociedade civil para o problema e instigar a busca por soluções. Caso conquistem apoio político e consigam pressionar os demais Poderes na produção de soluções e de mudanças, os litígios em questão podem representar um importante instrumento de acesso a direitos e de democratização.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 633–725, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5616016/mod_resource/content/1/Ackerman_The_New_Separation_of_Powers_HLR.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389–410, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BAUERMANN, Desirê. Structural injunctions no direito americano. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 279-301.

⁷⁸CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. **Fordham Urban Law Journal**, v. 36, n. 4, p. 612, 2009. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol36/iss4/1/>. Acesso em: 22 maio 2024.

BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa 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, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/306265512_El_caso_Mendoza_una_experiencia_de_judicializacion_cooperativa_en_Roberto_Gargarella_comp_Justicia_dialogica_Buenos_Aires_Siglo_XXI_Editores_2014. Acesso em: 22 maio 2024.

BRADLEY, Valerie; CLARKE, Gary. **Paper victories and hard realities**: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled: selected papers on the Supreme Court decision, O'Connor v. Donaldson. Washington: Health Policy Center: Georgetown University, 1976.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “estado de coisas inconstitucional”**. 2015. 58 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015_.Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%ABblico. Acesso em: 20 set. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. **Jota**, 2015. Disponível em: <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 20 set. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carloscampos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 20 set. 2018.

CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory and practice. **Fordham Urban Law Journal**, v. 36, n. 4, p. 603-651, 2009. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol36/iss4/1/>. Acesso em: 22 maio 2024.

D’AGOSTINO, Rosanne. O que dizem advogados sobre Renan não cumprir decisão do STF: Presidente do Senado recusou-se a assinar notificação de afastamento; especialistas divergem sobre Renan ser preso por desobediência. **G1**, 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/o-que-dizem-advogados-sobre-renan-nao-cumprir-decisao-do-stf.ghtml>. Acesso em: 2 mar. 2024.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 353-368.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 3, p. 465-517, Jan. 1980. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/698/>. Acesso em: 22 maio 2024.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **Texas Law Review**, n. 89, p. 1643-1668, 2011. Disponível em: <https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Ferraz-89-TLR-1643.pdf>. Acesso em: 22 maio 2024.

FISS, Owen M. **The civil rights injunctions**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen M. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 22 maio 2024.

FISS, Owen M. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003.

FISS, Owen M. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 31-55.

FISS, Owen M. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Coordenação da tradução: Calos Alberto de Salles. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen M. Two models of adjudication. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008.

FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. **Southern California Law Review**, n. 65, p. 735–780, 1992.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (org.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Farnham: Ashgate, 2006.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel (org.). **Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world.** New York: Cambridge University Press, 2008.

GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops...it’s still moving. **University of Miami**, v. 58, n. 1, p. 143-171, 2003. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol58/iss1/13/>. Acesso em: 22 maio 2024.

HIRSCH, Danielle Elyce. A defense of structural injunctive remedies in South African law. **Oregon Review of International Law**, v. 9, n. 1, 2007.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. **Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law.** Oxford: Oxford University Press, 2014.

JEFFRIES JR., John C.; RUTHERGLEN, George A. Structural reform revisited. **California Law Review**, v. 95, p. 1387–1422, 2007.

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

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais.** Salvador: JusPodivm, 2017. p. 449-466.

KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of education and the civil rights movement.** New York: Oxford University Press, 2007.

KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review.** New York: Oxford University Press, 2004.

LANDAU, David. David Landau responds to Mark Tushnet. **Harvard International Law Journal/Opinio Juris Symposium**, v. 53, n. 1, Mar. 2012. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2012/03/09/hilj-landau-responds-to-tushnet/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 190–247, 2012. Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/articles/557/>. Acesso em: 22 maio 2024.

LANDSBERG, Brian K. Does prison reform bring sentencing reform?: the Congress, the courts, and the structural injunction. **McGeorge Law Review**, v. 46, n. 4, p. 749–774, 2014. Disponível em: <https://scholarlycommons.pacific.edu/mlr/vol46/iss4/4/>.

LANGFORD, Malcolm (org.). **Social rights jurisprudence: emerging trends in international and comparative law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LEVY, Leonard W.; PHILIPS, Harlan B. The Roberts case: source of the “separate but equal” doctrine. **The American Historical Review**, v. 56, n. 3, p. 510-518, 1951.

LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**, n. 12, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**, v. 30, n. 127, p. 54–74, set. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTIN, Elizabeth (ed.). **Oxford dictionary of law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MCCANN, Michael. **Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

MELNICK, R. Shep. Courts and agencies. *In*: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (org.). **Making policy, making law: an interbranch perspective**. Washington: Georgetown University Press, 2004.

MERLINSKY, María Gabriela. Efectos de las causas estructurales en el largo plazo: la causa Riachuelo. **Revista Direito e Práxis**, v.7, n. 14, p. 397–420, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/22954>. Acesso em: 23 maio 2024.

MISHKIN, Paul J. Federal courts as state reformers. **Washington and Lee Law Review**, v. 35, p. 949–976, 1978. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol35/iss4/2>. Acesso em: 22 maio 2024.

NAGEL, Robert F. Separation of powers and the scope of federal equitable remedies. **Stanford Law Review**, v. 30, p. 661–724, 1978. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/1091/>. Acesso em: 22 maio 2024.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP**, v. 13, p. 229–258, jul. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920/9333>. Acesso em: 22 maio 2024.

PUGA, Mariela. El control de constitucionalidad y la litis estructural en Brown vs. Board of Education. **Revista Ideas & Derecho**, n. 9, p. 121–183, 2013. Disponível em: <https://www.aafder.org/images/revista/Ideas%20y%20Derecho%202013%2009.pdf>. Acesso em: 22 maio 2024.

PUGA, Mariela. **Litigio y cambio social en Argentina y Colombia**. Buenos Aires: Clacso, 2012.

PUGA, Mariela. **La realización de derechos en casos estructurales**: las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’. Argentina: Faculdade de Direito, Universidade de Palermo, 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/342010435_La_realizacion_de_los_Derechos_en_Casos_Estructurales. Acesso em: 22 maio 2024.

RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 327–356, jan./dez. 2007.

REBELL, Michel A. Poverty meaningful educational opportunity, and the necessary role of the courts. **North Carolina Law Review**, v. 85, p. 1467–1544, 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol85/iss5/8/>. Acesso em: 23 maio 2024.

RENDLEMAN, Doug. **Complex litigation**: injunctions, structural remedies, and contempt. New York: Foundation Press, 2010.

RESNIK, Judith. Managerial judges. **Harvard Law Review**, v. 96, p. 374-448, 1982. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72827116.pdf>. Acesso em: 22 maio 2024.

RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 141-176.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento?: más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **Más allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009. p. 434-492.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **Más allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1669-1698, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 22 maio 2024.

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.

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

ROUX, Theunis. Principle and pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, p. 106-138, 2009. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/7/1/106/665838?login=true>. Acesso em: 23 maio 2024.

RUSHIN, Stephen. Structural reform litigation in American Police Departments. **Minnesota Law Review**, v. 99, p. 1343-1422, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/257/>. Acesso em: 22 maio 2024.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, n. 117, p. 1016-1101, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7756421/mod_resource/content/1/Destabilization%20Rights_%20How%20Public%20Law%20Litigation%20Succeeds.pdf. Acesso em: 22 maio 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 230.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. **Michigan Law Review**, v. 97, n. 6, p. 1994-2036, 1999. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/reviews/94/>. Acesso em: 22 maio 2024.

SHOW me a hero. Direção: Paul Haggis. New York: HBO Home Box Office, 2015. Disponível em: <http://www.imdb.com/title/tt2492296/>. Acesso em: 2 fev. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 285-326.

STURM, Susan. Normative theory of public law remedies. **The Georgetown Law Journal**, v. 79, 1991.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy**: what constitutions do. New York: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights?: lessons from South Africa. **Chicago John M. Olin Law & Economics Working Papers**, n. 124, 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=269657. Acesso em: 22 maio 2024.

TUSHNET, Mark. Jenkins and the autonomy of local governments. **The Urban Lawyer**, v. 24, n. 3, p. 631-636, 1992.

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: 1 mar. 2024.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 63-84.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Juspodivm, 2013.

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.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://www.humanities.mcmaster.ca/~walucho/3Q3/Waldron.Core%20Case%20Judicial%20Review%20Yale%20LJ.pdf>. Acesso em: 22 maio 2024.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. **UCLA Law Review**, v. 25, p. 244-260, 1977.

YOO, John Choo. Who measures the chancellor’s foot?: the inherent remedial authority of the federal courts. **California Law Review**, v. 84, p. 1121-1177, 1996. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1115635/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 22 maio 2024.

Jurisprudência citada

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court. **Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom and others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000)**. Disponível em: <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>. Acesso em: 23 maio 2024.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza–Riachuelo)**: Sentencia 8 de julio de 2008. Disponível em: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-00ts-upmocsollaf>. Acesso em: 23 maio 2024.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus**: Sentencia 3 de mayo de 2005. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corporus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-00ts-eupmocsollaf>. Acesso em: 23 maio 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, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargo Declaratório na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761112340>. Acesso em: 27 fev. 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, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 27 fev. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Spallone v. U.S., 493 U.S. 265 (1990)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/493/265/>. Acesso em: 23 maio 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **United States v. Yonkers Bd. of Educ., 624 F. Supp. 1276 (S.D.N.Y. 1985)**. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/624/1276/2304726/>. Acesso em: 23 maio 2024.



Delegação de competência no processo estrutural¹

Jurisdiction delegation in structural injunctive relief cases

Delegación de competencia en proceso estructural

Antonio do Passo Cabral²

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9863-5922>

E-mail: antoniocabral@uerj.br

Resumo

O presente texto pretende demonstrar que delegações de competência pelos juízes são válidas e comuns no direito brasileiro e podem ser úteis como técnica de efetividade do processo estrutural. Além disso, pretende desenvolver uma dogmática sobre a delegação de competências jurisdicionais, discorrendo sobre o seu objeto, os limites e controles do delegatário e a função de supervisão exercida pelo juízo delegante.

Palavras-chave

Processo estrutural; delegação de competência; jurisdição; juiz natural.

Sumário

1. Introdução. 2. Competência adequada e capacidades institucionais: de “quem decide” para “quem decide melhor”: o juiz natural como o juízo mais adequado. 3. Da

¹ CABRAL, Antonio do Passo. Delegação de competência no processo estrutural. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 123-167, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a375>.

² Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorado na Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Professor Visitante nas Universidades de Passau (2015) e Kiel (2016 e 2017), na Alemanha, e na Universidade Ritsumeikan, em Quioto, no Japão (2018). *Senior Lecturer* na *Peking University* (2019 e 2021), na China. Procurador da República e ex-Juiz Federal. Vice-Presidente da *International Association of Procedural Law* (IAPL), Diretor de Relações Internacionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP), da Associação de Juristas Brasil-Alemanha (*Deutsch-Brasilianisch Juristenvereinigung*) e da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6675990712870926>.

prática das delegações monárquicas à suposta indelegabilidade e improrrogabilidade das competências. 3.1 Previsão de delegação de atos jurisdicionais na legislação brasileira e no direito estrangeiro. 4. Desconstruindo os argumentos contrários à delegabilidade. Compatibilidade da delegação de competências com a Constituição. 4.1 Suposta violação à separação de poderes. 4.2 O dever de prestar a jurisdição (vedação do *non liquet*) e a suposta inalienabilidade da competência. A delegação de competência como mais uma forma de implementar o acesso à justiça e de prestar a tutela jurisdicional eficiente. 4.3 Confusão da indeclinabilidade da jurisdição com a indelegabilidade da competência. 4.4 A vedação do poder de comissão decorrente do juiz natural: a delegação vista como uma comissão extraordinária. 5. Delegação de competências jurisdicionais: conceito, objeto e aspectos gerais. 6. Instrumento da delegação: lei ou decisão judicial. 7. Supervisão jurisdicional como sucedâneo da delegação de competência. 7.1 Controle sobre os atos do delegatário. 7.2 Revogação ou modificação dos termos da delegação. 7.3 Responsabilidade do juízo delegante. 7.4 Vantagens da delegação com retenção de atividade de supervisão. A redução da coerção estatal e o incremento da função do juiz como “facilitador”. 8. Delegatários. 8.1 Delegação interjurisdicional de competências. 8.2 Servidores públicos do próprio Judiciário. 8.3 Agências reguladoras e outros órgãos do Poder Executivo. 9. Conclusão.

Abstract

The present essay intends to demonstrate that jurisdiction delegations can be validly made by judges in the Brazilian legal system, and how they can be useful to structural injunctions cases. Moreover, the article aims to develop the dogmatics of jurisdiction delegations, investigating its object, limits and forms of control over the delegatee, as well as the oversight functions of the delegator judge.

Keywords

Structural injunctions; jurisdiction delegation; lawful judge.

Contents

1. Introduction. 2. Institutional capacities: from “who decides” to “who decides best”: the lawful judge as the most appropriate body. 3. From the practice of monarchical delegations to the assumed non-delegability and of adjudicative powers. 3.1 Provision for delegation of judicial decisions in Brazilian legislation and foreign law. 4. Deconstructing the arguments against delegability. Compatibility of the delegation of judicial powers with the Constitution. 4.1 Alleged violation of the separation of powers. 4.2 The duty to decide (*non liquet* prohibition) and the alleged inalienability of adjudication. The delegation of competences as another

way of implementing access to justice and providing efficient judicial relief. 4.3 Confusion between the non-delegability of jurisdictional powers and the non-delegability of judicial competences. 4.4 The prohibition arising from the principle of a lawful judge: delegation seen as an extraordinary commission. 5. Delegation of jurisdictional powers: concept, object and general aspects. 6. Instrument of delegation: law or court order. 7. Judicial oversight as a consequence of the delegation of competences. 7.1 Control over the delegatee's actions. 7.2 Revocation or modification of the terms of delegation. 7.3 Responsibility of the delegating judge. 7.4 Advantages of delegations with retention of supervisory powers. The reduction of state coercion and the increase in the judge's role as "facilitator". 8. Delegates. 8.1 Interjudiciary delegation of powers. 8.2 Public servants. 8.3 Regulatory agencies and other bodies of the Executive. 9. Conclusion.

Resumen

Este texto pretende demostrar que las delegaciones de competencias por parte de los jueces son válidas y comunes en el derecho brasileño, y cómo pueden ser útiles como técnica para la efectividad del proceso estructural. Además, pretende desarrollar un enfoque dogmático de la delegación de competencias jurisdiccionales, discutiéndose su objeto, límites, controles sobre el delegado y la función supervisora que ejerce el tribunal delegante.

Palabras clave

Proceso estructural; delegación de competencias; jurisdicción; juez natural.

Índice

1. Introducción. 2. Competencia adecuada y capacidades institucionales: del "quién decide" al "quién decide mejor": el juez natural como juicio más adecuado. 3. De la práctica de las delegaciones monárquicas a la supuesta indelegabilidad e improrrogabilidad de poderes. 3.1 Disposición para la delegación de actos jurisdiccionales en la legislación brasileña y en el derecho extranjero. 4. Deconstruyendo los argumentos contra la delegabilidad. Compatibilidad de la delegación de competencias con la Constitución. 4.1 Presunta violación de la separación de poderes. 4.2 El deber de decidir (prohibición de non liquet) y la supuesta inalienabilidad de la competencia. La delegación de competencias como otra forma de implementar el acceso a la justicia y la tutela judicial eficiente. 4.3 Confusión entre indelegabilidad de competencia y indelegabilidad de competencia. 4.4 La prohibición del poder de comisión proveniente del juez natural: la delegación vista como una comisión extraordinaria. 5. Delegación de facultades jurisdiccionales: concepto, objeto y aspectos generales. 6. Instrumento de delegación:

ley o decisión judicial. 7. La supervisión judicial como consecuencia de la delegación de competencias. 7.1 Control sobre las acciones del delegado. 7.2 Revocación o modificación de los términos de la delegación. 7.3 Responsabilidad del juez delegante. 7.4 Ventajas de la delegación con retención de la actividad supervisora. La reducción de la coerción estatal y el aumento del papel del juez como “facilitador”. 8. Delegados. 8.1 Delegación interjurisdiccional de facultades. 8.2 Servidores públicos del Poder Judicial. 8.3 Agencias reguladoras y otros órganos del Poder Ejecutivo. 9. Conclusión.

1. Introdução

A fim de participar do periódico científico organizado pelo Supremo Tribunal Federal inteiramente dedicado ao tema dos processos estruturais, resolvi tratar de um ponto relevante, mas ainda pouco compreendido: a possibilidade de delegação de competências.

Essas delegações são frequentes nos processos estruturais, aqueles que versam sobre litígios muito complexos, com interesses multilaterais, grande quantidade de pessoas impactadas, frequentemente envolvendo controle judicial de políticas públicas, e que objetivam operar alterações em práticas, condutas ou estruturas em uma dada instituição ou setor.³ Pelas características desse tipo de litígio e de processo, o

³JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *passim*; VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2013, *passim*; ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, n. 2, p.211-229, jul.-dez. 2015; VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 2. tiragem. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 60: “O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdiccional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”. No mesmo sentido, em outro texto, VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 43, n. 284, 2018, p. 333-369, out. 2018. Vejam-se ainda 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: “O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo”.

Judiciário não consegue a contento praticar todas as funções necessárias para desfazer o estado de coisas ilícito que é constatado. Os juízes dependem da coordenação das suas funções com atividades de outros sujeitos, que, por vezes, exercerão eles próprios, em caráter primário, atividades delegadas.

E isso acontece até mesmo naqueles conduzidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Nos últimos anos, vimos o STF proferir decisões constituindo comissões de acompanhamento ou monitoramento de suas decisões,⁴ ou “salas de situação”⁵, que devem reportar-se ao juízo, fiscalizando o cumprimento do que foi decidido.

Mas, na doutrina tradicional, essas delegações sempre foram enxergadas como inválidas. Sem dúvida, até recentemente, o princípio do juiz natural – grande vetor do sistema de competências jurisdicionais – era interpretado de maneira a proibir modificações de competência após o ajuizamento da ação e de modo a afastar qualquer análise casuística na alocação de funções jurisdicionais. Toda distribuição de competências deveria ser feita pelo legislador previamente ao processo. Também foi a ortodoxa concepção em torno do juiz natural que proibia o chamado “poder de comissão”, a prerrogativa de ceder ou transferir o poder jurisdicional.

Porém, contra essa visão, vimos sustentando que o sistema processual passou a prever inúmeros institutos e práticas que funcionam com atribuição ou modificação de competência operada caso a caso, muitas vezes no curso do processo e com base em razões de eficiência.⁶ Para demonstrar como as delegações de competência encontram base normativa no direito brasileiro e como podem ser úteis como ferramenta para o processo estrutural, analisaremos a doutrina tradicional sobre o sistema de competências e os princípios constitucionais que regem o direito processual. Veremos que é a partir de uma equação equilibrada entre juiz natural e eficiência que se torna possível propor avanços no campo da gestão das estruturas judiciárias e uma intensa reformulação do sistema de competências.⁷ Na sequência, em perspectiva comparada e com metodologia crítico-prescritiva,

⁴ STF – RE 1366243 (tema n. 1234 da repercussão geral), rel. Min. Gilmar Mendes.

⁵ STF – ADPF n.709, rel. Min. Luís Roberto Barroso.

⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 201 ss.

⁷ Como, por exemplo, estruturas mais flexíveis na organização judiciária, mobilidade entre juízes e prática de atos conjuntos e concertados por cooperação. Confira-se CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. p. 335 ss.

mostraremos como esses conceitos têm evoluído, no Brasil e no mundo, para permitir delegações de competência, sem que isso seja compreendido como qualquer negativa de jurisdição.

Mas, para chegar lá, uma premissa importante é perceber como o exame da eficiência informa o sistema de competências, e isso se dá pelo chamado “princípio da competência adequada”.

2. Competência adequada e capacidades institucionais: de “quem decide” para “quem decide melhor”: o juiz natural como o juízo mais adequado

Na conjugação entre garantias e eficiência no núcleo essencial do juiz natural, o sistema processual não pode mais se escorar num exame superficial e literal da lei. A tutela jurisdicional deve ser prestada de maneira ótima, por meio de técnicas processuais apropriadas para cada caso, e as partes têm direito a que seu litígio, uma vez judicializado, seja decidido pelo juízo mais adequado dentre aqueles com competência para tanto.⁸ E essa análise deve ser extraída de circunstâncias concretas a serem sopesadas pelo juiz.

Nesse cenário, o princípio do juiz natural não se limita à abstração “fria” da lei, mas incorpora alguma medida de adequação e eficiência da competência. O juiz natural passa a ser *o juiz que pode decidir melhor*. Trata-se de uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta tida como necessária à promoção desse fim (no caso, a adequação da alocação de competência). Ao implementar o exame de qual o centro decisório mais habilitado para conduzir o processo e julgar a causa, o Judiciário está promovendo *o exercício responsável da competência* em nome da eficiência alocativa dos poderes estatais.⁹

⁸ CALLIESS, Graf-Peter. **Der Richter im Zivilprozess**: sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?: Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag. München: Beck, 2014. v. 1, p. A-96.

⁹ Por isso, para Schauer, o reenvio da decisão a outras instituições não é incompatível com um modelo normativo baseado em regras. Ao contrário, “[a]n agent who says, ‘This is not my job’, is not necessarily abdicating responsibility. One form of taking responsibility consists in taking the responsibility for leaving certain responsibilities to others”. SCHAUER, Frederick F. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 162.

Essa orientação do sistema de competências para a eficiência e a adequação foi compreendida, de forma pioneira no Brasil, por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. a partir do que denominaram “princípio da competência adequada”,¹⁰ corolário do princípio de adequação das formalidades processuais,¹¹ e pode ser extraído do próprio juiz natural (art. 5º, LIII, da Constituição) em conjugação com a eficiência processual (art. 8º do CPC).

A esse exame soma-se a análise das capacidades institucionais, tão conhecidas e aplicadas no direito público para comparar centros decisórios estatais (suas atribuições, estruturas, aptidão técnica do *staff*, entre muitas outras características)¹² e que sustentamos poder ser útil também ao exame da competência de órgãos jurisdicionais.¹³

É nesse contexto de um sistema de competências permeado por juízos de adequação e eficiência que queremos analisar um tabu que não se sustenta mais no direito brasileiro: a ideia de que as funções jurisdicionais, qualquer delas, nunca poderiam ser delegadas.

3. Da prática das delegações monárquicas à suposta indelegabilidade e improrrogabilidade das competências

A delegação de competências entre órgãos jurisdicionais não é novidade. Já se observava no direito romano, em várias de suas fases, e era uma prática comum também na jurisdição europeia medieval, naquela época, em função de necessidades puramente práticas. Mas esses antecedentes históricos de delegação de competências jurisdicionais eram baseados numa concepção da jurisdição como poder soberano

¹⁰DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 4, p. 105 ss; BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de Processo**, v. 38, n. 219, p. 16-17, maio 2013.

¹¹Já defendemos a existência desse princípio em CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 63.

¹²Por todos, no Brasil, ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan.-jun. 2011.

¹³CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. cap. 5.

do monarca ou senhor feudal, vale dizer, um atributo de sua propriedade que podia ser transferido a outrem.¹⁴

Após a consolidação do Estado de Direito, a concepção publicista da jurisdição passou a enxergar a prestação da tutela como um dever ou um poder-dever,¹⁵ o que levou à consagração de sua inafastabilidade e indeclinabilidade (vedação do *non liquet*).¹⁶ Na mesma toada, as competências passaram a ser compreendidas como indelegáveis e improrrogáveis; e, portanto, o juiz competente não poderia remeter a outra sede a decisão a respeito da causa que foi posta diante dele.¹⁷

3.1 Previsão de delegação de atos jurisdicionais na legislação brasileira e no direito estrangeiro

Não obstante esse lugar comum da indelegabilidade da competência, é relevante salientar que, em muitos pontos previstos há décadas na legislação nacional, vemos delegação de atos processuais e, às vezes, delegação total de prestação da jurisdição para outros juízos e até para particulares.

A delegação de competências começa na própria Constituição da República de 1988 (CR). O art. 93, XI, autoriza delegação de atos jurisdicionais do Tribunal Pleno ao Órgão Especial. O art. 93, XIV, autoriza a delegação de atos jurisdicionais para

¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. p. 42 ss.

¹⁵ SCHÖNKE, Adolf. Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 7. ed. Karlsruhe: Müller, 1951. p. 145; GELSI BIDART, Adolfo. Competencia y delegación. In: SCRITTI giuridici in memoria di Calamandrei. Padova: Cedam, 1958. v. 2, p. 242.

¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Jurisdição sem decisão**: *non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2024. cap. 3.

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno. In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3, p. 79; KERN, Christoph A. Der gesetzliche Richter – Verfassungsprinzip oder Ermessensfrage? *Zeitschrift für Zivilprozeß*, v. 130, n. 1, p. 117, Apr. 2019. No Brasil, RAMALHO, Joaquim Ignacio. **Practica civil e commercial**. São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861. p. 26; MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1, p. 74-75; LIMA, Alcides de Mendonça. Jurisdição voluntária. **Revista de Processo**, v. 5, n. 17, p. 26, jan.-mar. 1980; ALVIM, Arruda. Anotações sobre o tema da competência. **Revista de Processo**, v. 6, n. 24, p. 12, p. 28, out./dez. 1981; CARNEIRO, Athon Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática, área do direito processual civil. 16. ed., atual. inclusive considerando as reformas do CPC até novembro de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9; GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 114-115; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**: juiz natural, modificações de competência, perpetuatio jurisdictionis, conexão, continência e prevenção. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 28-29.

servidores do Judiciário. O art. 102, I, “m”, permite que o STF delegue a competência para execução dos seus julgados.

Para os tribunais superiores, há várias previsões de delegação de competência. O regimento interno do STF (RISTF) admite genericamente a delegação de atos jurisdicionais pelo relator (art. 21, XIII), além de disciplinar muitas hipóteses de delegações de atos instrutórios e executivos a outros juízos (RISTF, arts. 136 § 2º; 211; 239, § 1º; 247, § 2º; 261, parágrafo único; 341 e 342). Lembre-se ainda a hipótese das ações penais de competência originária do STF ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nas quais o ministro relator pode delegar atos de instrução a juiz ou desembargador específico (art. 9º, § 1º, da Lei nº 8.038/1990).

Um exemplo mais corriqueiro na legislação infraconstitucional é aquele das cartas precatórias e de ordem (entre juízos no território nacional) e as cartas rogatórias (no plano internacional). As cartas precatórias, rogatórias e de ordem sempre foram atividade de delegação,¹⁸ instrumentos utilizados em nome de uma estrutura coordenada de competências.¹⁹

Outros dispositivos legais reforçam a conclusão de que o ordenamento brasileiro tem ampla base normativa para delegações de competência. O art. 972 do Código de Processo Civil (CPC) dispõe expressamente sobre a possibilidade, em ação rescisória, de delegação da competência para a produção da prova “ao juízo que proferiu a decisão rescindenda”.²⁰ Os arts. 159-161 do CPC/2015 preveem nomeação de administrador e depositário, com poderes de gestão sobre bens penhorados, arrematados, arrestados ou sequestrados.²¹ O art. 861, § 3º, do CPC prevê a possibilidade de nomeação de administrador para a liquidação de cotas ou ações penhoradas; o

¹⁸ Com razão, GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. p. 82, p. 115.

¹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 350-351; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 282 ss.

²⁰ Sobre o tema, BARIONI, Rodrigo. Comentário ao art. 972. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord.). **Breves comentários ao Código de processo civil**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2266 ss; CRAMER, Ronaldo. Comentário ao art. 972. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de processo civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1431-1432.

²¹ Defendendo a possibilidade de o administrador exercer essas funções, ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 362.

art. 862 do CPC prevê designação de administrador-depositário em caso de penhora de empresa.²²

Cabe recordar também que, desde as reformas de 2006 ao CPC/1973, há previsão na legislação brasileira de uma desestatização dos atos de alienação dos bens penhorados. O CPC/2015 manteve a previsão de alienação por iniciativa particular por um corretor (arts. 879, I, e 880).²³

Deve-se lembrar ainda a lei de falência e recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005), alterada pela Lei nº 14.112/2020, que prevê formas de atuação de administradores judiciais sob delegação (e supervisão) do juiz, como se vê na insolvência internacional (arts. 167-P, § 2º, 167-Q, I).

Exemplo de delegação de competência encontra-se também no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/1990), pelo qual diversas prerrogativas de execução das medidas socioeducativas (art. 112) podem ser delegadas. Essa delegação baseia-se na “integração operacional” entre órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar (art. 88, VI) e compreende atos decisórios a serem praticados por um “orientador”.²⁴ Ao “orientador” caberão diversas medidas específicas (art. 119), como promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e o inserindo, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; fiscalizar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho.

O ECA (art. 147, § 2º) prevê ainda delegação de competência para outro juízo da execução das medidas ou para outra “autoridade competente” no foro da

²² ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. p. 224-229.

²³ Aliás, essa lógica de delegação de funções executivas a outros sujeitos, inclusive privados, é disseminada nos ordenamentos europeus, entre eles França, Bélgica, Holanda, Portugal, Alemanha, e nos países da Escandinávia. Em muitos deles, o próprio exequente atua como um “diretor” da execução, escolhendo muitos dos subdelegatários. Confirma-se, com amplas referências, CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil.** p. 224 ss.

²⁴ Os orientadores serão selecionados e capacitados na forma do art. 13 da Lei nº 12.594/2012 e de acordo com os programas definidos nessa lei.

residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar a criança ou adolescente.²⁵

Como se vê, todas essas normas demonstram que a transferência de competências por delegação não é estranha ao sistema jurídico. São hipóteses já bem conhecidas e praticadas no direito brasileiro, aplicáveis a quaisquer processos, em que se verifica a delegação a terceiros de funções que historicamente eram praticadas apenas pelo Judiciário, a fim de emprestar maior eficiência e dinamismo às atividades desempenhadas.

E, dentro das características aqui preconizadas para o sistema de competências, que deve ser flexível, adaptável e funcional, a gestão da competência adequada também pode levar os juízes a tomar medidas que signifiquem delegar os atos jurisdicionais a outros juízos.

Essa necessidade é ainda maior nos processos estruturais, pela complexidade da matéria, pela multiplicidade de interesses envolvidos, pela frequente conflituosidade interna a respeito de tais interesses. No entanto, apesar da vasta previsão normativa anteriormente referenciada, vê-se muita resistência em admitir genericamente a delegação de competência para a prática de atos judiciais, por vários argumentos, que não procedem, como veremos a seguir.

4. Desconstruindo os argumentos contrários à delegabilidade. Compatibilidade da delegação de competências com a Constituição

Normalmente, nos ordenamentos de tradição romano-germânica,²⁶ não se admite a delegação de competência jurisdicional.²⁷ As justificativas para sustentar a indelegabilidade da competência são várias.

²⁵ Vários tribunais disciplinam administrativamente alguns detalhes dessas delegações. Já se editaram súmulas que abordam expressamente a possibilidade de delegação de competências para a execução de medidas socioeducativas.

²⁶ Nos ordenamentos do *common law*, a delegação de competências é admitida e praticada. Cf. CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1300-1301, May 1976.

²⁷ TRIEPEL, Heinrich. *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1942. p. 95; SABATINI, Giuseppe. La competenza surrogatoria ed il principio del giudice naturale nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 4, p. 956, 1961; GIMENO SENDRA, Vicente. El derecho constitucional

4.1 Suposta violação à separação de poderes

De início, relaciona-se a indelegabilidade da jurisdição (e da competência) à separação de poderes.²⁸ Afirma-se que o poder no Estado tem que ser exercido por órgãos diferentes e autônomos. Diz-se que a atividade jurisdicional de “dizer o direito” só pode ser exercida pelo Judiciário, não sendo possível transferi-la a órgãos da administração pública, mesmo quando estes têm atribuições decisórias.²⁹ Haveria um “mandado de divisão funcional” (*Trennungsgebot*) a proibir qualquer mistura organizacional entre tribunais judiciários e órgãos da administração pública.³⁰ A divisão de poderes seria um componente do Estado de Direito que serve para limitação e contenção do poder, protegendo o indivíduo contra o exercício abusivo da potestade estatal.³¹ Então, a separação de poderes seria uma garantia institucional, que, caso desfeita, levaria ao arbítrio e ausência de controle.

Sustenta-se também que somente a Constituição define os órgãos estatais que podem exercer jurisdição, e estes não podem atribuí-la a outros órgãos ou agentes.³² Toda vez que as competências jurisdicionais fossem atribuídas a órgãos julgadores não judiciários (como o Senado Federal no processo de *impeachment* ou a justiça desportiva), essa determinação deveria ser feita pela própria Constituição, e não por um juiz no caso concreto.³³

Inserido o Poder Judiciário na repartição de poderes do Estado, a absorção ou mistura de competências entre um órgão jurisdicional e outra instituição externa ao Judiciário revela-se mais sensível porque essa “promiscuidade funcional” geraria

al juez legal. In: GIMENO SENDRA, Vicente. **Constitución y proceso**. Madrid: Technos, 1988. p. 56; SCHENKE, Wolf-Rüdiger. Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht. **Verwaltungsarchiv.**, v. 68, p. 121, 1977.

²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed., revista e atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007-. p. 72.

²⁹ JACOBS, Matthias. EuGVVO, GVG. In: STEIN, Friedrich; JONAS, Martin. **Kommentar zur Zivilprozessordnung**. 22. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, vol.10, 2011. p. 890; HENKEL, Joachim. **Der gesetzliche Richter**. Göttingen: Fakultät der Georg-August-Universität, 1968. p. 13.

³⁰ JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. **Zivilprozessrecht**: ein Studienbuch. 30. ed. München: Beck, 2011. p. 41.

³¹ WILKE, Dieter. Die Rechtsprechende Gewalt. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOFF, Paul (Hg.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2007, vol. V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, p. 636-639.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 651 ss; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed., reform. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016-. p. 111.

³³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Comentários ao CPC de 2015**: parte geral. São Paulo: Método, 2015. p. 168.

uma tensão no esquema tradicional da separação de poderes: o Judiciário, por decidir a respeito da competência em última instância, poderia transformar-se num poder que se superpõe aos demais, suprimindo ou lhes conferindo competências sem qualquer outro controle possível.³⁴ Diante desse perigo, uma concepção *estatutária* das competências, previstas rigidamente em leis, evitaria a “tirania judiciária” na alocação de poder.

Pois bem, o argumento não convence para proibir delegações de competência. Primeiro porque, nessa perspectiva, a separação de poderes *só impediria a delegação a órgãos não judiciários*. Não haveria qualquer vedação às delegações de competência entre juízos, *i.e.*, entre órgãos dentro do próprio Judiciário.

E, mesmo para as delegações a órgãos não judiciários, a objeção não infirma a possibilidade de delegações de competência. Isso porque, no Estado de Direito contemporâneo, a separação de poderes assumiu um caráter funcional.³⁵ Vale dizer, na atualidade, a separação de funções entre os poderes do Estado não é compreendida em sentido orgânico, rígido e estanque, mas como uma atribuição de *tipos fundamentais de tarefas*. Essa separação de poderes deve ser compreendida como uma delimitação de *modelos básicos de funções* com vistas à *racionalização das atividades estatais*. Assim, a perspectiva orgânica da separação de poderes de Montesquieu é substituída por uma abordagem *funcional e teleológico-estrutural*. Funcional, porque a ênfase está nas atividades, e não nos sujeitos que as realizam; e teleológico-estrutural porque a *tipologia das funções* contribui para o *aprimoramento e a eficiência das estruturas organizacionais* do Estado. Ao saber o que cabe a cada órgão, quando e em que condições suas competências são exercidas, podem as instituições estatais melhorar suas rotinas e estruturas, capacitar pessoal e incrementar eficiência.³⁶

Nesse cenário, a divisão básica de funções deixa algum espaço para a assunção de tarefas por órgãos que não corresponderiam àqueles aos quais, dentro da distribuição fundamental, tais atividades seriam mais comumente confiadas. A separação de poderes, a partir dessa abordagem funcional, baseia-se em *coordenação e complementariedade* das atividades entre os vários órgãos estatais, com a *prevalência do órgão de função típica*. Portanto, nessa vertente contemporânea, a separação de poderes

³⁴ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. Professionalità e responsabilità del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 42, n. 2, 1987. p. 263.

³⁵ GUINCHARD, Serge. *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*. 2 ed. Paris: Dalloz, 2003. p.1104; WILKE, Dieter. Die Rechtsprechende Gewalt. p. 637.

³⁶ KÜSTER, Otto. Das Gewaltproblem im modernen Staat. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 75, n. 4, p. 402 ss, 1949.

admite que certas funções não tipicamente enquadradas nas tarefas ordinárias de um poder sejam a ele conferidas.³⁷

Claro que as hipóteses constitucionais ou legais de reserva de jurisdição excluem a possibilidade de atribuição da competência a qualquer órgão não jurisdicional.³⁸ Decisões de quebra de sigilo telefônico ou decretação de prisão civil, p. ex., só podem ser proferidas pelo Judiciário. Todavia, não havendo reserva de jurisdição, uma maior coordenação e combinação de competências, em nome da eficiência, é imaginável e até recomendável. Lembremos que o exercício da jurisdição não é exclusivamente estatal ou tampouco judiciário.³⁹ A natureza jurisdicional da arbitragem, consagrada no Brasil, é o maior exemplo disso.⁴⁰

4.2 O dever de prestar a jurisdição (vedação do *non liquet*) e a suposta inalienabilidade da competência. A delegação de competência como mais uma forma de implementar o acesso à justiça e de prestar a tutela jurisdicional eficiente

Por outro lado, levanta-se potencial obstáculo à delegação de competência no princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição). Alguns setores doutrinários afirmam que, ao assumir o monopólio do exercício da jurisdição, o Estado toma para si não só o poder de decidir, mas também o compromisso de prestar tutela jurisdicional. A jurisdição e a competência seriam irrenunciáveis,⁴¹ vedado o *non liquet*, que significaria uma negativa de prestar a jurisdição. Nessa toada, assim como não pode a competência ser alienada a qualquer título, o seu detentor

³⁷ Assim, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1995. p. 211.

³⁸ WILKE, Dieter. *Die Rechtssprechende Gewalt* p. 675.

³⁹ Assim nos manifestamos em CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: BRIGUGLIO, Antonio *et al.* (ed.). *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Pisa: Pacini, 2016. p. 370. Com razão, DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1, p. 158; PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2006. p. 57.

⁴⁰ Devem ser ressalvadas ainda as hipóteses em que a Constituição estabelece que uma determinada função será exercida com exclusividade por algum órgão. Nesses casos, não deve ser possível a delegação. O Tribunal Constitucional Federal alemão, p. ex., ao analisar a possibilidade de delegação de funções para juízes, no quadro da separação de poderes, admite regularmente as delegações. No entanto, uma das ressalvas que faz é justamente a inexistência de previsão, na Constituição, de que tais funções sejam exclusivas de um outro órgão ou instituição. Em BVerfGE 64, 175 (179), diz o tribunal que podem ser atribuídas ao Judiciário funções “*die nicht ohne weiteres zu den regelmäßigen und typischen Aufgaben der Gerichte gehören mögen, sofern das Grundgesetz deren Wahrnehmung nicht einer anderen Gewalt vorbehält*”.

⁴¹ GELSI BIDART, Adolfo. *Competencia y delegación*. v. 2, p. 261.

não poderia dela dispor.⁴² Se a jurisdição e o processo são públicos, o Estado jamais poderia enxergar a competência como um direito próprio, e então a transferência da competência por delegação significaria uma “disposição” do juiz sobre a própria competência, o que lhe seria vedado.⁴³ A delegação de competências configuraria uma ofensa ao acesso à justiça porque refletiria uma negativa de prestar jurisdição: a jurisdição delegada não proviria do Judiciário, mas de outro órgão do Estado ou de um particular.

Pois bem, em nosso entendimento, este argumento também não procede. Pensamos que não há qualquer ofensa ao acesso à justiça em razão da delegação de competência. Uma verdadeira “negativa de jurisdição” ocorreria com a recusa de prestar a tutela jurisdicional, o que não se observa aqui. O acesso à justiça é *reforçado* pela prestação da tutela jurisdicional da forma mais eficiente possível. Pela delegação, não se verifica uma “recusa” de prestar a tutela jurisdicional; o que se implementa é uma *forma mais adequada de prestá-la*. Assim, antes de ser contrária ao acesso à justiça, a delegação da competência favorece uma implementação mais efetiva do princípio.

4.3 Confusão da indeclinabilidade da jurisdição com a indelegabilidade da competência

Para argumentar-se contra a delegação de competências, diz-se ainda que o monopólio da jurisdição pelos juízes justifica-se pela sua característica de independência e imparcialidade. Portanto, a jurisdição seria não só inafastável e indeclinável (proibição do *non liquet*), mas também indelegável a órgãos que não são do Judiciário.

⁴² DUGUIT, Léon. *Leçons de droit public général*. Paris: La Mémoire du Droit, 2000. p. 239-240; PINHO, José Cândido de. *Breve ensaio sobre a competência hierárquica*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 11; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência: juiz natural, modificações de competência, perpetuatio jurisdictionis, conexão, continência e prevenção*. p. 47-48. Confirma-se a crítica de Triepel a essa concepção, encontrada, como visto, em Duguit e na maior parte da doutrina publicista francesa, e que foi uma das causas que levou à demonização da delegação de competências no direito público, TRIEPEL, Heinrich. *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht*. p. 88-89.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1, p. 478; BRAGA, Paula Sarno. *Competência adequada*. p. 15.

Não concordamos com o argumento. Parece que, para justificar a impossibilidade de delegação, mistura-se a indelegabilidade *de competências* com as características da inafastabilidade e indeclinabilidade *da jurisdição*.⁴⁴

Mas, como veremos, a delegação tem por objeto apenas o *exercício* da competência, e não a competência em si mesma.⁴⁵ Assim, a delegação de competências não significa negativa de jurisdição porque não representa uma transferência definitiva da competência, mas tão somente a *cessão episódica do seu exercício*.⁴⁶

Além disso, uma proibição tão peremptória de delegação de competências não parece fazer sentido se a doutrina diferencia os conceitos de jurisdição e competência justamente porque a primeira não se fraciona (é exercida em toda sua plenitude por todos os juízos), enquanto a disciplina da competência remete a uma natural repartição de funções. Se assim é, não deveria haver qualquer preconceito contra a delegação: a própria distinção entre os conceitos de jurisdição e competência sugere justamente o contrário. Quando se repisa que a jurisdição não se fraciona, sendo exercida em toda sua inteireza por todos os juízos, enquanto a competência significa uma repartição de funções,⁴⁷ encontra-se nas entrelinhas a ideia de divisão e combinação da competência, com vistas a uma melhor alocação de funções.

4.4 A vedação do poder de comissão decorrente do juiz natural: a delegação vista como uma comissão extraordinária

Outra objeção à delegação de competências está na vedação do “poder de comissão” que decorreria do princípio do juiz natural. A Constituição impede a criação de *juízos extraordinários* ou de *tribunais de exceção*. E, na visão tradicional acerca do juiz natural, a delegação de competência era vista como criação de um tribunal *ex novo* ou modificação/ampliação indevida das competências de um juízo para julgar casos específicos. Haveria constituição de um juízo *ad hoc* que não corresponderia

⁴⁴ Como parece fazer RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. p. 87-88. O mesmo se pode ver em MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. p. 75: “A jurisdição, por outra parte, é indeclinável, o que significa que é intransferível e não pode ser delegada”.

⁴⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência: juiz natural, modificações de competência, perpetuo jurisdictionis, conexão, continência e prevenção**. p. 27-28.

⁴⁶ Correto PINHO, José Cândido de. **Breve ensaio sobre a competência hierárquica**. p. 11-13.

⁴⁷ Essa diferenciação é clássica e vem sendo reproduzida já na vigência do CPC/2015. Por todos, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Comentários ao CPC de 2015: parte geral**. p. 98.

a um órgão regular na estrutura jurisdicional. Por isso, sustenta-se a invalidade de qualquer delegação de competência.

Bom, por um lado, o argumento não corresponde às preocupações contemporâneas, refletindo uma *ratio* própria da gênese do princípio do juiz natural, na Revolução Francesa, que buscava evitar manipulações do Executivo na atividade do Judiciário. Como afirmamos anteriormente, não só a compreensão da separação de poderes mudou, como hoje entram em cena as exigências de maior adequação, adaptabilidade, funcionalidade e eficiência na prestação da tutela jurisdicional.⁴⁸

De outra perspectiva, o princípio do juiz natural também teve seu âmbito de proteção alterado no processo contemporâneo. Claro que as delegações de competência não podem servir para manipulações arbitrárias, personalizadas, para beneficiar certos sujeitos ou interferir no resultado final do processo. Porém, quando baseadas em razões de eficiência, as delegações de competências são compatíveis também com o juiz natural.⁴⁹

Vistas as objeções às delegações de competência e comprovada a inexistência de qualquer óbice normativo à sua aplicação no direito processual brasileiro (ao contrário, há diversas normas na Constituição e nas leis que as autorizam), cabe tecer considerações acerca das características das delegações de competência jurisdicional.

5. Delegação de competências jurisdicionais: conceito, objeto e aspectos gerais

A delegação da competência é a declaração pela qual um juízo atribui a outro juízo, órgão ou pessoa a realização de atos que corresponderiam ordinariamente ao

⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. p. 344 ss.

⁴⁹ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, a respeito das delegações instrutórias nas ações originárias, afirmou que: “[...] A garantia do juiz natural, prevista nos incisos LIII e XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, é plenamente atendida quando se delegam o interrogatório dos réus e outros atos da instrução processual a juízes federais das respectivas Seções Judiciárias, escolhidos mediante sorteio. [...]” (QO na AP n. 470-1/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06/12/2007).

exercício de funções próprias. Pela delegação, o órgão delegante transfere voluntariamente o *exercício* da competência,⁵⁰ não a competência em si.⁵¹

Disso decorre que as possibilidades de subdelegação não são ilimitadas. A subdelegação é uma transferência subsequente do exercício da competência do delegatário ao subdelegatário.⁵² A legitimidade para subdelegar existe nas delegações interjudiciais, porque os delegatários (juízes) também exercem com independência a função jurisdicional. Mas, nas delegações de competência para entidades externas ao Judiciário, só pode haver subdelegação se esta for autorizada pelo juízo delegante (*delegata potestas delegari non potest*).

Sob outro ângulo, deve-se diferenciar a delegação do mandato, institutos que foram historicamente mesclados. A necessidade de distinção reside, primeiramente, no fato de a delegação ser um instrumento de empoderamento de *órgãos, entidades ou instituições*, enquanto o mandato habilita uma *pessoa* específica a atuar em nome do mandante.⁵³ Por outro lado, ao passo que o mandato é um negócio jurídico, guardando fundamento na autonomia da vontade, a delegação é um *ato jurídico em sentido estrito* que altera o sistema de competências.⁵⁴ Por esse motivo, a delegação de competências pressupõe fundamentos normativos, *i.e.*, deve ser autorizada por uma norma prevista no sistema jurídico.⁵⁵

⁵⁰ GELSI BIDART, Adolfo. Competencia y delegación. v. 2, p. 256-257; JELLINEK, Georg. **Die Lehre von den Staatenverbindungen**. Aalen: Scientia, 1969. p. 41 ss.

⁵¹ Ou seja, o delegante não perde a competência. Esse é o motivo pelo qual deve ser rejeitada a tese de Heinrich Triepel de que a delegação seria sempre *translativa* ou *devolutiva*, e levaria à perda da competência do órgão delegante, com o exercício da *própria* competência (não aquela do delegante) pelo delegatário *em nome próprio*. TRIEPEL, Heinrich. **Delegation und Mandat im öffentlichen Recht**, p. 23-24, p. 36-38, p. 41-42, p. 51. Em apoio a Triepel, OBERMAYER, Klaus. Zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich des Verwaltungsbehörden. **Juristen Zeitung**, v. 11, n. 20/20a, p. 625, 20 Okt. 1956. Contra o entendimento de Triepel, e em nosso sentir com razão, HEINZ, Karl-Eckhart. Delegation und Mandat: Eine rechts – und verfassungstheoretische Untersuchung. **Der Staat**, v. 36, n. 4, p. 498-499, 1997.

⁵² RASCH, Ernst. Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten. **Die Öffentliche Verwaltung**, n. 12, p. 338, Mai 1957; OBERMAYER, Klaus. Zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich des Verwaltungsbehörden. p. 625; TRIEPEL, Heinrich. **Delegation und Mandat im öffentlichen Recht**. p. 121 ss.

⁵³ TRIEPEL, Heinrich. **Delegation und Mandat im öffentlichen Recht**, p. 27.

⁵⁴ De fato, pela delegação não há disposição, renúncia nem cessão de prerrogativas próprias em razão de capacidade negocial. Cf. TRIEPEL, Heinrich. **Delegation und Mandat im öffentlichen Recht**, p. 28-29, p. 80-92.

⁵⁵ JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg im Breisgau: Mohr, 1892. p. 327-329, p. 328, p. 344.

A delegação de competências pode ser total ou parcial (apenas para alguns atos),⁵⁶ mas deve sempre ser embasada em juízos de eficiência. Terá lugar quando um juízo ou tribunal considerar que a transferência da competência para outro órgão ou instituição, *in totum* ou *ad actum*, poderá levar a um tratamento mais eficiente do litígio. Já o mandato não pressupõe eficiência, mas mera conveniência das partes do negócio jurídico.

Outra característica da delegação de competências é que ela independe da vontade do órgão delegatário. Se este não concordar com a delegação, ou divergir dos termos da transferência (quais atos processuais compreendidos, tempo, duração e cronograma de implementação etc.), o ordenamento processual deve oferecer meios para resolver a controvérsia e implementar o princípio da competência adequada porque não pode haver, no sistema, um impasse ou “vácuo de competências”.⁵⁷

Em caso de discordância do delegatário, se a delegação for direcionada a órgãos não jurisdicionais, o próprio juízo delegante poderá lançar mão de mecanismos processuais para fazer cumprir sua determinação (arts. 139, IV, e 536 do CPC; art. 84 do Código de Defesa do Consumidor – CDC).

Caso a delegação seja destinada à transferência de competência para outro órgão jurisdicional de mesma posição na estrutura do Judiciário (mesma instância),⁵⁸ ou para qualquer outro juízo não submetido hierarquicamente ao delegante, a divergência será decidida pelo órgão responsável por apreciar o respectivo conflito de competência.⁵⁹

⁵⁶ Há aqueles que entendem não poder haver delegação *total* de competência, como a que permitisse ao juízo delegado julgar o caso, decidindo a lide. GELSI BIDART, Adolfo. *Competencia y delegación*. p. 261.

⁵⁷ Como lembra DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. p. 199-200, utilizando a teoria dos poderes implícitos. De fato, deve haver sempre um órgão competente, ainda que residualmente. Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006. p. 137.

⁵⁸ Triepel, com razão, dissertando sobre o sistema das delegações de competência no direito público, afirma que nem sempre as delegações de funções se dão entre órgãos que se encontram hierarquicamente superpostos. É possível haver delegação horizontal entre órgãos sem que haja entre eles qualquer relação de subordinação. Cf. TRIEPEL, Heinrich. **Delegation und Mandat im öffentlichen Recht**. p. 101.

⁵⁹ Se forem dois órgãos de diferentes instâncias, mas que se colocarem numa relação hierárquica dentro da estrutura judiciária, não há necessidade de conflito: a delegação se impõe naturalmente. A jurisprudência já consolidou entendimento no sentido de que não há conflito se os juízos ou tribunais estiverem em patamares diversos na estrutura judiciária, mas um estiver submetido ao outro na esfera recursal. Assim, por exemplo, STF – CC 7161-3/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/09/2004.

Sobre o objeto possível da delegação, não há concordância na doutrina. No caso de delegação para outros órgãos jurisdicionais, alguns autores entendem não poder haver delegação de atividade de caráter decisório, porque violaria o juiz natural.⁶⁰ Em nosso sentir, tratar-se ou não de ato decisório não pode ser um critério seguro para delimitar o objeto da delegação. É que, mesmo quando delega a prática de atos não decisórios, como p. ex., atos instrutórios, o juízo delegante também transfere ao juízo delegatário, ainda que implicitamente, prerrogativas de decisão. Veja-se o caso de uma carta precatória para oitiva de uma testemunha: o juízo deprecante transfere ao juízo deprecado não só o poder de formular perguntas, mas também de indeferir as perguntas das partes que sejam desnecessárias ou impertinentes. Assim, não se pode concordar com essa restrição da delegação de competência para atos decisórios: o objeto da delegação se nos afigura bem amplo.

Não obstante, uma característica absolutamente imprescindível para a delegação de competência é a precisão de seu objeto. Não é possível transferir competências por delegações genéricas, pois estas ampliam ilegitimamente os poderes do delegatário, dificultando ainda as formas de controle do cumprimento da delegação.

Por outro lado, quando se trata de delegação de competência jurisdicional *para órgãos administrativos* ou *entidades privadas*, também são poucas as restrições em termos de objeto. Por exemplo, deve-se ter cuidado redobrado nas causas de direitos humanos que envolvam minorias. Nestas, não cabe delegação para órgãos externos ao Judiciário porque essa delegação, ainda que mais eficiente, viola as garantias das minorias. É que, para esses grupos de pessoas, há um déficit de representatividade no debate político, e suas pretensões talvez só encontrem eco no Judiciário,⁶¹ que tem vocação funcional e blindagem institucional para a proteção a esses grupos minoritários.

Além disso, quando a delegação é para servidores do próprio Judiciário, existe uma expressa restrição constitucional: não pode ser transferida competência para proferir decisões. Todos os demais atos jurisdicionais não decisórios, como os despachos (e atos ordinatórios, que não têm conteúdo decisório), podem ser delegados para servidores.⁶²

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de processo civil comentado**. p. 148.

⁶¹ RODOTÀ, Stefano. *Attuali asimmetrie del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario*. In: *Atti del sesto Congresso Nazionale della Magistratura Democratica*. Napoli: Jovene, 1985, p. 187.

⁶² Art. 93, XIV, da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Não obstante, nas delegações para entes privados ou órgãos da Administração Pública, como mencionamos, não se veem restrições no que se refere ao objeto da delegação (mesmo para os atos decisórios). Adiante veremos, todavia, que a possibilidade de delegação depende de supervisão jurisdicional sobre os atos do delegatário. Essa é a chave para que se compreenda por que a delegação de competência não ofende o acesso à justiça e não significa negativa de jurisdição.

6. Instrumento da delegação: lei ou decisão judicial

Em muitos países, admite-se que a lei delegue ao Executivo ou ao Legislativo dos Estados tanto o estabelecimento de regras de competência como a constituição de juízos conjuntos ou a concentração de competências para campos específicos do direito material. Em alguns, entende-se que até mesmo por lei delegada é possível transferir competências jurisdicionais; em outros, não se admite delegação legislativa de competências por decretos-lei.⁶³

No Brasil, há expressa vedação constitucional que impede que haja delegação de competências jurisdicionais por instrumentos desse tipo. De um lado, a Constituição proíbe que se regule matéria processual (civil ou penal) por medidas provisórias (art. 62 § 1º, *b*); além disso, leis delegadas não podem ser editadas a respeito de temas afetos a direitos individuais (como o juiz natural) ou que toquem a organização do Judiciário ou as garantias de seus membros (art. 68, § 1º, I e II, da CR).

Portanto, a delegação legal de competência, no sistema brasileiro, teria que ser extraída da Constituição ou das leis ordinárias. Exemplos são o art. 109, § 3º, da CR, em matéria de benefícios previdenciários;⁶⁴ a competência para a produção antecipada de prova (art. 381, § 4º, do CPC), e várias outras regras, como aquelas previstas no art. 15 da Lei nº 5.010/1966.⁶⁵

⁶³ Amplas referências na análise do direito estrangeiro se veem em CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. p. 395 ss.

⁶⁴ Note-se que a Emenda Constitucional nº 103, de 2019, alterou o art. 109 da Constituição, restringindo a possibilidade de delegação legal para as hipóteses em que a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal. Alguns autores entendem que, a partir dessa EC, tornaram-se inconstitucionais todas as normas legais de delegação de competência para a Justiça Estadual baseadas na redação anterior do art. 109, § 3º, da Constituição.

⁶⁵ Na linha da Emenda Constitucional nº 103, de 2019 (ver nota de rodapé anterior), a Lei nº 13.876/2019 modificou o art. 15 da Lei nº 5.010/1966.

Mas a delegação de competência não precisa estar na lei, pode ser operada, na prática, por um ato emanado do próprio Poder Judiciário (delegação judicial).⁶⁶ De fato, superadas as objeções contra a delegação de competência, é normal imaginar que a atribuição de funções a outros órgãos pode ser determinada em uma decisão jurisdicional. Nesses casos, a delegação tanto pode ter caráter geral e decorrer de um ato normativo editado pelo Judiciário, ou ter alcance particular e casuístico e ser determinada por decisões no curso de um processo jurisdicional.

O ato judicial ou decisão jurisdicional de delegação é condição necessária para que o exercício da competência seja retomado por outro sujeito que não aquele ordinariamente legitimado.⁶⁷

E há vários mecanismos processuais que podem ser usados para implementar delegações de competência no sistema brasileiro. As medidas de apoio de natureza indutiva ou coercitiva podem ser usadas para atribuir a terceiros a tarefa de cumprimento de decisões judiciais proferidas em processos estruturantes. A força e a amplitude das cláusulas gerais dos arts. 139, IV, e 536 do CPC, bem assim do art. 84 do CDC, oferecem instrumental suficiente.⁶⁸ Claro que, mesmo diante das técnicas para impor medidas de apoio, por vezes o cumprimento dessas decisões é complexo e envolve estruturas empresariais e organizacionais intrincadas, conjugando diversas personagens e variados agentes econômicos, além de depender de práticas que exigem um acompanhamento dinâmico e quase diário. Nesses casos, as delegações de funções podem recair sobre figuras também conhecidas da praxe judiciária brasileira, como o administrador nomeado para gerir a empresa devedora, ou um “interventor” para implementar a execução específica.⁶⁹

⁶⁶ Com razão, ANDRADE, Juliana Melazzi. A condução do processo de execução por agentes privados. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020. p. 458.

⁶⁷ GELSI BIDART, Adolfo. Competencia y delegación. p. 253-257.

⁶⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 403-404, nov. 2013. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes*: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 183 ss.

⁶⁹ Figura existente na legislação antitruste brasileira há décadas (art. 69 da anterior Lei nº 8.884/1994; arts. 96 e 102 ss da Lei nº 12.529/2011). Na doutrina, ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. p. 403-404; VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*: o controle jurisdicional de decisões políticas. p. 258. Nos EUA, existem vários exemplos de delegação judicial de atribuições executivas aos *receivers*, que, por vezes, são particulares nomeados para gerir uma instituição (uma escola pública, por exemplo). Cf. FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. p. 639-640 (note 18), Mar. 1982.

Para a escolha desses agentes, a fim de que se respeitem parâmetros de objetividade e impessoalidade, pode haver uma concorrência pública, mas a doutrina admite uma dispensa de “licitação” se as funções a serem praticadas pelo delegatário forem muito específicas ou necessitem da estrita confiança do juiz.⁷⁰

7. Supervisão jurisdicional como sucedâneo da delegação de competência

De outra parte, além de refletir sobre novas técnicas decisórias e sempre objetivando operar, na prática, as delegações de competência, impende que se tenha uma concepção parcialmente diversa daquela que tradicionalmente se vê a respeito do instituto da competência.

Uma das objeções mais fortes à delegação de competências é baseada no argumento de que se estaria, em caso de delegação, “comissionando” o juiz,⁷¹ isto é, escolhendo o julgador.

Mas o argumento não procede porque *o juiz delegante não perde seu poder jurisdicional*.⁷² Ocorre uma *mudança organizacional* das funções judiciais a respeito do caso:⁷³ se, antes da delegação, caberia ao juiz a *análise primária* das questões objeto da cognição, após a transferência de competência, o Judiciário passa a desempenhar

⁷⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. p. 342-344. Ao falar sobre o interventor, Arenhart menciona várias espécies de intervenção: fiscalizatória (mera supervisão do cumprimento da decisão), cogestora (em conjunto, p. ex., com o administrador da empresa) e expropriatória ou substitutiva (substitui o administrador original, que perde poder de comando).

⁷¹ Como afirma GELSI BIDART, Adolfo. Competencia y delegación. p. 261-262.

⁷² Aqui empregamos a ideia de delegação no sentido da “delegação conservativa” (*konservierende Delegation*) do direito público alemão, aquela em que o delegante mantém sua competência. Confira-se TRIEPEL, Heinrich. **Delegation und Mandat im öffentlichen Recht**, p. 53-60; SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht*. p. 143-144; OBERMAYER, Klaus. *Zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich des Verwaltungsbehörden*. p. 627. Para Börresen, não haveria delegação se o delegante (o juiz) fica com a responsabilidade final. Börresen, Hakon. *Nach einem Deutschlandaufenthalt: Eindrücke und Gedanken eines norwegischen Juristen*. **Deutsche Richterzeitung**, v. 40, 1962. p. 322. Não vemos dessa forma, tanto pelo objeto da delegação ser apenas o exercício da competência, como pela transformação da função jurisdicional primária no viés da supervisão.

⁷³ No mesmo sentido, HEINZ, Karl-Eckhart. *Delegation und Mandat: Eine rechts – und verfassungstheoretische Untersuchung*. p. 498-499.

uma atividade de *supervisão*, que também pode ser descrita como monitoramento ou fiscalização.⁷⁴

A supervisão é um *sucedâneo* da delegação de competências. Enquanto não resolvido o litígio, não se pode considerar que, para o juiz, está cumprido o ofício jurisdicional (art. 494 do CPC). Portanto, o Judiciário não perde totalmente seu poder de decidir pela transferência do exercício da competência. Ao contrário, retém suas prerrogativas jurisdicionais originárias.⁷⁵ O que muda é que, com a delegação, a cognição do juiz não será a primeira sobre o caso, mas uma *cognição secundária*.⁷⁶

A supervisão jurisdicional do exercício da competência delegada, além de preservar a separação de poderes (por manter o Judiciário como controlador e decisor último), permite uma “discricionariedade informada” por parte do juiz,⁷⁷ um procedimento dialógico⁷⁸ no qual os *inputs* iniciais são trazidos aos órgãos delegatários no exercício da competência delegada. Caso a questão retorne à cognição do juiz para controlar as determinações do delegatário, já terá havido debate e decisão na sede que fora considerada mais adequada, em termos de capacidades institucionais, para exercer primariamente aquela competência.⁷⁹

⁷⁴ MBAZIRA, Christopher. **Litigating socio-economic rights in South Africa**: a choice between corrective and distributive justice. Pretoria: Pulp, 2009. p. 222-223; ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? **The South African Law Journal**, v. 122, n. 2, p. 325 ss, 2005; RESNIK, Judith. Managerial judges. **Harvard Law Review**, v. 96, p. 391, p. 394, 1982-1983; MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stanford Law Review**, v. 57, p. 1387-1388, Apr. 2005; COLE, Sarah Rudolph. Managerial litigants?: the overlooked problem of party autonomy in dispute resolution. **Hastings Law Journal**, v. 51, n. 6, p. 1217, 2000. (ainda que afirmando ter a supervisão natureza administrativa); GILLES, Myriam E. Reinventing structural reform litigation: deputizing private citizens in the enforcement of civil rights. **Columbia Law Review**, v.100, n. 6, p. 1434, Oct. 2000.

⁷⁵ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?. p. 335.

⁷⁶ Em sentido similar, RODOTÀ, Stefano. Attuali asimmetrie del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario. p. 184. Essa função pode ser corretiva da atividade do delegatário, como ocorre na Suécia com a supervisão do Judiciário sobre as decisões da agência governamental para a execução de títulos judiciais, arbitrais e administrativos. Cf. HESS, Burkhard. Different enforcement structures. In: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability**: tradition and reform. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 53.

⁷⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. p. 387.

⁷⁸ SATHANAPALLY, Aruna. **Beyond disagreement**: open remedies in human rights adjudication. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 28.

⁷⁹ A lógica tradicional é de que o juiz só recebe *inputs* das partes e produz atos vinculativos (determinações, ordens, condenações etc.); mas, a partir das premissas das interações processuais baseadas na influência, o juiz assume o papel de sujeito condicionante e também fornece *inputs* aos demais envolvidos. SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as catalysts: rethinking the judicial role in new governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, p. 568-570, 2006.

7.1 Controle sobre os atos do delegatário

A atividade de supervisão, cognitivamente secundária, permite ao juiz (que retém seu poder jurisdicional a despeito da delegação) controlar os atos do delegatário. Mas como poderá desempenhar essa atividade?

Ao Judiciário é possível agir *ex ante*, estabelecendo desde logo, no momento da delegação, algumas linhas gerais de atuação, redigindo “princípios-guia” ou “diretrizes interpretativas”, estabelecendo metas, com ônus e deveres, e as respectivas consequências para as partes que não atuem como desejado.⁸⁰ Dessa maneira, estará a informar a cognição dos delegatários,⁸¹ prevenindo que usurpem funções judiciais ou extrapolem os limites de sua atuação.⁸²

No entanto, é mais frequente que o monitoramento se dê *ex post*, seja por determinação judicial ou convenção processual. No primeiro caso, é proferida uma *ordem de supervisão*, tipicamente mandamental, transferindo a competência e determinando um *dever de reportar-se* ao juízo delegante.⁸³ É possível ainda que a fiscalização se dê porque os envolvidos acordaram em trazer à cognição do magistrado relatórios periódicos de cumprimento.⁸⁴ Já se verificaram também alguns casos em que os delegatários *consultavam* o juízo delegante a respeito de dúvidas interpretativas das diretrizes gerais fixadas, estabelecendo-se um diálogo para que a implementação se desse de maneira mais eficiente.⁸⁵

Já defendemos esse entendimento em CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. p. 132-138.

⁸⁰ HAZARD JR., Geoffrey C.; RICE, Paul R. Judicial management of the pretrial process in massive litigation: special masters as case managers. **American Bar Foundation Research Journal**, v. 7, n. 2, p. 387, 389, 1982.

⁸¹ Assim ocorreu no caso Grootboom na África do Sul. SATHANAPALLY, Aruna. **Beyond disagreement**: open remedies in human rights adjudication. p. 18.

⁸² BRAZIL, Wayne D. Special masters in complex cases: extending the judiciary or reshaping adjudication. **University of Chicago Law Review**, v. 53, n. 2, p. 396, 1986; UZELAC, Alan. Privatization of enforcement services: a step forward for countries in transition? In: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability**: tradition and reform. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 91-92.

⁸³ Se forem determinadas outras medidas menos incisivas, que se demonstrem insuficientes, nada impede que o juiz suspenda seu cumprimento e as substitua por uma ordem de supervisão. ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction. p. 335.

⁸⁴ FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. p. 639-640; HAZARD JR., Geoffrey C.; RICE, Paul R. Judicial management of the pretrial process in massive litigation: special masters as case managers. p. 387.

⁸⁵ Foi o que ocorreu no caso Mendoza na Argentina. Cf. VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”: antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**: U.N.L.P., v. 10, n. 43, p. 279, 2013.

A forma de reportar-se à supervisão judicial também pode variar, podendo ser escrita ou oral. No estrangeiro, são comuns as audiências de *follow-up* para apresentação dos relatórios,⁸⁶ como se vê no modo como algumas cortes internacionais monitoram o cumprimento de suas decisões,⁸⁷ ou as reuniões de revisão, como se observa na supervisão da atividade dos *masters* no *common law*.⁸⁸ Não se descarta também que os relatórios sejam apresentados à sociedade civil (não apenas ao Judiciário) em audiências públicas.⁸⁹ A ideia é conferir maior transparência ao cumprimento da decisão, o que é importante em causas de impacto subjetivo mais alargado.

Sobre o controle de atos do delegatário, há diversos exemplos na lei processual brasileira. O relator da ação rescisória, ao delegar a competência para produção da prova, fixa prazo e mantém controle sobre a atividade do juízo delegado (art. 972 do CPC). O interventor nomeado para implementar a execução específica em uma empresa deve apresentar relatórios periódicos como prestação de contas ao juízo (arts. 108, III, e 110 da Lei nº 12.529/2011). O administrador judicial na recuperação judicial deve manter constante interlocução com o juízo, apresentando diversos relatórios. E, ao implementar medidas de cooperação judiciária na insolvência internacional, o administrador judicial age sob supervisão do juiz (arts. 167-P, § 2º, e 167-Q, I, da Lei nº 11.101/2005, inseridos pela Lei nº 14.112/2020).

No caso de nomeação de administrador em execução, o CPC prevê que a liquidação pretendida pelo administrador será submetida ao juiz para “aprovação” (art. 861, § 3º). Havendo penhora de empresa que recaia em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem assim nos casos em que a penhora incida sobre semoventes, plantações e edifícios em construção, a lei dispõe que o administrador formulará um “plano de administração”, apresentando-o ao juiz para aprovação (art. 862 do CPC). Também na hipótese de penhora de percentual do faturamento de

No debate norte-americano, algumas correntes de pensamento divergem sobre a extensão do controle. Para certos autores, deve ser dada maior discricionariedade aos delegatários; para outros, o juiz deve exercer supervisão estreita, exigindo relatórios frequentes e detalhados. Sobre o tema, BRAZIL, Wayne D. Special masters in complex cases: extending the judiciary or reshaping adjudication. p. 418 ss; TURNER, Robert. A model for an enforcement regime: the High Court Enforcement Officers of the Supreme Court of England and Wales. In: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability**: tradition and reform. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 145.

⁸⁶ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?. p. 342.

⁸⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 346.

⁸⁸ HAZARD JR., Geoffrey C.; RICE, Paul R. Judicial management of the pretrial process in massive litigation: special masters as case managers. p. 387.

⁸⁹ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. p. 1374.

empresa, o juiz poderá nomear administrador-depositário, que será responsável por definir a forma de atuação, submetendo-a à supervisão e aprovação judicial, apresentando contas mensalmente (art. 866, § 2º, do CPC). Quando os frutos civis dos bens do executado forem penhorados, a lei também permite nomeação de administrador-depositário, que exercerá todos os poderes de administração do bem, e de fruição e utilidade a respeito dos frutos (arts. 867 e 868 do CPC), mas terá que apresentar para aprovação do juiz a forma de administração e prestação de contas (art. 869 do CPC).

As delegações de competência para fiscalização e execução de medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente mantêm a supervisão do magistrado sobre a atividade do delegatário. O orientador deverá redigir relatório de suas atividades e apresentar ao juiz para controle (art. 118 da Lei nº 8.069/1990).

Em todos esses exemplos da legislação brasileira, vê-se controle judicial dos atos dos delegatários.

7.2 Revogação ou modificação dos termos da delegação

A supervisão jurisdicional permite ao juízo delegante não só controlar os atos do delegatário, como também revogar a delegação ou modificar seus termos.⁹⁰ De fato, se a prerrogativa de delegar o exercício de atos processuais é baseada em juízo discricionário de eficiência, também deve permanecer no espaço de conformação do juízo delegante a possibilidade de sua revogação ou modificação.⁹¹

E também há exemplos na legislação brasileira de revogação ou alteração dos termos da delegação. A nomeação de um interventor ou administrador para a prática de atos executivos é revogável pelo juiz, que pode também substituir a pessoa do interventor (arts. 105 e 107 da Lei nº 12.529/2011). Em casos em que haja necessidade de afastar o administrador da incorporadora anteriormente designado, o Código de Processo Civil prevê que a administração será exercida por uma comissão dos representantes dos adquirentes, ou por profissional ou empresa contratada para essa finalidade (art. 862, § 4º).

⁹⁰ Como afirmam Roach e Budlender, “a supervisão jurisdicional [...] é um meio de assegurar efetiva observância da Constituição, que deve ser a principal preocupação dos tribunais”. ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? p. 350.

⁹¹ TRIEPEL, Heinrich. *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht*. p. 127-128.

A questão não é difícil de se verificar na prática. O juízo deprecante, que delegou a oitiva de uma testemunha, à vista da demora em se praticar o ato, pode revogar a delegação, recolher a carta precatória e proceder à oitiva por videoconferência.

7.3 Responsabilidade do juízo delegante

Como vimos, a transferência de competências estatais não exige o órgão de sua tarefa de supervisão ou fiscalização. Tampouco há cessão da competência em si, só do seu exercício.

Ora, então se pode razoavelmente concluir que o juízo delegante, ao reter jurisdição sobre a questão (agora exercida como supervisão da delegação de competência e de seu exercício pelo órgão delegatário), mantém também a sua potencial submissão a regras de responsabilização (civil, criminal ou administrativa) em razão dos atos praticados pelo órgão delegatário.⁹²

Por isso é que, se houver algum obstáculo que esteja impedindo os delegatários de exercer as funções que lhes foram confiadas, estes devem reportar-se ao juízo delegante para que este possa agir – inclusive com a força estatal – para efetivar os atos que devam ser praticados.⁹³

7.4 Vantagens da delegação com retenção de atividade de supervisão. A redução da coerção estatal e o incremento da função do juiz como “facilitador”

Alguns autores não negam a possibilidade de delegação, mas a retratam como algo incompatível com a jurisdição. Esse setor da doutrina manifesta-se contra as “tutelas abertas” e as novas formas de exercício da jurisdição em viés não coercitivo, como as recomendações e aconselhamentos judiciais,⁹⁴ as declarações de incompatibilidade etc. Diz-se que, em vez de delegar competência e reter supervisão, o juiz

⁹² Nesse sentido, HEINZ, Karl-Eckhart. *Delegation und Mandat: Eine rechts – und verfassungstheoretische Untersuchung*. p. 517-518.

⁹³ É assim que ocorre com os *masters* nos EUA. Confira-se, a respeito, TARUFFO, Michele. *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 42, n. 1, p. 148, 1988.

⁹⁴ Sobre o tema, amplamente, CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito processual civil*. cap. 2.

deveria julgar ele mesmo, decidir todas as questões e esperar o inadimplemento, aplicando medidas de apoio coercitivas, como multas ou até mesmo a prisão civil (admitido no *common law* o chamado *contempt of court*) diante do incumprimento.⁹⁵

Ora, essa é uma visão de que o Judiciário só deve atuar com força e imposição de poder. Porém, o Judiciário hoje não deve manejar apenas instrumentos coercitivos de “oportunidade única” (*one-shot* ou *one-way*).⁹⁶ Em várias relações jurídicas, como em falência, recuperação judicial,⁹⁷ direito de família, direito econômico, direito ambiental, entre outras, é comum que o Estado-juiz decida, mas mantenha um contato contínuo com os envolvidos, podendo retomar as prerrogativas de cognição e decisão em outros momentos.⁹⁸

Trata-se de compreender que, em muitos casos, o magistrado atua como um “juiz-pivô”: nem o soberano que exerce o poder desconsiderando os indivíduos, nem um tutor que os pressupõe inapetentes. O juiz atua como um “facilitador”,⁹⁹ viabilizando a implementação eficiente dos direitos numa governança dos papéis que devem desempenhar os vários atores envolvidos.¹⁰⁰ Lembremos que as interações no processo são baseadas em influência, não em dominação.¹⁰¹ O juiz-facilitador pode atuar com instrumentos de delegação não só para nutrir-se da melhor capacidade institucional de outros atores (a complementariedade que já salientamos),¹⁰² mas

⁹⁵ Analisando e combatendo todos os argumentos contrários à supervisão jurisdicional, confira-se ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction when is it appropriate, just and equitable? p. 344-345.

⁹⁶ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. p. 1292; FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. p. 650; GILLES, Myriam E. Reinventing structural reform litigation: deputizing private citizens in the enforcement of civil rights. p. 1425.

⁹⁷ A lei de falência e recuperação judicial, alterada pela Lei nº 14.112/2020, prevê formas de atuação de administradores judiciais sob delegação (e supervisão) do juiz, como se vê na insolvência internacional (arts.167-P, § 2º, e 167-Q, I).

⁹⁸ Perceberam esse traço comum CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. p. 1298, p. 1302; ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? p. 345 e nota 93.

⁹⁹ Dodge fala de três modelos funcionais, o juiz “jugador”, o juiz “gestor” e o juiz “facilitador”. DODGE, Jaime. Facilitative judging: organizational design in mass-multidistrict litigation. *Emory Law Journal*, v. 64, p. 332, 2014.

¹⁰⁰ SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as catalysts: rethinking the judicial role in new governance. p. 567; BRAZIL, Wayne D. Special masters in complex cases: extending the judiciary or reshaping adjudication. p. 420.

¹⁰¹ SATHANAPALLY, Aruna. **Beyond disagreement**: open remedies in human rights adjudication. p. 73.

¹⁰² A delegação de funções permite maior foco na especialização, pois cada órgão ou entidade pratica atividades específicas e consegue incrementar capacitação e ter resultados mais eficientes.

também para poder concentrar suas atividades em outras funções que lhe sejam exclusivas ou que não convenha delegar.¹⁰³

Essa postura é imprescindível no mundo contemporâneo porque o Judiciário não atua num vácuo institucional e, por isso, deve incorporar alguma medida de delegação quando o cenário decisório for mais promissor em outra sede. Sua atuação deve considerar os canais de participação no processo de implementação dos direitos, levando em conta suas competências e capacidades institucionais comparadas com as de outros centros decisórios. Isso inclui não apenas as tarefas de condenar ou ordenar, mas também estabelecer condições fáticas para que os atores não judiciais atuem de maneira convergente e coordenada. Portanto, uma atenuação (e não eliminação) da coerção fomenta o diálogo sem deixar de criar incentivos para o cumprimento.¹⁰⁴ Além disso, economiza tempo e recursos do próprio Judiciário para focar seus esforços nas funções indelegáveis ou naquelas em que o processo jurisdicional seja a sede decisória apropriada.

Nessa perspectiva, não há nem ofensa ao acesso à justiça nem negativa de jurisdição; o que se vê é o uso do mecanismo mais adequado para a implementação dos direitos declarados, emprestando ao processo, considerada também a fase de cumprimento ou execução, um resultado mais efetivo e eficiente.¹⁰⁵

Essas técnicas não coercitivas e dialogais são adequadas também às premissas da democracia deliberativa, por criarem novos *loci* para o desenvolvimento da comunicação e da deliberação entre as diversas instâncias do exercício do poder estatal¹⁰⁶ e por permitirem um contínuo resgate democrático da legitimação do Judiciário,¹⁰⁷ com formas de legitimação pela responsividade (*accountability*).¹⁰⁸ De fato, o envol-

¹⁰³ No caso de processos repetitivos, o juiz pode delegar, p. ex., atividades autocompositivas para mediadores e reservar suas energias e recursos humanos para estruturar métodos e técnicas para administrar todos os casos em que veiculadas pretensões isomórficas. DODGE, Jaime. Facilitative judging: organizational design in mass-multidistrict litigation. p. 334-335.

¹⁰⁴ É a conclusão de SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as catalysts: rethinking the judicial role in new governance. p. 570-571.

¹⁰⁵ RESNIK, Judith. Managerial judges. p. 391, p. 394; ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? p. 331.

¹⁰⁶ GILLES, Myriam E. Reinventing structural reform litigation: deputizing private citizens in the enforcement of civil rights. p. 1420; FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. p. 655-656.

¹⁰⁷ SATHANAPALLY, Aruna. **Beyond disagreement**: open remedies in human rights adjudication. p. 57-60, p. 94.

¹⁰⁸ FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. p. 643, p. 655 ss; SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as catalysts, p. 575.

vimento judicial contínuo e combinado com a atuação de outros atores é mais transparente e permite um maior compartilhamento da informação relevante entre todos (que, de outra maneira, poderia ficar assimetricamente nas mãos de poucos sujeitos,¹⁰⁹ criando desigualdade e desconfiança e, ao fim e ao cabo, dificultando a implementação dos direitos). Então, tanto a democracia como o cumprimento às decisões judiciais são incrementados por mecanismos não coercitivos de atuação jurisdicional.¹¹⁰

Por todos esses aspectos, veem-se muitas vantagens nas delegações de competência, que conferem ao sistema mais funcionalidade e adaptabilidade.

Pois bem, ultrapassada a questão da admissibilidade da delegação de competências e vistas suas vantagens, cabe agora começar a estudar os órgãos e as pessoas que podem ser os delegatários dessas funções.

8. Delegatários

8.1 Delegação interjurisdicional de competências

A delegação de competências entre órgãos jurisdicionais respeita, em linhas gerais, a mesma lógica da delegação a órgãos administrativos, embora algumas diferenças mereçam ser ressaltadas.

Uma primeira referência é que, entre diversos órgãos jurisdicionais, não há necessariamente uma relação de subordinação entre o juízo delegante e o juízo delegatário.¹¹¹ Essa hierarquia pode existir, como nas delegações dos tribunais (por cartas de ordem) para que juízos de primeira instância produzam provas a serem utilizadas em processos de competência originária, ou para que promovam atos executivos de suas decisões. Mas pode haver delegação de atos jurisdicionais entre dois juízos de mesma posição na hierarquia judiciária (dois juízos federais de uma mesma região),

¹⁰⁹ SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as catalysts: rethinking the judicial role in new governance. p. 572; GILLES, Myriam E. Reinventing structural reform litigation: deputizing private citizens in the enforcement of civil rights. p. 1431.

¹¹⁰ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? p. 339.

¹¹¹ GELSI BIDART, Adolfo. Competencia y delegación. p. 255.

ou entre ramos e Estados diferentes (pense-se, p. ex., em um Tribunal de Justiça de um Estado delegando atos para um juiz de direito de outro Estado).

Essa ausência de subordinação não permite concluir que o juízo delegante não exerça controle sobre os atos do juízo delegatário. Esse controle se exerce até mesmo no próprio ato de delegação, quando se procura restringir os poderes do delegatário.

É recomendável, entretanto, que se tenha uma atitude de deferência. Assim, no retorno do processo, o juízo delegante não deve reverter ou revogar as decisões tomadas pelo delegatário, a não ser que existam fortes razões para fazê-lo.

Por outro lado, o juízo delegatário também só deve recusar o cumprimento da medida em último caso, se houver manifesta ilegalidade ou porque a prática do ato processual possa ser feita pelo próprio juízo delegante com mais eficiência.¹¹² Nessas hipóteses, como veremos, poderá restituir o processo ao delegante ou suscitar conflito de competência.

Outra diferença das delegações interjurisdicionais é que pode haver subdelegação determinada diretamente pelo juízo delegatário, que, como dito, é um órgão independente.¹¹³ É o que ocorre nas cartas que, pelo seu caráter itinerante, podem ser redirecionadas a outro órgão jurisdicional pelo juízo deprecado. Mas o juízo delegante não perde seu poder jurisdicional pela delegação: o CPC, a fim de racionalizar a coordenação entre as competências e viabilizar o controle da delegação, determina que o juízo deprecado deve informar imediatamente ao juízo deprecante o encaminhamento da carta a outro juízo (art. 262, parágrafo único).

É possível também que, exercendo controle sobre os atos do delegatário, o juízo delegante revogue a delegação, p. ex. a partir de fato novo (desistência da oitiva da testemunha no juízo delegante) ou, como já exemplificado, à vista da demora excessiva na condução do processo ou da prática do ato processual no juízo delegado. Esses fatos podem justificar alteração nos termos da delegação ou a avocação do ato processual para que seja praticado no juízo delegante (pense-se, por exemplo, na

¹¹² O Superior Tribunal de Justiça decidiu que não é possível expedir carta precatória para proceder à alienação, em execução, de bem localizado em outra comarca, se os atos delegados puderem ser praticados facilmente por meio eletrônico via internet. STJ – CC n. 147.746-SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27/05/2020.

¹¹³ Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão afirma que, em qualquer caso de delegação de funções para juízes, devem ser aplicadas as garantias dos juízes e os princípios e regras do processo judicial (BVerfGE 9, 89 (97); 25, 336 (346); 101, 397 (405)). Por isso, não há como entender que o juízo delegado perderia sua independência pela delegação.

oitiva da testemunha, anteriormente deprecada, passar a ser tomada diretamente, por meio de videoconferência, pelo juízo delegante).

Nesses casos, a solução é que se solicite ao juízo delegado a devolução dos autos; não havendo concordância, que se provoque conflito de competência para que a superior instância decida a respeito.¹¹⁴

8.2 Servidores públicos do próprio Judiciário

É possível e frequente a delegação de funções jurisdicionais a outros órgãos do Judiciário no exercício ordinário de funções administrativas.¹¹⁵ A delegação, nesse caso, fica restrita ao âmbito do Poder Judiciário e a servidores que exercem regularmente funções judiciárias de natureza administrativa, os quais assumirão competência jurisdicional delegada pelo juiz.

Essa não é uma novidade no ordenamento brasileiro. Pela Emenda Constitucional nº 45/2004, justamente com o propósito de fomentar que a prestação da jurisdição tivesse mais eficiência, o art. 93, XIV, da Constituição foi alterado para prever a possibilidade de delegação para servidores não só de atividades administrativas, mas de atos jurisdicionais sem caráter decisório (atos ordinatórios, despachos “de mero expediente”).¹¹⁶ Note-se que a única restrição constitucional diz respeito às decisões; todos os demais atos jurisdicionais não decisórios podem ser delegados. O CPC, no art. 152, VI e §1º, disciplinou o tema.

Essas delegações, embora não levantem problemas relacionados à separação de poderes, podem gerar uma erosão na confiança dos indivíduos no Judiciário: as pessoas querem acreditar que a jurisdição provém do juiz. Porém, não é possível hoje ter a ilusão de pensar que todos os atos processuais são produto intelectual do

¹¹⁴ Hans Fasching já analisou hipótese de omissão judicial em julgar, quando causa demora excessiva do processo, poder gerar uma delegação de competência para outro juízo. FASCHING, Hans W. Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung. In: GERHARDT, Walter; DIEDERICHSEN, Uwe; RIMMELSPACHER, Bruno; COSTEDE, Jürgen (ed.). *Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag*. Berlin: de Gruyter, 1995. p. 165.

¹¹⁵ Já admitia esse tipo de delegação POSNER, Richard. Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984?: an essay on delegation and specialisation of the judicial function. *Southern California Law Review*, v. 56, n. 3, p. 768, Mar. 1983, com a observação de que não a considera uma solução para o problema da quantidade de processos e do excesso de trabalho dos juizes.

¹¹⁶ Art. 93, XIV: “os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”, texto dado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

magistrado. Atualmente, o juiz é gestor de uma equipe de servidores, e não é incomum que estes sejam os autores das minutas de decisão.¹¹⁷ Evidente que o magistrado atuará como supervisor da equipe e poderá alterar totalmente a minuta, até porque é ele que tem a responsabilidade pela decisão. Quando, todavia, concorda com a proposta apresentada pelo servidor, o juiz assina sozinho, o que pode dar ao público em geral, sobretudo ao leigo, a falsa impressão de que a produziu solitariamente.

Nesse contexto, admitir delegações formais, com os servidores assinando os atos processuais que praticam, é mais honesto e transparente que esconder as delegações de fato que diuturnamente ocorrem no Judiciário. Além disso, falaria em nome de um empoderamento dos servidores, que pode ter repercussões importantes na carreira desses agentes públicos, com a criação de níveis de ascensão funcional e contrapartida – até financeira – pelo acúmulo de atividades.¹¹⁸

Este tipo específico de delegação não é incomum na prática. Em muitos juízos, diretores de secretaria e escrivães praticam diversos atos mais simples (juntada, vista às partes, designação de audiência) por delegação do juiz, geralmente por uma portaria.

8.3 Agências reguladoras e outros órgãos do Poder Executivo

Nos últimos tempos, temos observado delegações de poderes jurisdicionais a agências reguladoras e outros órgãos da administração pública.

As ações coletivas têm sido um bom exemplo da utilização de mecanismos de delegação de atribuições executivas a órgãos fiscalizatórios (IBAMA, IPHAN ou agências reguladoras, p. ex.), para definir (*i.e.*, decidir, ao menos em parte) e executar decisões judiciais.¹¹⁹

¹¹⁷ POSNER, Richard. Will the Federal Courts of Appeals survive until 1984?: an essay on delegation and specialisation of the judicial function. p. 771 ss.

¹¹⁸ Em outros países, o direito administrativo conhece a figura do *empowerment* ou empoderamento, um progressivo incremento nos poderes, deveres e responsabilidades dos servidores públicos, que os permite progredirem na carreira e, com o acúmulo das funções e a assunção de outras responsabilidades, serem remunerados com vencimentos maiores.

¹¹⁹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 146 ss. Nesse sentido, defendendo a nomeação de sujeitos – auxiliares da justiça, administradores judiciais, e os próprios *amici curiae* – para funções de fiscalização e organização do processo, à semelhança do que já ocorre com a autorização contida no art. 985, § 2º, do CPC: TEMER, Sofia. **Participação no processo civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 379-380.

9. Conclusão

Como adiantamos no início, a delegação de competências tem sido comum nos processos estruturais, tanto naqueles conduzidos pelo Supremo Tribunal Federal, como naqueles que tramitam nas instâncias ordinárias.

Nesse tipo de processo, critica-se o modelo de decisão focado exclusivamente no juiz (*judge-centered*), sustentando-se a necessidade de flexibilização das formalidades para a prestação jurisdicional efetiva.¹²⁰

No contexto dos processos estruturais, a delegação de competências serve para aumentar o fluxo informacional das interações das partes, encorajadas a comunicar-se de maneira informal e direta, recorrendo aos delegatários só quando entenderem necessário.¹²¹

No que interessa especificamente ao nosso estudo, os processos estruturantes admitem a flexibilização formal para a delegação de competência pela constatação de que o magistrado não pode atuar isoladamente na solução desses conflitos, mas conjuntamente com outros atores, públicos e privados, para prestar adequadamente a tutela jurisdicional.¹²² Ademais, nesses processos, que frequentemente têm maior complexidade, a gestão do juiz tende a ser mais intensa, e a delegação de competências é um instrumento que pode garantir a imparcialidade, porque o juiz fica mais distante do jogo estratégico das partes.¹²³

¹²⁰ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. p. 1284; ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. p. 373; FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. p. 637-638; GILLES, Myriam E. Reinventing structural reform litigation: deputizing private citizens in the enforcement of civil rights. p. 1391-1392.

¹²¹ HAZARD JR., Geoffrey C.; RICE, Paul R. Judicial management of the pretrial process in massive litigation: special masters as case managers. p. 390-395.

¹²² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. p. 391-396; JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 96-98; FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 93-94.

¹²³ Foi o que observaram HAZARD JR., Geoffrey C.; RICE, Paul R. Judicial management of the pretrial process in massive litigation: special masters as case managers. p. 388.

O tema tem ocupado estudos em diversos países nos últimos anos. O maior exemplo estrangeiro é o direito norte-americano.¹²⁴ Por lá, desde os processos envolvendo litigância de direitos humanos (incluídos os direitos sociais), passando pelos *prison reform cases* (referentes ao controle de política pública sobre o sistema carcerário), veem-se inúmeros casos de utilização de instrumentos de delegação por meio dos quais o Judiciário atribui a outros órgãos competências decisórias. Frequentemente são delegados poderes aos *masters*,¹²⁵ figuras parecidas com os administradores judiciais, que, por vezes, funcionam como mediadores¹²⁶ ou agentes fiscalizadores das decisões,¹²⁷ mas assumem também atribuições decisórias.¹²⁸

Também têm sido muito estudadas as *claim resolution facilities*, entidades ou infraestruturas planejadas e concebidas para gerir um caso específico, criadas por convenção processual ou decisão judicial, que definirá também os poderes que serão delegados.¹²⁹

Sem dúvida que, no Brasil e no estrangeiro, têm sido observadas delegações de competência em processos estruturais, por meio das quais se promove a transferência de prerrogativas jurisdicionais para outros órgãos estatais. A ideia é imprimir maior eficiência na gestão de processos de alta complexidade, e o Judiciário muda suas funções, atuando como um supervisor ou fiscalizador.

Nesse contexto, é, de um lado, imperativo afastar os preconceitos históricos contra as delegações de competência; e, de outro ângulo, uma melhor dogmatização do tema da delegação de competências pode potencializar a utilidade desses mecanismos. Esses foram os objetivos deste texto.

¹²⁴JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. p. 39 ss.

¹²⁵FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. p. 639, 650. Em perspectiva comparada, TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. p. 148.

¹²⁶DODGE, Jaime. Facilitative judging: organizational design in mass-multidistrict litigation. p. 334, p. 374.

¹²⁷ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. p. 361.

¹²⁸BRAZIL, Wayne D. Special masters in complex cases: extending the judiciary or reshaping adjudication. p. 394 ss; ROTHSTEIN, Barbara J.; BORDEN, Catherine R. **Managing multidistrict litigation in products liability cases**: a pocket guide for transferee judges. Washington: Federal Judicial Center, Judicial Panel on Multidistrict Litigation, 2011. p. 36, p. 38.

¹²⁹Sobre o tema, no Brasil, confira-se CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo, v. 44, n. 287, p. 449 ss, jan. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38285286/Zaneti_e_Cabral_Claim_Resolution_Facilities_pdf. Acesso em: 27 jul. 2024.

Referências

ALVIM, Arruda. Anotações sobre o tema da competência. **Revista de Processo**, v. 6, n. 24, p. 9-51, out./dez. 1981.

ANDRADE, Juliana Melazzi. A condução do processo de execução por agentes privados. *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, jan-jun. 2011.

BARIONI, Rodrigo. Comentário ao art. 972. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). **Breves comentários ao Código de processo civil**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BÖRRESEN, Hakon. Nach einem Deutschlandaufenthalt: Eindrücke und Gedanken eines norwegischen Juristen. **Deutsche Richterzeitung**, v. 40, Sept. 1962.

BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de Processo**, v. 38, n. 219, p. 13-42, maio 2013.

BRAZIL, Wayne D. Special masters in complex cases: extending the judiciary or reshaping adjudication. **University of Chicago Law Review**, v. 53, n. 2, p. 394-423, 1986.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Jurisdição sem decisão**: non liquet e consulta jurisdicional no direito processual civil. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. In: BRIGUGLIO, Antonio *et al.* (ed.). **Scritti in onore di Nicola Picardi**. Pisa: Pacini, 2016. p. 365-374.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 44, n. 287, p. 445-483, jan. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38285286/Zaneti_e_Cabral_Claim_Resolution_Facilities_pdf. Acesso em: 27 jul. 2024.

CALLIESS, Graf-Peter. **Der Richter im Zivilprozess**: sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?: Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag. München: Beck, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**: exposição didática, área do direito processual civil. 16. ed., atual. inclusive considerando as reformas do CPC até novembro de 2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno. In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3, p. 77-94.

COLE, Sarah Rudolph. Managerial litigants?: the overlooked problem of party autonomy in dispute resolution. **Hastings Law Journal**, v. 51, n. 6, p. 1199-1263, 2000.

CRAMER, Ronaldo. Comentário ao art. 972. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de processo civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**: juiz natural, modificações de competência, perpetuatio jurisdictionis, conexão, continência e prevenção. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 4.

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.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1.

DODGE, Jaime. Facilitative judging: organizational design in mass-multidistrict litigation. **Emory Law Journal**, v. 64, p. 329-382, 2014.

DUGUIT, Léon. **Leçons de droit public général**: faites à la faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de janvier, février et mars 1926. Paris: La Mémoire du Droit, 2000.

FASCHING, Hans W. Rechtsbehelfe zur Verfahrensbeschleunigung. In: GERHARDT, Walter *et al.* (ed.). **Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag**. Berlin: de Gruyter, 1995.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, p. 635-697, Mar. 1982.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Método, 2015.

GELSI BIDART, Adolfo. Competencia y delegación. In: SCRITTI giuridici in memoria di Calamandrei. Padova: Cedam, 1958. v. 2.

GILLES, Myriam E. Reinventing structural reform litigation: deputizing private citizens in the enforcement of civil rights. **Columbia Law Review**, v. 100, n. 6, p. 384-1453, 2000.

GIMENO SENDRA, Vicente. El derecho constitucional al juez legal. *In*: GIMENO SENDRA, Vicente. **Constitución y proceso**. Madrid: Technos, 1988.

GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. Professionalità e responsabilità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 42, n. 2, 1987.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

GUINCHARD, Serge. **Droit processuel**: droit commun et droit comparé du procès. 2 ed. Paris: Dalloz, 2003.

HAZARD JR., Geoffrey C.; RICE, Paul R. Judicial management of the pretrial process in massive litigation: special masters as case managers. **American Bar Foundation Research Journal**, v. 7, n. 2, p. 375-418, 1982.

HEINZ, Karl-Eckhart. Delegation und Mandat: Eine rechts – und verfassungstheoretische Untersuchung. **Der Staat**, v. 36, n. 4, p. 495-520, 1997.

HENKEL, Joachim. **Der gesetzliche Richter**. Göttingen: Fakultat der Georg-August-Universität, 1968.

HESS, Burkhard. Different enforcement structures. *In*: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability**: tradition and reform. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 41-62.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1995.

JACOBS, Matthias. Bd. 10., EuGVVO, GVG. *In*: STEIN, Friedrich; JONAS, Martin. **Kommentar zur Zivilprozessordnung**. 22. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

JAUERNIG, Othmar; HESS, Burkhard. **Zivilprozessrecht**: ein Studienbuch. 30. ed. München: Beck, 2011.

JELLINEK, Georg. **Die Lehre von den Staatenverbindungen**. Aalen: Scientia, 1969.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg im Breisgau: Mohr, 1892.

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

KERN, Christoph A. Der gesetzliche Richter – Verfassungsprinzip oder Ermessensfrage? **Zeitschrift für Zivilprozess**, v. 130, n. 1, p. 91-120, Apr. 2019.

KÜSTER, Otto. Das Gewaltenproblem im modernen Staat. **Archiv des öffentlichen Rechts**, v. 75, n. 4, p. 397-413, 1949.

LIMA, Alcides de Mendonça. Jurisdição voluntária. **Revista de Processo**, v. 5, n. 17, p. 25-40, jan./mar. 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1. Teoria geral do processo civil.

MBAZIRA, Christopher. **Litigating socio-economic rights in South Africa**: a choice between corrective and distributive justice. Pretoria: Pulp, 2009.

MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stanford Law Review**, v. 57, p. 1361-1389, Apr. 2005.

OBERMAYER, Klaus. Zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich des Verwaltungsbehörden. **Juristen Zeitung**, v. 11, n. 20/20a, p. 625-630, 1956.

PERROT, Roger. **Institutions judiciaires**. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2006.

PINHO, José Cândido de. **Breve ensaio sobre a competência hierárquica**. Coimbra: Almedina, 2000.

POSNER, Richard. Will the Federal Courts of Appeals survive until 1984?: an essay on delegation and specialization of the judicial function. **Southern California Law Review**, v. 56, n. 3, p. 761-791, Mar. 1983.

RAMALHO, Joaquim Ignacio. **Practica civil e commercial**. São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

RASCH, Ernst. Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten. **Die Öffentliche Verwaltung**, n. 12, Mai 1957.

RESNIK, Judith. Managerial judges. **Harvard Law Review**, v. 96, p. 376-448, 1982-1983.

ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? **The South African Law Journal**, v. 122, n. 2, p. 325-351, 2005.

RODOTÀ, Stefano. Attuali asimmetrie del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario. In: **Atti del sesto Congresso Nazionale della Magistratura**. Napoli: Jovene, 1985.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROTHSTEIN, Barbara J.; BORDEN, Catherine R. **Managing multidistrict litigation in products liability cases: a pocket guide for transferee judges**. Washington: Federal Judicial Center, Judicial Panel on Multidistrict Litigation, 2011.

SABATINI, Giuseppe. La competenza surrogatoria ed il principio del giudice naturale nel processo penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v. 4, 1961.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed., revista e atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007-.

SATHANAPALLY, Aruna. **Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SCHAUER, Frederick F. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SCHENKE, Wolf-Rüdiger. Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht. **Verwaltungsarchiv**, v. 68, p. 118-168, 1977.

SCHÖNKE, Adolf. **Lehrbuch des Zivilprozessrechts**. 7. ed. Karlsruhe: Müller, 1951.

SCOTT, Joanne; STURM, Susan P. Courts as catalysts: rethinking the judicial role in new governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, p. 565-594, 2006.

TARUFFO, Michele. L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 42, n. 1, p. 142-178, 1988.

TEMER, Sofia Orberg. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Juspodivm, 2020.

TRIEPEL, Heinrich. **Delegation und Mandat im öffentlichen Recht: Eine kritische Studie**. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1942.

TURNER, Robert. A model for an enforcement regime: the High Court Enforcement Officers of the Supreme Court of England and Wales. *In*: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability: tradition and reform**. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 137-146.

UZELAC, Alan. Privatization of enforcement services: a step forward for countries in transition? *In*: RHEE, Cornelis Hendrik van; UZELAC, Alan (ed.). **Enforcement and enforceability: tradition and reform**. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 83-102.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza": antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: U.N.L.P.**, v. 10, n. 43, p. 267-286, 2013.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Juspodivm, 2013.

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. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 2. tiragem. Salvador: Juspodivm, 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed., reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016-.

WILKE, Dieter. Die Rechtsprechende Gewalt. *In*: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hg.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2007. Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006.

Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Conflito de Competência nº 147.746-SP (2016/0191673-8)**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 27 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Conflito de Competência 7161-3/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de setembro de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 1 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Questão de Ordem em Ação Penal 470-1/MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 6 de dezembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Presidente Luix Fux, 8 de setembro de 2022.

Legislação citada

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024].

BRASIL. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2004].

BRASIL. **Emenda constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília: Presidência da República, [2019].

BRASIL. **Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966.** Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1966].

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2011].

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Presidência da República, [2020].

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: Presidência da República, [2011].

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília: Presidência da República, [2012].

BRASIL. **Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019.** Dispõe sobre honorários periciais em ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) figure como parte e altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília: Presidência da República, [2019].

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.** Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Presidência da República, [2020].



Contempt of court: a importância de medidas coercitivas no processo estrutural¹

Contempt of court: the importance of enforcement measures in structural litigation

Contempt of Court: la importancia de las medidas coercitivas en los procedimientos estructurales

Matheus Casimiro²

Universidade Federal de Pernambuco (Recife, PE, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3963-3783>

E-mail: mcgserafim@gmail.com

Resumo

No processo estrutural dialógico, parte-se do pressuposto de que a aplicação de sanções pode comprometer a efetividade das decisões e a colaboração entre as partes. O artigo parte de premissa diversa, adotando a hipótese de que medidas coercitivas podem ser essenciais para a efetividade do processo estrutural. Para compreender a utilidade das sanções, estuda-se o instituto do *contempt of court*, desenvolvido na tradição do *common law* para situações em que autoridades e cidadãos deliberadamente descumprem ordens judiciais. Conclui-se que o *contempt of court* pode ser utilizado no Brasil, determinando-se o pagamento de multas diretamente pela autoridade responsável pelo descumprimento da ordem judicial, com base no art. 77, § 2º, do Código de Processo Civil.

Palavras-chave

Processo estrutural; litígio estrutural; controle judicial de políticas públicas; *contempt of court*; cumprimento de decisões judiciais.

¹ CASIMIRO, Matheus. Contempt of court: a importância de medidas coercitivas no processo estrutural. *Suprema: revistadeestudosconstitucionais*, Brasília, v.4, n.1, p.169-200, jan./jun.2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a318>.

² Realiza estágio de pós-doutorado em Direito na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutor em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e graduado em Direito pela Universidade do Ceará (UFC). É um dos coordenadores do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (LAPEDI-UFPE), na linha "Processos estruturais, Pragmatismo e Diálogos Institucionais". Assessor Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) atuando no Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC).

Sumário

1. Introdução. 2. A importância do experimentalismo para o processo estrutural. 3. A desobediência deliberada e o seu risco para os grupos vulneráveis. 4. Diretrizes para a utilização do *contempt of court*. 5. Considerações finais.

Abstract

In the dialogical structural litigation, it is assumed that the application of sanctions can compromise the effectiveness of decisions and collaboration between the parties. This paper starts from a different premise, adopting the hypothesis that enforcement measures can be essential for the effectiveness of the structural litigation. In order to understand the usefulness of enforcement measures, it is studied the institute of contempt of court, developed in the common law tradition for situations in which authorities and citizens deliberately refuse to comply with court orders. It concludes that contempt of court can be used in Brazil, by ordering the payment of fines directly by the authority responsible for non-compliance with the court order, based on article 77, paragraph 2, of the Code of Civil Procedure.

Keywords

Structural litigation; structural disputes; judicial control of public policies; contempt of court; judicial compliance.

Contents

1. Introduction. 2. The importance of experimentalism for the structural litigation. 3. Deliberate disobedience and its risk for vulnerable groups. 4. Guidelines for the use of contempt of court. 5. Final considerations.

Resumen

En el proceso estructural dialógico, se supone que la aplicación de sanciones puede comprometer la eficacia de las decisiones y la colaboración entre las partes. El artículo parte de una premisa diferente, adoptando la hipótesis de que las medidas coercitivas pueden ser esenciales para la eficacia del proceso estructural. Para comprender la utilidad de las sanciones, se estudia el instituto del desacato al tribunal, desarrollado en la tradición del common law para situaciones en las que autoridades y ciudadanos incumplen deliberadamente las órdenes judiciales. Se concluye que el contempt of court puede ser utilizado en Brasil, ordenando el pago de multas directamente por la autoridad responsable del incumplimiento de la orden judicial, con base en el artículo 77, párrafo 2º, del Código de Proceso Civil.

Palabras clave

Proceso estructural; litigio estructural; control judicial de políticas públicas; desacato judicial; cumplimiento de decisiones judiciales.

Índice

1. Introducción. 2. La importancia del experimentalismo para el proceso estructural. 3. La desobediencia deliberada y su riesgo para los grupos vulnerables. 4. Directrices para el uso del *contempt of court*. 5. Consideraciones finales.

1. Introdução

Parte significativa das pesquisas sobre processos estruturais apresenta uma preocupação em comum: ressaltar o caráter dialógico que deve conduzir a relação entre o magistrado, o grupo afetado e os representantes do Poder Público e da sociedade civil em geral. No modelo conhecido como experimentalismo, o juiz não detalha as políticas públicas que devem ser executadas e não impõe sanções imediatas aos agentes públicos. Antes, procura construir uma relação colaborativa com a Administração Pública, apontando as graves falhas estruturais existentes e delegando aos órgãos competentes a elaboração de um plano de ação para solucionar o problema.

Em regra, os autores que estudam o tema, especialmente aqueles que defendem o modelo experimentalista, falam de sanções de forma genérica, alegando que são algo raro e eventual, já que podem comprometer o diálogo e a colaboração entre o Judiciário e os agentes públicos.³ Para os mais críticos, a aplicação de sanções por descumprimento a medidas estruturais configura verdadeira ameaça à democracia e à separação de poderes.⁴

³SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 1015-1101, Feb. 2004. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship. Acesso em: 12 jun. 2024. No Brasil, em relevante artigo sobre os desafios ao cumprimento de decisões estruturais, Bruna Medina defende que “Cientificado o problema de indisponibilidade financeira do Poder Público para que se proceda à execução das decisões estruturais, ventilou-se que, ao invés da conduta adjudicatória e sancionadora em caso de descumprimento das decisões que prevejam a instituição de políticas públicas, a consensualidade deve ser privilegiada, priorizando o cumprimento gradual do plano negociado pelas partes envolvidas no litígio estrutural.”

⁴NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 7, p. 395- 411, 1984. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2066&context=faculty-articles>. Acesso em: 12 jun. 2024.

De fato, medidas coercitivas não são o centro do processo estrutural, tampouco devem ser corriqueiras.⁵ No modelo experimentalista, o juiz atua como um coordenador da resolução do problema, possibilitando um maior engajamento entre os gestores públicos e os grupos afetados, para que dialoguem e construam as melhores soluções para o problema. Idealmente, a solução deve ser obtida por meio do engajamento ou compromisso significativo⁶ e da colaboração em boa-fé, não por meio da coação.

A realidade, no entanto, pode se apresentar bem diferente do cenário ideal. Ainda que apresentem justificativas teóricas relevantes para evitar a aplicação de sanções, autores podem partir de uma premissa equivocada: a boa-fé da Administração Pública em solucionar graves falhas estruturais identificadas pelo Judiciário. Se os agentes públicos tiverem vontade política e atuarem de boa-fé, é possível obter avanços significativos no tratamento de litígio estrutural sem o recurso às sanções. Contudo, nos casos em que inexistente interesse em solucionar o problema, o diálogo pode ser obstruído pelos próprios membros da Administração Pública.

Se os gestores públicos deliberadamente não colaboram para a resolução do litígio, desrespeitando as decisões judiciais que fixam medidas estruturais, é preciso responsabilizá-los pela desobediência e adotar medidas que favoreçam o cumprimento da ordem judicial.⁷ Como explica Susan Sturm,⁸ o sucesso de reformas estruturais depende do sistema de incentivos⁹ utilizado para influenciar a conduta dos gestores públicos e fazê-los colaborar, sendo a sanção por desacato um dos fatores utilizado para obter a cooperação. Importante ressaltar que a desobediência aqui referida não é apenas o não cumprimento da decisão por impossibilidade fática, mas por deliberada decisão de não atender à determinação judicial.

⁵DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional**. 2017. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. p. 132.

⁶Cf. SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

⁷VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litígios de reforma estructural em la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 67-86.

⁸STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 138, n. 3, p. 882-884, 1990. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3801&context=penn_law_review. Acesso em: 12 jun. 2024.

⁹ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais**: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Na tradição do *common law*, quando há desacato à ordem judicial, fala-se em *contempt of court*, instituto que busca assegurar o respeito à dignidade do Judiciário e o cumprimento de suas decisões.¹⁰ Remontando ao século XII,¹¹ a pena para o *contempt of court* já foi a execução sumária daquele que desacatava a ordem judicial.¹² No direito anglo-saxão, considera-se desacato a prática de qualquer ato que ofenda um tribunal na administração da justiça: tumultuar audiências, negar-se a prestar testemunho, ofender magistrados e, principalmente, descumprir uma ordem judicial.¹³

Dessa forma, a presente pesquisa parte de hipótese oposta a geralmente defendida pelos autores experimentalistas. A pergunta central é: quais diretrizes devem orientar o juiz na aplicação do *contempt of court* em processos estruturais? Para responder a essa pergunta, adota-se como metodologia de pesquisa, além da tradicional análise bibliográfica e documental, a realização de entrevistas com ministros do Supremo Tribunal Federal, assessores, professores e advogados que atuam em ações estruturais.

Com a realização de entrevistas, busca-se compreender melhor as dificuldades enfrentadas em ações estruturais e, a partir disso, propor diretrizes para a aplicação de sanções. As entrevistas foram realizadas em 2022 e 2023, assegurado o anonimato aos entrevistados que assim optaram. Adotou-se o modelo de entrevista semiestruturada, mais flexível e dinâmica. Foram formulados questionamentos predefinidos para todos os entrevistados, mas com a possibilidade de novas perguntas serem feitas durante a conversa com o entrevistado.

Quanto à estrutura, o trabalho conta com três tópicos. No primeiro, será apresentado o modelo experimentalista e sua importância para os processos estruturais. No segundo, analisaremos as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 635 e 709, que exemplificam a deliberada desobediência de agentes públicos a decisões estruturais. Por fim, o último tópico apresenta diretrizes para que o magistrado identifique como e quando deve utilizar o *contempt of court* no processo estrutural.

¹⁰ GOLDFARB, Ronald. The history of the contempt power. *Washington University Law Quarterly*, v. 1961, n. 1, p. 6-7, 1961. Disponível em: <https://journals.library.wustl.edu/lawreview/article/id/4108/>. Acesso em: 12 jun. 2024.

¹¹ GROTE, Paul A. Purging contempt: eliminating the distinction between civil and criminal contempt. *Washington University Law Review*, v. 88, n. 5, p. 1249, 2011. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=law_lawreview. Acesso em: 11 jun. 2024.

¹² DUDLEY JR., Earl C. Getting beyond the civil/criminal distinction: a new approach to the regulation of indirect contempts. *Virginia Law Review*, v. 79, n. 5, p. 1034, 1993. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/valr79&i=1035>. Acesso em: 12 jun. 2024.

¹³ GROTE, Paul A. **Purging contempt**: eliminating the distinction between civil and criminal contempt. p. 1248.

2. A importância do experimentalismo para o processo estrutural

Os processos estruturais podem ser definidos como um conjunto ordenado de atos jurídicos destinados a obter uma tutela judicial coletiva, capaz de transformar, gradualmente, um estado de coisas A, violador de direitos, em um estado de coisas B, adequado à proteção dos direitos que dele dependem.¹⁴ Como explica Marco Félix Jobim,¹⁵ os processos estruturais têm origem no caso *Brown v. Board of Education*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas. Contudo, os Estados americanos, especialmente os do sul do país, não demonstraram reais intenções de implementar a decisão judicial. Assim, em 1955, a Corte determinou que os juízes locais promovessem a dessegregação racial, que deveria ser realizada o mais rápido possível (*with all deliberate speed*).¹⁶ A decisão ficou conhecida como *Brown II*.

Segundo Owen Fiss,¹⁷ a primeira década após *Brown I* (1954-1964) foi marcada por decisões com medidas genéricas. O juiz fixava uma proibição de não discriminar estudantes com base em critérios étnicos e determinava que os conselhos escolares apresentassem um plano para promover a dessegregação escolar. Na medida em que as dificuldades para a dessegregação persistiam, a segunda década pós-*Brown* (1964-1974) foi marcada por decisões mais detalhadas, que indicavam o que o Poder Público deveria fazer para implementar as reformas estruturais necessárias.

¹⁴ GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais**: identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: JusPodivm, 2020. p.123; ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Processo estrutural e direito dos desastres**: dever estatal de prevenção e o paradigma das calamidades hidrológicas. Orientador: José Carlos Francisco. 2023. p. 62-64. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/items/cd4c7c49-e774-4c87-ba94-3549b7d0e382>; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p.1273.

¹⁵ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na jurisdição constitucional**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2021. p.110-112; JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. **Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education (I e II)**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 883-900. Em sentido contrário, Edilson Vitorelli defende que a origem dos processos estruturais não está na decisão da Suprema Corte, mas na atuação dos juízes locais que buscaram cumprir o que foi decidido em *Brown II*. Cf. VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. tiragem. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 70-71.

¹⁶ RENDLEMAN, Doug. *Brown II's all deliberate speed at fifty: a golden anniversary or a midlife crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy*. **San Diego Law Review**, v. 41, n. 4, p. 1584-1586, 2004. Disponível em: https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/sdlr/article/2972/&path_info=uc.pdf. Acesso em: 24 jun. 2024.

¹⁷ FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, c1978. p. 12-14.

As decisões com medidas estruturais detalhadas passaram a ser utilizadas em casos diversos, não só quando havia problemas para implementar a dessegregação escolar. Como exemplo, podem-se mencionar decisões que indicavam a comida que deveria ser servida em uma prisão ou quanto tempo o preso poderia ficar em uma cela solitária;¹⁸ as cores das paredes e o tamanho dos sanitários nas celas e os parâmetros de tratamentos psiquiátricos;¹⁹ o currículo escolar e a distribuição dos professores;²⁰ a quantidade de banheiros para pacientes em instituições de saúde mental, bem como o espaço que cada um deveria ter e a temperatura do ar e da água nesses locais.²¹ Esse modelo de atuação jurisdicional ficou conhecido como comando e controle.

Quando o juiz atua no modelo de comando e controle, impõe ao Poder Público um conjunto de medidas estruturais detalhadas e unilaterais, na expectativa de resolver o problema com uma ou poucas decisões.²² Há um forte papel diretivo do juiz, que regula, de cima para baixo, como a instituição pública deve atuar para solucionar o litígio em questão.²³ Nesse modelo, as decisões costumam ser rígidas, e a avaliação do cumprimento está baseada no grau de observância das medidas estabelecidas pelo juiz. Exemplo paradigmático de comando e controle foi a atuação do juiz Frank M. Johnson, que elaborou sozinho uma ordem detalhada para corrigir as violações constitucionais das prisões do Alabama.²⁴

No entanto, o processo estrutural e o modelo de comando e controle não têm uma relação necessária, apenas contingente.²⁵ Existe um outro modelo de atuação judicial, mais adequado à resolução de litígios estruturais: o experimentalismo. Nele,

¹⁸ FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. 2015. p.110. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>.

¹⁹ NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. p. 397.

²⁰ NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. p. 397.

²¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1021.

²² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1021.

²³ STURM, Susan. Equality and the forms of justice. **University of Miami Law Review**, v. 58, n. 1, p. 61, 2003. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1427&context=umlr>. Acesso em: 24 jun. 2024.

²⁴ YACKLE, Larry W. **Reform and regret: the story of federal judicial involvement in the Alabama prison system**. New York: Oxford University Press, 1989. p. 100-105.

²⁵ Ainda que esse tenha sido um modelo comum nos Estados Unidos da década de 1990, não se pode afirmar que ele é o predominante hoje. Autores como William Simon apontam o predomínio da abordagem experimentalista. Cf. SIMON, William H. Justice and accountability: activist judging in the light of democratic constitutionalism and democratic experimentalism. **Law, Culture and the Humanities**, v. 15, n. 3, p. 616, 2019. Disponível em: <https://>

o juiz não é o centro da reforma estrutural. Ele busca promover o diálogo entre as partes afetadas, fixa parâmetros gerais que devem orientar o diálogo, determina medidas emergenciais de proteção do grupo vulnerável e promove transparência e *accountability* do Poder Público.²⁶ O objetivo do experimentalismo é criar um ambiente deliberativo, capaz de produzir acordos provisórios que gerem uma transformação progressiva, levando em conta a complexidade do problema e a pluralidade de interesses envolvidos. Decisões proferidas conforme o modelo experimentalista têm dois potenciais efeitos importantes: desestabilizar instituições públicas que falham na proteção de direitos fundamentais, o que inviabiliza a permanência do *status quo*;²⁷ e democratizar o processo de tomada de decisão, incorporando novos atores e ouvindo as pessoas afetadas pela violação de direitos.²⁸

Analisando as contribuições do experimentalismo para os processos estruturais, Eduarda Cunha e Flavianne Nóbrega²⁹ afirmam que sua grande inovação é tornar o processo judicial um *locus* de deliberação pública, estimulando o debate e a cooperação entre o Poder Público e os grupos interessados na resolução do litígio. Sendo assim, a adoção do experimentalismo enfraquece boa parte das objeções aos processos estruturais, como a incapacidade técnica do juiz – já que este não atuará como o criador unilateral de políticas públicas –, a ameaça à separação de poderes e a possibilidade de um efeito *backlash* diante de decisões excessivamente rígidas e intrusivas.

Uma das principais vantagens é o reconhecimento da falibilidade dos atores envolvidos na resolução de problemas complexos. O litígio estrutural não surgirá nem será solucionado repentinamente. É necessário avaliar o cenário atual, elaborar um plano de ação que estabeleça políticas públicas, critérios que avaliem o seu

scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2987&context=faculty_scholarship. Acesso em: 24 jun. 2024.

²⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. p. 1019-1020.

²⁷ DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p. 43-56, Feb. 1979. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/valr65&i=53>. Acesso em: 11 jun. 2024.

²⁸ CANO BLANDÓN, Luisa Fernanda. Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, n. 49, p. 138, mayo/agosto 2021. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/7147>. Acesso em: 12 jun. 2024.

²⁹ FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A importância do experimentalismo democrático na resolução de litígios estruturais pela via judicial: flexibilidade e participação no controle de políticas públicas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 9, n. 2, p. 227, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/998>. Acesso em: 12 jun. 2024.

desempenho e monitoramento para acompanhar a implementação da reforma estrutural.³⁰ De tempos em tempos, será necessário reajustar o plano e, eventualmente, o Judiciário precisará proferir novas decisões.³¹

O reajuste do plano não significa que o Poder Público não quis colaborar. Na verdade, o governo pode atuar com boa-fé na busca de uma solução adequada. Ainda assim, por estar enfrentando problemas policêntricos e complexos, há sempre um grau de imprevisibilidade. Por isso, a pretensão de fazer uma decisão única, contendo, de uma só vez, tudo o que será necessário para reformar uma instituição pública, não só permite ao juiz desempenhar uma função para a qual não está capacitado, mas também é uma ideia irrealizável.

Ao apostar no diálogo e em decisões flexíveis, o experimentalismo adota a lógica da tentativa e erro.³² À medida que as ações são implementadas, os seus resultados são monitorados, e reajustes são feitos. Caso as ações iniciais não funcionem, ou funcionem parcialmente, novas decisões são proferidas, e o plano de ação é alterado. Ao elaborar o plano, o Poder Público deve considerar as demandas do grupo afetado e a decisão judicial proferida. Todos os envolvidos devem atuar para que a reforma estrutural seja alcançada. O modelo experimentalista ressalta a insuficiência de atuações rígidas e unilaterais, que se apresentam como soluções fáceis e rápidas para problemas antigos e complexos.

Apesar de estar pautado no diálogo e de deixar a elaboração do plano de ação com os órgãos administrativos, o juiz que atua conforme o modelo experimentalista não pode ser ingênuo. Quando ocorrer uma reiterada desobediência à ordem judicial, a aplicação de sanções, inclusive ao agente diretamente responsável pelo não cumprimento, pode incentivar os demais agentes públicos a levarem a sério as suas obrigações e a contribuírem com a implementação de reforma estrutural.³³ Caso contrário, além do diálogo institucional vazio, os direitos do grupo vulnerável vítima do litígio estrutural podem ser gravemente comprometidos, como mostram os exemplos do próximo tópico.

³⁰ VILJOEN, Sue-Mari; MAKAMA, Saul Porsche. Structural relief - a context-sensitive approach. *South African Journal on Human Rights*, v. 34, n. 2, p. 220, 2018. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/soafjhr34&i=212>. Acesso em: 12 jun. 2024.

³¹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p.111-112.

³² ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Processo estrutural e direito dos desastres**: dever estatal de prevenção e o paradigma das calamidades hidrológicas. p.128.

³³ STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. p. 893.

3. A desobediência deliberada e o seu risco para os grupos vulneráveis

Até o momento, o STF tem conduzido as ações estruturais de sua competência conforme a lógica do experimentalismo, buscando construir diálogo institucional com os demais Poderes e delegando à Administração Pública a função de elaborar um plano de ação para solucionar o problema identificado. Os dois ministros³⁴ entrevistados concordam que as ações estruturais devem ser pautadas pelo diálogo institucional e que são instrumentos capazes de promovê-lo.

No entanto, a preocupação com o desacato está sempre presente. Segundo o assessor 01,³⁵ em alguns casos os ministros até desejam adotar medidas mais incisivas ou detalhadas, mas temem que os demais Poderes descumpram o que for estabelecido e a autoridade do Tribunal seja comprometida.³⁶ Assim, optam por adotar uma postura cautelosa e dialógica, deixando o Executivo com uma maior margem de atuação.

Duas ADPFs mostram como o desacato pode ocorrer em ações estruturais. O primeiro exemplo é a ADPF nº 635,³⁷ também chamada de ADPF das favelas, que questiona a política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, especialmente a crescente letalidade da atuação policial em comunidades periféricas. A ação possibilitou uma audiência pública histórica, nos dias 16 e 19 de abril de 2021, com a participação de representantes de movimentos sociais, organizações e entidades relacionadas aos direitos humanos e às vítimas de violência do Estado.

Em 05.06.2020, o ministro Edson Fachin, relator da ação, suspendeu a realização de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia de Covid-19. As operações só poderiam ocorrer em casos absolutamente excepcionais,

³⁴ MINISTRO 01. **Depoimento** [out. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Brasília, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo; MINISTRO 02. **Depoimento** [out. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Brasília, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

³⁵ ASSESSOR 01. **Depoimento** [jul. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

³⁶ ASSESSOR 01. **Depoimento** [jul. 2022].

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. Relator: Ministro Edson Fachin, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em: 26 jan. 2023.

tendo a Polícia do Rio de Janeiro o dever de justificar as medidas que adotaria por escrito e de comunicá-las ao Ministério Público estadual. A medida cautelar obteve bons resultados na diminuição da letalidade policial. Segundo pesquisa realizada pelo Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos, da Universidade Federal Fluminense (UFF), e a iniciativa Fogo Cruzado, houve uma redução de 72,5% dos óbitos decorrentes de operações policiais em relação à média de mortes no mesmo período entre 2007 e 2009.³⁸ Entretanto, os bons resultados foram interrompidos em 2021, com reiterados descumprimentos à decisão do ministro Fachin, o que levou a pelo menos duas chacinas: a do Jacarezinho, com a morte de 28 pessoas, e a do Complexo do Salgueiro, com ao menos oito mortos.³⁹

A ADPF 635 enfrentou outro grave problema de descumprimento. O ministro Edson Fachin determinou a instalação de câmeras nas fardas e veículos da Polícia Militar, mesmo para equipes policiais como o Batalhão de Operações Especiais (Bope) e a Coordenadoria de Recursos Especiais (Core). Com a pressão criada pela ADPF e pela chacina do Jacarezinho, a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro aprovou, em junho de 2021, a Lei nº 9.298/2021, que determina a implantação de câmeras no fardamento dos policiais e em suas viaturas. No entanto, em maio de 2022, as câmeras ainda não tinham sido instaladas. Atualmente, segundo o Coronel Renan Oliveira,⁴⁰ há cerca de 10 mil câmeras em utilização no Estado, sendo a maioria de uso individual dos policiais.

Apesar desse avanço inicial, outros obstáculos à implementação surgiram. Mesmo com a decisão do Tribunal, a Polícia Militar questionou a necessidade de utilizar as câmeras no Bope, alegando o risco de que a divulgação dessas imagens possa comprometer o esquema tático do grupo. Além disso, o acesso às imagens por vítimas de violência policial, seus familiares e representantes legais ainda é difícil. Em decisão proferida em 05.06.2023, o ministro Edson Fachin reiterava o dever de transparência da Polícia Militar, determinando que o Estado do Rio de Janeiro adote todas as providências técnicas necessárias para garantir: o acesso nos casos

³⁸ GRUPO DE ESTUDOS DOS NOVOS ILEGALISMOS; FOGO CRUZADO. **Operações policiais e ocorrências criminais**: por um debate público qualificado. Disponível em: https://geni.uff.br/wp-content/uploads/sites/357/2022/05/2020_Relatorio-Geni_ADPF-635-impactos-e-correlacoes_versao_Final.pdf. Acesso em: 21 dez. 2022.

³⁹ VIEIRA, Athos. A chacina do Salgueiro e a guerra de extermínio em nome das drogas. *El País*, 2 dic. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2021-12-02/a-chacina-do-salgueiro-e-a-guerra-de-extermínio-em-nome-das-drogas.html>. Acesso em: 21 dez. 2022.

⁴⁰ OLIVEIRA, Renan Gomes de. **Depoimento** [out. 2023]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2023. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

em que há investigações em andamento; o envio imediato das mídias ao Ministério Público do Rio de Janeiro; a regular disponibilização à Defensoria Pública do Rio de Janeiro; e o efetivo acesso por vítimas da ocorrência e seus familiares, por meio de seus representantes legais.⁴¹

O segundo exemplo é a ADPF 709. Durante a pandemia de covid-19, haja vista a insuficiência das ações ordinárias para tratar de políticas de saúde complexas,⁴² duas relevantes ações estruturais foram ajuizadas no STF. Em maio de 2020, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) ajuizou a ADPF nº 709, tratando de dois problemas principais: (i) abordar a necessidade de adoção de medidas de proteção e promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC); e (ii) propor medidas mais amplas voltadas aos Povos Indígenas em geral. No julgamento da medida cautelar, confirmada pelo Pleno do Tribunal em 05.08.2020, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, fixou algumas importantes medidas para a proteção dos grupos indígenas: criação de barreiras sanitárias que impeçam o ingresso de terceiros nos territórios dos PIIRC; criação de sala de situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos em isolamento; necessidade de elaboração e monitoramento de um plano de enfrentamento da covid-19 para os povos indígenas, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, da Fundação Nacional do Índio (Funai), da Fundação Oswaldo Cruz, do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) e dos representantes das comunidades indígenas.⁴³

⁴¹ STF, ADPF 635/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18 ago. 2020.

⁴² STEFFENS, Luana; JOBIM, Marco Félix. A judicialização das políticas públicas durante pandemia de Covid-19 e os processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 729-731.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 1 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343655073&ext=.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

A Sala de Situação foi instaurada com base no art. 12⁴⁴ da Portaria Conjunta nº 4.094/2018, elaborada pelo Ministério da Saúde e pela Fundação Nacional do Índio. O objetivo da Sala seria gerir as ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente. Na decisão que determinou a sua criação, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, determinou que a Sala deveria “[...] assegurar a participação de membros da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e de representantes indígenas indicados pela APIB, bem como das demais autoridades que a União entender que devem participar do processo decisório.”⁴⁵

A primeira reunião na Sala de Situação foi realizada em 17.07.2020, contando com mais de 60 participantes. Representando a União, compareceram: militares do Gabinete de Segurança Institucional (GSI), representantes da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Ministério das Relações Exteriores e representantes da Fundação Nacional do Índio. Representando a APIB, quatro indígenas, entre eles, um dos advogados da ADPF.⁴⁶ Como apoio técnico, havia três indígenas e dois médicos sanitários, além de representantes do Ministério Público Federal e da Defensoria Pública da União.

Em pesquisa sobre o tema, Miguel Godoy, Carolina Santana e Lucas Cravo de Oliveira⁴⁷ relataram alguns dos desafios: as reuniões foram conduzidas por militares, que, em muitos momentos, adotaram uma postura hostil aos discursos dos povos indígenas; por exigência da União, as reuniões ocorreram na *Avaya Equinox*, plataforma desconhecida por muitos participantes, o que dificultou o andamento das reuniões, mostrando pouca preocupação com a inclusão digital; após a realização de

⁴⁴Art. 12. Deverá ser ativada uma Sala de Situação para subsidiar a tomada de decisões dos gestores e a ação das equipes locais diante do estabelecimento de situações de contato, surtos ou epidemias envolvendo os Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. § 1º A Sala de Situação terá como objetivos precípuos o compartilhamento e a sistematização de informações, o favorecimento do processo decisório, a organização de respostas para emergências e o monitoramento e avaliação das intervenções realizadas. § 2º A Sala de Situação será composta por membros indicados pela SESA/MS e membros indicados pela FUNAI e poderá ser integrada também por colaboradores convidados, com a anuência conjunta de ambos os órgãos.” BRASIL. Ministério da Saúde e Fundação Nacional dos Povos Indígenas. **Portaria Conjunta nº 4.094/2018**. Brasília: MS/FUNAI, [2018]. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57220459. Acesso em: 11 jan. 2023.

⁴⁵STF, MC-ADPF 709/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 1 jul. 2020. Acesso em: 15 dez. 2022.

⁴⁶GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e sala de situação: diálogo ilusório. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 2185, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61730>. Acesso em: 12 jun. 2024.

⁴⁷GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e Sala de Situação: diálogo ilusório. p. 2185-2186.

três reuniões, a União passou a descumprir a decisão do ministro Barroso, deixando de realizá-las. Em petição protocolada em 31.08.2020, a APIB solicitava o retorno das reuniões:

Houve apenas três reuniões da Sala de Situação. A primeira, realizada em 17 de julho de 2020, foi uma reunião de funcionamento prejudicado pelas falhas da plataforma utilizada. A segunda, realizada em 22 de julho de 2020, fora uma reunião preparatória para a terceira, na qual a APIB apresentou um cronograma de trabalho por regiões. Na terceira, realizada em 24 de julho de 2020, não houve qualquer menção ao cronograma proposto e houve insistência de nossa parte solicitando encaminhamentos (uma vez que nos preocupa sobremaneira a situação em que se encontram os indígenas isolados e de recente contato). Sem encaminhamentos, o representante do GSI encerrou a reunião informando que o governo federal seguiria se reunindo em uma espécie de “instância apenas governamental da Sala de Situação”, que a Sala de Situação não teria reuniões periódicas e que, quando oportuno, haveria outra convocação⁴⁸.

Em resposta, o ministro relator, em 21.10.2020, determinou que a União retomasse a Sala de Situação Nacional, no prazo de 48 horas, a contar da ciência da decisão.⁴⁹ Determinou também que, a partir da reunião de retomada, os encontros ordinários deveriam ter periodicidade mínima quinzenal, conforme cronograma a ser apresentado pela União.

Para Eloy Terena⁵⁰ e Daniel Sarmento,⁵¹ o STF partiu do pressuposto equivocado de que os militares teriam experiência para conduzir uma Sala de Situação. Com isso, o GSI ficou responsável por conduzir as reuniões e determinar o seu formato. Na primeira reunião, em vez de promover um ambiente colaborativo, os

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 21 de outubro de 2020. Disponível <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344778248&ext=.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁴⁹ STF, ADPF 709/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. 21 out. 2020. Petição da APIB (e-doc 372). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5952986>. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵⁰ TERENA, Eloy. **Depoimento** [ago. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. **Depoimento** [jun. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

militares responsáveis iniciaram o encontro com críticas à ADPF, à APIB e ao uso político do STF, originando uma discussão que foi, inclusive, objeto de reportagem pela Revista Veja:

A primeira reunião do gabinete de crise para a prevenção de comunidades indígenas contra a Covid-19, medida imposta ao governo pelo Supremo Tribunal Federal (STF), foi um fiasco e desagradou muito os representantes de etnias presentes, assim como o Ministério Público Federal (MPF). O gabinete terá que encontrar soluções para a proteção de índios isolados e de recente contato, os mais frágeis diante da violência do novo coronavírus. Segundo relatos obtidos pela coluna entre participantes, o tema não foi abordado corretamente e o ministro do Gabinete de Segurança da Presidência (GSI), Augusto Heleno, responsável por coordenar os trabalhos, afirmou que a questão indígena deveria ter sido resolvida há 50 anos no Brasil e que os povos encontrados fora de terras demarcadas serão tratados como produtores rurais e orientados a buscar o atendimento do SUS, o Sistema Único de Saúde, como qualquer cidadão.⁵²

Eloy⁵³ ressaltou a falta de transparência e a dificuldade para ter acesso a importantes dados governamentais sobre os problemas enfrentados. Os militares negavam acesso aos dados e só disponibilizavam as informações mediante ordem judicial. Como exemplo da dificuldade para estabelecer um diálogo produtivo, o advogado menciona que “o ministro Barroso teve que determinar que os ofícios da APIB deveriam ser respondidos pelo governo”, o que não ocorria espontaneamente.

Além da recusa em conduzir um diálogo efetivo na Sala de Situação, o governo apresentou três planos insuficientes para proteger os grupos indígenas, sendo apenas o quarto aprovado, com ressalvas e necessitando de melhorias. Em sua entrevista, o assessor 02, falando da ADPF 709, mostra como os agentes públicos podem descumprir a ordem judicial:

No caso dos indígenas, o STF determinou a elaboração de um plano para o enfrentamento da Covid-19 nos povos indígenas. O governo

⁵² LEITÃO, Matheus. Conflito entre general Heleno e indígenas no gabinete de crise. *Veja*, 17 jul. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/matheus-leitao/conflito-entre-general-heleno-e-indigenas-no-gabinete-de-crise/>. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵³ TERENA, Eloy. *Depoimento* [ago. 2022].

apresentou a primeira, rejeitamos. A segunda, rejeitamos. A terceira, rejeitamos. Apenas na quarta aprovamos parcialmente. Aí, eles apresentaram a quinta versão, tentando voltar atrás do que já tinha sido apresentado na quarta. Porque o objetivo deles é que o plano não funcione. Existe ineficiência, mas há casos em que o descumprimento é proposital. Pelas informações concedidas por especialistas consultados por nós, e que já tinham colaborado com o Executivo antes, sabíamos que o governo tinha as informações necessárias e sabia o que deveria ser feito. Mas as pessoas capazes de fazer algo a respeito são afastadas quando não se tem vontade política de enfrentar o problema. Os planos de monitoramento apresentados pelo governo também eram problemáticos, pois não apresentavam parâmetros para de fato medir o que estava sendo feito. Pedimos para que o governo reelaborasse o plano várias vezes. Mas tentavam sempre reduzir o trabalho e a qualidade do plano piorava.⁵⁴

Constata-se que a desobediência à ordem judicial pode ocorrer de duas formas. Na primeira, há um descumprimento direto do que foi decidido, na medida em que os agentes públicos se recusam a implementar qualquer ação necessária ao atendimento da decisão. Na segunda, mais sutil, os agentes públicos simulam estar atendendo à decisão, mas sem realmente implementar os esforços minimamente necessários ao seu cumprimento. No próximo tópico, veremos como medidas coercitivas podem ser utilizadas nesses casos.

4. Diretrizes para a utilização do *contempt of court*

O *contempt of court* costuma ser classificado de duas formas: direto ou indireto; civil ou criminal.⁵⁵ No direto, a desobediência ocorre na presença do magistrado, enquanto o indireto se dá fora do tribunal.⁵⁶ Já a diferença entre o *contempt* civil e o criminal é mais complicada, havendo divergências sobre o critério a ser adotado como diferenciação. Seguirei o critério da finalidade da sanção imposta àquele que descumpra a ordem judicial.

⁵⁴ ASSESSOR 02. Depoimento [jun. 2022].

⁵⁵ GROTE, Paul A. Purging contempt: eliminating the distinction between civil and criminal contempt. p. 1253-1254.

⁵⁶ ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 28, n. 111, p. 4, jul./set. 2003.

No civil, as sanções aplicadas buscam fazer com que os responsáveis pelo cumprimento da ordem judicial sigam o que foi determinado. Nesse caso, o principal prejudicado pelo desacato é uma das partes processuais, que tem o seu direito material prejudicado.⁵⁷ Os tribunais americanos costumam falar que o responsável pelo desacato tem a chave da sua cela (*keys to his cell*), já que ficará livre da sanção assim que acatar a decisão judicial.⁵⁸ Por outro lado, no criminal, é instaurado processo contra os agentes que descumpriram a ordem judicial, com o objetivo de punir a conduta. A sanção aplicada não cessará com o cumprimento da ordem judicial, já que sua função principal não é promover o cumprimento da decisão. É possível aplicar tanto o *contempt* civil quanto o criminal⁵⁹ em um mesmo caso, sendo a multa e a prisão as medidas utilizadas em ambos.⁶⁰

Como explica Ada Pellegrini,⁶¹ a possibilidade de aplicar medidas coercitivas em casos de descumprimento à ordem judicial é uma condição de possibilidade para o exercício da função jurisdicional. Sem meios para assegurar o respeito às suas decisões, o Judiciário poderia se tornar um poder nulo, sempre dependente da boa vontade daqueles que devem cumprir as suas determinações.

Países com ampla experiência em litígios estruturais têm considerado a aplicação de medidas coercitivas àqueles que descumprem ordens judiciais em ações estruturais. Tanto a Corte Constitucional da Colômbia⁶² como o Supremo Tribunal da Índia⁶³ já cogitaram ou aplicaram sanções a agentes públicos que descumpriram ordens em ação estruturais. Já na África do Sul, ainda que a Corte

⁵⁷ CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no common law. *Direito e Democracia*, v. 10, n. 1, p. 97, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2547/1776>. Acesso em: 12 jun. 2024.

⁵⁸ DUDLEY JR., Earl C. Getting beyond the civil/criminal distinction: a new approach to the regulation of indirect contempts. p. 1032.

⁵⁹ GROTE, Paul A. Purging contempt: eliminating the distinction between civil and criminal contempt. p. 1249.

⁶⁰ DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. *Cornell Law Review*, v. 56, n. 2, p. 267-269, Jan. 1971. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3844&context=clr>. Acesso em: 12 jun. 2024.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. *Revista de Processo*, v. 26, n. 102, p. 219-220, abr./jun. 2001.

⁶² COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Auto de Seguimiento 334/06**. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2006. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2006/A334-06.htm>. Acesso em: 12 jun. 2024.

⁶³ DEVA, Surya. Public interest litigation in India: a critical review. *Civil Justice Quarterly*, v. 28, p. 28-29, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424236. Acesso em: 12 jun. 2024; CHANDRACHUD, Chintan. Structural injunctions and public interest Litigation in India. In: YAP, Po Jen (ed.). *Constitutional remedies in Asia*. Nova York: Routledge, 2019. p. 128.

Constitucional adote uma postura mais deferente e não costume recorrer ao *contempt of court*, diversos autores sul-africanos defendem a sua importância e maior utilização em litígios estruturais.⁶⁴

No Brasil, a Lei nº 10.358/2001 alterou o art. 14 do CPC de 1973, introduzindo o *contempt* civil⁶⁵ em nosso ordenamento. A alteração legislativa inseriu o inciso V, o qual previa o dever das partes de cumprir com exatidão as decisões judiciais e de não criar embaraços à sua implementação. Além disso, o parágrafo único determinava que a violação ao inciso V seria um ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% do valor da causa. Com as referidas alterações, os deveres de boa conduta processual foram estendidos para além das partes e de seus procuradores, alcançando todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo.⁶⁶

O CPC de 2015 manteve a possibilidade de *contempt* civil, agora no art. 77, IV, o qual dispõe que as partes e todos os outros participantes do processo devem cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final. Complementando o inciso IV, os §§ 1º e 2º determinam que o juiz advertirá as partes e os demais atores processuais de que o descumprimento da ordem judicial pode ser punido como ato atentatório à dignidade da justiça, além de poder aplicar multa de até 20% do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

Para os fins deste trabalho, importa analisar como o *contempt* pode contribuir com o cumprimento de decisões estruturais. Assim, levando em consideração as características dos processos estruturais, três pontos devem ser analisados: quem, quando e como.

⁶⁴ SWART, Mia. Left out in the cold? Crafting constitutional remedies for the poorest of the poor. **South African Journal on Human Rights**, v. 21, n. 2, p. 240, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/soafjhr21&i=221>. Acesso em: 12 jun. 2024; SWANEPOEL, Philip. **The potential of structural interdicts to constitute effective relief in socio-economic rights cases**. 2017. p. 187. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10019.1/102777>. Acesso em: 12 jun. 2024; VILJOEN, Sue-Mari; MAKAMA, Saul Porsche. Structural relief - a context-sensitive approach. p. 215.

⁶⁵ SILVA, Osmar Vieira da. O contempt of court (desacato à ordem judicial) no Brasil. **Revista Jurídica da Unifil**, Londrina, v. 4, n. 4, p. 95, 2007. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/591>. Acesso em: 12 jun. 2024.

⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. **Revista de Processo**, v. 30, n. 119, p. 37, jan. 2005.

Primeiro, é preciso estabelecer *quem*⁶⁷ deve ser responsabilizado pelo desacato: a pessoa jurídica de direito público ou o servidor público?⁶⁸ A primeira opção, mais comum, é aplicar a multa ao órgão público ou ao ente federado responsável pela reforma estrutural ou pelo cumprimento da decisão.⁶⁹ Nesse caso, seria a pessoa jurídica de direito público que estaria em *contempt* e, por isso, deveria pagar a multa fixada pelo magistrado. Entretanto, essa nem sempre é uma boa alternativa. Isso porque a aplicação de multas elevadas aos órgãos públicos encarregados da solução do litígio pode prejudicar ainda mais o grupo que carece da atuação estatal.

O pagamento de valores elevados pode comprometer os serviços prestados pelo Estado e reduzir as verbas que poderiam ser investidas na resolução do problema,⁷⁰ gerando efeito oposto ao pretendido com a aplicação da multa. Nesse mesmo sentido, Bruna Medina defende que a aplicação de multas para o Poder Público, no caso de descumprimento, pode dificultar ainda mais a implementação da decisão estrutural:

É que, se há dificuldade em cumprir decisões estruturais por falta de disponibilidade financeira, torna-se contraproducente condenar o Poder Público a pagar multas, que seriam aplicadas justamente pelo fato de a Administração não possuir dinheiro para realizar reformas estruturais. Além de paradoxal, esta solução prejudica o próprio cumprimento das decisões.⁷¹

A segunda opção, que pode gerar melhores resultados em ações estruturais, é aplicar a multa ao agente público que tem o dever de assegurar o cumprimento da decisão ou que foi responsável pelo não cumprimento das medidas judiciais. Vale ressaltar que, nos Estados Unidos, não só as partes do processo, mas qualquer agente público, até mesmo magistrados de instâncias inferiores, pode sofrer o *contempt of*

⁶⁷ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano**. 2010. p. 52. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010.

⁶⁸ MARQUES, Elmer da Silva; BELLINETTI, Luiz Fernando. A antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública e o destinatário das medidas coercitivas. **Revista de Processo**, v. 31, n. 141, p. 72, nov. 2006.

⁶⁹ HIRSCHHORN, James M. Where the money is: remedies to finance compliance with strict structural injunctions. **Michigan Law Review**, v. 82, n. 8, p. 1815-1877, 1984. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/mlr/article/3474/&path_info=. Acesso em: 12 jun. 2024.

⁷⁰ GROSSENBACHER, Karla. Implementing structural injunctions: getting a remedy when local officials resist. **The Georgetown Law Journal**, Washington, v. 80, n. 6, p. 2224, Aug. 1992. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/glj80&i=2251>. Acesso em: 12 jun. 2024.

⁷¹ MEDINA, Bruna Schweitzer. O que vem depois: desafios na implementação de decisões estruturais em litígios que envolvem o poder público. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 9, ano. 4, p. 321, 2023. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/4/2023_04_0295_0330.pdf. Acesso em 12 jun. 2024.

court.⁷² O mesmo ocorre no Brasil, já que tanto o art. 14, V, do CPC de 1973 como o art. 77 do atual CPC estabelecem que qualquer destinatário da ordem judicial pode ser responsabilizado pelo *contempt*.

Restringir a multa à pessoa jurídica de direito público permitiria que agentes públicos desafiassem a autoridade judicial sem a pressão psicológica de serem financeiramente responsabilizados por suas ações. Para que a multa seja realmente persuasiva, a sua aplicação ao encarregado da reforma estrutural deve ser uma possibilidade expressamente considerada. O político ou servidor público encarregado de cumprir a decisão deve saber que, em caso de deliberada omissão ou afronta à ordem judicial, não poderá se esconder atrás dos cofres públicos e que seu patrimônio pessoal poderá responder pelo seu desacato.⁷³ Nesse mesmo sentido, argumenta Araken de Assis:

Pois bem: no caso de descumprimento à ordem judicial, travestida de provimento mandamental (art. 14, V), o servidor e o agente públicos sujeitam-se à pena do art. 14, parágrafo único. Arruda Alvim percebeu, corretamente, que a sanção se dirige ao “destinatário precípua da ordem”. Ora, tais pessoas, cujo comportamento se subordina ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88), se revelam suscetíveis à ameaça da multa. É pouco provável que desafiem o órgão judicial, arrostando a consequência de se verem apenados. Razões individuais, a exemplo da promoção iminente e o amor próprio, tornam o servidor apegado à rotina inflexível do cumprimento espontâneo. Depois, transitada em julgado a decisão, a inscrição da multa como dívida ativa do Estado ou da União, e, em seguida, a execução da respectiva certidão, constituem atos de competência de outros servidores, nada propensos a deixar de praticar atos de ofício para eximir colega desconhecidos, ainda mais sob a fiscalização sempre aterrorizante do Ministério Público. Assim, a ameaça é real e efetiva, atingindo os objetivos da técnica de pressão psicológica.⁷⁴

⁷² GUERRA, Marcelo. *Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (org.). **Execução contra a Fazenda Pública**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003. p. 319.

⁷³ SILVA, Osmar Vieira da. *O contempt of court (desacato à ordem judicial) no Brasil*. p. 102.

⁷⁴ ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. p. 30.

Mas como aplicar a multa ao servidor ou agente político, se nem sempre serão diretamente ou completamente responsáveis pelo cumprimento da ordem judicial? Isso nos leva ao *quando*. Nem sempre será possível identificar um ou alguns agentes públicos como responsáveis pelo descumprimento de medidas estruturais. Logo, a multa individual não será possível em todo caso de descumprimento. Como diretrizes para determinar a aplicação da multa ao servidor público ou a agentes políticos, o magistrado deve analisar se: 1. O agente estava ciente da ordem judicial e de seu papel no cumprimento da decisão? 2. A desobediência foi resultante de uma ação intencional? 3. Era viável o cumprimento da ordem?

Primeiro, é importante que o juiz verifique se o servidor sabia da existência da ordem judicial e de que era o seu dever, como representante da instituição ou como responsável direto pela implementação da medida, cumprir a determinação judicial.⁷⁵ O agente não pode ser pego de surpresa, sendo-lhe aplicada uma multa por uma ação que desconhecia. Por isso, é muito importante que o magistrado, já na primeira decisão estrutural, deixe claro que há a possibilidade de aplicação de multa por desacato à ordem judicial e estabeleça quais servidores ou agentes políticos serão considerados como responsáveis pela implementação da ordem.⁷⁶ Se a ação estabelecida pelo Judiciário não estiver sob o poder de decisão do agente, ele não deve ser responsabilizado.⁷⁷

Segundo, é preciso analisar se houve intencionalidade na atuação do servidor, ou seja, se ele deliberadamente descumpriu uma ordem judicial ou se agiu com negligência para com suas funções institucionais. Nos Estados Unidos, há discussão sobre a influência da responsabilidade subjetiva na aplicação do *contempt*, sendo reconhecida a responsabilidade objetiva no caso de *contempt civil*.⁷⁸ Essa possibilidade não parece adequada ao processo estrutural.

O objetivo do *contempt of court* não é caçar culpados ou fazer com que os servidores trabalhem com medo de serem responsabilizados objetivamente. Na verdade, deve funcionar como um incentivo para que o Poder Público não ignore as decisões estruturais. O objetivo primordial continua sendo a construção dialógica

⁷⁵ HAZARD JR.; Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, c1993. p.202.

⁷⁶ SILVA, Osmar Vieira da. O contempt of court (desacato à ordem judicial) no Brasil. p. 94.

⁷⁷ MARQUES, Elmer da Silva; BELLINETTI, Luiz Fernando. A antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública e o destinatário das medidas coercitivas. p. 84.

⁷⁸ DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. p. 261.

e colaborativa da solução. À medida que agentes públicos reiteradamente desrespeitarem as ordens judiciais, revelando a sua negligência ou deliberada má vontade em cumprir as ordens judiciais, é que se deve recorrer à aplicação da multa.

É importante ressaltar: em regra, o *contempt* não deve ser aplicado no primeiro caso de descumprimento, sendo recomendável que o magistrado reserve a aplicação de multa para casos de desobediência grave e reiterada. Primeiro, como ressalta o advogado da União,⁷⁹ porque isso pode comprometer o ambiente de colaboração e diálogo que o juiz está tentando construir na ação. Segundo, porque a aplicação de sanções também gera desgaste institucional para o Judiciário, que deve guardar o seu capital institucional para situações de graves descumprimentos e afrontas diretas à sua autoridade. Por último, porque a repetida aplicação de multas pode banalizar o *contempt of court*, que deve ser visto como uma medida excepcional, utilizada em casos de grave ameaça à dignidade da justiça. Assim, quando a desobediência se torna reiterada, será mais fácil identificar a responsabilidade subjetiva.

Em terceiro lugar, o magistrado deve analisar se a ordem judicial realmente poderia ser cumprida. Falta de recursos, entraves burocráticos, efeitos sistêmicos não previstos, entre outros fatores, podem fazer com que os agentes públicos não consigam cumprir a decisão, ainda que estivessem com boa-fé. Nesses casos, poderão justificar a sua conduta perante o juízo, que não deve sancioná-los.⁸⁰ O magistrado deve compreender o que ocorreu e, diante da nova realidade, verificar o que os agentes públicos precisam para cumprir o que foi determinado. Por outro lado, alegações genéricas de falta de recursos não são suficientes para escusar o Poder Público. É preciso demonstrar que, de fato, não havia como cumprir a ordem judicial e por que inexistiam os recursos necessários.

Quanto à viabilidade do cumprimento, o magistrado precisa atentar para um ponto relevante: é possível que uma ordem seja “cumprida” e, mesmo assim, estejamos diante de um ato atentatório à dignidade da justiça. A atuação do governo federal na ADPF 709 exemplifica bem a possibilidade. Ainda que elaborasse o plano de ação, seu objetivo claramente era retardar o enfrentamento do problema e fazer o mínimo possível para proteger as comunidades indígenas. Como explicou o assessor 02,⁸¹ cada novo plano era uma tentativa de diminuir o trabalho da União

⁷⁹ ADOVADO DA UNIÃO. **Depoimento** [set. 2023].

⁸⁰ DOBBS, Dan B. *Contempt of court: a survey*. p. 266.

⁸¹ ASSESSOR 01. **Depoimento** [jun. 2022].

e apresentar respostas insuficientes para o litígio. Trata-se de um falso cumprimento da ordem judicial, o que possibilita a aplicação de sanções⁸². Ao tentar fazer o mínimo, o governo simulava colaboração, quando, na verdade, queria atrasar a solução do problema. Nesse caso, o *contempt of court* também poderia ser aplicado por responsabilidade subjetiva.

Por fim, é preciso estabelecer *como* o procedimento de desacato irá ocorrer. O incidente que origina a aplicação da multa pode ser requisitado por uma das partes ou de ofício pelo juízo.⁸³ Em seguida, deve-se informar o servidor ou agente político de que a sua conduta pode configurar desacato à ordem judicial e ato atentatório à dignidade da justiça,⁸⁴ passível de multa. A primeira comunicação pode gerar um efeito psicológico relevante, mostrando para o agente que o Judiciário realmente considera a possibilidade de aplicar o *contempt* e que o seu patrimônio pode ser atingido. Se, após a comunicação, o servidor cumprir a decisão, recomenda-se que o incidente seja encerrado.⁸⁵

No entanto, o servidor pode seguir sem cumprir a decisão e decidir apresentar as suas justificativas para o juízo. É nesse momento que o magistrado irá analisar os três pontos anteriores: o agente tinha ciência do seu dever? Há responsabilidade subjetiva? O cumprimento da ordem era objetivamente viável? Feito isso, e respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa,⁸⁶ o magistrado pode concluir que, de fato, houve ato atentatório à dignidade da justiça. Caso chegue a essa conclusão, recomendo que informe ao servidor ou agente e lhe dê um último prazo para cumprir a decisão.⁸⁷ A insistência em dar oportunidades para o cumprimento espontâneo faz parte da ideia do experimentalismo, que favorece o diálogo e a colaboração, não a coação. Além disso, o *contempt* civil não busca a punição do agente, mas tão somente o cumprimento da ordem judicial.

⁸² TUSASIRWE, Benson; KIRUNDA, Robert. **Electoral reform in Uganda: emerging jurisprudence on structural interdicts and contempt of Court**. Kampala: Kituo cha Katiba, 2021. p. 18. Disponível em: <https://www.kituoachakatiba.org/sites/default/files/2021-08/Electoral-Reform-in-Uganda.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

⁸³ HAZARD JR.; Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction**. p. 203.

⁸⁴ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O Contempt of court no direito brasileiro e norte-americano**. 2010. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010. p. 51.

⁸⁵ HAZARD JR.; Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction**. p. 203.

⁸⁶ BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano**. p. 79-80.

⁸⁷ DOBBS, Dan B. **Contempt of court: a survey**. p. 269.

Porém, caso o agente permaneça em desacato após o último prazo, o juízo deve aplicar a multa por ato atentatório à dignidade da justiça. Ao fixar o valor, deve ter cuidado com o percentual exigido. Segundo o art. 77, § 2º, a multa será de até 20% do valor da causa. No entanto, litígios estruturais costumam ter um alto valor. No caso de litígios estruturais judicializados pelo controle concentrado, não há sequer valor da causa na petição inicial, por se tratar de processo objetivo cuja finalidade é proteger o ordenamento jurídico de atos inconstitucionais. Nessa situação, os ministros deverão estimar o valor da causa com base na repercussão econômica do litígio e, só então, aplicar a multa.

Seja no âmbito do controle concentrado, seja em ação civil pública, o valor atribuído à causa será elevado. Logo, é preciso cautela na aplicação da multa. O objetivo da medida não é arruinar o patrimônio do servidor ou de agentes políticos, mas fazê-los respeitar a dignidade da justiça. Assim, o magistrado deve se certificar de que a multa aplicada é proporcional para alcançar o objetivo pretendido, sem onerar de forma irrazoável o patrimônio do servidor.

5. Considerações finais

Por ser um tema sensível e que gera discordâncias, é importante sintetizar as ideias apresentadas e, principalmente, dizer o que não se está defendendo, para que não haja compreensão equivocada sobre a utilização de medidas coercitivas em processos estruturais.

Não se está defendendo a utilização de multa como simples forma de punição por qualquer atraso ou descumprimento de medidas estruturais. A modificação de uma realidade violadora de direitos fundamentais não é uma tarefa simples, sendo influenciada por diferentes contingências financeiras, políticas e sociais. Fatores imprevistos podem comprometer o cumprimento integral da decisão. Quando há boa-fé na tentativa de cumprir a ordem judicial, não faz sentido falar em ato atentatório à dignidade da justiça.

Também não é objetivo deste artigo defender a ameaça como ponto central das relações estabelecidas no processo estrutural. Sem a sincera cooperação dos entes públicos responsáveis por implementar as políticas públicas, nenhuma mudança significativa será alcançada. Um cenário de conflito institucional apenas compromete ainda mais os direitos fundamentais do grupo vulnerável afetado pelo litígio estrutural. Logo, a cooperação e o diálogo devem ser as diretrizes fundamentais.

Dito isso, é preciso reconhecer que não existirá diálogo efetivo enquanto determinados agentes públicos, responsáveis por coordenar a reforma estrutural, deliberadamente descumprem as ordens judiciais. Não se trata de sinceras tentativas fracassadas, mas de desrespeito intencional ao que foi decidido judicialmente. Nesses casos, a convivência do Judiciário com a má-fé dos gestores compromete a própria autoridade judicial. Em longo prazo, esses mesmos agentes públicos estarão mais confortáveis para escolher quais ordens cumprir, caso queiram cumprir alguma.

Quando for possível identificar o responsável pelo deliberado descumprimento, não faz sentido aplicar multas para a administração pública. O salário do agente público em questão continuará sendo pago e nenhum ônus pessoal será gerado pela desobediência. Nesses casos, o magistrado responsável precisa recorrer a medidas coercitivas individualizadas, com base no art. 77, § 2º, do CPC. Caso contrário, renunciará à própria autoridade judicial e comprometerá a proteção de direitos fundamentais em prol de conveniências circunstanciais.

Referências

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ADVOGADO DA UNIÃO. **Depoimento** [set. 2023]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2023. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Processo estrutural e direito dos desastres: dever estatal de prevenção e o paradigma das calamidades hidrológicas**. Orientador: José Carlos Francisco. 2023. 351 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/items/cd4c7c49-e774-4c87-ba94-3549b7d0e382>.

ASSESSOR 01. **Depoimento** [jul. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

ASSESSOR 02. **Depoimento** [jun. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. **Revista de Processo**, v. 28, n. 111, p. 4, jul./set. 2003.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano**. 2010. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010. Disponível em: https://sappg.ufes.br/tese_drupal//tese_3925_Disserta%E7%E3o%20Adriana%20Villa-Forte%20de%20Oliveira%20Barbosa.PDF. Acesso em: 12 jun. 2024.

CANO BLANDÓN, Luisa Fernanda. Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. **Revista Derecho del Estado**, n. 49, p. 131-158, mayo/agosto 2021. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/7147>. Acesso em: 12 jun. 2024.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no common law. **Direito e Democracia**, v. 10, n. 1, p. 85-104, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2547/1776>. Acesso em: 12 jun. 2024.

CHANDRACHUD, Chintan. Structural injunctions and public interest litigation in India. In: YAP, Po Jen (ed.). **Constitutional remedies in Asia**. Nova York: Routledge, 2019. p. 121-137.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional**. 2017. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

DEVA, Surya. Public interest litigation in India: a critical review. **Civil Justice Quarterly**, v. 28, p. 19-40, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424236. Acesso em: 12 jun. 2024.

DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: superintending structural change in public institutions. **Virginia Law Review**, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb. 1979. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein:journals/valr65&i=53>. Acesso em: 11 jun. 2024.

DOBBS, Dan B. Contempt of Court: a survey. **Cornell Law Review**, v. 56, n. 2, p. 183-284, Jan. 1971. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3844&context=clr>. Acesso em: 12 jun. 2024.

DUDLEY JR., Earl C. Getting beyond the civil/criminal distinction: a new approach to the regulation of indirect contempts. **Virginia Law Review**, v. 79, n. 5, p. 1025-1098, 1993. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein:journals/valr79&i=1035>. Acesso em: 12 jun. 2024.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. 2015. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, c1978. p. 12-14.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A importância do experimentalismo democrático na resolução de litígios estruturais pela via judicial: flexibilidade e participação no controle de políticas públicas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 9, n. 2, p. 210-238, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/998>. Acesso em: 12 jun. 2024.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais**: identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: JusPodivm, 2020.

GODOY, Miguel Gualano de; SANTANA, Carolina Ribeiro; OLIVEIRA, Lucas Cravo de. STF, povos indígenas e sala de situação: diálogo ilusório. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 2174-2205, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61730>. Acesso em: 12 jun. 2024.

GOLDFARB, Ronald. The history of the contempt power. **Washington University Law Quarterly**, v. 1961, n. 1, p. 1-29, 1961. Disponível em: <https://journals.library.wustl.edu/lawreview/article/id/4108/>. Acesso em: 12 jun. 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court. **Revista de Processo**, v. 26, n. 102, p. 219-227, abr./jun. 2001.

GROSSENBACHER, Karla. Implementing structural injunctions: getting a remedy when local officials resist. **The Georgetown Law Journal**, Washington, v. 80, n. 6, p. 2227-2258, Aug. 1992. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/glj80&i=2251>. Acesso em: 12 jun. 2024.

GROTE, Paul A. Purging contempt: eliminating the distinction between civil and criminal contempt. **Washington University Law Review Law Review**, v. 88, n. 5, p. 1247-1280, 2011. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=law_lawreview. Acesso em: 11 jun. 2024.

GRUPO DE ESTUDOS DOS NOVOS ILEGALISMOS; FOGO CRUZADO. **Operações policiais e ocorrências criminais:** por um debate público qualificado. Disponível em: https://geni.uff.br/wp-content/uploads/sites/357/2022/05/2020_Relatorio-Geni_ADPF-635-impactos-e-correlacoes_versao_Final.pdf. Acesso em: 21 dez. 2022.

GUERRA, Marcelo. Contempt of Court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. *In*: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (org.). **Execução contra a Fazenda Pública**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003. p. 310-331.

HAZARD JR.; Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American civil procedure:** an introduction. New Haven: Yale University Press, c1993.

HIRSCHHORN, James M. Where the money is: remedies to finance compliance with strict structural injunctions. **Michigan Law Review**, v. 82, n. 8, p. 1815-1877, 1984. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/mlr/article/3474/&path_info=. Acesso em: 12 jun. 2024.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na jurisdição constitucional:** da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2021.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education* (I e II). *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 883-900.

LEITÃO, Matheus. Conflito entre general Heleno e indígenas no gabinete de crise. **Veja**, 17 jul. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/matheus-leitao/conflito-entre-general-heleno-e-indigenas-no-gabinete-de-crise/>. Acesso em: 12 jan. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARQUES, Elmer da Silva; BELLINETTI, Luiz Fernando. A antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública e o destinatário das medidas coercitivas. **Revista de Processo**, v. 31, n. 141, p. 72-93, nov. 2006.

MEDINA, Bruna Schweitzer. O que vem depois: desafios na implementação de decisões estruturais em litígios que envolvem o poder público. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 9, ano 4, p. 295-330, 2023. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/4/2023_04_0295_0330.pdf. Acesso em 12 jun. 2024.

MINISTRO 01. **Depoimento** [out. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Brasília, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

MINISTRO 02. **Depoimento** [out. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Brasília, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

NAGEL, Robert F. Controlling the structural injunction. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 7, p. 395-411, 1984. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2066&context=faculty-articles>. Acesso em: 12 jun. 2024.

OLIVEIRA, Renan Gomes de. **Depoimento** [out. 2023]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2023. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

RENDLEMAN, Doug. Brown II's all deliberate speed at fifty: a golden anniversary or a midlife crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy. **San Diego Law Review**, v. 41, n. 4, p. 1575-1615, 2004. Disponível em: https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/sdlr/article/2972/&path_info=uc.pdf. Acesso em: 24 jun. 2024.

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

SARMENTO, Daniel. **Depoimento** [jun. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SILVA, Osmar Vieira da. O contempt of court (desacato à ordem judicial) no Brasil. **Revista Jurídica da Unifil**, Londrina, v. 4, n. 4, p. 91-111, 2007. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/591>. Acesso em: 12 jun. 2024.

SIMON, William H. Justice and accountability: activist judging in the light of democratic constitutionalism and democratic experimentalism. **Law, Culture and the Humanities**, v. 15, n. 3, p. 602-621, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2987&context=faculty_scholarship. Acesso em: 24 jun. 2024.

STEFFENS, Luana; JOBIM, Marco Félix. A judicialização das políticas públicas durante pandemia de Covid-19 e os processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 709-741.

STURM, Susan. Equality and the forms of justice. **University of Miami Law Review**, v. 58, n. 1, p. 51-82, 2003. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1427&context=umlr>. Acesso em: 24 jun. 2024.

STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 138, n. 3, p. 805-912, 1990. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3801&context=penn_law_review. Acesso em: 12 jun. 2024.

SWANEPOEL, Philip. **The potential of structural interdicts to constitute effective relief in socio-economic rights cases**. 2017. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10019.1/102777>. Acesso em: 12 jun. 2024.

SWART, Mia. Left out in the cold? Crafting constitutional remedies for the poorest of the poor. **South African Journal on Human Rights**, v. 21, n. 2, p. 215-240, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/soafjhr21&i=221>. Acesso em: 12 jun. 2024.

TERENA, Eloy. **Depoimento** [ago. 2022]. Entrevistador: Matheus Casimiro Gomes Serafim. Realizada virtualmente, 2022. Entrevista concedida para a elaboração de Tese de Doutorado e utilizada neste artigo.

TUSASIRWE, Benson; KIRUNDA, Robert. **Electoral reform in Uganda**: emerging jurisprudence on structural interdicts and contempt of Court. Kampala: Kituo cha Katiba, 2021. Disponível em: <https://www.kituoachakatiba.org/sites/default/files/2021-08/Electoral-Reform-in-Uganda.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litígios de reforma estrutural em la República Argentina: dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 67-86.

VIEIRA, Athos. A chacina do Salgueiro e a guerra de extermínio em nome das drogas. **El País**, 2 dic. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opinion/2021-12-02/a-chacina-do-salgueiro-e-a-guerra-de-extermio-em-nome-das-drogas.html>. Acesso em: 21 dez. 2022.

VILJOEN, Sue-Mari; MAKAMA, Saul Porsche. Structural relief - a context-sensitive approach. **South African Journal on Human Rights**, v. 34, n. 2, p. 209-230, 2018. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/soafjhr34&i=212>. Acesso em: 12 jun. 2024.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 2. tiragem. Salvador: JusPODIVM, 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. **Revista de Processo**, v. 30, n. 119, p. 35-59, jan. 2005.

YACKLE, Larry W. **Reform and regret**: the story of federal judicial involvement in the Alabama prison system. New York: Oxford University Press, 1989.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. Relator: Ministro Edson Fachin, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 8 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 8 de julho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Auto de Seguimiento 334/06**. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2006. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2006/A334-06.htm>. Acesso em: 12 jun. 2024.

Legislação citada

BRASIL. Ministério da Saúde e Fundação Nacional dos Povos Indígenas. **Portaria Conjunta nº 4.094/2018**. Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57220459. Acesso em: 11 jan. 2023.



A inevitável mutabilidade dos litígios coletivos e estruturais¹

The inevitable mutability of collective and structural disputes

La inevitable mutabilidad de los conflictos colectivos y estructurales

Thais Costa Teixeira Viana²

Faculdade de Direito Milton Campos (Nova Lima, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5596-1480>

E-mail: thaisctv@gmail.com

Resumo

Neste artigo, apresenta-se formulação teórica aos litígios coletivos, por intermédio de sua apreciação transdisciplinar jurídico-sociológica. Elegendo-se como referencial teórico a abordagem sociológica Emergentista, no que tange ao seu entendimento explicativo-causal a respeito do potencial transformativo de fenômenos sociais (categoria à qual se enquadrará o gênero dos litígios coletivos), propõe-se a inserção da “mutabilidade” ao rol de atributos intrínsecos ao referido gênero (e, portanto, presentes em todas as suas espécies), apontando-se também critérios à sua mensuração qualitativa. À vista disso, este artigo também propõe avaliar a presença e a intensidade do atributo da mutabilidade em litígios coletivos que se constituam estruturais, buscando demonstrar a correlação existente entre a acentuação do grau de mutabilidade do litígio, a tendência à prospectividade das providências resolutivas e a relevância da flexibilidade dos procedimentos resolutivos para admissão de contínuas reavaliações das características e das circunstâncias da situação litigiosa.

¹ VIANA, Thais Costa Teixeira. A inevitável mutabilidade dos litígios coletivos e estruturais. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.1, p.201-224, jan./jun.2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a370>.

² *Visiting Researcher* pós-doutoral na *Yale Law School* (2022-2023). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Vencedora da VIII Edição do Prêmio José Joaquim Calmon de Passos, concedido pela Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNPE). Professora de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada. Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG para o triênio 2022-2024. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto de Direito Processual (IDPro) e da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP). Pesquisadora e co-líder do Grupo de Pesquisa Direito e Processo Coletivo: Análise Sistêmica e Estrutural (vinculado ao PPGD-UFMG). Pesquisadora do Grupo Internacional, Interinstitucional e Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa em Direito, Economia e Finanças Públicas (GIDEF) e do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (PRUNART-UFMG). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5527042007236355>.

Palavras-chave

Litígio coletivo estrutural; processo estrutural; mutabilidade; decisão estrutural; prospectividade.

Sumário

1. Introdução. 2. Litígios coletivos e fenômenos sociais: breve incursão à Sociologia. 3. A mutabilidade como atributo intrínseco aos litígios coletivos. 3.1 Complexidade, conflituosidade e... mutabilidade? 4. O diagnóstico jurídico-sociológico dos litígios coletivos estruturais. 5. Conclusão.

Abstract

This article introduces a transdisciplinary model to understanding the nature of collective disputes from a legal-sociological perspective. The sociological approach of “Emergentism,” which seeks a causal explanation to the transformative potential of social phenomena, provides a useful theoretical framework to this paradigm. In view of this, this article proposes that “mutability” be understood as an intrinsic feature of the social processes of collective disputes, thereby inherent in different kinds of conflict. Criteria for its qualitative measurement are also provided. This article further evaluates the presence and the extent of the mutability property of collective disputes that are deemed to be structural by demonstrating the relationship between the degree of the mutability of the dispute, the prospective tendency of its remedial measures, and the importance of preserving flexibility in its remedial procedures to permit ongoing reevaluations of the litigious conflict’s characteristics and circumstances.

Key words

Structural collective disputes; structural litigation; mutability; structural decision; prospectivity.

Contents

1. Introduction. 2. Collective disputes and Social Phenomena: A Brief Introduction to Sociology. 3. Mutability as an Intrinsic Attribute to Collective Disputes. 3.1 Complexity, Conflictuality and... Mutability? 4. The Legal-Sociological Diagnosis of Structural Collective Disputes. 5. Conclusion.

Resumen

Este artículo presenta una formulación teórica de los conflictos colectivos, a través de su valoración jurídico-sociológica transdisciplinaria. Tomando como referente teórico el enfoque sociológico emergentista, en cuanto a su comprensión

explicativo-causal sobre el potencial transformador de los fenómenos sociales (categoría en la que se incluirá el género de los litigios colectivos), se propone la inclusión de la “mutabilidad” a la lista de atributos intrínsecos al citado género (y, por tanto, presente en todas sus formas), señalando además criterios para su medición cualitativa. Ante esto, este artículo también se propone evaluar la presencia e intensidad del atributo de la mutabilidad en los conflictos colectivos que son estructurales, intentando demostrar la correlación entre la acentuación del grado de mutabilidad del conflicto, la tendencia hacia medidas prospectivas de resolución y la importancia de la flexibilidad de los procedimientos de resolución para admitir continuas reevaluaciones de las características y circunstancias del conflicto litigioso.

Palabras claves

Disputas colectivas estructurales; procesos estructurales; mutabilidad; decisión estructural; prospectividad.

Índice

1. Introducción. 2. Disputas colectivas y fenómenos sociales: breve incursión en la sociología. 3. La mutabilidad como atributo intrínseco de las disputas colectivas. 3.1 Complejidad, Conflicto y... ¿Mutabilidad? 4. El diagnóstico jurídico-sociológico de los conflictos colectivos estructurales. 5. Conclusión.

1. Introdução

Em estudo antropológico publicado em 1971, Glynn Cochrane anunciou um dos mais elementares cânones a respeito da forma como se entrelaçam o Direito e a sociedade, ao esclarecer que “[...] é a sociedade que controla a lei, e não o contrário”³. Por sua atemporalidade e amplitude, a constatação de Cochrane parece servir como luva para descrever a máxima que rege (ou assim deveria) a forma como o Direito interpreta e se propõe a resolver litígios coletivos e sociais contemporâneos, de alta complexidade – tema central do presente ensaio. Evidentemente, a postulação de que o Direito é comandado pela sociedade (e não um leviatã que a subordine) pode ser lida sob diferentes enfoques – seja o de que consiste em um manifesto sobre o ideal democrático e representativo do processo legislativo; seja o de que se trata de uma enunciação sobre a importância do dever de transparência nos atos

³ COCHRANE, Glynn. *Development anthropology*. New York: Oxford University Press, 1971. p. 93-94. Tradução nossa, do original: “[...] it is society that controls law and not the reverse”.

da Administração Pública; ou ainda o de que o Direito não deve negligenciar sua primordial natureza de *instrumento* (e não de fim em si mesmo) para a concretização do ideal de justiça, do bem comum e da pacificação social. A investigação científica apresentada neste trabalho encontra seu referencial, senão nesta terceira perspectiva do cânone de Cochrane.

O arcabouço normativo brasileiro direcionado à proteção jurisdicional de interesses de coletividades propõe um modelo processual coletivo que (ressalvadas algumas adaptações legislativas pontuais a determinados institutos como a litispendência, a conexão ou a amplitude subjetiva da coisa julgada, por exemplo) é essencialmente organizado a partir da mesma lógica que é própria aos processos individuais. Trata-se de modelo processual coletivo que ainda conserva, assim, o apego (i) à busca por resoluções definitivas e imutáveis para litígios coletivos complexos e de larga escala, (ii) à lógica de que os interesses jurídicos resumir-se-iam à dualidade entre dois polos contrapostos, (iii) à redução das vozes das coletividades a narrativas uníssonas, reportadas por agentes institucionais integrantes de um restrito rol de entes legitimados extraordinários, e (iv) às preclusões como suposta garantia de segurança jurídica. O apego a todos esses traços, que foram idealizados para o tratamento jurisdicional de litígios individuais, fez com que fosse historicamente endossada uma cultura de análise e tratamento processual de litígios coletivos⁴ que não valoriza um de seus aspectos mais fundamentais: o fato de que litígios coletivos são, em sua essência, *fenômenos sociais*. Em outras palavras, a tradicional práxis e a leitura restritiva da regulamentação do modelo processual coletivo brasileiro contradizem a lógica do cânone de Cochrane, na medida em que tentam harmonizar os litígios coletivos a uma abordagem que mais convenientemente os amolde ao *standard* processual idealizado pela lei. Insistem, portanto, paradoxalmente, em tentar fazer com que o Direito comande a sociedade.

Ainda que possa porventura soar contraintuitivo ao intérprete positivista, a descrição dessa tentativa como sendo *paradoxal* não constitui em nenhuma medida um manifesto em favor do descumprimento do regramento legal. Pelo contrário, apenas reforça a importância de se interpretar o Direito de forma sistêmica, buscando adequadamente correlacionar e aplicar os instrumentos jurídicos, de modo a potencializar sua natureza instrumental e a amoldá-los às características do

⁴ Destaca-se como premissa jurídico-hermenêutica à interpretação deste trabalho o fato de que, em toda a sua extensão, os conceitos de “litígio” e “processo” foram utilizados, respectivamente, para fazer referência a institutos rigorosamente distintos, apesar de inter-relacionados – o primeiro (“litígio”) é utilizado especificamente em referência à situação fático-material conflitiva; e o último (“processo”), ao instrumento para sua resolução jurisdicional.

sistema social, com vistas a se proporcionar soluções efetivas e duradouras aos litígios. O presente ensaio, todavia, não traz entre seus propósitos fundamentais a proposição de reformulações procedimentais específicas à sistemática processual coletiva brasileira. Por outro lado, em coerência aos dizeres de Cochrane, convida o leitor a uma análise teórico-filosófica daquilo que antecede a aplicação de quaisquer métodos resolutivos e que, idealmente, deveria constituir importante variável a influenciar a forma de aplicação do Direito (ao menos, no que concerne a referidos métodos *instrumentais* de resolução). Este artigo, portanto, direciona seu olhar investigativo aos *litígios coletivos*, enquanto gênero, e aos *estruturais*, como uma de suas espécies⁵, com enfoque na forma como se manifestam, impactam e se desenvolvem no sistema social.

Sobretudo quando se está diante do desafio de solucionar litígios que envolvam coletividades, se revela fundamental o exercício de observá-los quanto à forma como se manifestam, às suas características e à intensidade com que afetam e modificam a dinâmica de interações sociais preexistentes, a fim de, somente então, assegurar-se de que o modelo resolutivo (inclusive processual) possa estar adequado a essa demanda. Conforme se demonstrará neste artigo, isso se deve ao fato de ser inerente aos litígios coletivos o potencial de transformação do sistema social e, inevitavelmente, também de suas próprias dinâmicas e variáveis internas, de modo persistente ao longo do tempo, porém não necessariamente prognosticável. Em outras palavras, não apenas possui o litígio coletivo a potencialidade de interferir e alterar, mais ou menos intensamente, a dinâmica de interação entre agentes, instituições e coletividades no sistema social, como também tende a passar por contínuas metamorfoses que modificam a própria situação litigiosa ao longo do tempo.

Qualquer pretensão de discussão em juízo, por exemplo, sobre a constitucionalidade de determinada política pública, sujeitar-se-á à certeza de que variados acontecimentos de cunho político, econômico ou social, inclusive supervenientes à própria judicialização, poderão interferir na forma como a opinião pública (e, portanto, coletiva) se comporta em relação à respectiva pretensão. Novos atores institucionais ou agentes estratégicos podem se tornar interessados no resultado da lide e, com isso, alterar o equilíbrio entre as variáveis a serem consideradas. Modificações na composição de órgãos governamentais, a aproximação de períodos eleitorais, a reformulação de alianças político-partidárias ou, até mesmo, desastres naturais podem interferir na disponibilidade orçamentária ou nas prioridades dos

⁵ Cf. itens 4 e 5.

sujeitos envolvidos. Todos esses elementos culminam por tornar fluidos tanto a rede de sujeitos diretamente interessados quanto o direcionamento e o conteúdo de seus respectivos interesses, bem como as características e variáveis que compõem o próprio litígio.

Em vista dessa constatação, este artigo se propõe a considerar os litígios coletivos sob uma ótica de transdisciplinaridade jurídico-sociológica que lhe permita identificar a *ratio* por trás de seu inerente potencial de transformação. Assim, elegendo-se como referencial teórico a proposta explicativo-causal *Emergentista*, de Margaret Archer, as seções que se seguem dedicam-se a demonstrar a natureza de fenômeno social dos litígios coletivos enquanto gênero, e identificam, a partir desse enquadramento, a mutabilidade (ou seja, o potencial de transformação do sistema social e de “auto-metamorfose” do próprio litígio) como atributo que lhes é intrínseco e que, portanto, se encontra presente em todas as suas espécies⁶. Partindo-se desse diagnóstico, são também apresentados critérios para a mensuração qualitativa desta mutabilidade (como muito ou pouco intensa) – muito relevante em especial no que concerne a litígios coletivos estruturais –, delimitando-se assim os alicerces para a demonstração da correlação existente entre a acentuação do grau de mutabilidade do litígio, a tendência à prospectividade das providências resolutivas e a relevância da flexibilidade dos procedimentos resolutivos para admissão de contínuas reavaliações das características e das circunstâncias da situação litigiosa.

2. Litígios coletivos e fenômenos sociais: breve incursão à Sociologia

Sob a ótica do direito processual coletivo, as razões pelas quais *a sociedade é quem deveria direcionar o Direito (e não o reverso)* podem ser mais claramente identificadas mediante breve incursão à ciência da Sociologia, que há pouco mais de um século avalia a autonomia existencial das coletividades e busca explicar os fenômenos sociais, seja a partir dos indivíduos, da coletividade *per si*, ou das interações entre agentes individuais, coletivos e institucionais. Tais enredos constituem, respectivamente, os seus debates ontológico e metodológico, os quais não serão

⁶ Sobre a mutabilidade como atributo de litígios coletivos, cf. VIANA, Thaís Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44833/3/Tese%20de%20Doutorado%20%28Depósito%20Definitivo%29%20-%20THAIS%20COSTA%20TEIXEIRA%20VIANA.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024.

aqui reproduzidos em toda a sua amplitude e profundidade (que não poderiam ser rigorosamente acomodadas na brevidade do presente ensaio), senão quanto aos aspectos pontuais que podem mais diretamente elucidar a importância da identificação dos litígios coletivos enquanto *fenômenos sociais* para o contexto da discussão ora proposta.

No âmago do debate que se intitulou metodológico, as teorias sociológicas tradicionais polarizaram-se, quanto às suas explicações causais a respeito dos fenômenos sociais, entre o *individualismo metodológico* e o *holismo metodológico*. De maneira muito concisa, a corrente individualista explicaria os fenômenos sociais a partir de um enfoque exclusivo nas pessoas individuais do sistema social, visto que estas seriam tomadas como “os únicos agentes compreensíveis de ação significativamente orientada”⁷. Fatos e fenômenos sociais, portanto, não poderiam ser explicados em extrapolação ao somatório de múltiplos fatos individuais. Similarmente, em discussões existenciais-ontológicas, as teorizações individualistas não reconheceriam autonomia existencial às coletividades, que seriam reduzidas a mera agremiação da existência individual de cada um de seus integrantes⁸. Como consequência desta lógica, a corrente sociológica individualista identificaria, como melhores estratégias para a superação de problemas sociais, as ações e intervenções (sejam institucionais ou governamentais) direcionadas à aplicação em nível atômico do sistema social – aos indivíduos, portanto⁹.

Em contraste a esse entendimento, correntes teóricas de cunho coletivista – reunidas em torno da ideia do *holismo metodológico* – passaram a propor a existência de um determinismo (em maior ou menor medida), exercido pelo meio social e por suas estruturas coletivas, sobre os sujeitos individuais, de tal forma que não seria possível explicar os fenômenos sociais a partir da mera combinação de fatos individuais. É comum associar-se a vertente mais peremptória do *holismo metodológico* a Pierre Bourdieu, autor e principal expoente da teoria do *construtivismo estruturalista*¹⁰, segundo a qual as estruturas que constituem o meio social seriam internalizadas

⁷ WEBER, Max. **Economy and society: a new translation**. Edited and translated by Keith Tribe. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2019. p. 90. Tradução nossa, do original: “the sole understandable agents of meaningfully oriented action”.

⁸ EPSTEIN, Brian. What is individualism in social ontology?: ontological individualism vs. anchor individualism. In: ZAHLE, Julie; COLLIN, Finn [ed.]. **Rethinking the individualism-holism debate: essays in the philosophy of social science**. Cham: Springer, 2014. p. 17-38. Disponível em: <https://philarchive.org/rec/EPSSWII>. Acesso em: 11 jun.2024.

⁹ Cf. COLEMAN, James S. **Foundations of social theory**. Belknap, NH: Harvard University Press, 1998. p. 3.

¹⁰ BOURDIEU, Pierre. **Outline of a theory of practice**. Translated by Richard Nice. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

pelos agentes individuais, produzindo o que denomina *habitus* – lei imanente que passa a nortear comportamentos, viabilizar práticas de coordenação e reger as interações propriamente ditas entre esses agentes¹¹. Nas palavras de Bourdieu, “relações ‘interpessoais’ jamais são, exceto em aparência, relações de *indivíduo-para-indivíduo* e [...] a verdade da interação nunca está inteiramente contida na própria interação”¹². Também se distanciando de explicações individualistas, a abordagem do holismo metodológico proposta por Émile Durkheim¹³ fundamenta-se na premissa de que a simples combinação de fatos individuais uns aos outros culminaria por modificar e transformar sua essência¹⁴, não sendo possível, portanto, se limitar a esses fatos com o fim de explicar fenômenos sociais e coletivos.

Todavia, a despeito de sua atemporal e irrefutável relevância à elaboração do pensamento sociológico, ambos os polos dos debates metodológico e ontológico, em suas diversas tentativas de explicar ou descrever os fenômenos sociais, incorriam no vício de se sustentarem em teorias *reducionistas* – seja para reduzir os fenômenos sociais aos fatos individuais, seja para reduzi-los ao determinismo do meio e das estruturas coletivas. O resultado foi a progressiva perda de seu protagonismo, em prol da disseminação de versões mais atenuadas desses entendimentos, que ponderavam que o coletivismo “não precisa negar que a existência de uma sociedade pressupõe a existência de indivíduos, e que estes indivíduos precisam possuir certas capacidades de pensamento e ação para que a sociedade exista”¹⁵, da mesma forma que “não é preciso sustentar que uma sociedade é uma entidade independente de todos os seres humanos, para se reconhecer que fatos sociais não sejam redutíveis aos fatos do comportamento individual”¹⁶.

¹¹ BOURDIEU, Pierre. **Outline of a theory of practice**. p. 72-87.

¹² BOURDIEU, Pierre. **Outline of a theory of practice**. p. 81. Tradução nossa, do original: “‘interpersonal’ relations are never, except in appearance, individual-to-individual relationships and [...] the truth of the interaction is never entirely contained in the interaction”.

¹³ Cf. DURKHEIM, Émile. Minor editorials: [the nature of society and causal explanation]. **American Journal of Sociology**, v. 3, n. 6, p. 848-849, May 1898. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/210761>. Acesso em: 11 jun. 2024. Também sobre o tema, cf. DURKHEIM, Émile. **Le suicide: étude de sociologie**. Paris: Fancienne Librairie Germer Bailliere et Cie., Félix Alcan, éditeur, 1897 ; cf. DURKHEIM, Émile. The rules of sociological method. In: LUKES, Steven (ed.). **The rules of sociological method and selected texts on sociology and its method**. 2nd ed. Basingstoke, NH: Palgrave Macmillan, 2013; cf. DURKHEIM, Émile. Lettre au directeur: [the psychological conception of society]. **Revue Philosophique**, v.52, p. 704, 1901.

¹⁴ DURKHEIM, Émile. **Le suicide**.

¹⁵ MANDELBAUM, Maurice. Societal facts. **The British Journal of Sociology**, v. 6, n. 4, p. 313, Dec. 1955. Tradução nossa, do original: “one need not deny that the existence of a society presupposes the existence of individuals, and that these individuals must possess certain capacities for thought and for action if that we term a society is to exist”.

¹⁶ MANDELBAUM, Maurice. Societal facts. p. 313. Tradução nossa, do original: “one need not hold that a society is an entity independent of all human beings in order to hold that societal facts are not reducible to the facts of individual behavior”.

Como consequência, progressivamente renovaram-se os debates metodológico e ontológico, para o fim de se proporem explicações causais aos fenômenos sociais, a partir das interações entre seus agentes individuais e coletivos ou institucionais, com o próprio meio. Os novos debates, então, passaram a ser protagonizados pelas noções de “agência” e “estrutura”, e pela relação de dualidade entre elas – que consistiria, a bem da verdade, na reformulação e no aprimoramento da dicotomia entre o solipsismo (ou voluntarismo) e o determinismo¹⁷. Isso porque a noção de “agência” passava a corresponder ao agir dos sujeitos individuais em sua autodeterminação, contrastando-se à ideia de “estrutura”, que aludiria aos arranjos que limitassem essa autodeterminação¹⁸. As mais recentes abordagens teóricas, portanto, polarizaram-se em razão de seus entendimentos a respeito da relação que existiria entre “agência” e “estrutura”, para a explicação dos fenômenos sociais. A *teoria da estruturação*, de um lado, capitaneada por Anthony Giddens¹⁹, postula a relação de inseparabilidade e de mutualidade constitutiva entre agência e estrutura; e a *teoria Emergentista*, de outro, defendida por Margaret Archer²⁰, entende haver relação de influência causal recíproca entre agência e estrutura.

Precisamente pelo fato de interpretar como sendo inseparáveis ou mutuamente constituídas as noções de “agência” e “estrutura”, a *teoria da estruturação* tem sido alvo de grave desaprovação, mediante o apontamento de que, apesar de se posicionar em oposição às teorizações clássicas por criticar seu reducionismo, culminaria por, também, ela própria, promover explicação que “priva ambos os elementos de sua relativa autonomia, não pela via da redução de um ao outro, mas pela compactação dos dois juntos, inseparavelmente”²¹. Registram-se, similarmente, ressalvas à delimitação conceitual que essa teoria atribui ao termo “estrutura”, na

¹⁷ Cf. PLEASANTS, Nigel. Free will, determinism and the ‘problem’ of structure and agency in the social sciences. *Philosophy of the Social Sciences*, v. 49, n. 1, p. 3-30, Jan. 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0048393118814952>. Acesso em: 7 jun. 2024.

¹⁸ PLEASANTS, Nigel. Free will, determinism and the ‘problem’ of structure and agency in the social sciences. p.4-5. Cf. também VIANA, Thaís Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no Processo Coletivo Estrutural**. p. 111-114.

¹⁹ GIDDENS, Anthony. **The constitution of society**: outline of the theory of structuration. Cambridge: Polity Press, 1986.

²⁰ ARCHER, Margaret Scotford. **Realist social theory**: the morphogenetic approach. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Cf. também ARCHER, Margaret Scotford. Social integration and system integration: developing the distinction. *Sociology*, v. 30, n. 4, p. 679-699, Nov. 1996. Cf. ARCHER, Margaret Scotford. **Being human**: the problem of agency. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004.

²¹ ARCHER, Margaret Scotford. **Social integration and system integration**. p. 688. Tradução nossa, do original: “structuration theory deprives both elements of their relative autonomy, not through reducing one to the other, but by compacting the two together inseparably”.

medida em que opta por distanciá-lo do entendimento amplamente admitido pela Sociologia, para considerá-lo como equivalente a “regras e recursos”²². Sobre a questão, John Thompson esclarece que, apesar de se tratar de uma tentativa de Giddens em ressaltar as “regras como procedimentos generalizáveis em todo tipo de prática social”²³, é inevitável admitir-se que “algumas regras, ou alguns tipos ou aspectos de regras, são muito mais importantes que outros para a análise, por exemplo, da estrutura social de sociedades capitalistas”²⁴. Além disso, ainda que regras e recursos se façam relevantes às estruturas sociais, tais estruturas não poderiam nem deveriam ser compreendidas exclusivamente a partir das regras aplicáveis a elas²⁵, ou sequer a partir daquelas produzidas pela “agência” dos sujeitos individuais que as integrem.

Portanto, superadas as teorizações clássicas e as modernas que propõem explicações eminentemente reducionistas aos fenômenos sociais, as considerações que ora se tecem neste artigo articulam-se a partir do entendimento da corrente do *realismo social ontológico*, conforme o enfoque proposto pela *teoria Emergentista*. Afastando-se de qualquer exegese reducionista, o *realismo social ontológico* propõe a explicação causal dos fenômenos sociais a partir do reconhecimento da existência de potencial transformativo tanto no agir individual quanto no coletivo dos sujeitos²⁶, assim como na própria realidade circunstancial preexistente²⁷ a essas ações. À manifestação desse potencial transformativo dá-se o nome de *poder causal*. A *teoria Emergentista*, por sua vez, consiste em um enfoque específico do *realismo social ontológico* nas dinâmicas por intermédio das quais emergem esses poderes causais (tais como propriedades autônomas), tanto das ações humanas quanto das formas sociais preexistentes²⁸.

²² Sobre o tema, cf. VIANA, Thais Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. p. 118-121.

²³ THOMPSON, John B. The theory of structuration. In: HELD, David; THOMPSON, John B. (ed.). **Social theory of modern societies: Anthony Giddens and his critics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 64. Disponível em: <https://assets.cambridge.org/97805212/61975/sample/9780521261975ws.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2024. Tradução nossa, do original: “Giddens wants to regard rules as generalizable procedures implemented in every kind of social practice”.

²⁴ THOMPSON, John B. The theory of structuration. p. 64-65. Tradução nossa, do original: “some rules, or some kinds or aspects of rules, are much more important than others for the analysis of, for example, the social structure of capitalist societies”.

²⁵ THOMPSON, John B. The theory of structuration. p. 65.

²⁶ ARCHER, Margaret Scotford. Social integration and system integration: developing the distinction. p. 679.

²⁷ BHASKAR, Roy. **The possibility of naturalism: a philosophical critique of the contemporary human sciences**. 3rd ed. London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2005.

²⁸ VIANA, Thais Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. p. 121-127.

De acordo com o enfoque *Emergentista* do *realismo social ontológico*, os “poderes e propriedades característicos [do todo] dependem tanto da presença de suas partes caracterizantes quanto de estarem estas partes organizadas em sua estrutura institucional característica”²⁹. Em consonância a essa ideia, tal corrente teórico-sociológica inspira-se na dicotomia proposta por David Lockwood³⁰ entre as noções de “integração social” e “integração de sistema”, para respectivamente delimitar o escopo de “agência” às interações entre *agentes* do sistema social, e de “estrutura” às interações entre *partes* do sistema social³¹. Assim, trata-se de abordagem teórica que identifica e atribui poder causal autônomo à agência e à estrutura, vale dizer, às interações do sistema social a níveis atômico e molecular – dinâmica a partir da qual se explicam os fenômenos sociais. Na medida em que identifica diferentes poderes causais (propriedades autônomas) às ações humanas e às formas sociais, a *teoria Emergentista* distingue e separa o comportamento individual e o comportamento social, entendendo por fenômeno social aquele que possua aptidão para afetar e modificar o equilíbrio preexistente nas interações entre agentes (comportamento individual) e entre partes relacionais do sistema social (comportamento social)³².

Evidentemente, sob o ponto de vista material, não restam dúvidas de que uma das razões mais comuns que levam ao rompimento do equilíbrio preexistente nas relações entre agentes e partes de um sistema social consistiria na deflagração de conflito. E, à semelhança do que expressamente postula Lockwood³³, a respeito de sua dicotomia entre integração social e integração de sistema, também a *teoria Emergentista* reconhece que o poder causal da “agência” e o da “estrutura” podem emergir a partir de interações conflituosas, com equivalente ou, porventura, mais intenso potencial transformador do que se verificaria em interações não conflitivas. Diante disso, por consistirem fundamentalmente em modalidades de conflitos sociais, não se encontram embaraços ao reconhecimento da natureza de “fenômeno social” também aos *litígios coletivos*³⁴.

²⁹ ELDER-VASS, Dave. For emergence: refining Archer’s account of social structure. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, v. 37, n. 1, p. 29, 2007. Disponível em: <https://eldervass.com/wp-content/uploads/2020/12/Elder-Vass-2007a-For-Emergence-JTSB-PPV.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024. Tradução nossa, do original: “its characteristic properties or powers depend both on the presence of its characteristic parts and on their being organized into the characteristic structure of the higher-level entity”.

³⁰ LOCKWOOD, David. Social integration and system integration. In: ZOLLSCHAN, George K.; HIRSCH, Walter [ed.]. *Explorations in social change*. Boston: Houghton Mifflin, 1964. p. 244-257.

³¹ LOCKWOOD, David. Social integration and system integration.

³² VIANA, Thaís Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 131.

³³ LOCKWOOD, David. Social integration and system integration. p. 245.

³⁴ VIANA, Thaís Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 131.

Nas palavras de Edilson Vitorelli, esses litígios se instalariam “envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais”³⁵. Trata-se, portanto, de litígios que se manifestam e são sentidos – em maior ou menor medida – tanto em âmbito molecular (no plano das interações entre partes relacionais do sistema social) quanto em nível atômico (no plano das interações entre agentes individuais do sistema social). E, assim, conseqüentemente, passam a exibir inescapável potencial transformativo para afetar o equilíbrio preexistente entre as interações do sistema social.

3. A mutabilidade como atributo intrínseco aos litígios coletivos

Mas, como se manifestaria esse potencial transformativo ou poder causal em litígios coletivos?

Ocorre que, como o próprio nome o sugere, a formulação *Emergentista* do *realismo social ontológico* atribui relação de *causalidade* recíproca entre o poder que emerge das “agências” e aquele emergente das “estruturas”³⁶ – vale dizer, respectivamente, entre o poder que emerge das interações entre os agentes individuais do sistema social, e aquele que emerge das interações entre partes relacionais desse mesmo sistema. “Tal causalidade firma o potencial de transformação das ações e tomadas de decisão individuais e coletivas dos agentes envolvidos, e converte os indivíduos em agentes que, simultaneamente, modificam o contexto social e passam por modificações provocadas por ele”³⁷. Deve-se ressaltar, contudo, que se falar em *causalidade* recíproca entre os potenciais transformativos da “agência” e da “estrutura” de modo nenhum pretende sugerir uma relação de *determinismo* recíproco entre os dois poderes causais³⁸. Ou seja, não consiste a *teoria Emergentista* em uma

³⁵ 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. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 11 jun. 2024.

³⁶ ARCHER, Margaret Scotford. *Being human*, p. 308.

³⁷ VIANA, Thais Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 125.

³⁸ VIANA, Thais Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 126.

vertente reformulada e disfarçada do holismo metodológico, razão pela qual não se está a dizer que as interações entre os agentes individuais *determinariam* as interações entre partes relacionais mais amplas do sistema e vice-versa. Mas se está sim a afirmar que interações entre os agentes individuais *exercem poder causal de influência* sobre interações entre partes relacionais mais amplas do sistema e vice-versa. Não se trata de poder causal que subtraia, portanto, a autodeterminação dos sujeitos em suas tomadas de decisão³⁹, ou que anule ou neutralize a influência das circunstâncias sociais preexistentes do meio.

Ao mesmo tempo, a identificação da dinâmica de causalidade recíproca entre esses poderes causais conduz à conclusão lógica e necessária de que a *teoria Emergentista* do *realismo social ontológico* concebe separação temporal a agência e estrutura⁴⁰. “Formas sociais [...] preexistem aos atos dos agentes e, conjuntamente com características autônomas desses mesmos agentes, causam seus atos subsequentes”⁴¹. A prática desses atos, a seu turno, e, associadas a eles, “as características preexistentes das formas sociais, causam alterações na configuração destas formas”⁴², de forma subsecutiva e cíclica. Aplicando-se essa lógica ao contexto de litígios coletivos, conclui-se que estes provocam alterações no “agir individual” dos agentes, o qual, uma vez modificado, transforma as preexistentes formas sociais e, assim, impacta também no modo como interagirão subsequentemente as partes relacionais do sistema – e assim reflexa e sucessivamente.

Não se mantêm estáticos nem o sistema social, nem o equilíbrio preexistente entre suas interações, e nem mesmo o próprio litígio – que, ao momento de sua resolução (seja ela jurisdicional ou extraprocessual), já não guardará as mesmas propriedades que exibia quando da deflagração da situação conflitiva. Na medida em que os poderes causais das interações conflitivas entre agentes (agência) e entre partes relacionais (estrutura) influenciam-se reciprocamente, tem-se por conclusão imediata o fato de que a ideia de estaticidade é, por essência, incompatível com a

³⁹ ELDER-VASS, Dave. Reconciling Archer and Bourdieu in an emergentist theory of action. *Sociological Theory*, v. 25, n. 4, p. 325-346, Dec. 2007. Disponível em: <https://eldervass.com/wp-content/uploads/2020/12/Elder-Vass-2007c-Reconciling-Archer-Bourdieu-SocTh-PPV.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024.

⁴⁰ ARCHER, Margaret Scotford. *Realist social theory: the morphogenetic approach*. p. 76.

⁴¹ VIANA, Thaís Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 146.

⁴² VIANA, Thaís Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 146.

realidade dos litígios coletivos – em quaisquer de suas categorias ou espécies⁴³. Ao inicialmente deflagrar a quebra do equilíbrio preexistente entre as interações no sistema social, o potencial transformativo ora da agência, ora da estrutura, passa a ciclicamente impulsionar alterações de maior ou menor amplitude no próprio sistema – as quais tendem a modificar também as variáveis e as características da relação litigiosa.

Deve-se reconhecer, em contrapartida, que essa influência do poder causal não se manifesta de forma equivalente, ou com a mesma intensidade, nos mais diversos cenários de litígios coletivos. Em termos práticos, certos litígios coletivos, por suas características, podem impactar mais intensa, direta ou gravemente os agentes ou partes relacionais de um determinado sistema social, exercendo assim potencial transformativo mais forte para alterar a dinâmica de relações sociais preexistentes. Por outro lado, semelhantes resultados práticos podem ser também observados, não como decorrência da severidade do litígio em si, mas da pouca adaptabilidade de certos sistemas sociais para neutralizar seus impactos de quebra do equilíbrio de interações preexistentes.

Assim, empregando-se metaforicamente o postulado da Física sobre “limites elásticos” (que assinalam o ponto de exaurimento da aptidão dos corpos sólidos para contrabalançar forças externas e retomar suas formas originais sem sofrer deformações definitivas), também o potencial de mutabilidade, presente em todo e qualquer litígio coletivo (como já se demonstrou), pode ser qualitativamente mensurado a partir da averiguação da “elasticidade” do sistema social diante de um dado litígio⁴⁴. De forma sucinta, o potencial de mutabilidade será (a) diretamente proporcional à “intensidade com que o ato ou fato que deflagra o litígio coletivo é percebido em escala atômica (pelos agentes singulares do sistema social) ou em escala molecular (pelas partes relacionais do sistema social)”⁴⁵ e (b) inversamente proporcional “à adaptabilidade prévia dos sistemas sociais para absorver e amortecer seus efeitos”⁴⁶. Ou seja, amplifica-se o grau de mutabilidade de um litígio coletivo sobre um

⁴³ VIANA, Thais Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 148.

⁴⁴ VIANA, Thais Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 148-149.

⁴⁵ VIANA, Thais Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 149.

⁴⁶ VIANA, Thais Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 150.

determinado sistema social, conforme mais intensa for a sua percepção no âmbito das interações entre indivíduos, coletividades ou instituições, e menos adequadas forem as condições preexistentes deste sistema para a neutralização dos impactos nocivos de tal litígio.

3.1 Complexidade, conflituosidade⁴⁷ e... mutabilidade?

Não é inédita a promoção de esforços acadêmico-científicos pela comunidade jurídica brasileira para identificar atributos destinados à mensuração qualitativa dos litígios coletivos. Ao longo da última década, muito já se avançou nesta seara, a partir do diagnóstico, realizado por Edilson Vitorelli⁴⁸, da *complexidade* e da *conflituosidade* enquanto atributos que, conforme sejam identificados em maior ou menor intensidade em cada litígio coletivo, permitem seu enquadramento em categorias que se têm comprovado úteis ao seu tratamento resolutivo. Ocorre que aquele autor, ao realizar investigações científicas comparativas entre o Direito brasileiro e o estadunidense, percebeu (em harmônico alinhamento à exegese do pensamento de Cochrane com o qual se introduziu este trabalho⁴⁹) que poderia ser mais eficiente amoldar os instrumentos jurídicos para a resolução dos litígios coletivos em sintonia com as características destes no plano fático e social do que tentar conformar a profundidade fática do litígio a uma das três classes de direitos coletivos instituídas pelo legislador brasileiro.

Assim, e também se valendo de sucinta digressão sociológica – a partir do referencial teórico de Anthony Elliott e Bryan Turner⁵⁰ –, a doutrina de Edilson Vitorelli passou a propor a categorização dos litígios coletivos brasileiros em conformidade com a noção de sociedade que se sobressaísse em cada um: sociedade entendida como “estrutura”, como “comunidade de cuidado e solidariedade” ou como “dimensões imaginárias da comunicação e sociabilidade”⁵¹. Ao fazê-lo, Vitorelli delimitou três categorias para a classificação dos litígios coletivos – conforme a sua difusão global, local ou irradiada –, as quais diferenciou e dimensionou a partir da interação entre dois atributos: sua complexidade e sua conflituosidade.

⁴⁷ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁴⁸ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos.

⁴⁹ COCHRANE, Glynn. **Development anthropology**. p. 93-94.

⁵⁰ ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan. **On society**. Cambridge: Polity Press, 2012.

⁵¹ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. p. 42.

O primeiro deles, a *complexidade*, proporciona mensuração dos litígios coletivos a partir de característica que lhes é exógena: “a existência de potencial desacordo razoável acerca de qual seria a tutela jurisdicional adequada do direito material em determinado contexto litigioso”⁵². Um litígio coletivo tende a apresentar elevada complexidade, portanto, quando se faz possível identificar múltiplas e diferentes alternativas plausíveis à sua resolução – independentemente do posicionamento e do comportamento dos sujeitos individuais e coletivos interessados, em face dessas alternativas. A bem da verdade, essa reação dos sujeitos envolvidos se revelará de central importância senão para a aferição do segundo atributo, o da *conflituosidade*, que, apesar de ser complementar ao primeiro, tem enfoque endógeno ao litígio e mensura o “desacordo interno à própria sociedade, envolvida no litígio coletivo, acerca de qual seria a tutela adequada do direito material violado ou do modo de persegui-la”⁵³.

Assim, à luz desses parâmetros, Vitorelli classificou como de *difusão global* aqueles litígios coletivos nos quais sobressaísse a noção de sociedade como estrutura, em decorrência de a situação litigiosa exibir graus de complexidade e de conflituosidade tendencialmente baixos⁵⁴. Por sua vez, seriam de *difusão local* aqueles litígios coletivos em face dos quais se observasse mais claramente o viés de sociedade como “comunidade de cuidado e solidariedade”. Nestes litígios, a lesão em questão afetaria de modo direto e específico determinada comunidade e seus membros, elevando a patamares médios ou altos a conflituosidade⁵⁵, ou seja, o risco de dissidências internas quanto à percepção dos integrantes do grupo acerca do litígio e das estratégias à sua resolução. E, por fim, exibindo alta complexidade e alta conflituosidade, aponta Vitorelli os litígios coletivos de *difusão irradiada*, os quais afetam, em intensidades e dimensões variadas, diferentes grupos, sujeitos e comunidades, provocando, por isso, heterogeneidade interna acerca das percepções do litígio e das providências que seriam mais adequadas e efetivas à sua superação⁵⁶. É imperativo, inclusive, reconhecer que se trata de proposta teórica bem alinhada ao paradigma *Emergentista*, ao se alicerçar sobre a premissa de que “a depender da forma como socialmente se agremiarem e se organizarem os agentes, deles poderão emergir propriedades diferentes daquelas que eles apresentariam isoladamente, ou caso estivessem organizados diferentemente”⁵⁷.

⁵² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. p. 67.

⁵³ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. p. 67-68.

⁵⁴ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. p. 79-82.

⁵⁵ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. p. 85.

⁵⁶ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. p. 91.

⁵⁷ VIANA, Thais Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 145.

Evidentemente, o diagnóstico da mutabilidade como atributo inerente aos litígios coletivos é introduzido harmonicamente e em complementação ao modelo de mensuração qualitativa dos litígios coletivos já proposto pela doutrina de Edilson Vitorelli, não colidindo com suas premissas ou pretendendo se sobrepor a elas em nenhuma medida. Em contrapartida, torna-se útil situar o diagnóstico e o alcance do atributo da mutabilidade, em relação às já consolidadas *complexidade* e *conflituosidade* – seja para o fim de demonstrar que não seriam coincidentes entre si, seja para elucidar a natureza da correlação que pode ser sim identificada entre elas.

Retomando-se as considerações que foram tecidas em caracterização à mutabilidade como atributo inerente aos litígios coletivos, é possível identificar que ambas as variáveis a que se encontra condicionada possuem natureza *endógena* à situação litigiosa⁵⁸: tanto (a) a intensidade da percepção social do litígio pelos agentes individuais, coletivos e institucionais do sistema social quanto (b) a aptidão das formas preexistentes do respectivo sistema para se neutralizar os efeitos nocivos do respectivo litígio. Tal constatação torna até mesmo intuitiva a correlação entre o atributo da mutabilidade e aquele da conflituosidade. Com efeito, trata-se a conflituosidade de uma medida da averiguação do “tipo de reação que o litígio coletivo provoca nas interações entre os agentes e as partes relacionais do sistema social – exatamente o mesmo desencadeamento que fundamenta a conclusão de que a mutabilidade seria atributo inerente ao gênero dos litígios coletivos”⁵⁹.

Todavia, não se trata de grandezas coincidentes ou idênticas. A *conflituosidade* propõe indicar “o grau de conflito interno ao grupo que está envolvido no litígio”⁶⁰, o qual “pode ser maior ou menor, dependendo das características do litígio”⁶¹. Entre essas características diretamente relevantes à aferição da conflituosidade, a seu turno, inclui-se o seu grau de mutabilidade – responsável por medir a “extensão das modificações que o litígio coletivo provocará nas interações entre os agentes e as partes relacionais do sistema social afetado”⁶². Apresenta-se, assim, a mutabilidade

⁵⁸ VIANA, Thaís Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 150.

⁵⁹ VIANA, Thaís Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 150.

⁶⁰ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 34.

⁶¹ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural*. p. 34.

⁶² VIANA, Thaís Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 151.

como fator contributivo e relevante à mensuração qualitativa da conflituosidade dos litígios coletivos: “quanto maior a intensidade da percepção do litígio no sistema social, e quanto menos adaptáveis forem suas estruturas preexistentes para promover imediata ação responsiva ao litígio, [...] maior será seu grau de mutabilidade e, conseqüentemente, [...] maior sua conflituosidade.”⁶³

4. O diagnóstico jurídico-sociológico dos litígios coletivos estruturais

A progressiva valorização da mensuração qualitativa dos litígios coletivos, por intermédio do diagnóstico da presença e da intensidade de seus atributos intrínsecos – complexidade, conflituosidade e, como ora se propõe, mutabilidade –, tem disseminado a percepção de uma imensa variabilidade entre os litígios de natureza coletiva, os quais vinham recebendo sistematicamente tratamento processual ou extraprocessual que, em grande parte dos casos, não lhes proporcionaria possibilidades de serem assimilados e solucionados em toda a sua profundidade.

Inseridos na categoria dos litígios coletivos de difusão irradiada (conforme classificação de Edilson Vitorelli), passaram-se a identificar litígios “deflagrados por inconstitucionalidade em arranjo institucional-burocrático de larga-escala”⁶⁴ que exibiriam traços semelhantes aos observados pela doutrina estadunidense na segunda metade do século XX, em meio à proliferação, naquele país, de modelo de litigância ora denominado de “interesse público”⁶⁵, de “reforma institucional”⁶⁶ ou

⁶³ VIANA, Thais Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. p. 150.

⁶⁴ VIANA, Thais Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. p. 208.

⁶⁵ 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://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7756378/mod_resource/content/2/ART-Chayes-Adjudication.pdf. Acesso em: 11 jun. 2024.

⁶⁶ Cf. FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, p. 635-697, Mar.1982. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/16130>. Acesso em: 11 jun. 2024. Cf. também ALTMAN, James M. Implementing a civil rights injunction: a case study of NAACP v. Brennan. **Columbia Law Review**, v.78, n. 4, p. 739-770, May 1978. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/clr78&div=42&id=761&print=section&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 11 jun. 2024.

“estrutural”⁶⁷. Quanto aos respectivos litígios, sua própria essência permite inferir uma profunda *complexidade* (haja vista questionarem fundamentalmente os próprios arranjos preexistentes do sistema social), acentuada *conflituosidade* (presumível diante da forma como se fazem aptos e tendentes a afetar específica e diretamente coletividades amplas e marcadamente heterogêneas) e inevitável *mutabilidade* (uma vez que suscetíveis a impactar profundamente as interações tanto entre agentes individuais, quanto coletivos e institucionais, do sistema social, de forma a tornar improvável a absorção ou a neutralização de seus efeitos).

Apesar de que extrapolaria o recorte metodológico do presente artigo uma incursão à análise crítica do instrumental disponibilizado pelo Direito brasileiro à resolução desses litígios, não se pode ignorar tampouco o fato de que o aporte sociológico permite renovar a significação jurídico-filosófica do que se entendem por *litígios coletivos “estruturais”*⁶⁸. A fim de melhor esclarecer o ponto, retoma-se momentaneamente a caracterização proposta por Lockwood à noção de “integração de sistema” (coincidente, conforme a *teoria Emergentista*, à ideia de “estrutura”), como sendo correspondente às interações entre *partes relacionais* do sistema social. Naturalmente, em se tratando de delimitação teórica proveniente da ciência da Sociologia, não pretendia Lockwood fazer referência a “partes” conforme a semântica processual civil. Por outro lado, tampouco demonstrou qualquer intencionalidade de limitar o alcance da ideia de “partes relacionais do sistema social” àqueles sujeitos de existência institucional. Pelo contrário, leituras interpretativas da obra de Lockwood têm apontado para o fato de que as partes relacionais a que se fazia referência poderiam ter existência normativa ou não normativa, institucional ou meramente material, integrar o estado de coisas jurídico ou derivar simplesmente da situação fática⁶⁹. E, neste ponto, sequer se consideraria razoável entendimento diverso, na medida em que a imposição de enquadramentos normativos ou jurídicos à ideia de *partes relacionais* poderia destituir tanto a formulação teórica de Lockwood a respeito da “integração de sistema” quanto a abordagem de “estrutura” proposta

⁶⁷ FISS, Owen. The civil rights injunctions. **Addison Harris Lecture**, Paper 7, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/>. Acesso em: 11 jun. 2024. Cf. 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: 11 jun. 2024. Cf. 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, c1985. p. 36-49. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024.

⁶⁸ Sobre o tema, cf. VIANA, Thais Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. p. 206-212.

⁶⁹ MOUZELIS, Nicos. Social and system integration: Lockwood, Habermas, Giddens. **Sociology**, v. 31, n. 1, p. 112, Feb.1997. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0038038597031001008>. Acesso em: 11 jun. 2024.

pelo *Emergentismo* sociológico, da generalidade indispensável à pretensão de propor explicações causais a todos os gêneros de fenômenos sociais.

Como consequência da amplitude de sua delimitação teórica, abre-se a possibilidade de se atribuir a natureza de *parte relacional do sistema social* tanto às coletividades e suas ramificações (ainda que limitadas a uma existência fática, material, não normativa) quanto às instituições (categoria a qual, apesar de implicar regulação normativa, abarca igualmente entes que possuam personalidade jurídica específica ou que não a possuam, como é o caso do sistema carcerário e do sistema educacional, por exemplo). E, assim, passa-se a permitir a interpretação de que a “integração de sistema” (conforme os dizeres de Lockwood), ou a “estrutura” (na terminologia do enfoque *Emergentista*), se traduziria pelas “interações entre os diferentes centros de interesse das coletividades e as instituições do sistema social”⁷⁰.

Portanto, ao se referir a *litígios coletivos estruturais*, passa-se a inevitavelmente invocar a delimitação sociológica de “estrutura”, mediante o entendimento de que litígios dessa espécie seriam aqueles envolvendo “inconstitucionalidade em ‘estruturas’ do sistema social, [...] deflagrados a partir de desconformidades inconstitucionais nas interações entre ‘partes relacionais’ (que impliquem regulação normativa ou não) do sistema social”⁷¹. A importância do diagnóstico neste contexto, naturalmente, ultrapassa a mera aspiração de se tecer considerações junto à filosofia do Direito e se aproxima da intenção de demonstrar com ainda maior clareza a intensa mutabilidade que caracteriza litígios coletivos de tal espécie e que os torna inconciliáveis com qualquer pretensão de solucioná-los mediante métodos resolutivos apegados à ideia de preclusões como garantias de segurança jurídica e efetividade.

5. Conclusão

Por intermédio de análise transdisciplinar jurídico-sociológica, potencializa-se e aprofunda-se a compreensão acerca da natureza dos litígios coletivos (em todas as suas manifestações) enquanto fenômenos sociais. Invocando-se proposições teóricas do *realismo social ontológico*, conforme seu enfoque *Emergentista*, torna-se possível diagnosticar o potencial transformativo desses litígios no sistema social,

⁷⁰VIANA, Thais Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 208.

⁷¹VIANA, Thais Costa Teixeira. *Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural*. p. 208.

exercido mediante a incidência recíproca de poder causal entre o agir deliberativo dos agentes individuais, coletivos e institucionais desse sistema – todos influenciados pelo impacto da quebra do equilíbrio preexistente entre as interações sociais, causada pelo próprio litígio.

A identificação do referido potencial transformativo permite, ainda, inferir que a estaticidade seria valor incongruente à própria natureza do litígio coletivo – o qual passa a poder ser mensurado, senão por seu grau de mutabilidade. A percepção dessa mutabilidade como traço inerente aos litígios coletivos (mais acentuado naqueles cujo impacto seja mais diretamente sentido no âmbito de interações interpessoais e interinstitucionais e cujo sistema social não disponha de suficiente arcabouço instrumental preexistente para a neutralização ou o amortecimento de seus efeitos nocivos) evidencia a necessidade de adaptação e flexibilização dos mecanismos jurídicos vocacionados à sua resolução. Revela, também, que progressivamente ao aumento do grau de mutabilidade, acentua-se a necessidade de analisar o litígio a partir de enfoque tendencialmente prospectivo. Não apenas se revela o retorno ao *status quo ante* como virtualmente inviável, como também o “lapso temporal inevitável entre o dano em si e o completo desfazimento de seus efeitos [...] faz com que se constatem, ao momento da reparação, formas sociais e agentes que já não correspondam mais àqueles existentes ao momento da prática do ato lesivo”⁷².

O diagnóstico jurídico-sociológico que se propõe, por sua vez, aos litígios coletivos estruturais – enquanto espécie de litígios coletivos – acentua a importância destas conclusões para a aplicação adequada dos instrumentos e métodos jurídicos disponíveis à sua resolução. E, assim, constrói arcabouço teórico e jurídico-filosófico vocacionado a amparar subsequentes e, também, já existentes debates sobre intercâmbio de técnicas processuais, sobre práticas endossáveis e sobre a interpretação doutrinária do modelo processual coletivo e estrutural brasileiro.

Referências

ALTMAN, James M. Implementing a civil rights injunction: a case study of NAACP v. Brennan. **Columbia Law Review**, v. 78, n. 4, p. 739-770, May 1978. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/clr78&div=42&id=761&print=section&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em: 11 jun. 2024.

⁷²VIANA, Thaís Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. p. 146.

ARCHER, Margaret Scotford. **Being human: the problem of agency**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

ARCHER, Margaret Scotford. **Realist social theory: the morphogenetic approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ARCHER, Margaret Scotford. Social integration and system integration: developing the distinction. **Sociology**, v. 30, n. 4, p. 679-699, Nov. 1996.

BHASKAR, Roy. **The possibility of naturalism: a philosophical critique of the contemporary human sciences**. 3rd ed. London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **Outline of a theory of practice**. Translated by Richard Nice. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

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://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7756378/mod_resource/content/2/ART-Chayes-Adjudication.pdf. Acesso em: 11 jun.2024.

COCHRANE, Glynn. **Development anthropology**. New York: Oxford University Press, 1971.

COLEMAN, James S. **Foundations of social theory**. Belknap, NH: Harvard University Press, 1998.

DURKHEIM, Émile. **Le suicide: étude de sociologie**. Paris: FAnancienne Librairie Germer Bailliere et Cie., Félix Alcan, éditeur, 1897.

DURKHEIM, Émile. Lettre au directeur: [the psychological conception of society]. **Revue Philosophique**, v. 52, p. 704, 1901.

DURKHEIM, Émile. Minor editorials: [the nature of society and causal explanation]. **American Journal of Sociology**, v. 3, n. 6, p. 848-849, May 1898.

DURKHEIM, Émile. The rules of sociological method. In: LUKES, Steven (ed.). **The rules of sociological method and selected texts on sociology and its method**. 2nd ed. Basingstoke, NH: Palgrave Macmillan, 2013.

ELDER-VASS, Dave. For emergence: refining archer's account of social structure. **Journal for the Theory of Social Behaviour**, v. 37, n. 1, p. 25-44, Mar. 2007. Disponível em: <https://eldervass.com/wp-content/uploads/2020/12/Elder-Vass-2007a-For-Emergence-JTSB-PPV.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024.

ELDER-VASS, Dave. Reconciling Archer and Bourdieu in an emergentist theory of action. **Sociological Theory**, v. 25, n. 4, p. 325-346, Dec. 2007. Disponível em: <https://eldervass.com/wp-content/uploads/2020/12/Elder-Vass-2007c-Reconciling-Archer-Bourdieu-SocTh-PPV.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024.

ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. **On society**. Cambridge: Polity Press, 2012.

EPSTEIN, Brian. What is individualism in social ontology?: ontological individualism vs. anchor individualism. In: ZAHLE, Julie; COLLIN, Finn (ed.). **Rethinking the individualism-holism debate: essays in the philosophy of social science**. Cham: Springer, 2014. p. 17-38. Disponível em: <https://philarchive.org/rec/EPSWII>. Acesso em: 11 jun.2024.

FISS, Owen M. The civil rights injunctions. **Addison Harris Lecture**, Paper 7, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/>. Acesso em: 11 jun. 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: 11 jun. 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, c1985. p. 36-49. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 11 jun.2024.

FLETCHER, William A. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, p. 635-697, Mar.1982. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/16130>. Acesso em: 11 jun. 2024.

GIDDENS, Anthony. **The constitution of society: outline of the theory of structuration**. Cambridge: Polity Press, 1986.

LOCKWOOD, David. Social integration and system integration. In: ZOLLSCHAN, George K.; HIRSCH, Walter (ed.). **Explorations in social change**. Boston: Houghton Mifflin, [1964]. p. 244-257.

MANDELBAUM, Maurice. Societal facts. **The British Journal of Sociology**, v. 6, n. 4, p. 305-317, Dec. 1955.

MOUZELIS, Nicos. Social and system integration: Lockwood, Habermas, Giddens. **Sociology**, v. 31, n. 1, p. 111-119, Feb. 1997. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0038038597031001008>. Acesso em: 11 jun. 2024.

PLEASANTS, Nigel. Free will, determinism and the ‘problem’ of structure and agency in the social sciences. **Philosophy of the Social Sciences**, v. 49, n. 1, p. 3-30, Jan. 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0048393118814952>. Acesso em: 7 jun. 2024.

THOMPSON, John B. The theory of structuration. *In*: HELD, David; THOMPSON, John B. (ed.). **Social theory of modern societies: Anthony Giddens and his critics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 56-76. Disponível em: <https://assets.cambridge.org/97805212/61975/sample/9780521261975ws.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2024.

VIANA, Thaís Costa Teixeira. **Tomada de decisão estratégica e modelos agregativos de sujeitos no processo coletivo estrutural**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/44833/3/Tese%20de%20Doutorado%20%28Depósito%20Definitivo%29%20-%20THAIS%20COSTA%20TEIXEIRA%20VIANA.pdf>. Acesso em: 11 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. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 11 jun. 2024.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

WEBER, Max. **Economy and society: a new translation**. Edited and translated by Keith Tribe. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2019.



Litígios estruturais na Corte Constitucional: momento, legitimidade e estratégias¹

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

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

Jordão Violin²

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

Resumo

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

Palavras-chave

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

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

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

Sumário

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

Abstract

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

Keywords

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

Contents

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

Resumen

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

Palabras clave

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

Índice

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

1. Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quadro – Processos estruturais em tramitação no STF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Papel de Corte Constitucional?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Para além do absenteísmo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

Referências

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

Acesso em: 26 jun. 2024.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jurisprudência citada

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

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

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

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

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

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



Uma pauta de atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: por que, quando e como?¹

An agenda for structural intervention at the Supreme Court: why, when and how?

Una agenda estructural para el Tribunal Supremo: ¿por qué, cuándo y cómo?

Edilson Vitorelli²

Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1223-8759>

E-mail: edilsonvitorelli@gmail.com

Resumo

Este artigo discute a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental de caráter estrutural. O objetivo é criar parâmetros analíticos que permitam selecionar casos propensos a atuações bem-sucedidas e técnicas apropriadas a sua condução. São apresentados três cenários em que a intervenção do Supremo Tribunal Federal é desejável (o “porquê”), quatro indicadores para descrever as hipóteses em que ela tenderá a ser bem-sucedida (o “quando”) e oito técnicas processuais passíveis de utilização para incrementar os resultados (o “como”). A metodologia utilizada foi de revisão bibliográfica aplicada a dados primários de processos em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave

Processo estrutural; Supremo Tribunal Federal; gerenciamento estratégico de casos.

¹ VITORELLI, Edilson. Uma pauta de atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: por que, quando e como? *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v.4, n.1, p.253-297, jan./jun.2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024v4.n1.a372>.

² Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Minas Gerais, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law (Luxemburgo). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Visiting scholar na Stanford Law School (EUA). Visiting researcher na Harvard Law School (EUA) e na University of Sydney Law School (Austrália). É o único autor de língua portuguesa vencedor do prêmio “Mauro Cappelletti”, atribuído pela International Association of Procedural Law ao melhor livro sobre Direito Processual no mundo. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0474429509959557>.

Sumário

1. Introdução. 2. Esclarecimento conceitual: o caráter cíclico do processo estrutural. 3. Por quê? O Supremo Tribunal Federal deveria dedicar-se ao processo estrutural? 4. Quando? Quais casos são propícios para a atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal? 4.1 Litígios estruturais territorialmente variados. 4.2 Processos estruturais sem metas aferíveis. 4.3 Litígios estruturais que permitem tratamento centralizado. 4.4 Reformas estruturais endógenas ao Poder Judiciário. 4.5 Reformas estruturais e a pauta ambiental. 4.6 Quando atuar: síntese de indicadores. 5. Como? Quais as técnicas processuais adequadas para a condução de ações estruturais no Supremo Tribunal Federal? 5.1 Institucionalização do processo estrutural. 5.2 Cooperação judiciária nacional em rede. 5.3 Cooperação interinstitucional e ampliação do diálogo com entidades públicas e privadas. 5.4 Cooperação por *expertise*: os magistrados consultores. 5.5 Adequada definição do plano de reestruturação. 5.6 Decisões provisórias e parciais de mérito. 5.7 Subdivisão do processo em eixos de atuação. 5.8 Estratégia de encerramento do processo. 6. Conclusão.

Abstract

This article discusses the performance of the Federal Supreme Court in Claims of Non-Compliance with a Fundamental Precept of a structural nature. The aim is to create analytical parameters that allow us to select cases prone to successful actions and appropriate techniques for conducting them. Three scenarios are presented in which the intervention of the Supreme Court is desirable (the “why”), four indicators to describe the hypotheses in which it will tend to be successful (the “when”) and eight procedural techniques that can be used to increase the results (the “how”). The methodology used was a bibliographical review applied to primary data from cases before the Supreme Court.

Keywords

Structural litigation; Supreme Court; strategic case management.

Contents

1. Introduction. 2. Conceptual clarification: the cyclical nature of structural litigation. 3. Why? Should the Supreme Court dedicate itself to structural litigation? 4. When? Which cases are suitable for structural action by the Federal Supreme Court? 4.1 Territorially varied structural disputes. 4.2 Structural litigation without measurable goals. 4.3 Structural disputes that allow centralized treatment. 4.4 Structural reforms endogenous to the Judiciary. 4.5 Structural reforms and the environmental agenda. 4.6 When to act: a summary of predictors. 5. How? What are the appropriate procedural techniques for conducting structural actions at the

Supreme Court? 5.1 Institutionalizing structural litigation. 5.2 Networked national judicial cooperation. 5.3 Inter-institutional cooperation and broadening the dialog with public and private entities. 5.4 Cooperation based on expertise: consultant magistrates. 5.5 Adequate definition of the restructuring plan. 5.6 Provisional and partial decisions on the merits. 5.7 Subdivision of the process into lines of action. 5.8 Strategy for closing the case. 6. Conclusion.

Resumen

Este artículo analiza la actuación del Supremo Tribunal Federal en las Demandas de Incumplimiento de Precepto Fundamental de carácter estructural. El objetivo es crear parámetros analíticos que permitan seleccionar los casos propensos a acciones exitosas y las técnicas apropiadas para llevarlas a cabo. Se presentan tres escenarios en los que es deseable la intervención del Tribunal Supremo (el “por qué”), cuatro indicadores para describir las hipótesis en las que tenderá a tener éxito (el “cuándo”) y ocho técnicas procesales que pueden utilizarse para incrementar los resultados (el “cómo”). La metodología utilizada fue una revisión bibliográfica aplicada a datos primarios de casos ante el Tribunal Supremo.

Palabras clave

Proceso estructural; Tribunal Supremo; gestión estratégica de asuntos.

Índice

1. Introducción. 2. Aclaración conceptual: el carácter cíclico del proceso estructural. 3. ¿Por qué? ¿Debe el Tribunal Supremo dedicarse al proceso estructural? 4. ¿Cuándo? ¿Qué casos son favorables a la actuación estructural del Tribunal Supremo Federal? 4.1 Litigios estructurales territorialmente variados. 4.2 Litigios estructurales sin objetivos mensurables. 4.3 Litigios estructurales que permiten un tratamiento centralizado. 4.4 Reformas estructurales endógenas al Poder Judicial. 4.5 Las reformas estructurales y la agenda medioambiental. 4.6 Cuándo actuar: resumen de indicadores. 5. ¿Cómo? ¿Cuáles son las técnicas procesales adecuadas para llevar a cabo actuaciones estructurales en el Tribunal Supremo? 5.1 Institucionalización del proceso estructural. 5.2 Cooperación judicial nacional en red. 5.3 Cooperación interinstitucional y ampliación del diálogo con entidades públicas y privadas. 5.4 Cooperación basada en la experiencia: magistrados consultores. 5.5 Definición adecuada del plan de reestructuración. 5.6 Sentencias provisionales y parciales sobre el fondo del asunto. 5.7 Subdivisión del proceso en líneas de actuación. 5.8 Estrategia de cierre del caso. 6. Conclusión.

1. Introdução

Este artigo discute a atuação do Supremo Tribunal Federal em processos estruturais, com o objetivo de avaliar os casos que tramitaram até aqui e, a partir dessas experiências, desenhar estratégias que possam incrementar os resultados para os casos futuros.

O tratamento estrutural de litígios, judicial ou extrajudicialmente, em qualquer instância ou por qualquer autoridade, é amplamente desafiador, porque envolve casos de elevada complexidade e conflituosidade³, em que múltiplos fatores se entrelaçam para criar um cenário que é de difícil solução prática. Se é certo que a atuação do sistema de justiça, nesses casos, encontra obstáculos e questionamentos, não é menos exato afirmar que, antes de o caso chegar ao Judiciário, usualmente fracassaram os demais atores institucionais e sociais encarregados de endereçar o conflito. O Judiciário não é a primeira linha de defesa nos litígios estruturais.

O processo estrutural, parafraseando Churchill, é a pior solução para esses casos, sendo melhor apenas que todas as outras que já foram tentadas. O que este texto pretende discutir são as condições em que ele tem mais propensão de produzir bons resultados e as estratégias que, até aqui, deram certo⁴.

Três observações preliminares, no entanto, são necessárias. Os litígios estruturais são, em grande medida, únicos. A extrapolação de estratégias é um risco, uma vez que as condições ocultas e incontroláveis que propiciam o sucesso em um caso impactam negativamente sobre outro. Não se deve, portanto, acreditar que haja receitas para atuações estruturais, prontas para serem descobertas.

Em segundo lugar, é preciso ficar claro que o processo estrutural não é um empreendimento com sucesso totalmente garantido. Em um processo tradicional, o art. 140 do Código de Processo Civil determina que o juiz sempre resolverá o conflito e, por isso, não existe processo frustrado. Bem ou mal, todos eles resolvem os conflitos.

³Sobre esses conceitos, VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

⁴Esse enfoque remete ao de ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**: can courts bring about social change? 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008. Acerca da discussão da mudança social promovida pelo Judiciário, ver WHITE, Lucie E. Mobilization on the margins of the lawsuit: making space for the clients do speak. **N.Y.U. Review of Law and Social Change**, v. 16, n. 4, p. 535-564, 1987-88. Disponível em: https://socialchangenyu.com/wp-content/uploads/2017/12/Lucie-White_RLSC_16.4.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

Essa não é a realidade com processos estruturais, que visam a transformar concretamente uma realidade complexa, multifacetada e em constante transformação. Pode ser que o processo estrutural seja conduzido por vários anos e os resultados não venham ou existam por pouco tempo. Processo estrutural é como um investimento financeiro. Não há retorno garantido pelo tempo e pelos insumos que são investidos nesses casos.

Contudo, tal como no mundo dos investimentos, os casos que dão certo são recompensadores. Há evidências empíricas de processos que foram conduzidos estruturalmente e que fizeram transformações sociais que não ocorreriam de outra forma. Há casos, como se poderá verificar, de litígios que já duravam décadas antes de serem judicializados, sem que nada de concreto se produzisse. Há poucas dúvidas, quando se parte da empiria, de que o processo estrutural é, enquanto instituto jurídico, propenso a um retorno social positivo. A proposta deste artigo é, pela referência aos casos, buscar identificar estratégias que funcionam, com especial atenção para o papel do Supremo Tribunal Federal.

Observação final: como disse Jeff Immelt, ex-CEO da GE, “todo trabalho parece fácil quando você não é quem o está fazendo, porque os desafios de quem está na arena são invisíveis para quem está na plateia”. Este artigo não deve ser lido como a visão de alguém externo, que pretende “ensinar o trabalho” ao Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, os casos são aqui abordados, no elogio ou na crítica, como oportunidades de aprendizado futuro e com a consciência de que há muitos fatores invisíveis para quem não está na arena.

2. Esclarecimento conceitual: o caráter cíclico do processo estrutural

Litígios estruturais são litígios coletivos irradiados⁵ decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, de significativa penetração social, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite, fomenta ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas

⁵Essa expressão faz parte do esquema conceitual desenvolvido em VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos.

removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente⁶.

Processos estruturais, por sua vez, são aqueles que buscam resolver, por intermédio da atuação da jurisdição, um litígio estrutural, mediante reformulação de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) cujo mau funcionamento é a causa do litígio. Essa reestruturação se dará por meio da elaboração de um plano implementado ao longo de um considerável período, com o objetivo de transformar o comportamento da estrutura para o futuro. Esse plano pode não ser um documento único, mas sim um conjunto de decisões, acordos e medidas que vão se somando, progressivamente.

Especificamente no caso do Supremo Tribunal Federal, os processos estruturais têm se apresentado precipuamente na forma de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs). Desde a ADPF 347, relativa ao litígio das condições prisionais, até os dias atuais, há diversas ações com esse perfil. O Supremo, contudo, já tratou estruturalmente *habeas corpus* coletivos, nos casos dos pais e mães de incapazes privados de liberdade, temas de Repercussão Geral, como é o caso do tema 1.234, ainda em andamento, e definiu, no tema 698, que a atuação estrutural do Judiciário é preferencial a outras formas de intervenção em políticas públicas.

Independentemente do procedimento adotado, a realização de reforma estrutural pela via jurisdicional pode ser subdividida em ciclos, com suas etapas específicas:

1º Ciclo: caracterização do litígio:

a) Identificação das características do conflito e suas causas;

⁶ Ver VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 5. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2024. Ver também 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. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024; DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024; OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticalismo” e os “processos estruturais”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82013/78228>. Acesso em: 8 jul. 2024; ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2022; ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Curso de processo estrutural**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

- b) identificação dos atores relevantes para o tratamento do litígio, inclusive os gestores da instituição que se pretende transformar, terceiros interessados e sociedade impactada;
- c) estabelecimento de métodos de diálogo entre o legitimado coletivo que pretende promover a reforma institucional e os sujeitos mencionados anteriormente;
- d) elaboração do diagrama do perfil do litígio coletivo, definindo quais são os grupos mais afetados e que devem ser priorizados, relativamente a outros, mais periféricos.

2º Ciclo: definição de uma estratégia de condução da reforma:

- a) atuação mediante técnicas extraprocessuais, por exemplo, na condução de um inquérito civil, com maior flexibilidade, mas menor imperatividade; ou
- b) atuação mediante técnicas processuais, com ajuizamento de ação, que atribuem maior imperatividade, mas com menor flexibilidade.

3º Ciclo: elaboração de um plano de reestruturação da instituição:

- a) Em cooperação com os agentes responsáveis pela estrutura, com a sociedade impactada pela sua atividade e com o juiz, se for o caso, firmar um plano que oriente as metas futuras;
- b) o plano deve definir metas de curto, médio e longo prazo, indicadores para a verificação do seu alcance e sujeitos responsáveis, da forma mais clara e objetiva possível. Deve também definir sanções, justificativas aceitáveis para o descumprimento e eventos que podem ensejar a repactuação.

4º Ciclo: implementação do plano:

- a) Acompanhamento das medidas de reestruturação, com a análise dos indicadores de metas, verificando-se de que forma o plano impacta sobre a realidade;
- b) colheita de elementos técnicos que permitam identificar as falhas do plano e as metas que se mostram não correspondentes com a realidade;
- c) adoção de estratégias de diálogo periódico com a sociedade impactada, para recolher *feedbacks* sobre a sua percepção acerca da mudança do comportamento institucional.

5º Ciclo: reelaboração do plano ou encerramento do caso:

- a) Se os dados da implementação do plano demonstrarem que o problema foi resolvido ou, pelo menos, foram alcançadas as metas inicialmente determinadas, encerra-se a atividade jurisdicional ou ministerial;
- b) se os dados indicarem a necessidade de revisão do plano, deve-se reiniciar o trabalho, a partir do primeiro ciclo, com a redefinição das características do litígio, agora alteradas pela implementação do plano original, redefinição de estratégia, elaboração de um plano modificado, nova implementação e novo monitoramento.

Conceber o processo estrutural dessa forma cíclica é útil para refletir sobre as potencialidades e os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal.

3. Por quê? O Supremo Tribunal Federal deveria dedicar-se ao processo estrutural?

É inevitável o questionamento acerca da conveniência do envolvimento do Supremo Tribunal Federal em processos estruturais⁷. O aspecto positivo é a autoridade do Supremo Tribunal Federal. Na condição de mais alta corte do país, o STF consegue mobilizar gestores institucionais de maior hierarquia e fazer com que sejam implementadas medidas com brevidade e efetividade. Do mesmo modo, a restrição das vias recursais disponíveis contra as decisões tomadas no processo, ainda que pelo relator, atribui um forte caráter de definitividade ao que é estabelecido, o que contribui para a segurança e a efetividade das providências estabelecidas.

Há um preço a pagar por esse ganho. Em primeiro lugar, o STF, como qualquer esfera de autoridade, tende a ser um ambiente não muito propício para o diálogo⁸. As vozes divergentes tendem a não se apresentar ou a se conformar às

⁷ Essa questão foi longamente debatida em VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 107-156. Sobre o quanto essa discussão é superestimada, dado que um percentual ínfimo de temas pertinentes a políticas públicas está judicializado, ver KOMESAR, Neil K. 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: 8 jul. 2024. Ver também KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives**: choosing institutions in law, economics, and public policy. Chicago: University of Chicago Press, c1994.

⁸ Ver, sobre ambiente dialógico, YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. *UCLA Law Review*, v. 25, p. 244-260, 1977-1978. Disponível em: <https://heinonline>.

opiniões majoritárias, sobretudo se estas forem compartilhadas por interlocutores importantes na discussão⁹. Esse viés de conformidade pode fazer com que soluções incompletas, apressadas ou mesmo inapropriadas ganhem força, no afã de demonstrar avanços. De modo similar, a publicidade que incide sobre os casos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, ainda que contribua para a ampliação do controle social sobre o processo, pode aumentar o receio de assunção de obrigações pelas partes, bem como aumentar a pressão sobre o Tribunal para mostrar algum resultado, fomentando decisões precipitadas. O desenvolvimento de soluções estruturais reclama ambientes dialogais mais horizontais e igualitários, para permitir o desenvolvimento do diálogo e a busca de soluções experimentalistas¹⁰ – o oposto, portanto, das condições que estão disponíveis em uma corte suprema.

Outra dificuldade se relaciona à produção de prova, não apenas perante o STF, mas nas ações de competência originária em geral. Os tribunais não são organizados para a produção de provas em tempo e de modo razoável, o que acarreta demora na tramitação e insuficiência de informação. Isso tende a reduzir o espectro de dados disponíveis para a tomada de decisão, fazendo com que aspectos do litígio sejam ignorados.

Em terceiro lugar, a fiscalização da implementação das medidas pelo Supremo Tribunal Federal também é ambígua em termos de efetividade. Ao mesmo tempo em que a Corte tem mais poder para cobrar as providências necessárias para que a solução dos casos avance, é preciso ponderar a falta de disponibilidade pessoal dos

org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/uclalr25&id=259&men_tab=srchresults. Acesso em: 8 jul. 2024; STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. **Georgetown Law Journal**, v. 79, n. 5, p. 1370, 1991. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2119&context=faculty_scholarship. Acesso em: 8 jul. 2024; BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 1, n. 1, p. 161-188, jan./jun. 2015.

⁹ Esse fenômeno, denominado viés de conformidade (*conformity bias*) já foi identificado empiricamente. Ver DE CREMER, David (ed.). **Psychological perspectives on ethical behavior and decision making**. Charlotte, NC: Information Age Publishing, c2009; FORSYTH, Donelson R. **Group dynamics**. 5th ed. Belmont, CA: Wadsworth, Cengage Learning, c2010. A referência mais conhecida e mais polêmica sobre obediência a autoridade é MILGRAM, Stanley. **Obedience to authority: an experimental view**. New York: Harper & Row, c1974.

¹⁰ Ver 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/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship. Acesso em: 8 jul. 2024; FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 113. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 8 jul. 2024; PUGA, Mariela Gladys. ¿A dónde va la Corte en las causas Vertbisky y Riachuelo? “Ni uñas ni dientes”: intervenciones experimentalistas. **Revista del Colegio de Abogados de La Plata**, v. 50, n. 69, p. 151-166, 2008.

ministros para a condução de processos dessa complexidade. Processos judiciais estruturais exigem a presença e a condução direta do magistrado, não raro, em reuniões de reuniões e audiências, para dar o direcionamento das deliberações e, de fato, afastar as cargas de inércia¹¹ que vinham causando o litígio. Ainda que esse papel seja delegado a um juiz instrutor, a falta de contato pessoal do ministro com a causa dificultará que a questão se desenrole de maneira produtiva.

Entre ônus e bônus, a conclusão parece favorecer a condução estrutural de casos pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em situações em que, primeiro, isso seja inevitável, ou seja a competência para julgamento da causa já esteja fixada na Corte e a alternativa seja entre fazer a condução estrutural ou a condução tradicional. É o caso dos *Habeas Corpus* coletivos 143.641, rel. Min. Ricardo Lewandowski e 165.704, rel. Min. Gilmar Mendes. Uma vez que a Corte tomou a decisão em um litígio de características estruturais e cuja reforma estrutural envolve, em considerável medida, atividades do próprio Poder Judiciário, parece fazer sentido que o Supremo Tribunal Federal prossiga com a sua implementação.

Por outro lado, nos casos de ADPFs, a situação merece um pouco mais de cuidado. A hipótese de cabimento da ADPF é aberta em termos interpretativos e ela vem sendo lida de modo mais ou menos alargado pelo Tribunal, em diferentes casos. Com a ampliação dos estudos acadêmicos e da produção literária, no país, sobre o processo estrutural, será progressivamente mais comum que sejam propostas ADPFs com pedidos dessa natureza. O Tribunal, então, deveria selecionar as batalhas que valem a pena lutar. Processos estruturais duram anos e só se resolvem bem com empenho e mobilização de equipes. A capacidade operacional do Supremo Tribunal, pressionado por diversos outros casos de grande impacto, será insuficiente para lidar com conflitos estruturais de toda ordem, que assolam o país.

Como critério, propõe-se que o Tribunal deveria admitir ADPFs estruturais apenas nos casos em que haja evidências de que as instâncias ordinárias terão poucas possibilidades de obter resultados efetivos, dadas as circunstâncias em tela. Por exemplo, nas ADPFs 709, rel. Min. Luís Roberto Barroso, e 742, rel. Min. Edson Fachin, a hostilidade do governo federal às medidas de prevenção da covid-19 em geral e aos grupos minoritários, em particular, naquele momento, constituem uma evidência bastante palpável de que nenhum juiz teria chances de ser mais

¹¹ Sobre o problema da inércia, ver 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 XXI, 2014.

bem-sucedido do que o Supremo Tribunal Federal o foi. Ainda que os povos indígenas e quilombolas tenham sido muito afetados pela pandemia de covid-19, o contexto específico do caso sugere a conclusão de que a melhor chance que essas demandas tinham era o Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a ADPF 347, originalmente relatada pelo Min. Marco Aurélio, conta uma história um pouco diferente. Por mais que as condições carcerárias do país sejam nacionalmente ruins, parece haver mais indiferença do que resistência à sua melhoria. Além disso, as unidades prisionais são predominantemente estaduais, geridas, portanto, com peculiaridades locais, por 27 governadores. Se todos os estados são problemáticos, certamente serão problemáticos de diferentes formas. Conduzir nacionalmente um plano para a melhoria de condições prisionais será uma tarefa desafiadora para o Supremo Tribunal Federal. Assim, talvez fosse melhor que o Tribunal enfocasse apenas a atuação da União na questão, deixando para o Judiciário local as demandas relativas aos entes estaduais.

Da mesma forma, a ADPF 976, rel. Min. Alexandre de Moraes, que pretende tratar nacionalmente o litígio relativo às condições da população em situação de rua, provavelmente enfrentará obstáculos ainda maiores, dado que a gestão dessa questão é predominantemente municipal, havendo muito pouco a cargo da União e dos estados. Mesmo que o Supremo Tribunal Federal agora conte com o Núcleo de Processos Estruturais Complexos (NUPEC)¹², tão oportunamente criado pela Res. 790/20, assinada pela então Presidente Rosa Weber, esse problema é de tal forma complexo e variado nos diferentes municípios que o Tribunal provavelmente terá que se esforçar imensamente para fazê-lo avançar.

E o que se indaga é se esse esforço seria necessário, uma vez que o Ministério Público e as Defensorias Públicas locais poderiam, com maior conhecimento das peculiaridades e das dificuldades em endereçar o problema dessa população, propor ações civis públicas mais específicas. Quando se lê a petição inicial da ADPF 976, é difícil encontrar ali razões que indiquem que o tratamento centralizado do litígio e, mais ainda, centralizado no Supremo Tribunal Federal será benéfico para a sua solução.

Em síntese, a regra prática que se poderia extrair dessa análise é: considerando as dificuldades inerentes de uma Suprema Corte e a demanda de causas difíceis com as quais se confronta o Supremo Tribunal Federal, ele deveria dedicar-se a processos

¹² O nome original da unidade era Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (Cadec).

estruturais em que: 1) a causa seja inerentemente vinculada a suas competências, como é o caso de ações originárias por conflitos federativos, questões que dizem respeito ao próprio Poder Judiciário, entre outros; ou 2) quando houver indicativos claros de boas razões para sua atuação, como a demonstrada ou presumível resistência dos *stakeholders* necessários para a solução do conflito; ou 3) se houver necessidade de intervenção centralizada e nacional, que provavelmente não seria eficiente se feita pelas instâncias inferiores.

O que subjaz a esse raciocínio é a necessidade de intervenção de um *power-broker*¹³ mais forte do que a jurisdição ordinária poderia fornecer. Conquanto o processo estrutural preze sempre pelo consenso, quando há resistência, a mobilização dos agentes necessários à reforma sistêmica exige maior autoridade. Fora desses casos, o Supremo Tribunal Federal provavelmente deveria deixar para as instâncias ordinárias o processamento das causas estruturais, em forma de ação civil pública, não de ADPF. O Supremo deve intervir, portanto, porque o perfil de alguns litígios estruturais assim o exige.

4. Quando? Quais casos são propícios para a atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal?

O critério acima delineado explica as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal deve agir estruturalmente. Em palavras simples, porque, em alguns casos, ele será a única alternativa eficiente. Esses casos são ditados pela necessidade de maior autoridade ou pela inevitabilidade de que os casos sejam tratados na Corte. Há possibilidade de aprofundar esse debate indagando quando, exatamente, essas condições provavelmente estarão presentes, isto é, quais espécies – e não mais gêneros – de casos seriam mais apropriados ao processo estrutural na Suprema Corte. A tipologia, aqui, parte dos casos que estão sendo tramitados no Supremo Tribunal Federal e de suas características.

¹³ DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb. 1979.

4.1 Litígios estruturais territorialmente variados

Conforme adiantado no tópico anterior, a ADPF 347 contém indicativos de que não seria um bom caso para a atuação estrutural do Supremo porque o problema das más condições carcerárias é variado nos diferentes estados da Federação. A regra aqui seria que o Supremo não deve se envolver quando o litígio esteja territorialmente dissipado pelo país e haja peculiaridades locais que contraindiquem tratamento uniforme. Nesses casos, a precedência deveria ser para processos igualmente locais¹⁴.

À ADPF 976, relativa à população em situação de rua, são extensíveis essas mesmas ponderações, com ainda maior intensidade. O próprio Tribunal parece ter percebido essa limitação. Embora a decisão da medida cautelar tenha determinado a citação de todos os estados e municípios do país, o relator acabou refluindo nesse aspecto e limitando a integração aos autos apenas às capitais. Já será difícil gerenciar esse processo, com mais de cinquenta réus, em situações materialmente diversas. Seria impossível imaginar um processo com mais de cinco mil réus.

¹⁴ Em realidade, as referências internacionais quanto à intervenção judicial para a melhoria sistêmica de condições carcerárias não são alvissareiras para o destino da ADPF 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, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 8 jul. 2024), nem para uma eventual ação local que pretendesse uma intervenção de magnitude similar. Os Estados Unidos, país que tem perfil territorial e carcerário similar ao do Brasil, embora seja bastante mais rico, não conseguiu solucionar os casos de más condições carcerárias que chegaram ao Judiciário. Desde o fim da década de 1970, com *Hutto v. Finney* (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Hutto v. Finney*: n. 76-1660, June 23, 1978. **U.S. Supreme Court**, v. 437, p. 678. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/678/>. Acesso em: 9 jul. 2024.) e *Costello v. Wainwright* (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Costello v. Wainwright*: n. 76-5920, Mar. 21, 1977. **U.S. Supreme Court**, v. 430, p. 325. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/325/>. Acesso em: 9 jul. 2024), a Suprema Corte vem proferindo decisões de reforma estrutural em prisões, sem alcançar a solução desejável para os problemas enfrentados. Ver SCHLANGER, Margo. *Plata v. Brown and realignment: jails, prisons, courts, and politics*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 48, n. 1, p. 165-215, 2013. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1462&context=articles>. Acesso em: 8 jul. 2024. Para uma análise mais recente dos efeitos das decisões de redução da população carcerária na Califórnia, ver PETERSILIA, Joan; CULLEN, Francis T. *Liberal but not stupid: meeting the promise of downsizing prisons*. **Stanford Journal of Criminal Law and Policy**, v. 2, n. 1, p. 1-43, Apr. 2015. Disponível em: https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/580250/doc/slspubli/Petersilia_Liberal%20But%20Not%20Stupid_2015%20April.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024; PETERSILIA, Joan. *California prison downsizing and its impact on local criminal justice systems*. **Harvard Law & Policy Review**, v. 8, n. 2, p. 327-357, Summer 2014. Disponível em: <https://journals.law.harvard.edu/lpr/wp-content/uploads/sites/89/2014/08/HLP208.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

4.2 Processos estruturais sem metas aferíveis

Outro caso delicado é o da ADPF 973, rel. Min. Luiz Fux, uma ação em que sete partidos políticos, provocados pela Coalizão Negra por Direitos, pedem o reconhecimento do estado de violação sistemática dos direitos fundamentais da população negra do país. Entre as medidas pleiteadas, destaca-se a elaboração e implementação, pela União, com a participação da sociedade civil, de um Plano Nacional de Enfrentamento ao Racismo Institucional e à Política de Morte à População Negra.

A pretensão de tratar o problema do racismo estrutural de forma nacional e sistemática, sem um objetivo muito bem definido, não é propício para atuação estrutural. É fato que há uma situação de violação sistemática a direitos das populações minoritárias no Brasil, mas é igualmente certo que um processo judicial, ainda que conduzido pelo Supremo Tribunal Federal, não será capaz de mudar essa realidade.

Aqui se encontra um ponto importante para a pauta do “quando” atuar estruturalmente: processos amplos demais, com objetivos indefinidos e pouco passíveis de abordagem com uma métrica quantificável tendem a não gerar bons processos estruturais. Eles são propensos a decisões com elevada carga política e emocional, mas com baixa efetividade, precisamente como ocorreu com a medida cautelar da ADPF 347. Esse caso demonstrou o baixo potencial do “estado de coisas inconstitucional” para fomentar transformações sociais concretas. Ainda que diversos livros tenham sido escritos sobre a temática, bem como realizados estudos em nível de mestrado e doutorado, não há evidências de que a vida da população carcerária tenha melhorado desde 2015 e, se melhorou em algum lugar, é pouco provável que tenha sido em razão da decisão.

De modo similar, a ADPF 655 é um bom exemplo de caso no qual o Supremo Tribunal Federal não deveria se envolver e, de fato, não se envolveu. Ela pretendia a declaração de que a regressividade do sistema tributário brasileiro fere a Constituição e a determinação de elaboração de uma reforma tributária, cujo caráter não regressivo seria fiscalizado pelo Tribunal. A reestruturação de toda a legislação tributária não é um objetivo apropriado para um processo estrutural, tanto pela sua amplitude, quanto pelo caráter político das decisões implicadas. A Ministra Cármen Lúcia negou seguimento à ADPF, por ausência de legitimidade ativa. Não houve recurso e o processo foi baixado em 2020.

Em síntese, se não for possível desenhar um objetivo estrutural nacional específico, com metas, indicadores de atingimento dessas metas e cronogramas de implementação, é melhor que o litígio não seja abordado nacionalmente, mas sim em fragmentos. O Supremo Tribunal Federal terá mais sucesso se agir em processos estruturais com propósitos mais específicos e quantificáveis do que em pautas que, conquanto importantes, não podem ser formuladas em termos de objetivos processualmente gerenciáveis.

4.3 Litígios estruturais que permitem tratamento centralizado

Por outro lado, os HCs coletivos dos pais, mães e responsáveis por pessoas menores presas e as ADPFs 709 e 742 são casos com características para indicar a intervenção do Tribunal. No caso dos HCs, porque a principal deficiência identificada é do próprio Poder Judiciário, de modo que essa é uma reforma estrutural predominantemente endógena. No caso das ADPFs, porque a política indigenista e de atendimento à população quilombola é centralizada na Funai (e, presentemente, também no Ministério dos Povos Indígenas) e na Fundação Palmares, respectivamente¹⁵. Logo, uma intervenção centralizada tem mais possibilidades de mobilizar as autoridades necessárias a promover a mudança estrutural.

A experiência das ADPFs indigenistas originou a ADPF 991, proposta pela Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil (APIB), com o objetivo de que fossem adotadas providências em razão de um litígio estrutural relativo à garantia dos direitos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato. De modo geral, a autora narra uma série de ações e omissões da União, que colocam os povos de recente contato em risco de genocídio. Tais questões são atinentes a atrasos nos procedimentos de demarcação, falta de repressão às invasões e mesmo fomento ao ingresso de missionários, garimpeiros, madeireiros e outros ocupantes ilegais que buscam explorar ilicitamente o território ou desrespeitar a autodeterminação dos povos. Mais uma vez, a condição “quando” aqui proposta está suprida: o Supremo Tribunal Federal atua quando há uma questão sensível que é gerida de modo centralizado.

¹⁵ Sobre o tema, ver VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*: Lei 6.001/1973. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, e VITORELLI, Edilson. *Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas*: Lei 12.288/2010 e Decreto 4.887/2003. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

Observe-se que todos os casos acima compartilham uma característica: os litígios envolvem grupos minoritários, quais sejam, presos, população em situação de rua, indígenas e quilombolas. O envolvimento desses grupos é um importante indicador para a atuação do Poder Judiciário, dado o estado de destituição de direitos e de posição política ou social que lhes permita interferir na condução da política majoritária¹⁶. Contudo, intervenção judicial não implica, necessariamente, intervenção do Supremo Tribunal Federal. Nos casos em que as características do litígio são centrífugas¹⁷, os grupos vulneráveis provavelmente estariam mais bem atendidos por ações que deem conta das peculiaridades locais.

4.4 Reformas estruturais endógenas ao Poder Judiciário

Na linha das reformas estruturais endógenas, inauguradas pelos HCs coletivos antes referidos, está também a ADPF 828, rel. Min. Luís Roberto Barroso, na qual foi determinada a criação, em todos os tribunais de justiça e regionais federais do país, de comissões de soluções fundiárias, com o propósito de “mediar conflitos fundiários de natureza coletiva, rurais ou urbanos, de modo a evitar o uso da força pública no cumprimento de mandados de reintegração de posse ou de despejo e (r) estabelecer o diálogo entre as partes. As comissões poderão atuar em qualquer fase do litígio, inclusive antes da instauração do processo judicial ou após o seu trânsito em julgado, para minimizar os efeitos traumáticos das desocupações, notadamente no que diz respeito às pessoas de vulnerabilidade social reconhecida”.

Como se percebe, as comissões atuam justamente no aspecto estrutural do litígio coletivo possessório, que é a busca de uma solução para a realocação das pessoas vulneráveis nele envolvidas. Posteriormente, a criação das comissões foi também definida pela Resolução 510/23 do CNJ. A partir disso, o CNJ passou a desenvolver uma pauta nacional de atuação nos conflitos possessórios, com a formação de uma rede de magistrados responsáveis pelas comissões, que compartilham experiências e informações de maneira informal, em grupos de mensagens, e adotam posturas proativas diante dos casos apresentados.

¹⁶ ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1981; POSNER, Richard. Democracy and distrust revisited. **Virginia Law Review**, v. 77, p. 641-651, 1991. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2890&context=journal_articles. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹⁷ O conceito de litígio irradiado centrífugo foi trabalhado em VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. p. 41-132 e, depois, em VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática, em relação aos litígios estruturais.

Quando as necessidades de reforma estrutural podem ser atendidas por medidas endógenas ao Poder Judiciário, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem grande potencial de efetividade.

4.5 Reformas estruturais e a pauta ambiental

A questão ambiental também foi objeto de algumas ADPFs com pedidos estruturais, mas nem todas elas têm as mesmas características. Em 2020, o partido Rede Sustentabilidade propôs a ADPF 743, com o propósito de questionar a conduta do governo federal, de governos estaduais, do Distrito Federal e dos governos municipais no tratamento da questão ambiental do país, sobretudo no Pantanal e na Amazônia. A pretensão era a declaração de um estado de coisas inconstitucional na gestão ambiental brasileira, em razão de um quadro de “violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas” e de “omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção”. Em conexão com essa ação foram reunidas também as ADPFs 746 e 857, de temática similar¹⁸.

Em março de 2024, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, não reconheceu o estado de coisas inconstitucional e julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar que o governo federal apresente um plano de prevenção e combate

¹⁸ A ADPF 760 (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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=778063881>. Acesso em: 8 jul. 2024) e a ADO 54 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 54/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347447949&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024), relatadas pela Min. Cármen Lúcia, tratam de matéria bastante similar, mas elas não foram reunidas por conexão. Nelas a linha geral de formação da maioria a mesma (Já existe acórdão publicado). No seu voto, a relatora reitera a incapacidade da União de realizar a prevenção dos ilícitos ambientais de forma apropriada. Em consequência disso, determinou que a União, os órgãos e as entidades federais competentes apresentem ao STF, em até 60 dias, um plano específico com medidas a serem adotadas para a retomada de atividades de controle da fiscalização ambiental e combate de crimes no ecossistema, resguardando os direitos dos povos indígenas. O plano deverá conter cronograma com metas, objetivos, prazos, monitoramento, dotação orçamentária e demais informações pertinentes.

O plano também deveria definir metas e indicadores de redução do desmatamento, de forma contínua e progressiva, até que sejam alcançados os parâmetros definidos no Plano Nacional Anual de Proteção Ambiental. Em outra vertente, o plano definirá mecanismos de fortalecimento dos órgãos ambientais federais, tais como o IBAMA, o ICMBio e a Funai. A Ministra ainda aponta, na linha de tema já abordado, a importância da transparência das medidas incluídas no plano, determinando a criação de um site para a exibição mensal de “relatórios objetivos, transparentes, claros e em linguagem de fácil compreensão ao cidadão brasileiro, sempre que possível ilustrados por mapas, gráficos e outras técnicas de comunicação visual, contendo as ações e os resultados das medidas adotadas em cumprimento aos comandos determinados por este Supremo Tribunal Federal”.

aos incêndios no Pantanal e na Amazônia, um plano de recuperação da capacidade operacional do Sistema Nacional de Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais (PREVFOGO) e uma complementação do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento da Amazônia Legal, com a adoção de medidas sugeridas pelo Núcleo de Processos Estruturais da Presidência. Estas incluem o processamento das informações prestadas ao Cadastro Ambiental Rural e a integração dos sistemas de monitoramento do desmatamento, de titularidade da propriedade fundiária e de autorização de supressão de vegetação, ampliando o controle automatizado do desmatamento ilegal e a aplicação de sanções. Foi definido que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, centralizará as atividades de coordenação e supervisão das ações decorrentes do caso¹⁹.

Esse caso ilustra que a intervenção do Supremo Tribunal Federal tende a ser mais efetiva, em matéria ambiental, quando for possível identificar medidas específicas e centralizadas que possam destravar a pauta de reforma estrutural, tais como a liberação de recursos de fundos não efetivamente aplicados, a alocação de rubricas orçamentárias, o fortalecimento de órgãos públicos ambientais federais (conquanto essa meta precise ser apropriadamente ponderada, dado que “fortalecimento” é um termo impreciso) e a criação de mecanismos de transparência e divulgação da informação.

Percebe-se também um diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, tal como ocorreu na ADPF 828. Lá, o Conselho atuou para regulamentar a criação e o funcionamento das comissões de soluções fundiárias, enquanto nesse caso ele atua como delegatário do próprio Supremo Tribunal, para realizar a análise da adequação do plano de preservação ambiental e fiscalizar a sua implementação.

4.6 Quando atuar: síntese de indicadores

A imagem que se extrai dessa análise casuística permite concluir a pauta de quando o Tribunal deve agir estruturalmente da seguinte forma: o Supremo Tribunal Federal terá boas probabilidades de obter resultados sociais significativos quando se envolver em litígios estruturais que, cumulativamente: 1) exijam

¹⁹ 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=778063881>. Acesso em: 8 jul. 2024.

providências de uma ou algumas poucas autoridades centrais, que têm condições de interferir decisivamente sobre os rumos do litígio; 2) houver necessidade de superar resistências anormais a uma pauta socialmente valiosa, por exemplo, porque envolvem grupos minoritários ou vulneráveis ou porque, historicamente, as intervenções jurisdicionais locais já foram tentadas e não foram bem-sucedidas; 3) houver poucas variantes fáticas ou regionais a serem consideradas; e 4) for possível determinar uma quantidade pequena e concreta de metas, indicadores de atingimento dessas metas, cronograma e rol de responsáveis pela sua implementação, de modo a levar a crer que o acompanhamento da execução, após a decisão, possa se desenvolver em tempo razoavelmente reduzido (que, claro, nunca será pequeno, dada a complexidade do litígio) e com baixo grau de litigiosidade.

Se, por oposição às características anteriores, o litígio exija, para sua resolução, providências de muitos agentes locais, em situações empiricamente diversificadas, que ainda não foram tentadas, por exemplo, em ações civis públicas, ou em que as medidas necessárias para endereçar o litígio sejam de tal forma complexas e indefinidas que se torne muito difícil mensurar se e quando o processo deve ser extinto, o caso deveria ser deixado para os juízos locais, em providências pontuais e aderentes às especificidades daquela parcela do litígio.

Em litígios que não envolvam as quatro condições acima, o Supremo Tribunal Federal enfrentará dificuldades para produzir transformações concretas, por melhores que sejam as suas intenções e maiores que sejam os seus esforços. Um exemplo que denota essa questão é a ADPF 635, conduzida de forma estrutural, pelo Min. Fachin. Ela satisfaz as três primeiras condições, mas não satisfaz a quarta. A redução da violência policial nas comunidades do Rio de Janeiro é de complexidade imensurável, envolvendo uma série de variantes fáticas difíceis de diagnosticar, abordar e avaliar os resultados. Mesmo que haja redução da violência, seria necessário manter um acompanhamento de longo prazo, para assegurar que os ganhos não sejam transitórios, em razão de uma mudança no contexto fático.

Alguns eventos do processo ilustram esse diagnóstico. O Supremo Tribunal Federal determinou ao estado do Rio de Janeiro a elaboração, no prazo de noventa dias, de um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contivesse medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão dos recursos necessários para a sua implementação. Determinou também que fosse criado um grupo de trabalho sobre Polícia Cidadã no Observatório de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Justiça. O plano foi elaborado, e editado o Decreto estadual 48.002/2022. No

entanto, os partidos políticos autores, assim como diversos *amici curiae*, opuseram-se à homologação do plano apresentado, o que iniciou o contraditório sobre o seu conteúdo. O Min. Fachin, então, determinou que o estado ouvisse os demais órgãos do sistema de justiça e, após, realizasse audiência pública para discutir o plano.

O contraditório sobre o plano mostrou-se delicado e foram realizadas audiências, no próprio Supremo Tribunal Federal, para permitir o desenvolvimento do debate. Em março de 2023, o caso foi encaminhado para o recém-criado Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos da Presidência do Supremo Tribunal Federal, já mencionado, a fim de que, em conjunto com as partes que indicasse, seguisse com a audiência. Outras entidades foram admitidas como *amici curiae*, ao longo do ano, elevando o total de intervenientes para 33 no início de 2024, sem contar autores, réus, Ministério Público e Defensoria Pública, de modo que essas audiências contemplam, aproximadamente, 40 sujeitos processuais distintos, com posições e prioridades quanto ao tema não inteiramente coincidentes.

Os resultados das várias audiências são ambíguos. De um lado, foram elaborados acordos parciais, que permitiram que se estabelecesse uma pauta para o Plano de Redução de Letalidades. Contudo, o Estado do Rio de Janeiro resistiu à definição de um cronograma para a sua implementação. Também houve diversas controvérsias acerca do conteúdo das metas e dos indicadores que seriam incorporados ao plano.

Além disso, as resistências do estado fizeram com que os avanços concretos decorram mais de decisões do que de consensos. É o caso da instalação de câmeras corporais nas fardas dos policiais, determinada em meados de 2023. Para as questões de mérito do plano, foi definido que seria nomeado perito. É provável que a solução pericial, se ela for efetivamente realizada, também não seja efetiva. A experiência de casos complexos e litigiosos mostra que a solução pericial tende a derivar para uma “guerra de laudos”, retornando para o juiz a tarefa de selecionar, sem ter conhecimento técnico, qual das opiniões científicas pretende adotar²⁰.

O problema dessa ADPF não é nem a falta de técnica de condução, que é exemplar, nem a importância do objeto, que é inegável. O problema está no próprio recorte que a inicial faz do litígio. Violência policial é uma questão controversa,

²⁰Esse problema foi abordado em VITORELLI, Edilson. Da educação científica ao consultor técnico pericial: respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz. *Revista de Processo*, v. 48, n. 339, p. 39-71, maio 2023. Disponível em: https://www.academia.edu/121225095/DA_EDUCA%C3%87%C3%83O_CIENT%C3%8DFICA_AO_CONSULTOR_T%C3%89CNICO_PERICIAL_RESPOSTAS_PR%C3%81TICAS_PARA_O_PROBLEMA_DA_AN%C3%81LISE_DA_PER%C3%8DCIA_PEL_O_JUIZ. Acesso em: 8 jul. 2024.

multifacetada e multifatorial. A letalidade das operações é uma consequência do contexto de violência institucional e criminal, no Rio de Janeiro. Afetar a sua resolução ao Supremo Tribunal Federal tem a vantagem de contribuir para reduzir as resistências do estado à temática, as quais estão evidenciadas até no seu comportamento processual. Mas também tem o defeito de deslocar o conflito para um tribunal que não está à disposição para cuidar apenas desse assunto, que não tem familiaridade ou *expertise* na temática (embora possa, é claro, desenvolvê-la) e que terá dificuldades para lidar com as peculiaridades das questões que desembocam no macroproblema que é a letalidade. Até a localização geográfica do Supremo Tribunal Federal dificulta a condução do processo, com diversos sujeitos participando das audiências por videoconferência²¹.

A definição das metas e dos indicadores para um caso como esse também é difícil. Há algum nível de letalidade que será considerado aceitável? Somar o número de mortes em um período, sem investigar circunstâncias qualitativas da sua ocorrência, seria apropriado? Em que medida os elementos do plano serão, de fato, encampados pelos policiais que estão na linha de frente? Como reagirão ao plano os grupos criminosos? O próprio nível de litigiosidade quanto ao plano apresentado pelo estado, com impugnação por parte do autor e de *amici curiae*, bem como a necessidade de nomeação de perito, denotam que talvez todas essas questões precisariam ser construídas a partir de diagnósticos mais amplos, que não apenas do número de mortes decorrentes de incursões nas comunidades.

A questão é que o Supremo Tribunal Federal talvez não possa se dedicar a esse caso pelo tempo que seria necessário para que todos esses aspectos fossem amadurecidos. O Tribunal, como relatado, decide as questões mais centrais, dada a postura litigante do réu. Em cenários como esse, a literatura prevê que o demandado, quando não puder mais resistir às ordens, tentará encontrar meios de cumprir a decisão apenas formalmente, sem verdadeiro engajamento na solução do litígio²². Também é possível que, com o passar do tempo, outros subgrupos sociais, que estão fora do

²¹ Uma observação estritamente prática: audiências virtuais são inapropriadas para solução de problemas complexos. Elas dificultam os debates paralelos, constringem as manifestações dos partícipes pelo receio de serem gravados e impedem a criação de relações de confiança entre as pessoas encarregadas de representar as instituições. Tendo participado das negociações daquele que é, até agora, o maior acordo judicial da América Latina e o quarto maior do mundo, que é o acordo global de Brumadinho, este autor é testemunha de que as audiências virtuais podem ser apropriadas para expor informações, mas são imprestáveis para permitir negociações de casos complexos, bem como a redação dos textos de acordos que decorram dos entendimentos.

²² MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. *New York University Review of Law and Social Change*, v. 25, n. 4, p. 487-538, 1999. Disponível em: https://socialchangenyu.com/wp-content/uploads/2017/12/Peter-Margulies_RLSC_25.4.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

holofote da demanda estrutural, acabem sendo prejudicados. Mesmo que pareçam positivas, no curto prazo, as decisões podem ocultar em si potencial para causar prejuízos a outras pessoas, inicialmente não consideradas, que ficarão em situação tão ruim quanto aquelas que se beneficiaram com o ajuizamento da ação.

Toda a litigiosidade em torno do plano de redução da letalidade fez com que, até o início de 2024, ele não tivesse sido homologado, e que isso atraísse para o Supremo Tribunal Federal a crítica de ser parte do problema. Em novembro de 2021, o Instituto Fogo Cruzado publicou um texto no Portal Jota intitulado “Morosidade do STF coloca vida de crianças em risco”²³. É evidente, pela simples leitura do andamento processual do caso, que não há morosidade. Pelo contrário, a sucessão de movimentos processuais tem intervalos de poucos dias. O que há é uma grande litigiosidade, cuja única “solução” seria a ampla adoção de decisões impositivas, o que é o contrário do que pretende uma reforma estrutural. No entanto, esse tipo de manifestação denota o revés institucional que pode incidir sobre o Poder Judiciário quando ele se envolve, ainda que com empenho e boa-fé, em um conflito amplo e complexo, que acaba não tendo solução adequada, do ponto de vista da sociedade. O grupo impactado pelo litígio será sempre pouco sensível a nuances e justificativas, ainda que válidas. A ele interessa apenas o resultado.

Essa análise não deve ser lida como uma crítica à ADPF 635, nem à sua condução. Ela é apenas uma ponderação em relação à pergunta “quando?”. Quando a questão social enfocada pela ação envolve providências multifacetadas, a cargo de diversos atores públicos e privados, com perspectiva de necessidade de acompanhamento por muitos anos e com dificuldade de definição de objetivos claros e aferíveis, a intervenção jurisdicional terá pouco potencial para acarretar resultados sociais significativos e, acima de tudo, duradouros. Há avanços produzidos pela ADPF 635, em termos de diagnósticos e de articulação social em torno do problema. Porém, embora tenha havido redução da letalidade nos últimos anos²⁴, é difícil afirmar se ela pode ser atribuída à existência da ação.

²³ ADPF 635: morosidade do STF coloca vida de crianças em risco. Jota, São Paulo, 22 de nov. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adpf-635-morosidade-do-stf-coloca-vida-de-criancas-em-risco-22112021?non-beta=1>. Acesso em: 18 mar. 2024.

²⁴ Segundo o Instituto de Segurança Pública, a letalidade do ano de 2023 foi a menor da série história, iniciada em 1991, representando redução de 5% em relação ao ano anterior. Ver: RIO DE JANEIRO (Estado). Instituto de Segurança Pública. **ISP Instituto de Segurança Pública**, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://www.isp.rj.gov.br/node/735#:~:text=Principais%20indicadores%3A,da%20s%C3%A9rie%20hist%C3%B3rica%2C%20em%201991>. Acesso em: 18 mar. 2024.

5. Como? Quais as técnicas processuais adequadas para a condução de ações estruturais no Supremo Tribunal Federal?

5.1 Institucionalização do processo estrutural

O Supremo Tribunal Federal avançou de modo expressivo, em pouco tempo, na condução das ADPFs com técnicas estruturais. O mais notório fruto desse avanço é a implementação, por intermédio da Resolução 790/22, no âmbito da presidência, do Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC), atualmente denominado Núcleo de Processos Estruturais Complexos (NUPEC). A criação do núcleo permite o recrutamento de pessoas especializadas e o desenvolvimento de uma memória institucional que possa auxiliar se houver mudança de relatoria e servir de repositório de boas práticas, a serem aplicadas em casos distintos. Em março de 2024, o NUPEC contava com quatro especialistas – três com título de doutor e uma doutoranda – e monitorava três ADPFs: 635, antes referida, de relatoria do Min. Fachin, e duas relatadas pelo Min. Barroso, de números 347 (caso dos presídios) e 709 (caso da saúde indígena).

Órgãos desse tipo também podem prover diversos apoios ao magistrado condutor do feito, tais como contribuir para a organização das audiências, conduzir sessões extrajudiciais (sem a presença do juiz) de avanço das discussões, elaborar e implementar medidas de transparência da informação, organizar providências de diálogo com os subgrupos impactados ou com especialistas, realizar inspeções locais, quando essa medida for adequada, entre outras.

Nessa mesma linha de providências, diversos outros tribunais nacionais criaram órgãos para o apoio institucional aos processos estruturais. O Tribunal Regional Federal da 6ª Região, por exemplo, conta com uma Coordenadoria Adjunta de Demandas Estruturais e Projetos Especiais, e a 4ª Região tem uma comissão com o mesmo propósito. Essas iniciativas agregam-se à nova concepção de inércia jurisdicional, implementada pela Resolução 349/2020, do Conselho Nacional de Justiça, que criou o Centro Nacional de Inteligência e regulamentou os Centros Locais de Inteligência em todos os tribunais do país. Se antes o Judiciário era prisioneiro da demanda que se apresentava processo a processo, agora ele se impõe o desafio de pensar, de modo agregado e estratégico, os conflitos que originam esses processos.

5.2 Cooperação judiciária nacional em rede

Talvez o mais interessante horizonte, em termos de técnica processual, que pode ser particularmente bem explorado pelo Supremo Tribunal Federal, dada a sua posição central no sistema de justiça, é a cooperação judiciária, na forma dos arts. 67-69 do CPC e da Resolução 350/2020, do CNJ. Se o Supremo decidir, de fato, investir-se de atuação que tenha reflexos em todo o território nacional, não há necessidade de que ele se envolva, pessoalmente, em toda a implementação. Essas atividades podem ser delegadas aos tribunais e juízos locais, por cooperação, encarregando-se o STF apenas do macro-gerenciamiento do caso.

Essa é uma possibilidade, por exemplo, para a ADPF 976, relativa à população em situação de rua. Como essa intervenção depende de todos os entes federados e, particularmente, dos municípios, o Supremo Tribunal Federal poderia encarregar-se apenas da União e da coordenação geral de um plano nacional, delegando aos tribunais de justiça a tarefa de lidar com os estados e municípios. Os tribunais, por sua vez, também poderiam subdelegar essa atividade aos juízos de primeiro grau, quando as peculiaridades locais assim o indicarem. Por exemplo, caso se trate de um estado com muitos municípios ou com localidades com distintos problemas, nem mesmo o tribunal de justiça poderá ser o foro mais apropriado para lidar com tantas questões.

Essa estratégia, se aplicada à ADPF 976, permitiria a construção de uma cooperação judiciária em rede, mantendo no Supremo Tribunal Federal a visão macro e nacional da questão e deixando para os tribunais locais, que estão mais próximos da realidade, a tarefa de coordenar a negociação e a implementação de planos estaduais e municipais. Quando visto sob a ótica dessa técnica processual, o Supremo Tribunal estaria em uma posição sistêmica propícia para a implementação de uma rede nacional de reestruturação das políticas relativas à população em situação de rua. O que não parece viável é que ele cuide dos detalhes e das peculiaridades de cada local²⁵.

²⁵ Sobre cooperação, ver BAPTISTA FILHO, Sílvio Neves. **Atos concertados e a centralização de processos repetitivos**. Londrina: Thoth, 2023. Debati a ideia exposta no texto com o autor, a quem agradeço. Ver também RIBEIRO, Moacir. **Cooperação judiciária nacional: o(s) dever(es) de engajamento e a relação jurídica processual entre juízos**. Londrina: Thoth, 2022. Em geral, ver DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Cooperação judiciária nacional**. Salvador: JusPODIVM, 2021; CAMPOS, Maria Gabriela. **O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional**. Salvador: JusPODIVM, 2020; FERREIRA, Gabriela Macedo. **Ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o direito brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2023.

5.3 Cooperação interinstitucional e ampliação do diálogo com entidades públicas e privadas

A realização de atividades de cooperação pode envolver também entidades públicas e privadas na produção de informações e no monitoramento das medidas estruturais. Como o litígio estrutural é, por natureza, mutável, as atividades de diagnóstico e de implementação usualmente se sobrepõem, sendo necessário produzir dados para se saber o que fazer, verificar o impacto real das medidas adotadas e, posteriormente, reorientar aquilo que se fez. Como o conflito incide sobre diversos subgrupos sociais, entidades não jurisdicionais e não estatais podem deter conhecimentos relevantes que não são trazidos aos autos pelas partes. Na ADPF 635, por exemplo, diversas informações úteis aos debates foram produzidas por entidades da sociedade civil.

A cooperação também pode derivar de instâncias de assessoramento do Judiciário, como salas de situação ou comitês de monitoramento com composição plural, incluindo partícipes da sociedade civil, órgãos técnicos e pessoas com elevado conhecimento na temática. Essa estratégia foi utilizada na ADPF 709, assim como na ação relativa à despoluição da Lagoa da Conceição, que tramita na Justiça Federal de Santa Catarina. É importante que esses órgãos sejam desenhados de forma cuidadosa, com funções, partícipes e responsabilidades bem definidas, para que possam contribuir eficientemente para o resultado do processo²⁶.

Nessa linha de providências, no tema 1.234, o Min. Gilmar Mendes determinou a implementação de uma “Comissão Especial” para funcionar como técnica autocompositiva interinstitucional, conduzida por juízes auxiliares do gabinete e por um médico, para discutir o litígio relativo à judicialização da saúde pública. De acordo com o Ministro, o papel desse método seria “deflagrar processo de diálogo interfederativo e colaborativo com a sociedade, que propicie a construção de solução autocompositiva para a questão do fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, de modo a aprofundar o conceito constitucional de solidariedade e municiar a Federação dos mecanismos, protocolos e fluxogramas necessários para assegurar o acesso efetivo da população a direito fundamental, sem desequilíbrio

²⁶ Para uma crítica ao funcionamento da sala de situação da ADPF 709, ver 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, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/VXrsPwRRbwVgWV8WhxfhV5N/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

financeiro e desprogramação orçamentaria”²⁷. Após seis audiências de conciliação, com atores públicos e privados variados, foi firmado um pré-acordo entre as partes e criou-se uma subcomissão de tecnologia da informação. Tanto a ampliação do diálogo interinstitucional quanto o modo de desenvolvimento das audiências relevam preocupação com o caráter estrutural da controvérsia²⁸.

Outra possibilidade é a cooperação com os tribunais de contas e órgãos de controladoria para a fiscalização das medidas de implementação. Primeiro, porque, não raro, há aspectos da violação estrutural que também são da competência desses órgãos, como as questões de inadequada alocação orçamentária. Segundo, porque o método de trabalho por eles utilizado é compatível com o processo estrutural. Diversos tribunais de contas realizam auditorias operacionais, definidas²⁹ como um exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência e efetividade (eficácia), contribuindo para o seu aperfeiçoamento nesses aspectos. A auditoria operacional procura fornecer novas informações, análises ou percepções e, quando apropriado, recomendações para melhoria, contribuindo também para a boa governança, *accountability* e transparência. Feitas as recomendações, a sua implementação é acompanhada pelo Tribunal, que pode, inclusive, reeditá-las para que se acomodem às mudanças já promovidas pelo gestor.³⁰ Como se percebe, o conceito de auditoria operacional se relaciona sensivelmente com o de processo estrutural.

De modo similar, tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública poderiam colaborar com as providências de monitoramento, as quais, é bom lembrar, servem também para fornecer insumos para uma revisão do plano. Em alguns casos, o monitoramento poderia ser auxiliado, ainda, por peritos nomeados, nos moldes da

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361330313&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

²⁸ O caso segue em andamento, com reuniões agendadas para abril e maio de 2024.

²⁹ Essa definição está na Norma Internacional para Auditoria Operacional ISSAI 3000, emitida pela Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores, INTOSAI, (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. **ISSAI 300**: princípios fundamentais de auditoria operacional. Viena, AT: INTOSAI, 2012. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/22/04/0B/3A/C1DEF610F5680BF6F18818A8/ISSAI_300_principios_fundamentais_auditoria_operacional.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024).

³⁰ SOUZA, Adrienne Mônica de Oliveira. **Auditorias operacionais**: controle substancial da gestão pública pelos Tribunais de Contas. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10779/1/Adrienne.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

experiência norte-americana nos *special masters*³¹. O Min. Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* coletivo 165.704, em decisão de 13 de junho de 2022, designou Maria Tereza Uille Gomes como “consultora externa da Corte”, para auxiliar no desenvolvimento de metodologias de análise quantitativa e na definição de indicadores estatísticos que permitam o monitoramento do cumprimento da decisão.

O Supremo Tribunal Federal tem buscado a cooperação do Conselho Nacional de Justiça em diversas atuações de monitoramento e implementação. Na ADPF 828, em que a reforma estrutural era do próprio Judiciário, a decisão do Min. Barroso foi encampada pela Resolução 510/2023, que regulamentou o funcionamento e a operação das comissões de soluções fundiárias. Nas ADPFs 347 e 635, a análise dos planos relativos a atividades de segurança pública também conta com a colaboração do Conselho. Nas ADPFs ambientais, o monitoramento do plano será feito pelo Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário do Conselho. De modo geral, essa é uma boa estratégia, uma vez que o CNJ, por sua natureza administrativa, tem mais flexibilidade para praticar atos necessários ao bom desenvolvimento do plano, tais como reuniões técnicas, do que o próprio Supremo Tribunal Federal, que age processualmente. Por outro lado, a composição do CNJ se altera a cada dois anos e isso pode acarretar descontinuidade e mudanças de rumo de suas iniciativas, que afetariam o processo estrutural.

5.4 Cooperação por *expertise*: os magistrados consultores

Outra possibilidade interessante para ser cogitada, em termos de cooperação, para atuação em casos que envolvem especificidades locais ou variação entre localidades, é a cooperação de magistrados consultores, introduzida pela Resolução CNJ nº 499/2023, que alterou a Resolução CNJ nº 350/2020³².

³¹ Ver FREILICH, Robert H. The use of a special master in complex environmental litigation. *The Urban Lawyer*, v. 29, n. 1, p. 1-12, Winter 1997; FEINBERG, Kenneth R. Creative use of ADR: the court-appointed special settlement master. *Albany Law Review*, v. 59, n. 3, p. 881-893, 1996. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/albany59&div=31&g_sent=1&casa_token=&collection=journals. Acesso em: 8 jul. 2024; BUCKHOLZ, Robert E. *et al.* The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 828, May 1978; ARONOW, Geoffrey F. The special master in school desegregation cases: the evolution of roles in the reformation of public institutions through litigation. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 7, p. 739-775, Spring 1980. Disponível em: https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1188&context=hastings_constitutional_law_quaterly. Acesso em: 8 jul. 2024; BERGER, Curtis J. Away from the court house and into the field: the odyssey of a special master. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 4, p. 707-738, May 1978; LA PIERRE, D. Bruce. Voluntary interdistrict school desegregation in St. Louis: the special master's tale. *Wisconsin Law Review*, p. 971-1040, 1987. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/wlr1987&id=984&men_tab=srchresults. Acesso em: 8 jul. 2024.

³² A figura do magistrado consultor foi adotada, de forma pioneira, antes da Resolução 499/2023 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 499, de 10 de maio de 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj>.

Uma característica marcante da atuação judicial é o isolamento. Juízes exercem suas funções em órgãos distintos e espera-se que eles sejam, com cooperação com as partes, os protagonistas de todas as soluções para os seus processos, independentemente da sua formação, histórico de carreira, entre outros. Mesmo nos colegiados, a dinâmica *seriatim* de votação faz com que haja pouco debate efetivo e pouca construção compartilhada de conhecimento.

O problema desse modelo é que os juízes são presumidos como igualmente competentes em todos os assuntos, o que não é verdade. Até aqui, a única solução para essas situações era a “conversa de corredor”, ou seja, a troca informal de ideias entre juízes, que poderia, quem sabe, auxiliar aquele que atua em um caso complexo, com o qual tem pouca familiaridade.

A nova figura do magistrado consultor permite institucionalizar essa cooperação, autorizando que outro juiz, com maior conhecimento sobre o tema, participe formalmente do processo e desempenhe competências, a critério do consulente (art. 6º, XXI, da Res. 350/2020, do CNJ). Assim, o Supremo Tribunal Federal poderia ter magistrados que conheçam as realidades locais, auxiliando-o formalmente na condução dos casos territorialmente dispersos ou que dependam de conhecimento dessas realidades da realidade local. Os casos da população em situação de rua e todos os relacionados aos povos indígenas exemplificam, respectivamente, essas duas situações.

A figura do magistrado consultor rompe com o dogma do isolamento dos juízes e permite que, agora de modo formal, se peça e obtenha ajuda para atuar mais adequadamente em casos que demandem *expertise* específica.

5.5 Adequada definição do plano de reestruturação

Outra técnica processual fundamental para ser estabelecida em uma atuação estrutural é a boa definição do plano de reestruturação. Plano não é uma palavra mágica. Ele só funcionará se tiver metas bem definidas, indicadores passíveis de

jus.br/files/original144942202305296474bb8622886.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024), no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. O primeiro Termo de Cooperação firmado após a resolução 499/2023 foi celebrado entre o Tribunal de Justiça de Pernambuco e o Tribunal Regional Federal da 6ª Região, em 19 de junho de 2023. Sua finalidade era a de que este autor colaborasse, na condição de consultor, com a condução de nove ações civis públicas relativas à ocupação de áreas de encostas no município de Olinda, em andamento nas duas varas de fazenda pública daquela comarca. A cooperação envolveu as juízas de ambas as varas, o magistrado consultor e o núcleo de cooperação do TJPE. O caso vem se desenvolvendo desde então, com a participação de todos os magistrados nas audiências e com o debate, entre eles, dos possíveis encaminhamentos. A iniciativa de propor essa cooperação partiu do desembargador Sílvio Baptista Filho, do TJPE.

aferição e responsáveis claros por todas as atividades que forem necessárias ao seu desenvolvimento. Se as metas forem indefinidas ou os indicadores não forem apropriados à medição das metas – usualmente, porque um ou outro, ou ambos, é genérico demais –, haverá, primeiro, uma tendência à litigiosidade, porque as partes não concordarão se as metas foram ou não cumpridas; e, segundo, a possibilidade de que o caso seja encerrado com resultados apenas aparentes, mas inefetivos. Isso desperdiçaria todo o esforço. No que tange aos sujeitos, como os litígios estruturais tendem a depender de muitos atores, a falta de clareza na atribuição de responsabilidades permitirá que surjam situações de descumprimentos amorfos a anônimos, que impedirão o progresso do caso.

Fernando Menegat utiliza a expressão “controle deferencial incremental” para denotar esse cenário em que o controle opera em graus de deferência, que dependem das características da situação material litigiosa e dos direitos em jogo, mas também do nível de cooperação do réu, responsável pela política pública, com os objetivos definidos no processo. Inicialmente, é apropriado que a elaboração do plano e as medidas necessárias para o alcance das metas sejam deixados a cargo do administrador. “Apenas após sua comprovada incapacidade, inabilidade ou recalcitrância e resistência injustificada é que deve o magistrado, gradativamente, aumentar a intensidade da sua atuação”³³. Esse parâmetro parece um bom indicador metodológico para processos estruturais.

É claro que isso, como quase tudo em processos estruturais, é mais fácil de explicar do que de fazer. A intensa litigiosidade sobre o plano de redução da letalidade que a ADPF 635 pretende construir bem o demonstra. Nessas situações, a solução pode ser a cisão do plano, para permitir o início da implementação de medidas mais incontroversas, deixando questões de maior complexidade para o futuro. Metas procedimentais, como a definição de protocolos de atuação, o incremento de orçamento, equipamentos ou pessoal, tendem a ser mais consensuais do que metas finalísticas, que envolvem indicadores de resultados. Em alguns casos, pode ser interessante construir um acordo parcial sobre as metas procedimentais e deixar as metas finalísticas para um momento futuro, de revisão do plano.

De modo simples, é importante manter em mente o seguinte esquema: 1) definir o que há de consensos entre as partes e, desde logo, celebrar acordos sobre eles; 2) delimitar quais são os dissensos e desenvolver estratégias quanto ao que pode ser

³³ MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**: técnicas processuais para o controle de casos complexos envolvendo a administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 311.

endereçado por meio de negociação e, 3) delimitar os dissensos para os quais as partes entendem que não há possibilidade de negociação e encaminhá-los para que sejam tomadas decisões, ainda que de natureza provisória.

Esse ponto enseja a lembrança de que o plano de reforma estrutural não é necessariamente um documento, mas pode ser um conjunto de acordos e decisões parciais, que vão gradualmente se superando e se sobrepondo, em atenção ao caráter cíclico inerente a esses casos. Logo, pode ser que nem todas as metas estejam claras em um primeiro momento, ou que não sejam factíveis, por falta de acordo. Deixar margem de definição para o futuro pode superar esses impasses.

5.6 Decisões provisórias e parciais de mérito

No aspecto das decisões, cabe lembrar que o processo estrutural, diferentemente do processo civil tradicional, não é orientado para uma decisão de mérito total, mas sim para a produção do maior horizonte possível de consenso, com decisões parciais e mutáveis. A boa utilização da tutela provisória, associada às decisões parciais de mérito (art. 356, CPC) permite criar, pelo menos parcialmente, aquilo que os autores norte-americanos chamam de “retenção de jurisdição”, que é a possibilidade de que os juízes deixem para a fase de execução a deliberação sobre determinados pontos da controvérsia. Assim, na experiência norte-americana em processos estruturais, a decisão judicial, na fase de conhecimento, se limita a reconhecer a ilegalidade da situação e, quando muito, a fixar metas para sua solução. Fora isso, mesmo após a sentença ou o acordo, “no mínimo, em vez de encerrar o caso, os juízes comumente retêm jurisdição, para supervisionar a implementação de suas decisões e fazer as necessárias modificações ou esclarecimentos, à medida que os problemas surgem”.³⁴

Tudo isso permite que se estabeleça aquilo que Sérgio Arenhart, tendo como base o trabalho de Owen Fiss, denominou de “decisões em cascata”.³⁵ Na verdade, apenas em termos de figura de linguagem, a dinâmica do processo estrutural é mais

³⁴ LOTTMAN, Michael S. Paper victories and hard realities. In: BRADLEY, Valerie; CLARKE, Gary (ed.). **Paper victories and hard realities**: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled: selected paper on the Supreme Court decision, O'Connor v. Donaldson. Washington: Health Policy Center of Georgetown University, c1976. p. 94.

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

parecida com uma espiral de decisões do que com uma cascata. É que não há apenas avanços, com a incorporação de temas novos, mas também revisões de decisões já tomadas, para incrementá-las ou corrigir os rumos, na hipótese de se mostrarem equivocadas ou insuficientes. Isso exige que se pense em decisões parciais de mérito nas quais fique expressamente consignada uma cláusula *rebus sic standibus*, ressaltando a possibilidade de que seu teor seja revisto, caso as evidências que surjam no desenvolvimento do processo, com o avanço do diagnóstico, demonstrem o seu equívoco.

A ideia, portanto, é de progressão na resolução do litígio, mas de progressão não necessariamente linear, respeitando-se a necessidade de eventuais passos atrás, antes de seguir adiante. É recomendável que essa restrição da estabilidade da decisão esteja consignada em seu próprio teor, de modo a que não haja surpresa das partes com a sua revisão subsequente³⁶. Como afirma Arenhart, em trabalho mais recente, em coautoria com Gustavo Osna e Marco Félix Jobim, caberá ao magistrado “reexaminar o contexto e repensar o conteúdo do primeiro julgamento”³⁷.

A título de exemplo, em junho de 2021, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, referendou uma segunda medida cautelar de caráter estrutural, concedida pelo Min. Barroso na ADPF 709, “*inaudita altera pars*, para determinar à União a adoção imediata de todas as medidas necessárias à proteção da vida, da saúde e da segurança das populações indígenas que habitam as TIs Yanomami e Munduruku, diante da ameaça de ataques violentos e da presença de invasores, devendo destacar todo o efetivo necessário a tal fim e permanecer no local enquanto presente tal risco”. A ordem, nesse caso, estabelece uma série de condicionantes à atuação da União nas terras indígenas, que não estavam contidas na primeira decisão tomada no caso, que determinara o desenvolvimento de um plano de proteção dos povos indígenas contra a pandemia de covid-19. Claramente, essa segunda decisão apropria-se da experiência e do conhecimento que o relator tinha acumulado até ali, na tramitação da ADPF.

Na primeira decisão, a autonomia da União na elaboração do plano de intervenção estrutural era bastante ampla. Nessa segunda, os problemas da implementação realimentam a cognição e impõem a delimitação mais concreta das atividades. Percebe-se, com isso, a revisitação e o aprofundamento da cognição,

³⁶ Essa proposta de níveis distintos de estabilidade das decisões judiciais se alinha com a proposta de CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. *Curso de processo estrutural*. p. 245.

realizando a lógica de espiral aqui defendida. O Ministro determina, por exemplo, que “está vedada à União a atribuição de qualquer publicidade às suas ações, devendo abster-se de divulgar datas e outros elementos, que, ainda que genéricos, possam comprometer o sigilo da operação, de modo assegurar sua efetividade; [...] a União deverá entrar em contato com o representante da PGR, conforme orientado nos aludidos autos, para acompanhamento da operação, assegurada a cadeia de custódia da informação”. O acompanhamento do desenvolvimento do plano capacita o magistrado para requalificar as suas decisões anteriores, fazendo-as mais aderentes às necessidades do direito material e reduzindo as esferas de conflito que derivam da própria implementação do plano.

A decisão parcial de mérito também pode servir como um estímulo para que haja consenso sobre os demais pontos, ainda não decididos. Ela altera o equilíbrio de expectativas das partes, deixando mais claros os riscos a que cada um se submete. Assim, por exemplo, enquanto a decisão de mérito é cumprida, as partes podem acordar a suspensão da instrução dos demais pontos, ainda pendentes, a fim de que, quanto a estes, celebrem um acordo.

Outra contribuição que a decisão parcial de mérito e sua executividade imediata podem trazer para o processo estrutural decorre da produção de relatórios de implementação. Na medida em que o réu relata o modo como vem agindo para cumprir a parte já eficaz da decisão, ele também produz informação que pode ser utilizada para decidir aquelas questões que ainda estão em fase de instrução. Como percebeu o juízo responsável pelo caso do desastre de Mariana, em decisão de 22 de abril de 2022, “novos conflitos decorrentes do dano originário surgem a cada dia”. Logo, esses relatórios devem ser detalhados e precisos, além de incluir justificativas para as metas que não foram cumpridas, efeitos colaterais do cumprimento, inclusive novos conflitos verificados, descrição dos valores gastos e o cronograma de cumprimento final da decisão, atualizado a cada passo. Todo esse material constituirá parte do arcabouço probatório e argumentativo, que será utilizado para as decisões subsequentes.

Como se nota, a conjugação criativa de técnicas processuais tradicionais, já reguladas pelo CPC para serem aplicadas até mesmo no processo individual, pode permitir que a implementação de medidas estruturantes ocorra em conjunto com a instrução. Isso permite que o juiz mescle atividades de conhecimento e execução, implemente ao mesmo tempo que decide e decida a partir dos *feedbacks* colhidos na atividade de implementação.

Rompe-se, com isso, a flecha da preclusão processual, que aponta inexoravelmente do passado para o futuro, para transformá-la em uma espiral, na qual conhecimento, decisão e implementação se posicionam em uma circularidade que se aprofunda gradualmente, no caminho para a solução do litígio.

5.7 Subdivisão do processo em eixos de atuação

Ainda na linha de organização da complexidade e conflituosidade do litígio, para que possa ser mais bem apreendida pelo processo, o gerenciamento do caso pode ser auxiliado pela sua subdivisão em linhas de atuação. Na ADPF 742, o Min. Fachin optou por dividir o processo em quatro petições (PETs), para tratar, de modo mais específico, de algumas facetas do conflito. São elas PET 9.696, referente ao plano de vacinação; PET 9.697, referente a questões sanitárias; PET 9.698: relativa à proteção territorial; e PET 9.700, relativa à segurança alimentar e ao fornecimento de água potável. De modo similar, o cumprimento de sentença instaurado no caso do desastre de Mariana foi dividido em processos desmembrados, denominados “eixos prioritários”. O propósito é o de não permitir que a discussão de um tema acabe obscurecendo ou mesmo inviabilizando outro.

A subdivisão do caso em eixos de atuação contribui para a organização do processo e das atividades participativas, evitando desde problemas burocráticos, como que todos os sujeitos processuais sejam convidados a participar de audiências que não são pertinentes a suas atividades, até o bloqueio da discussão de um tema em razão da intensa litigiosidade sobre outro. Permite também, no caso da atuação do Supremo Tribunal Federal, que haja delegação para magistrados distintos, organizando melhor o trabalho daqueles que colaboram com o ministro relator.

5.8 Estratégia de encerramento do processo

A última técnica processual a ser abordada tem caráter atitudinal: é preciso aceitar que o processo terá fim e que resultados ideais não são alcançáveis. O próprio uso da expressão “estado ideal de coisas”³⁸ não é saudável no contexto dos processos estruturais. O propósito do processo estrutural é obter melhorias incrementais do objeto (política, empresa, instituição etc.) sobre o qual ele se debruça. Essa melhoria

³⁸ Utilizando a expressão, DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. p. 45-81.

poderá ser maior ou menor, dependendo das circunstâncias de cada caso. É o avanço das medidas de implementação que indicará o limite da reforma. Se, ao final do processo, a realidade é melhor do que antes, ainda que não seja “ideal”, a intervenção terá sido bem-sucedida.

Processos estruturais precisam acabar. Por mais angustiante que seja a sensação de que a realidade não se ajusta àquelas expectativas que foram desenhadas no início da intervenção, em algum momento é preciso que a estrutura volte a operar por si mesma. Desenhar metas factíveis e indicadores confiáveis é parte importante dessa solução, mas também há uma questão atitudinal de aceitar que os resultados podem ser inferiores aos desejados. Isso não é fácil, sobretudo quando o caso é conduzido pelo Supremo Tribunal Federal, dada a visibilidade e a autoridade da Corte. Mas é um exercício necessário.

Além disso, é preciso evitar a tentação de permitir que o processo estrutural derive para objetivos paralelos e comece a dedicar-se a questões inicialmente não abarcadas no diagnóstico do litígio. É claro que será comum que a própria percepção do litígio se modifique, na medida em que dados sejam produzidos. Como dizem James March e Johan Olsen, em políticas públicas, a solução é uma resposta procurando ativamente por uma pergunta.³⁹ Por isso, os autores defendem que contextos complexos precisam ser encarados por intermédio de um modelo “lata de lixo”, o qual afirma que todos os elementos relativos a uma escolha são correntes independentes e exógenas, que fluem através de um sistema. Os problemas e as soluções se formam de modo totalmente autônomo. “Apesar do ditado de que você não pode encontrar uma resposta até formular a pergunta certa, na verdade você não sabe qual é a pergunta de política pública até que você saiba a resposta”.⁴⁰

No entanto, é preciso encontrar a diferença entre recolocar a pergunta inicial e passar a fazer outra pergunta. Há um paralelo prático ilustrativo. Há anos, membros do Ministério Público conduziam inquéritos civis materialmente estruturais de forma intuitiva, sem utilizar essa denominação ou sem conhecer a teoria. Muitas vezes, esses inquéritos ganhavam a forma de procedimentos que “acompanhavam” determinada política pública. Com isso, eles se prolongavam, por vezes, mais de uma década, dado que iam mudando de objeto na medida em que a situação concreta se alterava. Um inquérito instaurado para acompanhar a saúde indígena em uma

³⁹ MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*. New York: The Free Press, c1989. p. 12-13.

⁴⁰ MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. *Rediscovering institutions: the organizational basis of politics*. p. 13.

localidade, por exemplo, começava tratando de falta de medicamentos, passava a cuidar de saneamento, depois de alguma epidemia circunstancial, de falta de profissionais da saúde etc. Como a saúde é um problema constante, esse inquérito tende a nunca acabar.

No final da primeira década dos anos 2000, essa conduta passou a ser desestimulada pelo Conselho Nacional do Ministério Público e pelas corregedorias locais. Inquéritos civis precisam ter objetos definidos e perspectivas finitas. Se for necessário, instaura-se outro inquérito, posteriormente, com outro objeto.

Com muito mais razão, não se devem permitir processos estruturais com objetos amplos, pouco determinados ou que mudem com o tempo, à luz de novos acontecimentos. É melhor encerrar um processo estrutural, aferir os seus resultados e, se for o caso, iniciar outro, com enfoque diverso, do que permitir que ele se transforme em uma busca infinita de objetivos cada vez mais ousados ou variados.

Nesse ponto, a ADPF 991, relatada pelo Min. Fachin, é um exemplo de condução estrutural focada, com metas e indicadores potencialmente aferíveis. A decisão determinou que a União apresente um plano para a regularização e a proteção das terras indígenas com presença de povos indígenas isolados e de recente contato, dotando as unidades locais da FUNAI de pessoal e recursos financeiros suficientes para o desempenho mínimo de suas funções. Ela investe em transparência da informação e monitoramento pelo Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão do CNJ, reduzindo a sobrecarga do Supremo Tribunal.

Nesse sentido, a ação atende às premissas de uma intervenção virtuosa do Supremo Tribunal Federal, eis que enfoca uma iniciativa relacionada a um objetivo constitucional evidente, que é a proteção dos povos indígenas, mas de pouca efetividade. A decisão estabelece obrigações apenas para a União, facilitando a fiscalização da implementação das medidas estruturais, e os seus objetivos são muito claros: não se pretende resolver todos os problemas dos povos indígenas, nem mesmo dos povos isolados. O que se pretende é apenas assegurar, de modo efetivo e duradouro, “a forma isolada de viver como declaração da livre autodeterminação dos povos indígenas isolados”. Essa ação não apenas tem potencial para ter bons resultados, como também tem potencial para ter fim.

Concretamente, há duas estratégias para encerrar uma intervenção estrutural, que podem ser utilizadas separadamente ou combinadas: a) a definição de indicadores que, uma vez alcançados, sinalizarão o encerramento da intervenção; e b) a definição de um prazo de monitoramento e intervenção, findo o qual o processo será encerrado, independentemente da situação dos indicadores. A primeira técnica encara o processo como um empreendimento pautado pelo resultado; e a segunda, pelos melhores esforços. Ambas podem ser apropriadas, a depender das circunstâncias, e refletem a necessidade de imprimir finitude ao processo estrutural.

6. Conclusão

Este artigo pretendeu discutir uma pauta de processos estruturais a cargo do Supremo Tribunal Federal. Recordando a advertência inicial, de que não se pretende aqui propor soluções simplistas, como quem está na plateia e não na arena, o exame cuidadoso dos casos até aqui processados indica o seguinte caminho:

1. Por quê? O Supremo deve intervir porque o perfil de alguns litígios estruturais assim o exige. Isso se dá em situações em que: 1) a causa seja inerentemente vinculada a suas competências, como é o caso de ações originárias por conflitos federativos, questões que dizem respeito ao próprio Poder Judiciário, entre outros; ou 2) quando houver indicativos claros de boas razões para sua atuação, como a demonstrada ou presumível resistência dos *stakeholders* necessários para a solução do conflito; ou 3) se houver necessidade de intervenção centralizada e nacional, que provavelmente não seria eficiente se feita pelas instâncias inferiores. Porque, em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal será a única alternativa eficiente para a solução do litígio.

2. Quando? o Supremo Tribunal Federal terá boas probabilidades de obter resultados sociais significativos quando se envolver em litígios estruturais que, cumulativamente: 1) exijam providências de uma, ou algumas poucas autoridades centrais, que têm condições de interferir decisivamente sobre os rumos do litígio; 2) houver necessidade de superar resistências anormais a uma pauta socialmente valiosa, por exemplo, porque envolvem grupos minoritários ou vulneráveis ou porque, historicamente, as intervenções jurisdicionais locais já foram tentadas e não foram bem-sucedidas; 3) houver poucas variantes fáticas ou regionais a serem consideradas; e 4) for possível determinar uma quantidade pequena e concreta de metas, indicadores de atingimento dessas metas, cronograma e rol de responsáveis pela sua implementação, de modo a levar a crer que o acompanhamento da execução, após a decisão, possa se

desenvolver em tempo razoavelmente reduzido (que, claro, nunca será pequeno, dada a complexidade do litígio) e com baixo grau de litigiosidade.

3. Como? Ainda que seja difícil definir técnicas processuais para a condução de demandas estruturais, dada a dependência das circunstâncias do caso, é possível traçar pelo menos alguns indicativos: 1) adotar medidas de institucionalização do processo estrutural, com órgãos dedicados ao seu apoio, assessoramento do magistrado, auxílio na condução das audiências, na gestão e transparência da informação e no monitoramento das medidas acordadas ou determinadas; 2) estabelecer redes de cooperação judiciária para os casos altamente capilarizados ou variados; 3) celebrar cooperações interinstitucionais com entidades públicas e privadas para atividades de diagnóstico, transparência e monitoramento; 4) contar com a cooperação de magistrados consultores; 5) definir planos de reestruturação com metas bem definidas, indicadores passíveis de aferição e responsáveis claros por todas as atividades que forem necessárias ao seu desenvolvimento; 6) adotar decisões provisórias e parciais, que permitam a gradual implementação das medidas estruturais, sempre ressaltando a possibilidade de sua revisão, à luz de novas informações; 7) subdividir a condução do processo em eixos de atuação; 8) traçar uma estratégia de encerramento do processo, que envolva a definição de prazos e/ou indicadores que, alcançados, sinalizem o encerramento da reforma.

O caminho do processo estrutural é desafiador, mas também tem grande potencial. Em um país no qual a intervenção jurisdicional é propiciada por um arcabouço institucional e legislativo robusto, é preciso encontrar um meio termo que permita a sua realização, sem desconsiderar as carências e limitações da realidade. Se existe um candidato para esse difícil meio termo, em um mundo de escassez, esse candidato é o processo estrutural.

Referências

ADPF 635: morosidade do STF coloca vida de crianças em risco. **Jota**, São Paulo, 22 de nov. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adpf-635-morosidade-do-stf-coloca-vida-de-criancas-em-risco-22112021?non-beta=1>. Acesso em: 18 mar. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Curso de processo estrutural**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

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

Acesso em: 8 jul. 2024.

ARONOW, Geoffrey F. The special master in school desegregation cases: the evolution of roles in the reformation of public institutions through litigation. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 7, n. 3, p. 739-775, Spring 1980. Disponível em: https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1188&context=hastings_constitutional_law_quarterly. Acesso em: 8 jul. 2024.

BAPTISTA FILHO, Silvio Neves. **Atos concertados e a centralização de processos repetitivos**. Londrina: Thoth, 2023.

BERGER, Curtis J. Away from the court house and into the field: the odyssey of a special master. **Columbia Law Review**, v. 78, n. 4, p. 707-738, May 1978.

BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 1, n. 1, p. 161-188, jan./jun. 2015.

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 XXI Editores, 2014.

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

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

CAMPOS, Maria Gabriela. **O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DE CREMER, David (ed.). **Psychological perspectives on ethical behavior and decision making**. Charlotte, NC: Information Age Pub., c2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). **Cooperação judiciária nacional**. Salvador: JusPODIVM, 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr._%26_Hermes_Zaneti_Jr._%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: superintending structural change in public institutions. **Virginia Law Review**, v. 65, n. 1, p. 43-106, Feb. 1979.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

FEINBERG, Kenneth R. Creative use of ADR: the court-appointed special settlement master. **Albany Law Review**, v. 59, n. 3, p. 881-893, 1996. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/albany59&div=31&g_sent=1&casa_token=&collection=journals. Acesso em: 8 jul. 2024.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 8 jul. 2024.

FERREIRA, Gabriela Macedo. **Ato concertado entre juízes cooperantes**: esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2023.

FORSYTH, Donelson R. **Group dynamics**. 5th ed. Belmont, CA: Wadsworth, Cengage Learning, c2010.

FREILICH, Robert H. The use of a special master in complex environmental litigation. **The Urban Lawyer**, v. 29, n. 1, p. 1-12, Winter 1997.

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, jul./set. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/VXrsPwRRbwVgWV8WhxfhV5N/>. Acesso em: 8 jul. 2024.

KOMESAR, Neil K. 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: 8 jul. 2024.

KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives**: choosing institutions in law, economics, and public policy. Chicago: University of Chicago Press, c1994.

LA PIERRE, D. Bruce. Voluntary interdistrict school desegregation in St. Louis: the special master's tale. **Wisconsin Law Review**, p. 971-1040, 1987. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/wlr1987&id=984&men_tab=srchresults. Acesso em: 8 jul. 2024.

LOTTMAN, Michael S. Paper victories and hard realities. In: BRADLEY, Valerie; CLARKE, Gary (ed.). **Paper victories and hard realities**: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled: selected paper on the Supreme Court decision, O'Connor v. Donaldson. Washington: Health Policy Center of Georgetown University, c1976.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. **Rediscovering institutions**: the organizational basis of politics. New York: The Free Press, c1989.

MARGULIES, Peter. The new class action jurisprudence and public interest law. **New York University Review of Law and Social Change**, v. 25, n. 4, p. 487-538, 1999. Disponível em: https://socialchangenyu.com/wp-content/uploads/2017/12/Peter-Margulies_RLSC_25.4.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

MENEGAT, Fernando. **Direito administrativo e processo estrutural**: técnicas processuais para o controle de casos complexos envolvendo a administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

MILGRAM, Stanley. **Obedience to authority**: an experimental view. New York: Harper & Row, c1974.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. **ISSAI 300**: princípios fundamentais de auditoria operacional. Viena, AT: INTOSAI, 2012. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/22/04/0B/3A/C1DEF610F5680BF6F18818A8/ISSAI_300_principios_fundamentais_auditoria_operacional.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticalismo” e os “processos estruturais”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 251-278, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82013/78228>. Acesso em: 8 jul. 2024.

PETERSILIA, Joan. California prison downsizing and its impact on local criminal justice systems. **Harvard Law & Policy Review**, v. 8, n. 2, p. 327-357, Summer 2014. Disponível em: <https://journals.law.harvard.edu/lpr/wp-content/uploads/sites/89/2014/08/HLP208.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

PETERSILIA, Joan; CULLEN, Francis T. Liberal but not stupid: meeting the promise of downsizing prisons. **Stanford Journal of Criminal Law and Policy**, v. 2, n.1, p. 1-43, Apr. 2015. Disponível em: https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/580250/doc/slpublic/Petersilia_Liberal%20But%20Not%20Stupid_2015%20April.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

POSNER, Richard. Democracy and distrust revisited. **Virginia Law Review**, v. 77, p. 641-651, 1991. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2890&context=journal_articles. Acesso em: 8 jul. 2024.

PUGA, Mariela Gladys. ¿A dónde va la Corte en las causas Vertbisky y Riachuelo? “Ni uñas ni dientes”: intervenciones experimentalistas. **Revista del Colegio de Abogados de La Plata**, v. 50, n. 69, p. 151-166, jul. 2008.

RIO DE JANEIRO (Estado). Instituto de Segurança Pública. **ISP Instituto de Segurança Pública**, [2024]. Página inicial. Disponível em: <https://www.isp.rj.gov.br/node/735#:~:text=Principais%20indicadores%3A,da%20série%20histórica%2C%20em%201991>. Acesso em: 18 mar. 2024.

RIBEIRO, Moacir. **Cooperação judiciária nacional: o(s) dever(es) de engajamento e a relação jurídica processual entre juízos**. Londrina: Thoth, 2022.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

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/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship. Acesso em: 8 jul. 2024.

SCHLANGER, Margo. Plata v. Brown and realignment: jails, prisons, courts, and politics. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 48, n.1, p. 165-215, 2013. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1462&context=articles>. Acesso em: 8 jul. 2024.

SOUZA, Adrienne Mônica de Oliveira. **Auditorias operacionais**: controle substancial da gestão pública pelos Tribunais de Contas. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10779/1/Adrienne.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. **Georgetown Law Journal**, v. 79, n. 5, p. 1355-1446, 1991. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2119&context=faculty_scholarship. Acesso em: 8 jul. 2024.

VITORELLI, Edilson. Da educação científica ao consultor técnico pericial: respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz. **Revista de Processo**, v. 48, n. 339, p. 39-71, maio 2023. Disponível em: https://www.academia.edu/121225095/DA_EDUCA%C3%87%C3%83O_CIENT%C3%8DFICA_AO_CONSULTOR_T%C3%89CNICO_PERICIAL_RESPOSTAS_PR%C3%81TICAS_PARA_O_PROBLEMA_DA_ANALISE_DA_PER%C3%8DCIA_PELO_JUIZ. Acesso em: 8 jul. 2024.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas**: Lei 12.288/2010 e Decreto 4.887/2003. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do índio**: Lei 6.001/1973. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

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. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 8 jul. 2024.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 5. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2024.

WHITE, Lucie E. Mobilization on the margins of the lawsuit: making space for the clients do speak. **N.Y.U. Review of Law and Social Change**, v.16, n. 4, p. 535-564, 1987-1988. Disponível em: https://socialchangenyu.com/wp-content/uploads/2017/12/Lucie-White_RLSC_16.4.pdf. Acesso em: 8 jul.2024.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. **UCLA Law Review**, v. 25, p. 244-260, 1977-1978. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/uclalr25&id=259&men_tab=srchresults. Acesso em: 8 jul. 2024.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 54/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347447949&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jul. 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 655/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 29 de outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342737036&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 743/DF**. Relator: Min. André Mendonça, 6 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363484533&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 746/DF**. Relator: Min. André Mendonça, 6 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363484532&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jul. 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://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=778063881>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 857/MS**. Relator: Min. André Mendonça, 6 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363484534&ext=.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 973/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Acompanhamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6404537>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761100480>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684612/RJ**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5815277&ext=RTF>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361330313&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo em Tutela Provisória na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759100321>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 22 de agosto de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770954718>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 991/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 8 de agosto de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771301291>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Segunda Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 2 de março de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759845172>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de setembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353401700&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Costello v. Wainwright: n. 76-5920, Mar. 21, 1977. **U.S. Supreme Court**, v. 430, p. 325. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/325/>. Acesso em: 9 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. Hutto v. Finney: n. 76-1660, June 23, 1978. **U.S. Supreme Court**, v. 437, p. 678. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/678/>. Acesso em: 9 jul. 2024.

Legislação citada

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 499, de 10 de maio de 2023**. Altera a Resolução CNJ n. 350/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, para expressamente incluir no rol de atos de cooperação judiciária a formulação de consulta. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144942202305296474bb8622886.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.



Enfrentando o vírus no tribunal: a litigância estrutural pelas lentes do processo na ADPF 709¹⁻²

Facing the virus in court: structural litigation through the lens of ADPF 709

Enfrentando al virus en los tribunales: la litigancia estructural a través del lente da demanda judicial ADPF 709

Hermes Zaneti Júnior³

Universidade Federal do Espírito Santo (Vitória, ES, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6461-6742>

E-mail: hermeszanetijr@gmail.com

Leonardo Silva Nunes⁴

Universidade Federal de Ouro Preto (Ouro Preto, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8489-7043>

E-mail: msleonunes@gmail.com

¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes; NUNES, Leonardo Silva; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; GOMES, Kessler Cotta. Enfrentando o vírus no tribunal: a litigância estrutural pelas lentes do processo na ADPF 709. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.1, p.299-335, jan./jun.2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a367>.

² O texto é fruto de pesquisas realizadas no âmbito dos grupos de pesquisas Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo – FPCC e Observatório de Processo. O FPCC está sediado na Universidade Federal do Espírito Santo e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq em <https://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429>. É membro fundador da ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa – Justiça Civil e Direito Processual Contemporâneo (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>). O Observatório de Processo é o grupo de pesquisa em Direito Processual Civil, Coletivo e Estrutural do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto/MG, e está cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq sob o n. <https://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/1851481084599254>.

³ Pós-doutorado na Università degli Studi di Torino/IT. Doutor em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Teoria do Direito e Filosofia do Direito pela Università di Roma Tre/IT. Visiting Scholar Erasmus + Universidade de Zagreb. Professor de Teoria Geral do Processo, Procedimentos Especiais e Processo Coletivo na Universidade Federal do Espírito Santo. Promotor de Justiça. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5343355826023519>.

⁴ Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Coletivo da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Coordenador do Grupo de Pesquisa Observatório de Processo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Comissão de Processo Civil da OAB/MG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3216394590509068>.

Edilson Santana Gonçalves Filho⁵

Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9040-6172>

E-mail: edilsonsgf@yahoo.com.br

Kessler Cotta Gomes⁶

Universidade Federal de Ouro Preto (Ouro Preto, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9182-5953>

E-mail: kesslercotta@hotmail.com

Resumo

Analisa-se a atividade judicial realizada em processo estrutural, que tem objeto decorrente da situação de não conformidade contínua e permanente envolvendo os indígenas brasileiros como grupo de pessoas hipervulneráveis no desastre da covid-19, em relação aos mandamentos constitucionais e legais de proteção. Além da revisão da literatura, desenvolve-se pesquisa exploratória, utilizando métodos de análise qualitativa, a partir de estudo de caso, qual seja, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, cujo objetivo é obrigar o Poder Público a adotar medidas específicas para proteger o grupo, inicialmente no cenário pandêmico causado pela disseminação do vírus e, posteriormente, finda a pandemia, no contexto da continuidade da intrusão e das invasões em terras indígenas, gerando impactos na saúde, no meio ambiente, na economia, no modo de vida e na dignidade humana daquela população especialmente protegida pelo direito. O enfoque são as técnicas processuais inovadoras do caso, capazes de proporcionar a proteção efetiva.

Palavras-chave

Desconformidade; técnicas do processo estrutural; pessoas vulneráveis; gestão de riscos nos desastres; covid-19.

⁵ Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Processual (UNI7). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Defensor Público Federal. Exerceu o cargo de Defensor Público do Estado do Maranhão. Professor convidado de cursos preparatórios para carreiras jurídicas e pós-graduação. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4016361248699623>.

⁶ Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro pesquisador do Observatório de Processo (UFOP). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4243901232313276>.

Sumário

1. Introdução. 2. Definição do grupo vulnerável, relação com o acesso à justiça e necessidade de proteção específica diante do estado de desconformidade. 3. Modelo de estado democrático constitucional e a tutela de direitos “*taylor made*”. 4. A covid-19 enquanto desastre e o direito processual dos desastres. 5. Casos no Supremo Tribunal Federal envolvendo a covid-19. 5.1 ADPF 709: um processo estrutural. 5.2 Técnicas de condução na ADPF 709. 6. Conclusão.

Abstract

The text is the result of cooperative research within the context of the research groups Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo – FPCC (Foundations of Contemporary Civil Process) and Observatório do Processo (Process Observatory). It analyzes the judicial activity carried out in a structural process that targets the structural problem arising from the continuous and permanent situation of non-compliance involving Brazilian Indigenous people as a group of highly vulnerable individuals in the disaster of COVID-19 in relation to constitutional and legal protection. In addition to the literature review, exploratory research is developed using qualitative analysis methods, based on a case study, namely, the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 709 (Plea for Non-Compliance with a Fundamental Constitutional Provision – ADPF 709), whose goal is to compel the Public Power to adopt specific measures to protect the highly vulnerable Indigenous groups, initially in the pandemic scenario caused by the spread of the virus and subsequently, once the pandemic is over, in the context of the continuation of intrusion and invasions on Indigenous lands, generating impacts on health, environment, economy, way of life, and human dignity of that population especially protected by law. The focus is on the innovative procedural techniques of the case capable of providing effective protection.

Keywords

Non-compliance; structural process techniques; vulnerable people; disaster risk management; COVID-19.

Contents

1. Introduction. 2. Definition of vulnerable group, relation with access to justice and the need of specific protection based on a state of nonconformity. 3. Model of constitutional democratic state and the “*taylor made*” protection of rights. 4. The COVID-19 as a disaster and the procedure law of disasters. 5. Cases on Supremo Tribunal Federal concerning COVID-19. 5.1 ADPF 709: a structural injunction. 5.2 Technics of restructuring impact on ADPF 709. 6. Conclusion.

Resumen

El texto es el resultado de investigaciones realizadas de manera cooperativa en el contexto de los grupos de investigación Fundamentos del Proceso Civil Contemporáneo – FPCC/UFES y Observatorio del Proceso – UFOP. Se analiza la actividad judicial llevada a cabo en un proceso estructural que tiene como objeto el problema estructural derivado de la situación de no conformidad continua y permanente que involucra a los indígenas brasileños como grupo de personas hipervulnerables en el desastre de la COVID-19 en relación con los mandatos constitucionales y legales de protección. Además de la revisión de la literatura, se desarrolla una investigación exploratoria, utilizando métodos de análisis cualitativo, a partir de un estudio de caso, es decir, la Arguición de Incumplimiento de Precepto Fundamental – ADPF 709, cuyo objetivo es obligar al Poder Público a adoptar medidas específicas para proteger a los grupos indígenas hipervulnerables, inicialmente en el escenario pandémico causado por la diseminación del virus y, posteriormente, una vez finalizada la pandemia, en el contexto de la continuidad de la intrusión y las invasiones en tierras indígenas, generando impactos en la salud, medio ambiente, economía, modo de vida y dignidad humana de esa población especialmente protegida por el derecho. El enfoque son las técnicas procesales innovadoras del caso capaces de proporcionar una protección efectiva.

Palabras clave

Desconformidad; técnicas del proceso estructural; personas vulnerables; gestión de riesgos en desastres; COVID-19.

Índice

1. Introducción. 2. Definición de colectivo vulnerable, relación con el acceso a la justicia y necesidad de protección específica ante el estado de incorformidad. 3. Modelo de estado democrático constitucional y protección de derechos “taylor made”. 4. El COVID-19 como desastre y el derecho procesal de los desastres. 5. Casos del Tribunal Supremo Federal que involucran al COVID-19 5.1 ADPF 709: demanda judicial estructural. 5.2 Técnicas de conducción para reestructuración en ADPF 709. 6. Conclusión.

1. Introdução

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal em 01/07/2020, em meio à disseminação da covid-19, pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), com o apoio

de diversos partidos políticos e instituições públicas, teve como objetivo compelir o Poder Público a adotar medidas específicas para proteger populações indígenas diante do cenário de pandemia global. O processo, distribuído para relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, envolve diversos temas.

Este estudo irá se concentrar nas técnicas processuais inovadoras e na ótica do processo estrutural dos desastres. O problema de pesquisa consiste em analisar como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, aplicando as normas fundamentais do processo civil e afastando qualquer ativismo judicial, ilustra a aplicação de técnicas processuais inovadoras no enfrentamento de problemas estruturais e na proteção de grupos hipervulneráveis durante a pandemia de covid-19?

A metodologia científica utilizada no artigo é predominantemente qualitativa e exploratória, com ênfase na análise do caso específico da ADPF 709, revisão documental sobre a teoria do processo estrutural no direito comparado e no Brasil e análise qualitativa. Essa abordagem permite uma investigação detalhada e contextualizada das técnicas processuais inovadoras aplicadas na ADPF 709 e suas implicações para a proteção de grupos vulneráveis durante crises como a pandemia de covid-19.

Para enfrentar esse problema utilizando essa metodologia, é importante contextualizar já na introdução que o processo estrutural não é mais algo desconhecido nas Cortes Supremas. O Supremo Tribunal Federal tem pelo menos um precedente normativo formalmente vinculante que cria parâmetros replicáveis em todo e qualquer processo estrutural. A decisão do Tema 698 (RE 684.612/RJ) afirma que, nos litígios estruturais: a) deve ser comprovada nos autos a ausência ou a grave deficiência do serviço público (com atenção especial ao mínimo existencial); b) deve haver a possibilidade de universalização da providência determinada, levando em conta os recursos efetivamente disponíveis (reserva do possível orçamentária); c) o órgão julgador determina a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada (a decisão estabelece um princípio, um estado ideal de coisas a ser buscado); d) a decisão deve ser apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, de forma a mitigar críticas à ausência de *expertise* e capacidade institucional; e) o órgão julgador deve ampliar o contraditório do ponto de vista substancial e abrir o processo à participação de terceiros, com a admissão de *amici curiae* e designação de audiências públicas (visão global do problema estrutural com facilitação do cumprimento que decorre do reforço do diálogo).

O problema estrutural identificado no caso em análise justifica um tratamento diferenciado por ser um desastre humanitário global que afetou de forma

particular o grupo vulnerável dos indígenas, revelando falhas estruturais na política pública de saúde e na proteção das comunidades.

Inicialmente, serão abordadas algumas questões pressupostas, especialmente em torno do grupo cujos direitos são diretamente afetados e discutidos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709 e dos requisitos da ordem jurídica vigente no Brasil, a fim de explicitar e delimitar as bases teóricas da análise que será desenvolvida. Na sequência, e ao longo do texto, a abordagem terá como foco temáticas que se encontram diretamente ligadas ao caso sob análise e à crise causada pela covid-19, a partir de suas consequências no campo jurídico, passando por temas que envolvem a efetivação do programa normativo pelos tribunais.⁷

2. Definição do grupo vulnerável, relação com o acesso à justiça e necessidade de proteção específica diante do estado de desconformidade

O problema em questão implica investigar o que configura um grupo vulnerável, se as comunidades indígenas estão inseridas nesse contexto e se, por isso, merecem algum tipo de tratamento diferenciado – supondo que o remédio para a injustiça seja algum tipo de mudança cultural ou simbólica ou, parafraseando a expressão de Nancy Fraser, seja preciso redistribuição e reconhecimento⁸. A premissa é de que se revela necessário adotar medidas específicas para os grupos mais vulneráveis, para atingir certa modificação estrutural, levando em conta suas particularidades. Válida em tempos de normalidade, com mais razão essa premissa deve ser aplicada em momentos de crise, incluindo-se aqueles decorrentes de desastres. Aliás, no caso dos desastres são as pessoas mais vulneráveis as mais afetadas, e a política pública de precaução em relação aos riscos de novas calamidades é um imperativo de proteção dessas populações.⁹

⁷ Registra-se que, até a data de fechamento do estudo, esta ação constitucional ainda está em curso.

⁸ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Translated by Joel Golb, James Ingram, and Christiane Wilke. London: Verso, 2003.

⁹ CARVALHO, Délton Winter de; ZANETI, JÚNIOR, Hermes. Desastres climáticos e conflitos coletivos complexos. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Desastres socioambientais e mudanças climáticas: aspectos doutrinários**. 2. ed. Brasília: CNMP, 2024. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2024/mudancas-climaticas.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

A marginalização, a pobreza, a discriminação social, a origem, a falta de participação nas esferas político-decisórias, a ausência de informação, além de fatores ambientais, barreiras culturais, preconceitos, são, entre outros, fatores capazes de tornar os grupos e as pessoas mais vulneráveis. Aí se inserem, também, questões estruturais, a exemplo de eventual histórico de colonização ou conflito, sistemas políticos, políticas públicas equivocadas ou insuficientes, assim como violação aos direitos.

Esses fatores *determinantes de vulnerabilidade*, em geral, interagem, verificando-se a presença de mais de um deles em um mesmo contexto, o que gera múltiplo risco e maior necessidade de proteção, ensejando vulnerabilidades cruzadas e ocasionando a hipervulnerabilidade, interseccionalidade ou necessidades complexas, legais ou não legais. Essas circunstâncias concretas colocam as pessoas e os grupos de pessoas necessitadas de tutela em uma posição assimétrica de poder por razões políticas, históricas, sociais ou culturais, o que dificulta ou impede o reconhecimento ou a efetivação de direitos, é dizer, exigem um tratamento desigual que vise eliminar as diferenças (isonomia) entre vulneráveis e não vulneráveis.¹⁰

A definição de quem são os grupos e as pessoas vulneráveis, portanto, decorrerá de uma análise do caso concreto, estando no mundo dos fatos, nada obstante a norma jurídica, incluindo diplomas nacionais e internacionais, possa presumi-la em algumas situações. É o caso das “100 Regras de Brasília para o Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”, aprovada pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, em 2008, que estabelece um rol exemplificativo.

O documento, que, em uma análise tradicional, possui o caráter de *soft law*, aponta que

consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico¹¹.

¹⁰ Sobre o modelo de fatores determinantes de vulnerabilidade e sua relação com a assistência judiciária gratuita pela Defensoria pública, cf.: GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 188-189.

¹¹ CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. **Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**: (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). Madrid: Cyan Proyectos Editoriales, 2019. Versión actualizada 2018. Disponível em: https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilias_web.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024.

Informa, ainda, que poderão constituir causas de vulnerabilidade, dentre outras, a idade, a incapacidade, o *pertencimento a comunidades indígenas* ou a outras minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade, sendo que a “concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico”.

Os povos indígenas, assim, por fatores histórico-políticos e sociais, são presumidamente considerados grupo vulnerável, desfavorecido e socialmente excluído, com necessidades complexas e especiais e que podem ter problemas múltiplos e conflitantes. Por motivos relacionados a esses fatores, não conseguem, por exemplo, acessar serviços ou instituições sociais que, por outro lado, são acessíveis à parte da população (não vulnerabilizada). Embora haja presunção, mostra-se relevante observar a presença de outras causas, no caso concreto, que: sejam capazes de, isoladamente, configurar a vulnerabilidade do grupo; potencializem referida vulnerabilização, somando-se as já presumidas, revelando a complexidade da questão.

Ao longo do tempo, o ordenamento jurídico brasileiro tem previsto um sistema de proteção dedicado aos povos indígenas. As Constituições Brasileiras de 1934, 1946, 1967 e 1969 possuíam disposições específicas relativas às populações indígenas, trazendo normativas para a incorporação dos “silvícolas” (termo utilizado à época) à “comunhão nacional”, ou seja, à civilização.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma mudança de paradigma pelo reconhecimento da existência de povos indígenas e a garantia de capacidade processual aos povos originários (arts. 231 e 232, CF/1988).

Evidentemente a normativa nacional não foi suficiente, ainda, para a adequada e efetiva tutela. Em 25 de março de 2020, foi confirmado o primeiro caso de contaminação por covid-19 entre indígenas no Brasil, na região amazônica. Depois disso, identificou-se que o vírus havia se espalhado por quase todo o território brasileiro. Conforme dados da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB)¹², em 2024 o número total de óbitos chegou a 1.192.

¹² Pesquisa realizada no *site* da Emergência Indígena: ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. [Emergência indígena: panorama geral da Covid-19]. [S. l.]: APIB, [2024]. Disponível em: https://emergenciaindigena.apiboficial.org/dados_covid19/. Acesso: em 3 jul. 2024.

A questão indígena, enquanto grupo vulnerabilizado, tem sido observada ao longo dos anos, como um fenômeno permanente e estrutural. O total de indígenas residentes em território brasileiro, em 2010, quando foi realizado o último censo oficial pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), era de oitocentos e dezessete mil, novecentos e sessenta e três pessoas¹³. Dados aportados pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709 apontam que, mesmo antes da pandemia de covid-19, enquanto a taxa de mortalidade da população brasileira girava em torno de 5,5%, este número chegava a 9,6% no que se refere à população indígena. Na pandemia, verificou-se que a taxa de mortes pelo coronavírus entre indígenas chegou a ser maior que o dobro da média nacional.

Esse cenário de necessidades complexas, potencializado pela pandemia de covid-19, exigiu um tratamento especial e urgente, considerando as peculiaridades que envolviam o contexto e levando em conta que sua alteração em termos finais somente poderia ocorrer por meio de uma mudança naquela estrutura formada durante anos, é dizer, alterando-se o estado de desconformidade.

Com efeito, embora a pandemia tenha afetado todo o planeta Terra, algumas pessoas ou grupos de pessoas sofreram suas consequências negativas de forma mais intensa, por motivos relacionados a questões pessoais, culturais, econômicas etc., aí incluídos os mais vulneráveis, desfavorecidos ou socialmente excluídos, a exemplo dos povos indígenas, membros de outras comunidades tradicionais, pessoas em situação de rua, com deficiência, prisioneiros, entre outros.

A crise da covid-19 é holística¹⁴, um desastre, envolvendo múltiplas dimensões, que incluem a dimensão sanitária, a econômica, a social, a fiscal, a política e a institucional. Suas consequências, portanto, vão além das questões de saúde. Um desses pontos está relacionado ao acesso à Justiça. Nesse contexto, a Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ) do Conselho da Europa publicou sete princípios relacionados às necessidades de quem procura justiça, considerando que a pandemia foi uma crise de saúde com graves consequências humanas e sociais

¹³ Pesquisa realizada no *site* do IBGE: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Indígenas: gráficos e tabelas: população residente, segundo a situação do domicílio e condição de indígena – Brasil 1991/2010. IBGE, [2024]. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 221-224.

que suscitou desafios ao sistema jurídico¹⁵. Medidas como essas se repetiram pelas diversas regiões do globo. Algumas delas, no Brasil, são as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e o caso objeto deste estudo (ADPF 709).

A contribuição do Conselho Nacional de Justiça foi particularmente importante, especialmente ao determinar a suspensão nacional de prazos e estimular a utilização dos processos eletrônicos e das audiências por meios virtuais, sem descuidar de situações excepcionais, nas quais as partes, por sua própria condição de vulnerabilidade, não possuam acesso aos meios tecnológicos necessários. A virtualização do processo, tendência que já se encontrava em estágio de desenvolvimento relativamente avançado no Brasil, tornou-se inevitável com a pandemia, culminando na Resolução 345/2020, que autorizou que os julgamentos sejam realizados de forma 100% digital, mesmo após a superação do contexto epidêmico, política resultante da experiência adquirida durante os meses de confinamento e que deverá permanecer. A virtualização, assim como o regime de *home office* por parte dos operadores, propiciou aumento de produtividade nos tribunais que já estavam na vanguarda do processo de inclusão da atividade jurisdicional no mundo digital. Ainda quanto ao CNJ, é válido observar que os dados do Judiciário foram divulgados publicamente, inclusive aqueles específicos sobre casos relacionados à judicialização da covid-19, que também foram disponibilizados.¹⁶

No Supremo Tribunal Federal, por sua vez, segundo o Painel de Ações Covid-19, disponibilizado pela Corte, até 23.03.2024, haviam sido identificados onze mil, setecentos e noventa e três processos em curso na Corte em que existiam pedidos relacionados à pandemia, além de quinze mil, novecentas e noventa e quatro decisões tomadas pelo Tribunal sobre o tema¹⁷.

¹⁵ CONSELHO DA EUROPA. European Commission for the Efficiency of Justice. **CEPEJ Declaration: lessons learnt and challenges faced by the Judiciary during and after the Covid-19 pandemic**. Disponível em: <https://rm.coe.int/declaration-en/16809eale2>. Acesso em: 8 jul. 2020.

¹⁶ Cf.: PAINEL divulga ações judiciais sobre novo coronavírus. **CNJ Conselho Nacional de Justiça**, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/painel-divulga-acoes-judiciais-sobre-novo-coronavirus/>. Acesso em: 31 maio 2024.

¹⁷ Como exemplo, o STF criou, em seu sítio eletrônico, uma aba específica para decisões sobre o tema: PAINEL de ações Covid-19. **STF Supremo Tribunal Federal**, 1 jul. 2024. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_COVID19/index.html. Acesso em: 2 jul. 2024. Esses números sobem para 11.783 processos e 15.967 decisões proferidas, em março de 2024.

É bem possível que todo esse aprendizado se consolide em boas práticas para além da pandemia, incluindo o uso dos precedentes normativos formalmente vinculantes formados no período como normas válidas e universalizáveis para outros casos de processos estruturais decorrentes de desastres naturais ou humanos.¹⁸

Neste contexto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709, a nosso sentir, está diretamente relacionada à contenção da doença nas comunidades indígenas, considerando as medidas determinadas em seu bojo, a partir da premissa, expressamente reconhecida nos autos pelo relator da ação em curso no Supremo Tribunal Federal, de que a população indígena é hipervulnerável e de que havia indícios de insuficiência das ações promovidas pela União para conter a disseminação do vírus:

Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.¹⁹

Por esses motivos, foram determinadas uma série de medidas visando refrear a dispersão da covid-19 nas áreas ocupadas por esses grupos, e, no pós-pandemia, novas medidas objetivando reprimir as invasões existentes nas terras indígenas.

3. Modelo de estado democrático constitucional e a tutela de direitos “taylor made”

O processo evolui da rigidez para a flexibilidade. A existência de situações jurídicas e problemas concretos de alta complexidade exige uma ferramenta de adequação procedimental às necessidades do caso. Isso, ao contrário do que pode parecer, não representa abandonar o compromisso com a ordem do procedimento

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEIXOTO, Ravi. Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da Covid-19. *Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro*, v. 30, n. 118, p. 215-227, abr./jun. 2022. Disponível em: https://www.academia.edu/85012413/Precedentes_em_tempos_de_crise_uma_an%C3%A1lise_a_partir_da_situa%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_enfrentamento_da_COVID_19. Acesso em: 2 jul. 2024.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

em prol de um casuísmo e consequencialismo desmedido, ao contrário, significa manter a ordem dinâmica por meio de um pragmatismo de valores, para além do estéril e infértil solo dos ritos procedimentais ordinarizados.²⁰

O modelo de Estado de Direito Democrático Constitucional envolve o exercício da democracia normativa, com vistas a promover a conciliação do indivíduo com a perspectiva social, o que se explica por resultar das transformações paradigmáticas ocorridas ao longo dos últimos séculos – desde o Estado Liberal, passando pelo Estado Social –, que, de certa forma, revelam um aprimoramento dos anteriores estágios, embora não haja um movimento totalmente linear, sendo certo que neste percurso se verificam avanços e retrocessos.

Neste modelo, o Judiciário atua seguindo o método *checks and balances*, operando, no Brasil, em um sistema híbrido, é dizer, influenciado pelo *common law* e pelo *civil law*, entre o *Rule of law* e o Estado de Direito²¹, exercendo o *judicial review* – o controle de poder no modelo brasileiro de jurisdição constitucional –, com relevante papel no que concerne à efetivação dos valores normativos, que se irradiam desde a Constituição para influenciar o direito (material) e sua aplicação, aí incluídos a atividade administrativa e os processos. Com efeito, a defesa jurídica dos direitos fundamentais é consolidada no âmbito do processo, que é o meio utilizado pelo operador do direito.

A Era das Constituições é caracterizada pelo processo de (re)codificação, a utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, normas com maior flexibilidade, justamente para atender ao propósito constitucional. O sistema jurisdicional deve ter a capacidade de reconhecer e satisfazer efetivamente qualquer direito. A efetividade do processo, portanto, constitui um dever, e sua dinamicidade visa atender à tutela de direitos “sob medida” (*made-to-measure*). Significa dizer que “a recodificação do processo civil inclui a premissa de que o processo hoje

²⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. O case management e as European rules of civil procedure: uma análise à luz da experiência brasileira do Código de processo civil de 2015. **Ius Dictum**: teoria geral da adjudicação, v. 7, p. 11-24, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://iusdictum.com/wp-content/uploads/2022/11/ID.0-7-compactado.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

²¹ A tradição do Brasil é única e tem influência das tradições da Europa e dos Estados Unidos sendo, portanto, híbrida, o que vem desde 1891, quando a primeira Constituição da República reformou o sistema de justiça nacional, introduzindo referências da lei americana, proporcionando a existência de um sistema jurídico híbrido (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: do problema ao precedente: da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021).

deve deixar de ser pensado como *ready-to-wear* ou *one size fits all* para o *made-to-measure*. Contempla as demandas individuais, como também de massa²². Um processo *taylor made*, feito sob medida, para permitir a adequação ao caso e sua complexidade.

A atividade judicial se distingue pela sua inércia no processo, vinculando-se às partes e situações concretas, embora possa ter efeitos abstratos, como em ações de controle de constitucionalidade. Os magistrados devem garantir imparcialidade, assegurando o direito das partes à audiência justa, enquanto mantêm grau suficiente de independência em relação a pressões externas e políticas. Além disso, os tribunais desempenham uma função criativa ao interpretar e decidir casos, esclarecendo, integrando e até mesmo criando regras com força vinculativa.²³ No entanto, a expressão “ativismo judicial” é usada de forma negativa para indicar excessos judiciais ao invadir esferas de outros Poderes, como ao determinar políticas públicas.²⁴ Os limites e deveres dos juízes residem na implementação dos direitos, em conformidade com a Constituição e a legislação, um princípio aplicável a todos os poderes e órgãos do sistema de justiça.

No contexto da ADPF 709, nada há de “ativismo judicial”. O quadro normativo vai além das disposições constitucionais e legais previamente citadas. O Brasil ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Estados Independentes, que estabelece critérios para as condições de vida e trabalho desses grupos, incluindo a coordenação com eles para planejamento e administração de serviços de saúde. Entretanto, na prática, planos como o elaborado pela Secretaria Especial de Saúde Indígena foram criticados por falta de operacionalização e distanciamento dos princípios da Convenção.²⁵

²² ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Comentários ao Código de processo civil**: volume XIV (arts. 824 ao 925). Luiz Guilherme Marinoni, diretor. Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, coordenadores. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 34.

²³ Neste sentido: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 74-75.

²⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ativismo da lei e da Constituição nas tutelas coletivas brasileiras: processos estruturais, processos complexos e litígios de difusão irradiada. In: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga Costa; GOMES, Magno Federici (org.). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 407-428. Disponível em: https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_e91da806a71e468b8ca6df420dd464e6.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023; GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Ação popular, acesso à justiça e vulnerabilidade**: antigas e novas perspectivas. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. p. 68-69.

²⁵ Segundo consta na petição inicial da ADPF 709, distribuída no STF em 01/07/2020, sob a relatoria do Min. Luís Roberto Barroso: ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL *et al.* [Petição nº 49818, 29 de junho de 2020, às 20:45:29]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou as Resoluções 1/2020 e 4/2020, recomendando que os Estados, ao lidarem com a pandemia de covid-19, considerem as necessidades e os impactos diferenciais nos direitos humanos de grupos historicamente excluídos ou em especial risco, incluindo indígenas. Essas resoluções ressaltam a necessidade de abordagens diferenciadas para garantir os direitos desses grupos e mitigar os impactos das medidas adotadas durante a pandemia.

Internamente, a Constituição Federal de 1988 e a Lei 14.021/2020 estabelecem direitos constitucionais e medidas específicas para proteger os povos indígenas durante a pandemia. Essas leis vinculam a atuação do Executivo e, portanto, qualquer ação ou omissão que não esteja em conformidade com essas normas pode ensejar intervenção do Poder Judiciário para garantir a efetivação desses direitos. Em razão do quadro normativo existente, ocorre na verdade uma disfunção política na construção de soluções adequadas, exigindo intervenção garantista da Corte Suprema.

4. A covid-19 enquanto desastre e o direito processual dos desastres

A doutrina²⁶ aponta que a pandemia causada pelo vírus da covid-19 é considerada como um desastre ambiental antropogênico, e as demandas relativas à pandemia da covid-19 poderiam ser mais bem tratadas pelo método dos processos estruturais²⁷. As consequências provenientes da pandemia impactaram de forma significativa aspectos da sociedade, a exemplo da economia, e originaram um fenômeno que pode enquadrar-se como um desastre, considerado como o “resultado de evento adverso decorrente de ação natural ou antrópica sobre cenário vulnerável que cause

Preceito Fundamental 709/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 1 de julho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753150332&prcID=5952986#>. Acesso em: 3 jul. 2024.

²⁶SCHENKEL, Carolina Trentini. Covid-19, direito dos desastres e direito processual dos desastres: os processos coletivo e estrutural como propostas para o enfrentamento da pandemia. **Revista dos Tribunais**, v. 110, n. 1034, p.85-103, dez. 2021; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; XAVIER, José Tadeu Neves. Covid-19 enquanto desastre ambiental antropogênico com reflexos na judicialização do direito à saúde: a consolidação do direito processual dos desastres no Brasil. In: CALGARO, Cleide (org.). **Constitucionalismo e meio ambiente**: tomo 4: diretrizes de políticas públicas socioambientais. Porto Alegre: Fi, 2021. Disponível em: <https://www.aljba.org.br/wp-content/uploads/2021/02/Constitucionalismo-e-Meio-Ambiente-Tomo-IV.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

²⁷LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. A pandemia da Covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, v. 21, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54209>. Acesso em: 16 out. 2020.

danos humanos, materiais ou ambientais e prejuízos econômicos e sociais” (art. 6º, VII, Dec. 10.593/2020).

A covid-19 e suas consequências tiveram significativo impacto nas relações jurídicas. A análise do caso objeto deste estudo, portanto, envolve também o ângulo do direito processual em caso de desastres.

Sob o ponto de vista material, o desastre é a situação ou o evento, frequentemente súbito e imprevisto, que supera a capacidade local, gerando a necessidade de auxílio externo em nível nacional ou internacional, por causar dano, destruição e sofrimento humano²⁸. Para mitigar seus efeitos, os entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios) poderão declarar estado de calamidade pública quando necessária a adoção de medidas imediatas ou excepcionais.

A necessidade de proteção judicial emergencial, manutenção do funcionamento das instituições, reparação das vítimas e evitação de riscos futuros dá origem ao processo estrutural dos desastres²⁹. O Caso Rio Doce³⁰ é apontado como um exemplo de direito processual estrutural dos desastres, por envolver litígios de alta complexidade resultantes de ação humana, que afetam inúmeras pessoas e exigem soluções sustentáveis para que, além da reparação, fatos dessa gravidade não se repitam. Trata-se, com efeito, de um evento ou série de eventos, cujos impactos humanos e sociais possuem uma dimensão que vai além da individual.

Uma das características do Direito dos Desastres é a necessidade de fornecer soluções emergenciais e promover a unidade e a estabilidade do Direito, ao tempo

²⁸ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 55-56.

²⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental; FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton Winter de (org.). **Estudos aprofundados em direito dos desastres**: interfaces comparadas. 2. ed. Curitiba: Prismas: Appris, 2019; FARBER, Daniel A. *et al.* **Disaster law and policy**. Frederick, MD: Aspen Publishers, 2010; CARVALHO, Délton Winter; DAMACENA, Fernanda. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³⁰ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva. O Caso Mariana: uma análise dos acordos homologados à luz do litígio estrutural e do regime processual civil em vigor. *In*: SOARES, Carlos Henrique; NUNES, Leonardo Silva; ÁVILA, Luiz Augusto de Lima (org.). **Direito em tempos de crise**: soluções processuais adequadas para a tutela de direitos coletivos e individuais. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 371-391. Disponível em: https://www.academia.edu/45570479/O_Caso_Mariana_uma_an%C3%A1lise_dos_acordos_homologados_%C3%A0_luz_do_lit%C3%ADgio_estrutural_e_do_regime_processual_em_vigor. Acesso em: 2 jul. 2024.

em que constrói (novas) soluções para os problemas e conflitos que surgem, uma vez que dificilmente foram expressamente previstas, dada a imprevisibilidade do evento.

Por não envolver “condições padrão”, ganha relevância a temática da revisão judicial, é dizer, das decisões tomadas neste período excepcional. Nesse aspecto, as decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser entendidas como regras capazes de garantir a racionalidade e a unidade do Direito, de forma que, ao mesmo tempo em que salvaguardam direitos fundamentais, buscam evitar ou minimizar o surgimento de crises jurídicas. A discussão de situações excepcionais tende a ser mais profícua na Suprema Corte, considerando o poder de mobilização e a restrição das vias recursais no STF³¹.

5. Casos no Supremo Tribunal Federal envolvendo a covid-19

A ADPF 709 não é o único nem o primeiro processo no qual o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre questões relacionadas à covid-19, e que confrontam situações as quais demandam comandos direcionados a outros Poderes. Segundo o Painel de Ações Covid-19, disponibilizado pela Corte, até 10.04.2021 haviam sido identificados sete mil e setenta e cinco processos em curso no STF em que existiam pedidos relacionados à pandemia, além oito mil e quatrocentas decisões tomadas pelo Tribunal sobre o tema. Destaca-se, nesse contexto, a ADPF 742, que buscava tutela jurisdicional parecida com objeto da ADPF 709, mas para as comunidades quilombolas, igualmente hipervulneráveis.

Evidentemente, como no Judiciário em geral, há casos de decisões equivocadas, como aquelas que envolvem decisões monocráticas que contrariam precedentes do colegiado sem observar-se a técnica da distinção (*distinguishing*) ou da superação (*overruling*). São, todavia, exceções à tendência geral de autocontenção e equilíbrio institucional que vem sendo incorporada pelo Poder Judiciário brasileiro.³² Considerando a relação com o estudo analisado, algumas decisões da Corte serão mencionadas neste tópico.

³¹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022 p. 519-520.

³² MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR., Hermes. Covid-19 e tutela jurisdicional: a doutrina dos processos estruturais como método e o dever processual de diálogo como limite. **Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 14, n. 42, p. 555-576, jan./jun. 2020. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5796633/mod_resource/content/1/Covid-19%20e%20tutela%20jurisdicional%20-%20a%20doutrina%20dos%20processos%20estruturais%20como%20método%20e%20o%20dever%20processual%20de%20diálogo%20como%20limite.pdf. Acesso em: 2 jul. 2024.

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.341 e 6.343³³, o Supremo Tribunal Federal, com base no federalismo cooperativo, que se baseia na repartição de poderes e deveres entre os entes da Federação, reafirmou a competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para implementar medidas voltadas à contenção da pandemia, enfatizando a necessária articulação entre eles.³⁴ Isso possibilitou, por exemplo, a adoção de medidas em âmbito regional ou local, sem descartar ações nacionais, quando devidas, a serem implementadas pela União, todas com a finalidade de conter a disseminação viral.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387³⁵ foi deferida medida cautelar, referendada pelo colegiado, em tema envolvendo a proteção de dados pessoais, que, no Brasil, ganhou maior evidência a partir do advento da Lei Geral de Proteção de Dados. Nesse processo, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da Medida Provisória 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. A MP autorizava o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de serviço telefônico fixo e móvel com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de suporte à produção estatística oficial durante a emergência de saúde pública internacional decorrente da covid-19. Entendeu-se que a pandemia não poderia ser invocada como pretexto para justificar o compartilhamento de dados não autorizado, uma vez que não havia garantia do anonimato dessas informações e nenhuma indicação precisa de como seriam utilizadas.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183>. Acesso em: 2 jul. 2024; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6343/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 6 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344984917&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

³⁴ NUNES, Leonardo Silva. The articulation of the functions of the state in the proper conduct of structural reforms. In: BUSTAMANTE RÚA, Mónica; ALFARO VALVERDE, Luis (coord.). **Independencia judicial en el Tercer Milenio**: call for papers del XVII Congreso Mundial de Derecho Procesal: (Lima, Peru, 2023). Lima: Palestra, 2023. p. 187-204. Disponível em: https://www.academia.edu/115183321/The_Articulation_of_the_Functions_of_the_State_in_the_Proper_Conduct_of_Structural_Reforms. Acesso em: 2 jul. 2024.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

Em outro caso, objeto das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 668 e 669³⁶, foi concedida medida cautelar para vedar a produção e a circulação de campanha publicitária que incentivava o retorno da população às suas atividades normais, minimizando os efeitos da pandemia a partir da veiculação de informações de que se tratava de evento de diminuta gravidade para a saúde e para a vida da população. Pontuou-se que orientações da Organização Mundial de Saúde, do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina, da Sociedade Brasileira de Infectologia, entre outros, assim como a experiência dos demais países, apontavam para a imprescindibilidade de medidas de distanciamento social voltadas à redução da velocidade de contágio e a permitir que o sistema de saúde fosse capaz de progressivamente absorver o quantitativo de pessoas infectadas, devendo incidir os princípios da prevenção e da precaução (artigo 225, Constituição Federal), os quais determinam que, na dúvida (quanto à adoção da medida sanitária), deve prevalecer a escolha que ofereça proteção mais ampla (à saúde). A campanha “O Brasil não pode parar” não foi ao ar, e a ação foi extinta, juntamente com a ADPF 668, que tratava do mesmo tema, por perda de objeto.

No julgamento conjunto das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 690, 691 e 692 enfrentou-se questão referente ao princípio da publicidade dos atos da Administração Pública e ao pleno acesso às informações pela sociedade, decidindo-se pela manutenção da divulgação integral de dados do Ministério da Saúde e do Governo do Distrito Federal, sob o fundamento do risco decorrente da interrupção abrupta da coleta e da divulgação de informações epidemiológicas, imprescindíveis para a análise da série histórica de evolução da pandemia³⁷.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 668/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343042279&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342798642&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 690/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 23 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345952023&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 691/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 23 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345967616&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 692/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 23 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345967617&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

Os casos envolveram, ainda, a análise do conflito entre as medidas de restrição adotadas em razão da covid e a liberdade de culto religioso. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811³⁸ o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, considerou constitucional dispositivo constante em Decreto do Estado de São Paulo (Decreto 65.563/2021) que vedou, excepcional e temporariamente, a realização de cultos, missas e outras cerimônias religiosas por meio de reunião em ambiente físico, a fim de conter a disseminação do vírus. Entendeu-se que a proibição não fere o núcleo essencial da liberdade religiosa, a qual deve passar por um juízo de ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), prevalecendo, no momento, a proteção à vida, direito igualmente fundamental, considerando o risco de contaminação nas atividades religiosas coletivas presenciais. A implementação dessa decisão, contudo, exigiu convencimento e participação de todos os envolvidos.³⁹

5.1 ADPF 709: um processo estrutural

Nos países em desenvolvimento, o processo estrutural ganha relevo diante dos evidentes problemas econômicos e sociais⁴⁰, o que, certamente, explica, em parte, a intensa atividade do Poder Judiciário nesse campo⁴¹, chamado constantemente a resolver casos dessa natureza.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346076605&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

³⁹ O exemplo da atuação do Ministério Público estadual no Espírito Santo é notável. A atuação do MPES foi calçada na escuta ativa em sucessivas audiências públicas e no convencimento, diferentemente da atuação do MPF que buscou sem sucesso as vias judiciais. No caso, a dialeticidade e o reforço do ordenamento jurídico pela criação do consenso e do esclarecimento demonstraram maior efetividade e resolutividade pelo método aucompositivo em um contexto de crise como o da COVID-19. Ver, CHAI, Cassius Guimarães. COURA, Alexandre de Castro. VIEIRA, Marcelo Lemos. Linguagem e intersubjetividade em tempos de Covid-19. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *et al.* (org.). **Ministério Público e justiça multiportas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 103-126.

⁴⁰ CARLOTA UCÍN, María. El rol del juez en el litigio de interés público. **Revista da Faculdade da FMP**, v. 13, n. 2, p. 61-77, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/95>. Acesso em: 2 jul. 2024.

⁴¹ NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 687-702. Disponível em: https://www.academia.edu/44303339/A_Configura%C3%A7%C3%A3o_do_Procedimento_Adequado_aos_Lit%C3%A9gios_Estruturais. Acesso em: 2 jul. 2024.

O processo estrutural envolve a implementação de um estado ideal de coisas, substituindo o estado de desconformidade que caracteriza o problema estrutural.⁴² Referida desorganização pode decorrer ou não de alguma ilicitude, conduta antijurídica. A decisão estrutural adotada visará, portanto, a realização de uma reforma estrutural, ou seja, a reorganização ou a reconstrução de certa organização ou instituição. Assim, é possível, dentro dessa perspectiva estrutural, determinar reformas amplas em estruturas institucionais burocráticas, como, por exemplo, a reforma completa no sistema penitenciário.⁴³ Na Corte brasileira, são ainda exemplos de ações que envolvem questões estruturais o caso *Raposa Serra do Sol* (Ação Popular 3.388/RR), no qual foram apontadas as condições para o usufruto em terras indígenas demarcadas, e a ADPF 709, analisada neste artigo.⁴⁴

O processo estrutural pode iniciar com uma questão individual, muito embora se desenvolva melhor como processo coletivo. Não se limita a questões que envolvam a administração pública, sendo conhecido o exemplo da falência e recuperação de empresas⁴⁵, mas também setores tipicamente privados, como a discriminação racial em supermercadões.⁴⁶

O aspecto procedimental merece atenção, afinal, processo é ordem. Normalmente o processo estrutural realiza-se em um procedimento bifásico, ou seja, em um primeiro

⁴² 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: 2 jul. 2024.

⁴³ Nos EUA, VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional do Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 637-686; no Brasil, 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 3 jul. 2024.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração na Petição 3388/RR**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 10 de setembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315257569&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Acompanhamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 3 jul. 2024, respectivamente.

⁴⁵ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (4. Vara Empresarial). **Processo 0803087-20.2023.8.19.0001**. Juiz: Paulo Assed Estefan. Caso Americanas.

⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (16. Vara Cível de Porto Alegre). **Processo 5105506-17.2020.8.21.0001**. Juiz: João Ricardo dos Santos Costa. Caso Carrefour; SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (5. Vara Cível de Limeira). **Ação Civil Pública 1009099-55.2021.8.26.0320**. Juiz: Flávio Dassi Vianna. Caso Assai. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpogp/show.do?processo.codigo=8W000AKW70000&processo.foro=320&processo.numero=1009099-55.2021.8.26.0320>. Acesso em: 2 jul. 2024.

momento, define-se e certifica-se o problema; e, em uma segunda etapa, adotam-se medidas para a reestruturação (art. 356, CPC). A segunda etapa, portanto, se dirige à implementação do novo estado de coisas, à meta a ser atingida, buscando-se a efetivação das medidas necessárias ao atingimento do resultado idealizado.

A decisão estrutural, em consequência, é aquela que, partindo da verificação de um estado de não conformidade, estabelece o estado ideal que se pretende concretizar e a forma como se pretende atingir esse resultado. Essa decisão tem conteúdo complexo: em primeiro lugar, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto, assumindo a estrutura deontica de um princípio-norma. Em segundo lugar, estrutura como esse resultado deve ser alcançado, determinando comportamentos que precisam ser observados ou evitados para se chegar ao resultado, assumindo, neste ponto, a estrutura deontica de uma norma-regra.⁴⁷

A decisão parcial de mérito estrutural, além disso, não esgota a função jurisdicional, senão dá início à segunda etapa ou atividade, de implementação de um novo estado de coisas, por exemplo, fixando-se o tempo, o modo de reestruturação e fiscalização, enfim, o regime de transição entre o estado desconforme e o estado almejado.

É válido notar que o problema estrutural, em regra, apresentará vários meios para que se alcance o estado ideal, que estará fixado como meta a ser obtida, na decisão. Ou seja, em razão da complexidade, o problema pode ser resolvido de várias formas. Os próprios sujeitos do processo devem, visando atingir o fim idealizado, atuar cooperativamente no curso do processo.⁴⁸

Não se impede que a própria meta estabelecida seja revista, até que se alcance o estado de coisas ideal, valendo-se, por exemplo, dos artigos 493, 516, §1º, e 139, inciso IV, todos do Código de Processo Civil; das medidas executivas atípicas, como as *claims resolution facilities* (delegação de atividades executivas para entidades de infraestrutura específicas, que podem ser constituídas por convenção processual ou por delegação de funções jurisdicionais); da forma dialética na efetivação da decisão estrutural, entre outras providências.

⁴⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.

⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.

Considerando a variância do tipo de disputa estrutural, é impossível estipular previamente os circuitos procedimentais adequados para o desenvolvimento do processo estrutural. Como resultado, deve haver alguma flexibilidade intrínseca ao procedimento pelo qual o processo estrutural é desenvolvido, permitindo-se certas adaptações de acordo com o objeto da ação, o que pode ser alcançado pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como aquelas que se relacionam com a atipicidade dos meios de prova, das medidas executivas e dos instrumentos de cooperação judiciária e de outros atores do sistema de justiça (artigos 369; 516, §1º, e 139, inciso IV; e 69, todos CPC, respectivamente), visando assegurar que as providências para a efetivação do estado ideal de coisas sejam cumpridas. Com efeito, o processo estrutural se desenvolve em um procedimento marcado pela flexibilidade, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso⁴⁹ e de utilização de mecanismos de cooperação judiciária.

No tocante à ADPF 709, verifica-se uma situação de ilegalidade contínua e permanente ou uma situação de inconformidade estruturada, é dizer, um problema estrutural decorrente do quadro que descreve os povos indígenas no Brasil, um grupo marcado por violações sociais e históricas. Quanto a isso, há uma situação de inconstitucionalidade que precisa ser reorganizada.

Na ação, o Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar o agravamento da crise pandêmica entre os indígenas, e posteriormente a situação de invasões nas terras indígenas, o que poderia resultar no próprio genocídio do grupo, vem determinando a realização de diversas medidas, como o estabelecimento de barreiras sanitárias bloqueando o acesso aos territórios indígenas para evitar o contato e a contaminação, a constituição de uma “sala de situação”, integrada por representantes dos órgãos governamentais envolvidos, de membros do Ministério Público e da Defensoria Pública⁵⁰, para o monitoramento da questão, assim como a retirada progressiva de invasores das terras indígenas, criando uma infraestrutura operacional para isso.

⁴⁹ Nos processos estruturais uma *postulação móvel*, consistente na flexibilização dos limites da alteração do pedido e da causa de pedir, poderia ser adequada (NUNES, Leonardo Silva. Ensaio sobre a postulação móvel nos processos estruturais. In: VITORELLI, Edilson *et al.* (org.). **Coletivização e unidade do direito**: v. 4. Londrina: Thoth, 2023. p. 518).

⁵⁰ No que diz respeito à Defensoria Pública, houve expresse reconhecimento de que sua atuação ocorre na qualidade de *custos vulnerabilis*, modalidade de intervenção institucional que vem sendo defendida pela doutrina (GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. **Custos vulnerabilis**: a defensoria pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020).

É importante notar que a demanda estrutural geralmente requer mais de uma decisão e sucessões de atos (do tribunal e dos demais participantes, cooperativamente) durante o processo, o que vem se denominando de decisões em cascata⁵¹. Assim, ao longo do processo, muitas novas decisões podem ser adotadas, ajustando-se as medidas de acordo com os resultados que vierem a ser observados ao longo do procedimento.

Note-se, nesse sentido, que, em uma primeira decisão, o ministro relator determinou a criação de barreiras sanitárias, de acordo com o Plano Covid-19 de Enfrentamento e Monitoramento de Povos Indígenas, a ser apresentado pela União Federal, com participação obrigatória dos povos indígenas e instituições vinculadas ao caso, observadas algumas diretrizes traçadas e prazos fixados. Decisões posteriores ora acataram os planos apresentados, ora determinaram sua adequação perante novas informações aportadas ao processo.

Como se verifica, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 envolve um problema estrutural, um processo estrutural e decisões estruturais, com o *plus* da necessidade de observância de um direito dos desastres para o caso.

5.2 Técnicas de condução na ADPF 709

Considerando o ineditismo do problema estrutural de fundo, a ADPF 709 foi e ainda é campo fértil para a implementação de medidas na condução do processo estrutural, algumas delas inovadoras, sem previsão no Código de Processo Civil ou na Lei 9.882/1999 (Lei que disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), o que não impediu que o Ministro Luís Roberto Barroso as efetivasse. Isso porque é da lógica do processo constitucionalizado e do procedimento comum, plástico, moldável e flexível, permitir o *case management* dos casos complexos.⁵²

Sobre as práticas utilizadas, destacam-se: i) a busca incessante pela consensualidade; ii) a diligência na elaboração e revisão de diversas versões de planos colaborativos; iii) o fomento ao diálogo intercultural; iv) a instalação de sala de situação; e v) o recebimento, pelo relator, do pedido de aditamento à inicial como requerimento em “simples petição”.

⁵¹ 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://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decisões%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 2 jul. 2024.

⁵² ZANETI JR., Hermes. O Case Management e as European Rules of Civil Procedure: Uma Análise à Luz da Experiência Brasileira do Código de Processo Civil de 2015. *IUS DICTUM*, v. 7, p. 11-24.

Acerca da consensualidade, durante o processo, a postura do ministro relator foi de, continuamente, “delegar” a solução dos problemas, dos mais complexos aos mais simples, para as partes. Ressalta-se que o incentivo ao exercício da consensualidade é reiterado e contínuo durante o processo, mas, muitas vezes, com a observação ou alerta de que, caso as partes não consigam chegar a ponto comum, o relator tomaria as rédeas da situação. Trata-se, portanto, de um “*estímulo controlado*” à *consensualidade*. O julgador mantém sua posição de garantidor do resultado efetivo.

Sobre os planos colaborativos, a iniciativa de elaboração se deu, sempre, pela União, a quem, em condições normais, incumbiria a elaboração e a realização de políticas públicas, e a parte revisional se deu pelos demais participantes (autores, *Amici Curiae*, MPF, CNJ, DPU, grupo temático, dentre outros). Essa tem sido a abordagem possível na ordem prática, sendo aplicada, sucessivamente, no decurso do processo. Os planos foram também subsidiados por opinião técnica, como a da Fundação Oswaldo Cruz e a da Associação Brasileira de Saúde Coletiva, que passaram a compor grupo temático para emitir notas técnicas e monitorar as medidas neles definidas, funcionando como assessorias técnicas.

A questão do diálogo intercultural é mencionada expressamente – um diálogo entre culturas sem pressupor rótulos simplistas:

estabelecer um diálogo intercultural entre Poder Executivo, Poder Judiciário e povos indígenas, prática que, além de ser determinada por documentos internacionais de que o Brasil é signatário, abre caminho para que os principais afetados pela política pública em questão possam contribuir para seu aperfeiçoamento.

[...]

Há um certo antropocentrismo em que se condicionou achar que os índios são todos iguais, são a mesma coisa. Na verdade, são culturas e tradições diferentes, que têm o direito de vocalizar seus interesses e pretensões.⁵³

O diálogo intercultural, para efeito da ADPF 709, é a efetiva inclusão dos afetados pelo problema estrutural em forma de *participação* pela reforma estrutural

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621000&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.p. 4 e 10.

pretendida. Destaca-se a sensibilidade do ministro relator em reconhecer que a população indígena é heterogênea e que, por essa razão, terá diferentes manifestações e interesses.

Outra prática bem empregada neste caso é a da sala de situação, instrumento utilizado pelo Poder Executivo para monitoramento, controle e discussão de políticas públicas. A medida é utilizada em larga escala pelo Governo Federal, tendo, como exemplo, a sala de situação instituída no contexto da intensa migração venezuelana para o Brasil, entre 2018 e 2020⁵⁴. No âmbito da saúde para as populações indígenas, o Governo Federal regulamentou sala de situação conforme Portaria Conjunta 4.094, de 20 de dezembro de 2018⁵⁵. No caso da ADPF 709, tratando-se de situação urgente e inexistindo regulamentação prévia, foi instalada a sala por decisão judicial, e designada a primeira reunião, também por decisão judicial, para até 72 horas da publicação da decisão.⁵⁶

A postura de adoção da sala de situação foi objeto de estudo pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, em 2022, que catalogou essa experiência como uma boa prática a inspirar situações semelhantes em processos estruturais.⁵⁷

Na ADPF 709, a sala de situação entrou em funcionamento um mês após a propositura da ação, com a realização de reuniões mensais.

Os membros da sala de situação, em março de 2023, eram: i) 4 representantes do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; ii) 4

⁵⁴ Instituída, inicialmente, pelo Comitê Federal de Assistência Emergencial, para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade, decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, conforme Decreto nº 9.286, de 15 de fevereiro de 2018 (BRASIL. Decreto nº 9.286, de 15 de fevereiro de 2018. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9286.htm. Acesso em: 2 jul. 2024); posteriormente, com a revogação do decreto anterior, novamente incluído pelo Decreto nº 10.917, de 2021 (BRASIL. Decreto nº 10.917, de 29 de dezembro de 2021. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10917.htm. Acesso em: 2 jul. 2024).

⁵⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018. Brasília: Ministério da Saúde: FUNAI, 2018. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/gm/2018/poc4094_28_12_2018.html. Acesso em: 13 mar. 2024.

⁵⁶ STF, ADPF 709/DF MC, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 8 jul. 2020.

⁵⁷ Boa Prática n.8. Designação, pelo juízo, de comitê interdisciplinar ou instalação de sala de situação, para acompanhamento, controle jurisdicional de efetividade da fase de implementação em processos estruturais, com participação do órgão jurisdicional na supervisão da atuação dos sujeitos envolvidos (FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Rol de enunciados e repertório de boas práticas processuais do Fórum Permanente de Processualistas – FPPC: Brasília, 2023. Brasília: [s. n.], 2023. Disponível em: <https://bit.ly/48Py5Js>. Acesso em: 8 mar. 2024).

representantes da FUNAI; iii) 5 representantes da SESAI; iv) 3 representantes da APIB; v) 1 representante do Ministério da Defesa; vi) 2 representantes da AGU; vii) 1 representante do MPF; viii) 1 representante da DPU; ix) 1 representante do CNJ; x) 1 representante da Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira; e xi) 1 representante do Observatório dos Direitos Humanos dos povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.⁵⁸

Finalmente, extrai-se desse processo a interessante providência, adotada pelo ministro relator, de receber o pedido de aditamento à inicial como requerimento em “simples petição”, prática que marca o caráter flexível e adaptativo desse processo estrutural.

Ocorre que, no âmbito da ADPF 709, a entidade autora veiculou, no curso da elaboração da quarta versão do Plano Geral, pedido de aditamento à inicial, por meio da qual postulou a inclusão dos povos indígenas aldeados localizados em terras não homologadas e daqueles residentes em áreas urbanas como população prioritária para o recebimento da vacina, nas mesmas condições que os demais povos indígenas, dado que o Plano Nacional de Vacinação não os teria contemplado.⁵⁹

A União se opôs ao pedido, ao fundamento de que a matéria deveria ser objeto de ação autônoma. Nada obstante, o pedido de aditamento à inicial foi recebido pelo ministro relator como requerimento em “simples petição”. Segundo afirmou na decisão, sequer seria o caso de postular aditamento à inicial, uma vez que um dos objetos da ação é a elaboração de um Plano Geral de Enfrentamento à Covid-19, contendo medidas concretas e articuladas de enfrentamento à pandemia.⁶⁰

⁵⁸ Conforme ata de reunião da Sala de Situação Nacional do dia 31/3/2023 (ID.2460), inserida no processo da ADPF 709, Rel. Min. Roberto Barroso (BRASIL. Presidência da República. Gabinete de Segurança Institucional. Ata de reunião ADPF-709: Sala de Situação Nacional: reunião (videoconferência): 31 de março de 2023. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 31 de março de 2023. Peça 2460. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766804927&prcID=5952986#>. Acesso em: 3 jul. 2024).

⁵⁹ Petição de ID.742, do dia 28/01/2021, juntada ao processo da ADPF 709, Rel. Min. Roberto Barroso (ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. [Aditamento à inicial - Petição: 5034 Data: 28/01/2021, às 13:09:17]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de janeiro de 2021. Peça 742. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754903872&prcID=5952986#>. Acesso em: 3 jul. 2024).

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 16 de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345930413&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024

Partindo-se das premissas de que o litígio estrutural “é fluido, mutável e vai se desenvolver no presente e no futuro”⁶¹, e que, por isso, o processo estrutural deve ser flexível, já se vem admitindo uma substanciação mais tênue dos fatos na petição inicial⁶². Assim, observado o contraditório e a boa-fé, deve-se admitir uma postulação móvel nos processos estruturais, que viabilize a alteração dos elementos objetivos da demanda⁶³, dispensando-se a formalidade do “aditamento da inicial”.

Em síntese, este exemplo demonstra que, em processos estruturais, desde que decorram do conjunto da postulação (fato-base), alterações do pedido consistentes em especificações das medidas estruturantes não caracterizam aditamento à petição inicial, devendo ser recebidas pelo juiz como requerimento em simples petição, observado o contraditório e a boa-fé.

Ainda que possa encontrar resistências entre os puristas do formalismo processual, atrelados a um cientificismo estéril que já não mais se justifica, o bom uso dessa técnica viabiliza, quando necessária, a superação dos limites estabelecidos pelo regime processual civil em vigor para a alteração objetiva da demanda, em prol da tutela dos direitos.

6. Conclusão

Diante da crise multifatorial, como a provocada pela pandemia de covid-19, as instituições judiciais mantiveram a estabilidade do Direito, encontrando soluções adequadas para a emergência.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709 demonstrou a aplicação eficaz de técnicas processuais inovadoras para a proteção de grupos hipervulneráveis durante a pandemia de covid-19. Essas técnicas incluíram a implementação de barreiras sanitárias, a criação de uma sala de situação para monitoramento contínuo e a retirada de invasores das terras indígenas. Essas medidas não apenas atenderam às necessidades imediatas das populações indígenas, mas também estabeleceram um precedente importante para o uso de métodos processuais adequados e inovadores em litígios estruturais.

⁶¹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 259.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial 1583430/RS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 23 de agosto de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600382428&dt_publicacao=23/09/2022. Acesso em: 2 jul. 2024.

⁶³ NUNES, Leonardo Silva. Ensaio sobre a postulação móvel nos processos estruturais.

O processo estrutural foi essencial na abordagem da situação contínua de não conformidade concernente às invasões em terras indígenas. A metodologia do processo estrutural, que envolve uma fase de diagnóstico do problema seguida pela implementação de medidas corretivas, é considerada a mais eficaz na adequação às necessidades específicas dos casos, em especial em situações complexas e multiculturais que envolveram os povos indígenas. Esta abordagem é mais dinâmica e adaptável, permitindo enfrentar de forma mais eficiente as complexidades do caso.

O estudo destacou a importância do diálogo intercultural entre o Poder Executivo, a sociedade civil, o Poder Judiciário e os povos indígenas. A participação ativa das comunidades indígenas no processo decisório facilitou a implementação de políticas mais adequadas às suas necessidades e reforçou o respeito à diversidade cultural e às diferentes tradições. Esse diálogo é crucial para garantir que as medidas tomadas sejam culturalmente sensíveis e efetivas.

A promoção da consensualidade foi outro aspecto crucial da ADPF 709. A postura do ministro relator de incentivar as partes a colaborarem na elaboração e na revisão de planos foi fundamental para o sucesso das medidas implementadas. Esses planos colaborativos, apoiados por opiniões técnicas de instituições renomadas como a Fundação Oswaldo Cruz e a Associação Brasileira de Saúde Coletiva, garantiram uma abordagem informada e baseada em evidências. A inovação consiste em aportar ao processo de tomada de decisão a opinião de *experts* e documentos capazes de reduzir a ausência de capacidades institucionais.

A flexibilidade processual demonstrada ao longo da ADPF 709 foi vital para ajustar as medidas conforme novas informações surgiam e as necessidades evoluíam. As decisões em cascata, que permitiram ajustes contínuos e sucessivos, asseguraram que as respostas fossem mais flexíveis e eficazes, atendendo às mudanças dinâmicas do contexto pandêmico e das necessidades das populações indígenas.

Além disso, as ações contínuas para a remoção de invasores e a proteção das terras indígenas contribuíram significativamente para aumentar a segurança e o bem-estar dessas populações. Os resultados práticos dessas medidas atestam a eficácia das técnicas processuais inovadoras aplicadas, ainda que as questões sejam extremamente complexas e exijam contínuo acompanhamento e manutenção para a implementação definitiva e permanente.

Por fim, as práticas e técnicas desenvolvidas na ADPF 709 estabelecem um legado importante para futuros litígios estruturais e situações de crise. A experiência adquirida pode ser aplicada em outros contextos de desastres e crises, promovendo a

proteção dos direitos de grupos vulneráveis de maneira mais eficaz e humanitária. A ADPF 709 serve, assim, como um modelo de boas práticas, cujas lições podem ser extrapoladas para uma variedade de situações complexas e desafiadoras, contribuindo para a evolução do direito processual e a proteção dos direitos humanos.

Referências

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: 2 jul. 2024.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. [Emergência indígena: panorama geral da Covid-19]. [S. l.]: APIB, [2024]. Disponível em: https://emergenciaindigena.apiboficial.org/dados_covid19/. Acesso: em 3 jul. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993.

CARLOTA UCÍN, María. El rol del juez en el litigio de interés público. **Revista da Faculdade da FMP**, v. 13, n. 2, p. 61-77, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/95>. Acesso em: 2 jul. 2024.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CARVALHO, Délton Winter; DAMACENA, Fernanda. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Desastres climáticos e conflitos coletivos complexos. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Desastres socioambientais e mudanças climáticas**: aspectos doutrinários. 2. ed. Brasília: CNMP, 2024. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2024/mudancas-climaticas.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

CHAI, Cássius Guimarães; COURA, Alexandre de Castro; VIEIRA, Marcelo Lemos. Linguagem e intersubjetividade em tempos de Covid-19. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *et al.* (org.). **Ministério Público e justiça multiportas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 103-126.

CONSELHO DA EUROPA. European Commission for the Efficiency of Justice. **CEPEJ Declaration: lessons learnt and challenges faced by the Judiciary during and after the Covid-19 pandemic**. Disponível em: <https://rm.coe.int/declaration-en/16809eale2>. Acesso em: 8 jul. 2020.

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. **Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**: (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador). Madrid: Cyan Proyectos Editoriales, 2019. Versión actualizada 2018. Disponível em: https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/02/Reglas-brasilia_web.pdf. Acesso em: 5 mar. 2024.

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: 2 jul. 2024.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEIXOTO, Ravi. Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da Covid-19. **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**, v. 30, n. 118, p. 215-227, abr./jun. 2022. Disponível em: https://www.academia.edu/85012413/Precedentes_em_tempos_de_crise_uma_an%C3%A1lise_a_partir_da_situa%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_enfrentamento_da_COVID_19. Acesso em: 2 jul. 2024.

FARBER, Daniel A. *et al.* **Disaster law and policy**. Frederick, MD: Aspen Publishers, 2010.

FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton Winter de (org.). **Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas**. 2. ed. Curitiba: Prismas: Appris, 2019.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Translated by Joel Golb, James Ingram, and Christiane Wilke. London: Verso, 2003.

FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Rol de enunciados e repertório de boas práticas processuais do Fórum Permanente de Processualistas – FPPC**: Brasília, 2023. Brasília: [s. n.], 2023. Disponível em: <https://bit.ly/48Py5Js>. Acesso em: 8 mar. 2024.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Ação popular, acesso à justiça e vulnerabilidade**: antigas e novas perspectivas. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos**: teoria e prática. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. **Custos vulnerabilis**: a defensoria pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Indígenas: gráficos e tabelas: população residente, segundo a situação do domicílio e condição de indígena – Brasil 1991/2010. **IBGE**, [2024]. Aqui você encontra informações sobre a distribuição da população autodeclarada indígena no território brasileiro, com base nos resultados censitários. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>. Acesso em: 18 abr. 2021.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Temas de direito processual civil; 5).

LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. A pandemia da Covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 21, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54209>. Acesso em: 16 out. 2020.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR., Hermes. Covid-19 e tutela jurisdicional: a doutrina dos processos estruturais como método e o dever processual de diálogo como limite. **Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 14, n. 42, p. 555-676, jan./jun. 2020. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5796633/mod_resource/content/1/Covid-19%20e%20tutela%20jurisdicional%20-%20a%20doutrina%20dos%20processos%20estruturais%20como%20método%20e%20o%20dever%20processual%20de%20diálogo%20como%20limite.pdf. Acesso em: 2 jul. 2024.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; XAVIER, José Tadeu Neves. Covid-19 enquanto desastre ambiental antropogênico com reflexos na judicialização do direito à saúde: a consolidação do direito processual dos desastres no Brasil. *In*: CALGARO, Cleide (org.). **Constitucionalismo e meio ambiente**: tomo 4: diretrizes de políticas públicas socioambientais. Porto Alegre: Fi, 2021. Disponível em: <https://www.aljba.org.br/wp-content/uploads/2021/02/Constitucionalismo-e-Meio-Ambiente-Tomo-IV.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 687-702. Disponível em: https://www.academia.edu/44303339/A_Configura%C3%A7%C3%A3o_do_Procedimento_Adequado_aos_Lit%C3%ADgios_Estruturais. Acesso em: 2 jul. 2024.

NUNES, Leonardo Silva. Ensaio sobre a postulação móvel nos processos estruturais. *In*: VITORELLI, Edilson *et al.* (org.). **Coletivização e unidade do direito**: v. 4. Londrina: Thoth, 2023. p. 509-519. Disponível em: https://www.academia.edu/106914689/Ensaio_Sobre_a_Postula%C3%A7%C3%A3o_M%C3%B3vel_nos_Processos_Estruturais. Acesso em: 2 jul. 2024.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva. O Caso Mariana: uma análise dos acordos homologados à luz do litígio estrutural e do regime processual civil em vigor. *In*: SOARES, Carlos Henrique; NUNES, Leonardo Silva; ÁVILA, Luiz Augusto de Lima (org.). **Direito em tempos de crise**: soluções processuais adequadas para a tutela de direitos coletivos e individuais. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 371-391. Disponível em: https://www.academia.edu/45570479/O_Caso_Mariana_uma_an%C3%A1lise_dos_acordos_homologados_%C3%A0_luz_do_lit%C3%ADgio_estrutural_e_do_regime_processual_em_vigor. Acesso em: 2 jul. 2024.

NUNES, Leonardo Silva. The articulation of the functions of the state in the proper conduct of structural reforms. *In*: BUSTAMANTE RÚA, Mónica; ALFARO VALVERDE, Luis (coord.). **Independencia judicial en el Tercer Milenio**: call for papers del XVII Congreso Mundial de Derecho Procesal: (Lima, Peru, 2023). Lima: Palestra, 2023. p. 187-204. Disponível em: https://www.academia.edu/115183321/The_Articulation_of_the_Functions_of_the_State_in_the_Proper_Conduct_of_Structural_Reforms. Acesso em: 2 jul. 2024.

PAINEL de ações Covid-19. **STF Supremo Tribunal Federal**, 1 jul. 2024. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_COVID19/index.html. Acesso em: 2 jul. 2024.

PAINEL divulga ações judiciais sobre novo coronavírus. **CNJ Conselho Nacional de Justiça**, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/painel-divulga-coes-judiciais-sobre-novo-coronavirus/>. Acesso em: 31 maio 2024.

SCHENKEL, Carolina Trentini. Covid-19, direito dos desastres e direito processual dos desastres: os processos coletivo e estrutural como propostas para o enfrentamento da pandemia. **Revista dos Tribunais**, v. 110, n. 1034, p. 85-103, dez. 2021.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional do Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021. p. 637-686.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 3. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ativismo da lei e da Constituição nas tutelas coletivas brasileiras: processos estruturais, processos complexos e litígios de difusão irradiada. *In*: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga Costa; GOMES, Magno Federici (org.). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 407-428. Disponível em: https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_e91da806a71e468b8ca6df420dd464e6.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O case management e as European rules of civil procedure: uma análise à luz da experiência brasileira do Código de processo civil de 2015. **Ius Dictum**: teoria geral da adjudicação, v. 7, p. 11-24, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://iusdictum.com/wp-content/uploads/2022/11/ID.0-7-compactado.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Comentários ao Código de processo civil**: volume XIV (arts. 824 ao 925). Luiz Guilherme Marinoni, diretor. Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, coordenadores. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: do problema ao precedente: da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Jurisprudência citada

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL *et al.* [Petição nº 49818, 29 de junho de 2020, às 20:45:29]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 1 de julho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753150332&prcID=5952986#>. Acesso em: 3 jul. 2024.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. [Aditamento à inicial - Petição: 5034 Data: 28/01/2021, às 13:09:17]. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de janeiro de 2021. Peça 742. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754903872&prcID=5952986#>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Gabinete de Segurança Institucional. Ata de reunião ADPF-709: Sala de Situação Nacional: reunião (videoconferência): 31 de março de 2023. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 31 de março de 2023. Peça 2460. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766804927&prcID=5952986#>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial 1583430/RS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 23 de agosto de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600382428&dt_publicacao=23/09/2022. Acesso em: 2 jul. 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 3 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 668/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343042279&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Acompanhamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração na Petição 3388/RR**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 10 de setembro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315257569&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 669/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342798642&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de julho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 16 de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345930413&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346076605&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6343/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 6 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344984917&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 690/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 23 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345952023&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 691/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 23 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345967616&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 692/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 23 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345967617&ext=.pdf>. Acesso em: 2 jul. 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, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621000&ext=.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (4. Vara Empresarial do Rio de Janeiro, RJ). **Processo 0803087-20.2023.8.19.0001**. Juiz: Paulo Assed Estefan. Caso Americanas.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (16. Vara Cível de Porto Alegre). **Processo 5105506-17.2020.8.21.0001**. Juiz: João Ricardo dos Santos Costa. Caso Carrefour.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (5. Vara Cível de Limeira). **Ação Civil Pública 1009099-55.2021.8.26.0320**. Juiz: Flávio Dassi Vianna. Caso Assaí. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=8W000AKW70000&processo.foro=320&processo.numero=1009099-55.2021.8.26.0320>. Acesso em: 2 jul. 2024.

Legislação citada

BRASIL. **Decreto nº 9.286, de 15 de fevereiro de 2018.** Define a composição, as competências e as normas de funcionamento do Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9286.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 10.917, de 29 de dezembro de 2021.** Dispõe sobre o Comitê Federal de Assistência Emergencial. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10917.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018.** Define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos povos indígenas isolados e de recente contato. Brasília: Ministério da Saúde: FUNAI, 2018. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/poc4094_28_12_2018.html. Acesso em: 13 mar. 2024.



Tema de repercussão geral 698: processo estrutural e estratégias adotadas¹⁻²

General repercussion theme 698: structural process and adopted strategies

Tema de repercusión general 698: proceso estructural y estrategias adoptadas

Marcos Rolim da Silva³

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7690-8598>

E-mail: marcosrolims@usp.br

Susana Henriques da Costa⁴

Universidade de São Paulo (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0850-3609>

E-mail: suscosta@usp.br

¹ SILVA, Marcos Rolim da; COSTA, Susana Henriques da. Tema de repercussão geral 698: processo estrutural e estratégias adotadas. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 337-368, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a338>.

² Os autores, em especial o primeiro, agradecem ao Prof. Rogério Bastos Arantes – a quem foi apresentada uma versão preliminar deste artigo no âmbito da disciplina “Constitucionalismo e Democracia em Perspectiva Comparada”, ministrada no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo –, que contribuiu com algumas das principais ideias deste artigo.

³ Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Integrante do Grupo de Pesquisa “Acesso à Justiça e Litigância Repetitiva”, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação da Prof^a Susana Henriques da Costa e do Prof. Carlos Alberto de Salles. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP e do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado.

⁴ Professora Doutora em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora visitante no Global Legal Studies Center da University of Wisconsin – Madison Law School, na Università degli Studi di Firenze, Queen Mary University (London) e na University College of London. Atualmente é Promotora de Justiça e Secretária Especial Cível e de Tutela Coletiva do Ministério Público do Estado de São Paulo. É membro do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Rede de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo (PROCNET) e da Law and Society Association. É atuante na causa das mulheres na ciência. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8381569332022183>.

Resumo

Este artigo tem o objetivo de analisar o julgamento do RE 684.612/RJ, representativo do Tema de Repercussão Geral nº 698, sob os pontos de vista do seu conteúdo e possíveis implicações para o controle judicial de políticas públicas, sobretudo os processos estruturais; e dos posicionamentos e estratégias dos atores relevantes no conflito subjacente ao caso judicial. Para essa investigação, realizou-se estudo de caso da ação civil pública que levou à interposição do RE 684.612, fundamentada na precariedade do atendimento no Hospital Municipal Salgado Filho, no Rio de Janeiro. Ao final, a partir da análise da dinâmica do julgamento no STF, concluiu-se que a tese prevalecente, segundo a qual cabe ao Judiciário estabelecer finalidades ao administrador público, podendo este definir como as atingirá, pode ter sido influenciada pela multiplicidade de interesses subjacentes ao conflito concreto. Ademais, percebeu-se o comportamento estratégico dos ministros do STF, através de sinalizações e controle de agenda.

Palavras-chave

Controle judicial de políticas públicas; processo estrutural; Tema nº 698; RE 684.612/RJ; controle de agenda.

Sumário

1. Introdução. 2. Estudo de caso: a ação civil pública do Hospital Municipal Salgado Filho e o julgamento do RE 684.612/RJ. 2.1 Notas metodológicas. 2.2 O objeto da ação civil pública e o contexto no qual ela se insere. 2.3 O trâmite do RE 684.612/RJ no STF. 2.4 O julgamento do RE 684.612/RJ. 3. Comentários ao julgamento do RE 684.612/RJ. 3.1 Considerações sobre o conteúdo da decisão. 3.2 Considerações sobre as estratégias e comportamentos dos ministros. 4. Conclusão.

Abstract

This article aims to analyze the judgment of RE 684.612/RJ, representative of General Repercussion Theme No. 698, from the perspectives of its content and possible implications for judicial control of public policies, especially structural processes; and the positions and strategies of relevant actors in the underlying conflict of the judicial case. For this investigation, a case study of the public civil action that led to the filing of RE 684.612 was conducted, based on the precariousness of the service at the Salgado Filho Municipal Hospital in Rio de Janeiro. In conclusion, based on the analysis of the dynamics of the judgment in the Supreme Federal Court (STF), it was concluded that the prevailing thesis, according to which it is up to the Judiciary to establish purposes for the public administrator, who may then define how to achieve them, may have been influenced by the

multiplicity of interests underlying the concrete conflict. Furthermore, the strategic behavior of the STF ministers was observed through signaling and agenda control.

Keywords

Judicial control of public policies; structural process; Theme No. 698; RE 684.612/RJ; agenda control.

Contents

1. Introduction. 2. Case Study: the public civil action of the Salgado Filho Municipal Hospital and the judgment of RE 684.612/RJ. 2.1 Methodological Notes. 2.2 The object of the public civil action and the context in which it fits. 2.3 The procedure of RE 684.612/RJ in the STF. 2.4 The Judgment of RE 684.612/RJ. 3. Comments on the judgment of RE 684.612/RJ. 3.1 Considerations on the content of the decision. 3.2 Considerations on the strategies and behaviors of the ministers. 4. Conclusion.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo analizar el fallo del RE 684.612/RJ, representativo del Tema de Repercusión General n.º 698, desde los puntos de vista de su contenido y las posibles implicaciones para el control judicial de políticas públicas, especialmente los procesos estructurales; así como las posturas y estrategias de los actores relevantes en el conflicto subyacente al caso judicial. Para esta investigación, se llevó a cabo un estudio de caso de la acción civil pública que dio lugar a la interposición del RE 684.612, basada en la precariedad de la atención en el Hospital Municipal Salgado Filho, en Río de Janeiro. Al final, a partir del análisis de la dinámica del fallo en el STF, se concluyó que la tesis prevalente, según la cual corresponde al Poder Judicial establecer los objetivos del administrador público, quien puede determinar cómo alcanzarlos, podría haber sido influenciada por la multiplicidad de intereses subyacentes al conflicto concreto. Además, se observó el comportamiento estratégico de los ministros del STF a través de señales y control de agenda.

Palabras clave

Control judicial de políticas públicas; proceso estructural; Tema No. 698; RE 684.612/RJ; control de agenda.

Índice

1. Introducción. 2. Estudio de caso: la acción civil pública del Hospital Municipal Salgado Filho y el juicio del RE 684.612/RJ. 2.1 Notas Metodológicas. 2.2 El objeto de la acción civil pública y el contexto en el que se inscribe. 2.3 El trámite del RE 684.612/RJ en el STF. 2.4 El juicio del RE 684.612/RJ. 3. Comentarios sobre

el fallo del RE 684.612. 3.1 Consideraciones sobre el contenido de la decisión.
3.2 Consideraciones sobre las estrategias y comportamientos de los ministros.
4. Conclusión.

1. Introdução

A litigância de interesse público lida com problemas que desafiam a configuração tradicional de resolução de conflitos, com base na qual foram construídos os métodos de exercício da jurisdição para casos privados. Como anotava Abram Chayes, a partir da observação da realidade dos conflitos de interesse público levados às cortes federais dos Estados Unidos, até meados da década de 70, os processos judiciais já não mais surgiam “das disputas entre partes privadas acerca de direitos privados. Em vez disso, o objeto da litigância é a defesa de políticas constitucionais ou legais”⁵.

Mas qual deve ser a postura do Poder Judiciário quando a defesa das políticas definidas na lei e/ou na Constituição esbarra na própria estrutura das instituições e organizações públicas? Essa é a questão principal que motiva os estudos de processo civil voltados à investigação do chamado processo estrutural, que é “um processo coletivo no qual 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 estrutural”⁶.

É tema central, nos estudos sobre as características do processo estrutural, o modo com que a autoridade judicial deve atuar na reorganização do agir de uma instituição. Partindo-se da premissa de que o “objetivo de uma execução estrutural é implementar uma decisão de reorganização do comportamento institucional que causa, permite, fomenta ou perpetua o ilícito, como forma de evitar que seus resultados se repitam, no futuro”⁷, é recorrente a proposta de que a intervenção judicial não

⁵ CHAYES, Abram. The role of the judge in the public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1284, May 1976. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/7756378/mod_resource/content/2/ART-Chayes-Adjudication.pdf. Acesso em: 19 jun. 2024., tradução livre. No original: “Perhaps the dominating characteristic of modern federal litigation is that lawsuits do not arise out of disputes between private parties about private rights. Instead, the object of litigation is the vindication of constitutional or statutory policies.”.

⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 60.

⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 74. A necessidade de redefinição das estruturas das organizações exige, segundo Owen Fiss, que as medidas a serem implementadas se prolonguem indefinidamente: “Por outro lado, a fase de execução no processo judicial estrutural está muito longe de ser esporádica. Ela tem um

deve ocorrer mediante o estabelecimento de medidas específicas – as quais podem se mostrar anacrônicas, ao longo do tempo, ou mesmo inadequadas –, mas, sim, através do estabelecimento de metas a serem perseguidas pelo administrador público⁸.

Em um aparente encontro entre teoria e prática, o Supremo Tribunal Federal finalizou, em 17.11.2023⁹, o julgamento do Recurso Extraordinário 684.612/RJ¹⁰, representativo do Tema de Repercussão Geral nº 698, que tinha por objetivo definir os “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.”¹¹, em que definiu as seguintes teses:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar

começo, talvez um meio, porém não tem fim – bem, quase não tem fim. Envolve uma relação longa e contínua entre o juiz e a instituição; não se refere à implementação de uma medida judicial já concedida, mas à concessão ou forma da medida. A tarefa não é declarar quem está certo ou errado, nem calcular o total de danos ou proferir uma decisão destinada a fazer com que um ato isolado deixe de ser praticado. A tarefa consiste na eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais. [...] Consequentemente, a medida judicial envolve a corte em nada menos que a reorganização de uma instituição existente, de forma a remover a ameaça que ela representa para os valores constitucionais. A jurisdição da corte durará enquanto a ameaça persistir.” (FISS, Owen M. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen M. **Direito como razão pública**: processo, jurisdição e sociedade. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles. 2. ed., rev., atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 51-52).

⁸VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. p. 241.

⁹O julgamento do recurso extraordinário em si foi encerrado em sessão virtual finalizada em 30.06.2023. O acórdão, porém, teve seu trânsito em julgado postergado em virtude de recurso de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que acabou por ser rejeitado, no que se seguiu o trânsito em julgado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário 684612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 2 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2024).

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359836904&ext=.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024.

¹¹BRASIL. 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. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Acesso em: 19 jun. 2024.

à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.

3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

A primeira tese, em uma leitura preliminar, pode soar como mera reprodução da jurisprudência que já se consolidara no âmbito do STF, a qual admitia a imposição, pelo Poder Judiciário, de prestações positivas ao Poder Executivo, quando constatada sua omissão ou deficiência no cumprimento de política pública, a despeito de eventuais impactos orçamentários.

A segunda, por outro lado, inova ao prescrever um modo de atuação à autoridade judicial, no controle de políticas públicas, consistente em restringir a intervenção ao estabelecimento de finalidades, rechaçando-se a propositura de medidas pontuais pela própria autoridade judicial. Ademais, ela determina que a administração pública deverá apresentar planos e/ou meios para a persecução dos objetivos postos judicialmente.

Ao fundamentar esse posicionamento, o voto condutor do acórdão, proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, inspira-se de modo explícito em textos acerca das características que a atuação judicial deve assumir em contextos de litígio estrutural¹².

A terceira tese, ao seu turno, é mais adstrita às políticas públicas voltadas à saúde (e, sobretudo, ao caso concreto que levou à afetação do Tema de Repercussão Geral). Através dela, o STF admitiu que eventuais deficiências de pessoal poderiam ser supridas não apenas mediante concurso público, como também pelo remanejamento de recursos e contratação de organizações sociais (OSs) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).

O foco deste trabalho será, sobretudo, a segunda tese, tendo em vista seu potencial de alteração da dinâmica entre Poderes, a partir do controle judicial de políticas públicas, porquanto ela contrasta com posicionamentos anteriores que ora admitiam

¹² Em específico, são citados os textos de 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. 45-81, maio 2020. e ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

a prescrição de medidas específicas, inclusive com possibilidade de impacto orçamentário – caso da decisão do Min. Celso de Mello na ADPF 45/DF MC, frequentemente citada pelos próprios ministros do STF como um dos casos representativos da jurisprudência da Corte sobre o tema¹³ –, ora vedavam, por completo, a intervenção do Judiciário sobre a esfera de discricionariedade do administrador.

Mas, para além dos argumentos estritamente jurídicos discutidos no julgamento do RE 684.612/RJ, o que levou o STF a decidir dessa forma? Afinal, contrapondo-se a uma perspectiva otimista, segundo a qual a Constituição de 1988 teria permitido uma crescente judicialização da política, através da criação de uma “comunidade de intérpretes”¹⁴, encontra-se uma posição mais realista sobre o papel e as motivações dos sujeitos que atuam perante o STF na busca de uma interpretação constitucional uniforme, pautada pela defesa de interesses particularistas.

Assim, segundo essa perspectiva mais realista, “o papel exercido pelo STF tem sido antes de tudo complexo, atravessado pelo jogo e pela interação estratégica de atores políticos e institucionais”¹⁵, quais sejam, partidos políticos, governadores e assembleias legislativas de estados, corporações, Ministério Público e OAB, o que levaria o STF a lidar com o que Rogério Arantes denomina de “uma pletera de particularismos organizados”¹⁶.

Contudo, não apenas esses atores agiriam estrategicamente. Segundo Oscar Vilhena Vieira, o STF, crescentemente, expandiria os limites de sua atuação¹⁷. Ainda, segundo Diego Werneck Arguelhes e Leandro Ribeiro, seus membros, individualmente, também atuariam estrategicamente para fazer prevalecer seus posicionamentos¹⁸.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&numProcesso=45>. Acesso em: 18 jun. 2024.

¹⁴ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47.

¹⁵ ARANTES, Rogério Bastos. Cortes constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 203.

¹⁶ ARANTES, Rogério Bastos. Cortes constitucionais. p. 204-205.

¹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35159>. Acesso em: 19 jun. 2024.

¹⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDwPwRwSKzRGsyVY9zPSCP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 jun. 2024.

Tendo essa premissa em conta, pergunta-se: o que levaria o STF a, aparentemente, limitar a sua capacidade de intervir sobre outros poderes? Seria apenas por uma influência da doutrina jurídica sobre processos estruturais ou por uma necessidade prática e/ou política?

O presente artigo tem, assim, como objetivo, analisar o julgamento do RE 684.612/RJ sob dois ângulos distintos: a partir de seu conteúdo, e o que ele representa para o controle judicial de políticas públicas; e do ponto de vista do comportamento dos atores relevantes e dos ministros do STF.

A fim de se investigar tal questão, será apresentado, abaixo, estudo de caso sobre a controvérsia jurídica que culminou no julgamento do RE 684.612/RJ.

2. Estudo de caso: a ação civil pública do Hospital Municipal Salgado Filho e o julgamento do RE 684.612/RJ

2.1 Notas metodológicas

Adotou-se a metodologia do estudo de caso em virtude da relevância na investigação do contexto e das circunstâncias que levaram à definição da Tese de Repercussão Geral nº 698, no julgamento do RE 684.612/RJ. Assim, o que se busca é o “conhecimento pleno e profundo das particularidades do evento estudado – o caso –, revelando seus mecanismos e circunstâncias, bem como os efeitos dos contextos sobre os seus elementos”¹⁹.

Ainda, a metodologia de estudo de caso se justifica por se ter como foco um litígio que dura mais de 20 anos, não se mostrando evidente se existe um fio condutor que induziu ao seu resultado final ou se, por outro lado, um conjunto complexo de variáveis teria contribuído para a forma com que o STF agiu, ao julgar o RE 684.612/RJ.

¹⁹ GOMES NETO, José Mário Wanderley; ALBUQUERQUE, Rodrigo Barros de; SILVA, Renan Francelino da. **Estudo de caso**: manual para a pesquisa empírica qualitativa. Petrópolis: Vozes, 2024. p. 41. Importante notar que se encontra implícita na escolha da metodologia do estudo de caso a abdicação do potencial generalizante dos achados e inferências realizadas na pesquisa: “Se, por um lado, há perdas informacionais quanto à capacidade generalizante das inferências e das explicações causais, por outro, há notáveis ganhos quanto à explicação profunda e detalhada do fenômeno estudado, via caso ou conjunto de casos.” (GOMES NETO, José Mário Wanderley; ALBUQUERQUE, Rodrigo Barros de; SILVA, Renan Francelino da. **Estudo de caso**: manual para a pesquisa empírica qualitativa. p. 34).

Optou-se, assim, por um método de “investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo em profundidade e em seu contexto de vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente evidentes”²⁰.

Para a condução do estudo de caso, realizou-se a leitura da integralidade dos autos da Ação Civil Pública nº 0048233-21.2003.8.19.0001 (disponíveis no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através de sua consulta processual²¹), os quais incluem cópia do Inquérito Civil nº 635/2002; e da íntegra das peças processuais do RE 684.612 (disponíveis no *site* do STF²²), privilegiando-se a identificação do posicionamento institucional dos atores envolvidos (sobretudo, Município do Rio de Janeiro, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ) e autoridades judiciais).

Também, realizou-se pesquisa, pela internet, de notícias e documentos que pudessem auxiliar na contextualização do ambiente no qual foi ajuizada a ação civil pública pelo MPRJ²³, assim como das outras ações coletivas ajuizadas no período, a respeito de outros hospitais municipais da cidade do Rio de Janeiro (sobretudo através da busca de jurisprudência e da consulta processual existentes no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e da busca de processos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).

2.2 O objeto da ação civil pública e o contexto no qual ela se insere

Em 30.04.2003, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública contra o Município do Rio de Janeiro (Proc. nº 0048233-21.2003.8.19.0001), alegando a existência de problemas de estrutura e

²⁰ YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Tradução: Ana Thorell. 4. ed., reimpr. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 39.

²¹ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (7ª Vara de Fazenda Pública). **Ação Civil Pública 0048233-21.2003.8.19.0001 (2003.001.049177-0)**. Consulta processual disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 19 fev. 2024.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Peças processuais. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4237089>. Acesso em: 19 fev. 2024.

²³ A pesquisa na internet foi realizada através da busca de notícias na ferramenta de busca do *site* Google, utilizando-se as palavras-chave “Hospital Municipal Salgado Filho”, “Hospital Salgado Filho” e “Ação Civil Pública”, entre os dias 15.11.2023 e 05.12.2023. Buscaram-se, assim, menções à ação civil pública que levou à interposição do RE 684.612.

atendimento identificados no Hospital Municipal Salgado Filho, administrado pela Municipalidade, os quais resultariam na violação a direitos fundamentais da população da cidade que necessitava do serviço público de saúde.

Segundo o alegado pelo MPRJ, o Hospital Municipal Salgado Filho – situado no bairro do Méier, na Zona Norte (suburbana) da cidade do Rio de Janeiro –, atenderia mensalmente, ao tempo do ajuizamento da ação, um expressivo número de 5.500 pessoas pelo Serviço de Pronto Atendimento, e um total de 6.000 pacientes. O hospital, contudo, estaria com sua capacidade esgotada e ofertaria um serviço precário à coletividade de seus usuários, pondo-os em constante risco, afrontando, portanto, seu direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal).

A ação civil pública foi ajuizada a partir da investigação conduzida pelo MPRJ no Inquérito Civil nº 635/2002. Esse procedimento, instaurado para investigar “irregularidades ocorridas tanto no setor de emergência, quanto nos demais setores do Hospital”, foi provocado por representação encaminhada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ), a qual relatou as conclusões tiradas da fiscalização efetuada em 08.02.2002. No ato da instauração do Inquérito, foram chamados para se manifestar, além do CREMERJ, o Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro (SINDMED) (o qual também acusou a deficiência no funcionamento do Hospital Salgado Filho, de maneira semelhante à apontada pelo CREMERJ).

No curso do Inquérito Civil nº 635/2002, instaurado pela 5ª Promotoria de Justiça de Proteção aos Interesses Difusos e Coletivos da capital fluminense, determinou-se a remessa do procedimento à 6ª Promotoria, para tramitação em conjunto com o preexistente Procedimento Preparatório (PP) nº 68/2001, o qual havia sido iniciado a partir de representação encaminhada pelo Sindicato dos Auxiliares e Técnicos de Enfermagem do Município do Rio de Janeiro, em 11.09.2000.

Esse sindicato relatava que uma mudança na gestão de pessoal do Hospital Salgado Filho, motivada principalmente pelo Programa de Extensão de Atividades Funcionais, da Secretaria Municipal de Saúde – implementado a partir da edição da Lei Municipal nº 3.057, de 20 de julho de 2000 –, teria provocado o desligamento voluntário de diversos profissionais e uma consequente sobrecarga sobre aqueles que permaneceram.

De fato, segundo a literalidade dos arts. 1^o²⁴ e 3^o²⁵ da referida lei, sua finalidade era justamente promover o enxugamento do quadro de pessoal, através do aumento da carga horária de todos os servidores vinculados à unidade de saúde aderente, de modo que aqueles que possuíam uma carga horária de 24 ou 32 horas semanais passariam a trabalhar por 40 horas semanais, enquanto os que já atuavam de acordo com essa carga semanal passariam a trabalhar por 44 horas semanais (exceção feita aos médicos-radiologistas, os quais só poderiam trabalhar até 30 horas semanais).

Segundo se verificou em artigo intitulado “Planejamento e inovação gerencial em um hospital público: o caso do Hospital Municipal Salgado Filho (SMS/RJ)”, de autoria de Sheyla Lima e Pedro Barbosa, o esforço no aumento da carga horária do quadro de pessoal do Hospital Salgado Filho não havia começado apenas com a Lei Municipal nº 3.057/2000²⁶.

Esses autores expuseram, com o artigo, sua experiência na participação no desenvolvimento de um plano estratégico de gestão para o Hospital Salgado Filho (em serviço de consultoria desenvolvido pela Fundação de Ensino, Pesquisa, Desenvolvimento Tecnológico e Cooperação – Fensptec para a Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, do Ministério da Saúde). Nesse trabalho, relatam que, desde o ano de 1997, através dos Decretos Municipais nº 15.436/96 e

²⁴Art. 1º Fica instituído o Programa de Extensão de Atividades Funcionais no âmbito da Secretaria de Saúde, para as Unidades, definidas pelo Poder Executivo, que adotarem a proposta de alteração de seu funcionamento interno, mediante aumento da carga horária de todos os seus servidores e consequente redução de seu quantitativo.

§1º Deve haver proporção razoável entre o aumento de despesa com os servidores sob regime extensivo de atividades e a redução de custos decorrente do enxugamento do Quadro de Pessoal da Unidade, que justifique, por razões de economicidade, sua integração ao Programa.

§2º A eleição da Unidade de Saúde, na forma do *caput* deste artigo, implicará extinção automática da Gratificação Especial de Desempenho em Emergência percebida por seus servidores.

§3º Todos os servidores lotados na Unidade de Saúde eleita para participar do Programa deverão ser nele incluídos, observado o disposto no art. 5º, §2º, desta Lei.” (RIO DE JANEIRO (RJ)). **Lei nº 3.057, de 20 de julho de 2000**. Rio de Janeiro: Câmara Municipal, 2000. Disponível em: <https://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/c5e78996b82f9e0303257960005fdc93/094262d4bf46378f032576ac0072e7c9?OpenDocument>. Acesso em: 18 jun. 2024).

²⁵Art. 3º Para os fins deste Programa, os servidores dele participantes, que sejam titulares de carga horária semanal de 24:00 ou 32:00 horas passam a deter jornada plena de serviço de 40:00 horas, majorada, para os que já a detêm, para 44:00 horas semanais.

Parágrafo Único. A jornada plena de serviço dos Médicos-Radiologistas será de 30:00 horas, com o valor da vantagem proporcionalmente reduzido à carga horária especial, mitigada, da categoria.” (RIO DE JANEIRO (RJ)). **Lei nº 3.057, de 20 de julho de 2000**. Rio de Janeiro: Câmara Municipal, 2000. Disponível em: <https://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/c5e78996b82f9e0303257960005fdc93/094262d4bf46378f032576ac0072e7c9?OpenDocument>. Acesso em: 18 jun. 2024).

²⁶LIMA, Sheyla Maria Lemos; BARBOSA, Pedro Ribeiro. Planejamento e inovação gerencial em um hospital público: o caso do Hospital Municipal Salgado Filho (SMS/RJ). **Revista de Administração Pública: RAP**, v. 35, n. 3, p. 37-76, maio/jun. 2001. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/6383>. Acesso em: 19 jun. 2024.

nº 15.724/97, o Município do Rio de Janeiro já promovia a política então intitulada Programa 40 Horas, a qual tinha por objetivo a equiparação dos servidores do sistema de saúde, a fim de que todos trabalhassem 40 horas semanais. Segundo esses autores, tal processo “acarretou a elevação do número de horas trabalhadas – considerando a força de trabalho de todo o hospital –, embora com importante redução do número de profissionais”²⁷.

Esse dado sobre a diminuição do número de servidores da área de saúde entre o fim da década de 1990 até o momento do ajuizamento da ação, se não representa o motivo único ou até mesmo o principal para a propositura da demanda naquele momento – dadas as evidências reais das condições precárias do hospital –, ao menos constitui uma explicação alternativa para o fato de os debates travados nos autos terem se centrado tanto na possibilidade de o Judiciário determinar ao Poder Executivo a contratação de servidores, para suprir uma deficiência de pessoal – discussão essa alçada ao STF, anos depois.

O MPRJ, ao apresentar a petição inicial da ação coletiva, argumentou que as principais falhas existentes no Hospital Salgado Filho decorreriam da exiguidade de seu corpo de servidores, o que constituiria uma omissão no cumprimento da política pública voltada à saúde, a autorizar a intervenção judicial para a imposição do dever de realização de concurso público, para suprimento das vagas necessárias à normalização do atendimento à população. O enfoque dado pelo MP à necessidade de contratação de profissionais se mostra evidente a partir do teor do pedido formulado na petição inicial:

À luz de todo o exposto, requer o Ministério Público:

[...]

c. seja o réu, ao final, condenado nas seguintes obrigações de fazer, caso não haja número suficiente de médicos aprovados em concurso público aguardando somente nomeação e posse:

c.1) abertura de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos vagos de médico existentes na estrutura do HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO, a fim de suprir o déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital;

²⁷ LIMA, Sheyla Maria Lemos; BARBOSA, Pedro Ribeiro. Planejamento e inovação gerencial em um hospital público: o caso do Hospital Municipal Salgado Filho (SMS/RJ). p. 38.

c.2) alternativamente, em caso de inexistirem cargos vagos na estrutura do referido hospital, seja o réu condenado a promover a abertura de concurso público de provas e títulos para o provimento dos cargos vagos de médico existentes na estrutura da Secretaria Municipal de Saúde, determinando-se o seu posterior remanejamento para o HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO, a fim de suprir o déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital;

c.3) sejam efetivamente nomeados e empossados ou contratados os profissionais aprovados no concurso mencionado no item anterior;

d. Caso já haja médicos, em número suficiente, aprovados em concurso público aguardando somente nomeação e posse, requer o *Parquet* seja o Estado condenado a promover sua imediata nomeação e posse a fim de que supram, prioritariamente, as necessidades do HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO;

e. sejam corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades elencados (*sic*) pelo relatório do CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, conforme acima exposto;

f. sejam nomeados e empossados ou contratados funcionários técnicos em número suficiente para atender a necessidade revelada pela própria direção do hospital, observadas as cautelas alinhadas no item c do pedido principal;²⁸

Uma outra forma de se visualizar a estratégia do MPRJ é através de um cenário de litigância estratégica para melhoria das condições de prestação de serviços de saúde na rede municipal do Rio de Janeiro. Afinal, como foi relatado pelo próprio ente municipal, ao apresentar sua contestação, o MP havia ajuizado ações coletivas com pedidos similares – se não iguais – para incremento e contratação de profissionais nos hospitais municipais Souza Aguiar (Proc. nº 0039864-72.2002.8.19.0001), Paulino Werneck (Proc. nº 0069118-56.2003.8.19.0001), Piedade (Proc. nº 0138512-87.2002.8.19.0001) e Lourenço Jorge (Proc. nº 0027969-80.2003.8.19.0001). Em petição esparsa apresentada em momento posterior, o Município do Rio de Janeiro também mencionou a ação civil pública nº 0069652-97.2003.8.19.0001, referente ao Hospital Municipal do Andaraí. Em todas essas ações, pediu-se a imposição da ordem de contratação de profissionais.

²⁸TJRJ, ACP 0048233-21.2003.8.19.0001, 7ª Vara de Fazenda Pública. p. 19-20.

A defesa do Município do Rio de Janeiro, por sua vez, concentrou-se em sustentar o caráter discricionário da decisão acerca da contratação de servidores por concurso público, segundo critérios de oportunidade e conveniência. Destacaram-se, ainda, os limites orçamentários do ente municipal, e que o acolhimento integral do pedido do Ministério Público “importaria em indisputável superação do limite máximo de comprometimento das receitas municipais com o pagamento de servidores, estatuído pela Lei de Responsabilidade Fiscal, submetendo, por absurdo, os agentes administrativos competentes às duras sanções ali previstas.”²⁹

O argumento do Município prosperou em 1ª instância, tendo sido o fundamento principal da sentença que julgou improcedente a ação civil pública. Segundo afirmou a Juíza Georgia Vasconcelos, então responsável pela 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro, a ordem de contratação de pessoal através da realização de concurso público violaria a esfera de discricionariedade do administrador e, por consequência, o princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da Constituição. A sentença foi, então, objeto de recurso de apelação, por parte do Ministério Público, o que alçou o processo à 2ª instância do TJRJ.

A 6ª Câmara Cível do TJRJ, sob a relatoria do então desembargador Luís Felipe Salomão (hoje, ministro do Superior Tribunal de Justiça), acolheu o recurso, em acórdão com a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS VISANDO OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTIGO 127 DA CF/88). SITUAÇÃO CAÓTICA DO HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (ARTIGO 5º, *CAPUT* E 196) E DIREITO À SAÚDE DO CIDADÃO. FATO QUE ATINGE, PRINCIPALMENTE, A CAMADA MAIS POBRE DA POPULAÇÃO, QUE NÃO POSSUE (*sic*) PLANO PARTICULAR E DEPENDE TÃO SOMENTE DA REDE PÚBLICA PARA ATENDIMENTO. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO EXERCER CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA FUNDAMENTAL, FAZENDO OBSERVAR OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE (ARTIGO 37 DA CF). INEXISTÊNCIA DE DESRESPEITO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. NECESSIDADE URGENTE DE CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS

²⁹TJRJ, ACP 0048233-21.2003.8.19.0001, 7ª Vara de Fazenda Pública. p. 35.

E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, DE MODO A PERMITIR O REGULAR FUNCIONAMENTO DO HOSPITAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA IMPOSSIBILIDADE DE REMANEJAMENTO DE RECEITA ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTES DO STJ E STF. RECURSO PROVIDO PARA QUE SEJA SUPRIDO O DÉFICIT DE PESSOAL, COM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA PROVIMENTO DOS CARGOS DE MÉDICO E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, NOMEAÇÃO E POSSE DOS PROFISSIONAIS APROVADOS NO CERTAME, BEM COMO CORRIGIDOS OS PROCEDIMENTOS E SANADAS AS IRREGULARIDADES EXPOSTAS NO RELATÓRIO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, NO PRAZO DE 6 (SEIS) MESES, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS).³⁰

Esse acórdão foi objeto, por parte do Município do Rio de Janeiro, de interposição simultânea de recurso especial ao STJ – sob o argumento de violação aos artigos 267, inciso VI, e 461, §5º, do Código de Processo Civil de 1973 – e recurso extraordinário ao STF – com fundamento na alegação de afronta aos artigos 2º e 196 da Constituição Federal.

O recurso especial teve seu seguimento negado pelo TJRJ, motivando a interposição de Agravo de Instrumento ao STJ. Autuado como AI nº 894.170/RJ nesse tribunal superior, chegou a ser acolhido por decisão monocrática do seu relator, o então ministro do STJ Luiz Fux, de modo a ser convertido no Recurso Especial (REsp) 977.661/RJ. Em momento posterior, negou-se conhecimento a esse REsp, por vícios formais.

O recurso extraordinário, ao seu turno, teve um destino diferente. Também obstado pelo TJRJ, foi levado ao STF mediante recurso de Agravo de Instrumento, o qual foi autuado como AI 854.007/RJ. Em 19.03.2012, a sua então relatora, a ministra Cármen Lúcia deu-lhe provimento, convertendo-o no RE 684.612/RJ.

³⁰TJ RJ, ACP 0048233-21.2003.8.19.0001, 7ª Vara de Fazenda Pública p. 307-314.

2.3 O trâmite do RE 684.612/RJ no STF

Em 06.02.2014, quase dois anos após a conversão do agravo de instrumento em recurso extraordinário, o STF, por votação no plenário virtual, reconheceu, por maioria, a repercussão geral da questão constitucional debatida no RE 684.612. O recurso se tornou, então, representativo do Tema de Repercussão Geral nº 698, voltado a estabelecer tese sobre os “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.”

Apesar do reconhecimento da representatividade do recurso, ele não implicou a suspensão do andamento do processo principal, o qual se via, então, em fase de execução provisória – na qual o Ministério Público pleiteava o imediato cumprimento da decisão do TJRJ. A execução do julgado só foi realmente paralisada após o deferimento, em 29.04.2015, de pedido liminar na Ação Cautelar (AC) 3.809/RJ, proposta pelo Município do Rio de Janeiro, em 04.03.2015, para se atribuir efeito suspensivo ao RE 684.612/RJ.

O RE 684.612 aguardou pouco mais de seis anos até que tivesse seu julgamento iniciado. Entre 06.02.2014 (data do reconhecimento da repercussão geral) e 08.05.2020, data em que se iniciou o julgamento virtual, alguns eventos relevantes ocorreram. Talvez o principal deles tenha sido a troca da relatoria do recurso, ocorrida em 12.09.2016, por ocasião do início do mandato da ministra Cármen Lúcia na presidência do STF. A nova relatoria coube, então, ao ministro Ricardo Lewandowski, por ser imediatamente mais antigo (conforme art. 38, inciso I, do Regimento Interno do STF).

Também no interregno entre a afetação do recurso e seu julgamento, houve o ingresso de diversos *amici curiae*, conforme o quadro a seguir.

Quadro 1 – Requerimentos e admissões de *amici curiae* no RE 684.612

Requerente	Data do pedido	Data da admissão
Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro (SINMED)	29.04.2015	04.02.2016
Conselho Regional de Enfermagem do Rio de Janeiro (COREN/RJ)	13.05.2015	04.02.2016
Conselho Federal de Enfermagem (COFEN)	23.06.2015	04.02.2016
Município de Gravataí	20.01.2016	Não admitido
Município de São Paulo	29.11.2016	30.03.2020
União	30.08.2017	Nunca formalmente admitido, mas reconhecido como <i>amicus curiae</i> no espelho do processo
Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal, através do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG)	28.04.2020	04.05.2020

Fonte: elaboração dos autores, a partir da consulta aos autos do RE 684.612/RJ.

2.4 O julgamento do RE 684.612/RJ

Em 30.03.2020, o Min. Ricardo Lewandowski requereu a inclusão do recurso para julgamento em plenário virtual, o que estava inicialmente previsto para se

iniciar em 10.04.2020. Tal determinação ocorreu poucos dias após a decretação de estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional, em virtude da pandemia de covid-19³¹ e da alteração do Regimento Interno do STF, pela Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020³², a qual possibilitou o amplo exercício das competências da Corte de forma remota, mediante a ampliação das hipóteses de julgamento em ambiente virtual e a introdução da faculdade de envio de sustentação oral gravada.

O momento escolhido para o julgamento não se deu por acaso, afinal o STF se encontrava em meio a uma intensa demanda para decidir sobre questões relacionadas ao direito à saúde e à relação entre entes federativos na efetivação desse direito fundamental, em decorrência da pandemia de covid-19 e das medidas emergenciais voltadas à sua prevenção e à mitigação de efeitos.

O julgamento, adiado para 08.05.2020³³, iniciou com o voto do Min. Ricardo Lewandowski, que se posicionou pelo desprovimento do recurso extraordinário, com a consequente manutenção do acórdão do TJRJ, propondo a fixação da seguinte tese:

É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, seguido da nomeação e posse dos profissionais aprovados, bem como determinar a correção de procedimentos e o saneamento irregulares apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina.

No núcleo da argumentação de Lewandowski, constava a proposição de que ao direito público subjetivo à saúde corresponderia um dever estatal de sua consecução através de “garantias fundamentais de organização sistêmica (SUS) e de financiamento suficiente e progressivo, conforme a disponibilidade das receitas da seguridade social e o piso de custeio no setor”. Em curtas palavras, não se poderia opor a demandas pela efetivação do direito à saúde razões de ordem orçamentária.

³¹ O estado de calamidade pública foi declarado pelo decreto legislativo: BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm. Acesso em: 5 dez. 2023.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL053-2020.PDF>. Acesso em: 5 dez. 2023.

³³ Por decisão do Min. Ricardo Lewandowski, que acolheu pedido do Município do Rio de Janeiro, que apontara falhas no sistema de carregamento da sustentação oral gravada.

É de se comentar que esse não era um posicionamento extravagante, considerando-se o histórico jurisprudencial do STF, principalmente em matéria de saúde. Além da já mencionada decisão do Min. Celso de Mello na ADPF 45/DF MC, frequentemente citada em outros julgados como parâmetro de critérios e limites para a intervenção sobre políticas públicas, chama atenção o fato de que, entre as ações coletivas ajuizadas pelo MPRJ em período próximo, especificamente a ACP nº 0039864-72.2002.8.19.0001, referente ao Hospital Municipal Souza Aguiar, a Segunda Turma do STF considerou devida a ordem judicial de contratação de profissionais, a fim de se fazer frente à deficiência na prestação do serviço de saúde, ao julgar o AI 759.543/RJ³⁴.

³⁴ “EMENTA: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO À POPULAÇÃO NO HOSPITAL MUNICIPAL SOUZA AGUIAR – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS MUNICÍPIOS (CF, ART. 30, VII) – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETORCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 759543/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264763>. Acesso em: 5 dez. 2023. O julgamento, ressalte-se, deu-se pela unanimidade dos membros da Segunda Turma, que, à época, era composta pelos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Teori Zavascki, além do próprio Celso de Mello.

O voto do Min. Lewandowski foi acompanhado, inicialmente, pelo Min. Luiz Fux (sem declaração de voto), no que se seguiu o pedido de vista do Min. Luís Roberto Barroso. O recurso, então, só voltaria a julgamento após mais três anos, em sessão do plenário virtual ocorrida entre 23.6.2023 e 30.6.2023, já em momento posterior à aposentadoria do Min. Ricardo Lewandowski, ocorrida em 06.04.2023³⁵.

O julgamento foi reiniciado com votos divergentes apresentados pelos ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, cada um com posicionamentos distintos entre si acerca do grau de intervenção do Judiciário sobre a esfera de discricionariedade do administrador público.

O Min. Alexandre de Moraes votou pelo acolhimento do recurso extraordinário, para restabelecer a sentença de 1ª instância, a qual julgava a ação improcedente. Em seu voto, propôs as seguintes teses:

I – Não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes e das regras orçamentárias legais e constitucionais, atuar em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática de ato administrativo discricionário, determinando a realização de concurso público para a contratação de servidores públicos para atuação em hospitais, bem como determinando outras medidas de cunho administrativo.

II – É legítima e válida a atuação excepcional do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas quando ficar bem evidenciada a desídia do administrador em dar cumprimentos a direitos fundamentais.

Em sua argumentação, o Min. Alexandre de Moraes tenta estabelecer uma distinção entre julgados do STF em que se reconheceria o descumprimento de uma política pública já existente, determinando-se o fornecimento de bens materiais para suprimento de tais omissões, de casos em que o STF seria demandado a formular, por si mesmo, uma política pública inexistente. Nesse último caso, o STF deteria um histórico de preservar a esfera de discricionariedade do Poder Executivo.

³⁵ Conforme notícia extraída do *site* do STF:

RICARDO Lewandowski deixa o STF e recebe homenagens de ministras e ministros da Corte: o decreto de aposentadoria do ministro foi publicado no DOU de 6 de abril, com efeitos a partir de hoje (11). **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 11 abr. 2023. Notícias. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=505411&ori=1>. Acesso em: 5 dez. 2023.

Alexandre de Moraes, todavia, cita, como exemplo de precedentes do STF em que se teria admitido a intervenção do Judiciário, em caso de omissão do administrador público, o acórdão no RE 592.581/RS, representativo do Tema de Repercussão Geral 220, no qual se estabeleceu tese segundo a qual

é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Contudo, não se mostra, à primeira vista, muito clara a distinção, quanto ao grau de intervenção do Judiciário, entre, de um lado, uma ordem judicial que determina a contratação de servidores para repor uma deficiência de pessoal em um serviço público essencial e, de outro, um comando genérico voltado à “promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais”, para a reparação de um estado de desconformidade com os direitos fundamentais.

De todo modo, o ponto central do argumento de Alexandre de Moraes é o de que, se é possível, em tese, o controle judicial de políticas públicas, este não deveria alcançar a prerrogativa do administrador público em decidir pela realização de concurso público para preenchimento de cargos, segundo critérios de oportunidade e conveniência. A esse entendimento aderiu o Min. André Mendonça.

A orientação defendida pelo Min. Luís Roberto Barroso, que acabou sendo ratificada pela maioria dos membros do STF, foi inovadora no sentido da calibragem da intervenção do Judiciário em matéria de políticas públicas. De acordo com o voto desse ministro, não caberia à decisão judicial, em regra, estabelecer medidas específicas pensadas para a correção do estado de desconformidade com a Constituição Federal, mas, sim, finalidades a serem perseguidas, cujo cumprimento seria fiscalizado pela autoridade judicial. As seguintes teses foram, então, propostas por Luís Roberto Barroso:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
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.
3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSICIP).

Na fundamentação do voto, Barroso ponderou que a ordem de adoção de medidas específicas – tais como a determinação de fornecimento de medicamentos – poderia desequilibrar o planejamento do administrador para a gestão da política pública como um todo, afetando, assim, aqueles que não estariam cobertos pelo comando judicial. Também, teve-se como fator relevante “os limites e possibilidades das entidades federativas (não só estritamente financeiras, mas também organizativas e executórias, dentre outros aspectos)”.

Barroso, então, propôs cinco parâmetros para o que seria a harmonização entre o agir do Judiciário e o espaço de discricionariedade do administrador público: 1) deve ser comprovada a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público; 2) deve-se observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os recursos efetivamente existentes; 3) o órgão julgador deve estabelecer a finalidade a ser perseguida, e não o modo como ela será alcançada, devendo privilegiar a adoção de medidas estruturais de resolução de conflito; 4) a decisão deve estar amparada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos; e 5) sempre que possível, o processo deve ser aberto para manifestação de terceiros, como mediante a admissão de *amici curiae* e designação de audiências públicas.

Muito embora não se identifique, nas manifestações de qualquer das partes e interessados, pedido dessa natureza, o Min. Luís Roberto Barroso ainda estabeleceu que o déficit de pessoal em hospitais pode se dar, além da realização de concurso público, mediante providências de outras naturezas, tais como o remanejamento de recursos humanos e contratação de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público.

Curiosamente, o resultado proposto por Luís Roberto Barroso não foi o mero provimento do recurso para a reforma do acórdão do TJRJ, mas, sim, sua anulação por completo, sob o fundamento de que ele não atenderia aos parâmetros para o controle judicial de políticas públicas – os quais estavam sendo estabelecidos no próprio julgamento –, e posterior devolução ao TJRJ para novo julgamento da apelação do Ministério Público.

O voto contou com a adesão da maioria dos ministros do STF – inclusive do Min. Luiz Fux, o qual alterou seu voto para seguir a posição de Barroso –, à exceção de Lewandowski (já aposentado), Edson Fachin (que seguiu este último), Alexandre de Moraes e André Mendonça.

O MPRJ ainda opôs recurso de embargos de declaração ao acórdão, no qual insistiu na necessidade de que a reparação da política pública municipal para a saúde ocorresse mediante o preenchimento de vagas através de concurso público, em oposição à solução proposta pelo voto de Luís Roberto Barroso. Tal recurso, contudo, foi rejeitado por unanimidade, por se ter compreendido que ele demonstraria mera irresignação do MP – propósito para o qual os embargos declaratórios não são apropriados.

3. Comentários ao julgamento do RE 684.612/RJ

As considerações a serem feitas sobre o julgamento serão divididas em duas ordens: sobre o conteúdo da decisão; e, em segundo lugar, a respeito do comportamento do STF e seus ministros, enquanto agentes políticos.

3.1 Considerações sobre o conteúdo da decisão

Em primeiro lugar, no que toca ao conteúdo do acórdão, salta aos olhos o fato de que a referência à necessidade de utilização do instrumental pensado para a abordagem sobre litígios estruturais se iniciou com o voto do Min. Luís Roberto Barroso.

Sem se adentrar à questão de se o conflito discutido no RE 684.612/RJ é ou não um problema estrutural – e é de se pontuar que, nas manifestações dos atores envolvidos no processo, e nos votos dos ministros do STF, não se mencionou, em qualquer momento, a necessidade de reforma da própria política de saúde do Município do Rio de Janeiro –, é certo que, até o voto de Luís Roberto Barroso, o

debate era posto de forma binária, isto é, como uma contraposição entre os discursos sobre a possibilidade ou a impossibilidade de uma ordem judicial determinar a realização de concursos públicos.

O voto vencedor, ao seu turno, identificou algo que se mostrou claro com o estudo de caso, que é a chamada conflituosidade dos interesses em jogo, a qual, segundo Edilson Vitorelli, é o grau de divergências internas em determinado grupo, a respeito da natureza do litígio e da solução a ser dada a ele³⁶.

Ocorre que a ação civil pública, apesar de ter exposto um efetivo problema quanto à gestão da saúde pública, foi motivada, em grande parte, por interesses corporativos dos profissionais de saúde do município do Rio de Janeiro, relacionados à sua jornada de trabalho, a qual foi profundamente alterada entre o final da década de 1990 e início dos anos 2000.

Possivelmente por ter identificado a contraposição entre os diversos interesses em jogo – da população em geral, dos profissionais da saúde e da administração pública –, a maioria dos ministros do STF decidiu pela preservação de uma margem de discricionariedade ao Município do Rio de Janeiro, na definição do modo de enfrentamento das falhas no funcionamento da saúde pública na cidade.

Com efeito, o cumprimento estrito da condenação baseada no pedido formulado pelo MPRJ, ainda no ano de 2003, poderia levar a um anacronismo das medidas impostas para a solução do problema de funcionamento do Hospital Salgado Filho, como identificou Ada Pellegrini Grinover, em artigo escrito no ano de 2015 (e publicado em 2017), no qual menciona o acórdão do TJRJ, na ação civil pública em questão, como um mau exemplo de controle judicial de políticas públicas:

O demonstrativo a que se refere o dispositivo da decisão condenatória remonta ao 31/05/2002, e diversos cargos podem ter sido providos no período de 12 anos. As circunstâncias fáticas, jurídicas, económicas e até jurídicas podem ter se alterado, sendo irrazoável que a condenação engesse a atuação da administração conforme se apresentava 12 anos antes, impondo uma obrigação de fazer que pode não corresponder à atual necessidade. Aqui, mais uma vez, vem a pelo a “proibição do excesso, contida no princípio da proporcionalidade.

³⁶ 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. 77.

[...]

Esse número fixo, surgido de um relatório de 12 anos atrás, é completamente fictício e nada indica que se trataria do número necessário e suficiente, para preencher hoje as necessidades de atendimento do Hospital Municipal Salgado Filho.³⁷

Ademais, o fato de a solução alcançada no julgamento do 684.612/RJ ter sido, naturalmente, influenciada pelas circunstâncias específicas do caso concreto leva a se refletir sobre a universalidade e estabilidade da tese de repercussão geral segundo a qual “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”.

Afinal, se essa orientação é válida para conflitos de natureza estrutural, é de se ponderar se o Judiciário não deverá adotar uma postura distinta quando se deparar com conflitos que demandem soluções específicas cogentemente estabelecidas pela autoridade judicial – como ocorreu no caso da ACO 3.743, citada no voto do Min. Luís Roberto Barroso, em que se determinou que a União restabelesse os leitos destinados ao tratamento da covid-19, bem como prestasse suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTIs, no Estado do Maranhão.

3.2 Considerações sobre as estratégias e comportamentos dos ministros

De acordo com Arguelhes e Ribeiro, os tribunais constitucionais, em especial o STF, possuem a capacidade de, mediante atuação estratégica individual de seus membros, influenciar a dinâmica política, ainda que sem decisões formais. Segundo esses autores, tais poderes de influência são alocados entre órgãos colegiados através da tomada de decisão, das sinalizações públicas e da definição de agenda³⁸.

O longo tempo de tramitação da ação coletiva – com o acórdão do TJRJ tendo sido proferido há mais de 17 anos –, combinado com a preexistência de

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 437.

³⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. p. 15.

posicionamentos do STF – não exatamente uniformes – acerca da possibilidade de se impor judicialmente a promoção de concursos públicos, pode ter servido para a sinalização de que, em algum momento, o Município do Rio de Janeiro seria obrigado a realizar a contratação de profissionais.

De fato, muito embora com a exigibilidade suspensa desde a liminar concedida no ano de 2015, na Ação Cautelar 3.809/RJ, o acórdão do TJRJ gerou repercussão na dinâmica entre o MPRJ e o Município do Rio de Janeiro, com constantes pedidos de audiências especiais entre tais entes, e de relatórios sobre a gestão de pessoal no Hospital Municipal Salgado Filho. Aliás, por diversas vezes, ao longo dos 20 anos de tramitação da demanda coletiva, o Município relatou a realização de concursos públicos e o efetivo preenchimento de cargos que seriam destinados ao referido hospital.

Ademais, compreende-se que a definição de agenda por parte dos ministros do STF se mostrou clara através do controle do *timing* do julgamento do RE 684.612.

Segundo Arguelhes e Ribeiro³⁹, o poder de definir a agenda envolve escolher quando julgar um dado tema e equivale ao poder de decidir, pois ele pode afetar uma decisão de três maneiras: alterando o contexto político de tomada de decisão; interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal; e, por meio do simples silêncio judicial, produzir fatos consumados e, assim, aumentando os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos.

Chama atenção, no caso estudado, o fato de o Min. Lewandowski ter levado o caso a julgamento justamente em período de uma agenda positiva do STF quanto a decisões que impactassem a atuação dos entes federativos em matéria de saúde, por conta da pandemia de covid-19. É possível que a escolha do momento tenha se dado por se ter esperado uma maior facilidade no sucesso de uma tese que previsse um maior grau interventivo do Judiciário sobre a esfera de discricionariedade do administrador público, o que seria um claro aproveitamento de um contexto político mais favorável à prevalência do voto.

E, também é possível que o pedido de vista exercido pelo Min. Luís Roberto Barroso também tenha ocorrido para que se evitasse uma “contaminação” do tema pela dramaticidade do período de incertezas que predominou no início da pandemia

³⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. p. 18.

de covid-19. Tampouco se compreende como banal o fato de se ter levado o caso para julgamento, com uma posição contraposta à defendida pelo Min. Lewandowski, quando ele já se encontrava aposentado e sem a possibilidade de realizar o controle de agenda – como, por exemplo, com um pedido de destaque.

Por fim, é de se refletir sobre o porquê de se ter decidido da forma que o STF decidiu, isto é, em uma aparente limitação do âmbito de intervenção do Judiciário em matéria de políticas públicas.

Algo a não se perder de vista é o fato de o voto vencedor ter sido proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso, que atuou por décadas como procurador do Estado do Rio de Janeiro, e, assim, pode ter tido contato próximo com o contencioso potencialmente danoso ao equilíbrio de suas contas públicas (sendo de se pensar se não se revelaria, no caso estudado, uma influência da sua trajetória profissional, de forma semelhante à identificada por Arantes e Martins, no posicionamento dos ministros no julgamento do Mensalão⁴⁰).

Por outro lado, também é de se pensar se o STF, através da posição defendida pelo Min. Luís Roberto Barroso, realmente procurou limitar seu âmbito de atuação, ao vedar a imposição de medidas específicas ao administrador público.

Em primeiro lugar, porque, ao se retirar o encargo de definir as medidas específicas no controle judicial de políticas públicas, pode-se estar diminuindo os custos e desgastes políticos sofridos pelo Judiciário ao intervir sobre os atos da administração pública, porquanto ele não terá de responder pelas consequências das políticas adotadas.

Além disso, se, por um lado, a tese estabelecida pelo STF determina que o Judiciário se restrinja a definir as finalidades a serem perseguidas, cabendo à administração pública o desenho do plano de enfrentamento do problema estrutural, a fundamentação do voto do Min. Luís Roberto Barroso prevê que a “avaliação e fiscalização das providências a serem adotadas podem ser realizadas diretamente pelo Judiciário ou por órgão delegado”, o que, para todos os efeitos, implica um monitoramento constante – e por tempo indefinido – da autoridade judicial sobre os atos do Poder Executivo.

⁴⁰ARANTES, Rogério Bastos; MARTINS, Rodrigo. Does the before influence the after?: career paths, nominations, and votes of the STF justices. *Brazilian Political Science Review*, v. 16, n. 3, p. 1-38, 2022. Disponível em: <https://brazilianpoliticalsciencereview.org/article/does-the-before-influence-the-after-career-paths-nominations-and-votes-of-the-stf-justices/>. Acesso em: 19 jun. 2024.

Assim, é de se refletir se o julgamento em questão estaria, na verdade, diminuindo os próprios custos do Judiciário para a intervenção contínua (e por tempo indefinido) sobre as políticas públicas, em vez de restringindo seu âmbito de atuação.

4. Conclusão

Este trabalho teve como objetivo a análise do julgamento do Recurso Extraordinário 684.612/RJ, representativo do Tema de Repercussão Geral nº 698, sob os pontos de vista: (i) do seu conteúdo e possíveis implicações para o controle judicial de políticas públicas, sobretudo naqueles litígios reputados como de natureza estrutural; e (ii) dos posicionamentos e estratégias dos atores relevantes no conflito subjacente ao caso judicial, bem como dos ministros do STF que participaram do julgamento.

Sobretudo para a investigação do segundo ponto de vista, empreendeu-se um estudo de caso sobre a Ação Civil Pública nº 0048233-21.2003.8.19.0001, da qual se originou o RE 684.612/RJ, em que se revelou que, por trás da demanda de melhoria da prestação de serviços de saúde pública no Hospital Municipal Salgado Filho, também se encontrava uma pressão corporativa de profissionais da saúde pública, no município do Rio de Janeiro.

O julgamento do RE 684.612/RJ revelou, por sua vez, que a tese definida – segundo a qual “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” – pode ter sido influenciada significativamente por essa multiplicidade de interesses em jogo, que envolvem o desejo de se melhorar a prestação de serviços de saúde à população da cidade do Rio de Janeiro, os interesses das classes de profissionais da saúde pública, assim como o bom funcionamento da administração pública, do ponto de vista orçamentário, a evidenciar um alto grau de conflituosidade entre os atores relevantes.

Pondera-se, também, se a tese definida no julgamento do 684.612/RJ servirá, de fato, como um parâmetro geral para o controle judicial de políticas públicas, ou se será temperada conforme as circunstâncias de casos concretos enfrentados pelo STF e Judiciário como um todo.

Do ponto de vista da atuação dos ministros do STF, verificou-se, na dinâmica dos eventos do RE 684.612/RJ, o exercício de um comportamento estratégico, a evidenciar seu grau de influência sobre o mundo político, ainda que sem decisões formais, como através de sinalizações públicas e controle de agenda, mediante a escolha do *timing* para o julgamento da questão.

Por fim, propôs-se uma reflexão acerca das consequências das teses definidas para o Tema nº 698 para a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas, considerando-se uma possível diminuição dos custos da condução de processos judiciais sobre o tema, bem como a abertura para o monitoramento constante e por tempo indefinido da administração pública.

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. Cortes constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ARANTES, Rogério Bastos; MARTINS, Rodrigo. Does the before influence the after?: career paths, nominations, and votes of the STF justices. **Brazilian Political Science Review**, v. 16, n. 3, p. 1-38, 2022. Disponível em: <https://brazilianpoliticalsciencereview.org/article/does-the-before-influence-the-after-career-paths-nominations-and-votes-of-the-stf-justices/>. Acesso em: 19 jun. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 jun. 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://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7756378/mod_resource/content/2/ART-Chayes-Adjudication.pdf. Acesso em: 19 jun. 2024.

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. 45-81, maio 2020.

FISS, Owen M. As formas de justiça. *In*: FISS, Owen. **Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade**. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles. 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; ALBUQUERQUE, Rodrigo Barros de; SILVA, Renan Francelino da. **Estudos de caso: manual para a pesquisa empírica qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-448.

LIMA, Sheyla Maria Lemos; BARBOSA, Pedro Ribeiro. Planejamento e inovação gerencial em um hospital público: o caso do Hospital Municipal Salgado Filho (SMS/RJ). **Revista de Administração Pública: RAP**, v. 35, n. 3, p. 37-76, maio/jun. 2001. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/6383>. Acesso em: 19 jun. 2024.

RICARDO Lewandowski deixa o STF e recebe homenagens de ministras e ministros da Corte: o decreto de aposentadoria do ministro foi publicado no DOU de 6 de abril, com efeitos a partir de hoje (11). **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 11 abr. 2023. Notícias. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=505411&ori=1>. Acesso em: 5 dez. 2023.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35159>. Acesso em: 19 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. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2020.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Tradução: Ana Thorell. 4. ed., reimpr. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 759543/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264763>. Acesso em: 5 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&numProcesso=45>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário 684612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 2 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15362009287&ext=.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359836904&ext=.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 684612/RJ**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Peças processuais. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4237089>. Acesso em: 19 fev. 2024.

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. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Acesso em: 19 jun. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (7ª Vara de Fazenda Pública). **Ação Civil Pública 0048233-21.2003.8.19.0001 (2003.001.049177-0)**. Consulta processual disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 19 fev. 2024.

Legislação citada

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm. Acesso em: 5 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental nº 53, de 18 de março de 2020**. Altera dispositivo do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal para ampliar as hipóteses de julgamento por meio eletrônico e prever a realização de sustentação oral em ambiente virtual. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL053-2020.PDF>. Acesso em: 5 dez. 2023.

RIO DE JANEIRO (RJ). **Lei nº 3.057, de 20 de julho de 2000**. Institui o Programa de Extensão de Atividades Funcionais da Secretaria Municipal de Saúde. Rio de Janeiro: Câmara Municipal, 2000. Disponível em: <https://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/c5e78996b82f9e0303257960005fdc93/094262d4bf46378f032576ac0072e7c9?OpenDocument>. Acesso em: 18 jun. 2024.



Litígio estrutural: encruzilhadas entre jurisdição constitucional e a Corte Interamericana¹

Structural Litigation: crossroads between constitutional jurisdiction and the Inter-American Court

Litigio Estructural: encrucijadas entre la jurisdicción constitucional y la Corte Interamericana

Melina Girardi Fachin²

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6250-1295>

E-mail: melinafachin@gmail.com

Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert³

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0902-4450>

E-mail: marcus-schubert@hotmail.com

¹ FACHIN, Melina Girardi; SCHUBERT, Marcus Vinicius Porcaro Nunes. Litígio estrutural: encruzilhadas entre jurisdição constitucional e a Corte Interamericana. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 369-403, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a361>.

² Professora Associada dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra no Instituto de Direitos Humanos e Democracia (2019/2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em direitos humanos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Visiting researcher da Harvard Law School (2011). Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Autora de diversas obras e artigos na seara do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos. Advogada sócia de Fachin Advogados Associados. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1368334568714375>.

³ Doutor em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR/PR – 2023). International Visiting Researcher na York University Toronto pelo programa de doutorado sanduíche com bolsa Capes PRINT. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas/MG – 2018). Especialista em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional (CEDIN/MG – 2015). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV/MG – 2014). Integrante do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR, núcleo que integra a Coordenação do Centro de Estudos da Constituição (CCONS). Membro do DEMOS – Observatório para Monitoramento dos Riscos Eleitorais no Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0496154981683325>.

Resumo

O presente artigo se propõe a investigar o litígio estrutural, partindo de seus conceitos básicos e observando como este se fez presente no trabalho de tribunais internacionais de direitos humanos em seu relacionamento com cortes constitucionais. Através de pesquisa bibliográfica, busca-se abordar o litígio estrutural nesse relacionamento entre jurisdições, com a finalidade de se observar como cortes internacionais podem superar determinadas dificuldades, sobretudo em sua legitimidade. Nesse sentido, é preciso tecer considerações sobre o instituto do litígio estratégico, tendo em vista que, apesar de não se confundir com o litígio estrutural, com ele se relaciona, ao ser empregado como ferramenta de transformação social pela sociedade civil. Por fim, o artigo traz exemplos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, enfatizando um papel dialogante entre as jurisdições nacional e internacional para se lidar melhor com questões estruturais.

Palavras-chave

Litígio estrutural; direito internacional; direitos humanos; diálogo; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sumário

1. Introdução. 2. Novas configurações da relação jurídica: problemas policêntricos. 3. Litígios estruturais na encruzilhada com litígios estratégicos: ferramentas para transformação social? 4. Adicionando peças ao tabuleiro: litígio estrutural internacional e seu papel impulsionador. 5. Litígio estrutural de formação internacional: casos e oportunidades. 6. Conclusão.

Abstract

The current article aims to investigate structural litigation, starting from its basic concepts while observing how it is present in the work of international human rights tribunals in their relationship with constitutional courts. Through bibliographic research, it seeks to approach structural litigation in this relationship to observe how international courts can overcome certain hardships, mainly, in their legitimacy. In this sense, it is necessary to bring considerations about strategic litigation, because despite not being confused with structural litigation, it relates to it when used as a tool for social transformation. Lastly, the article brings examples from the Inter-American Court of Human Rights, highlighting the dialogical role between national and international jurisdiction to better handle structural matters.

Keywords

Structural litigation; International Law; Human Rights; dialogue; Inter-American Court of Human Rights.

Contents

1. Introduction. 2. New configurations of juridical relation: polycentric problems. 3. Structural litigation at the crossroads with strategic litigation: tools for social transformation? 4. Adding pieces to the board: international structural litigation and its booster. 5. Structural litigation of International origin: cases and opportunities. 6. Conclusion.

Resumen

Este artículo se propone investigar el litigio estructural, partiendo de sus conceptos básicos y observando cómo ha estado presente en el trabajo de los tribunales internacionales de derechos humanos en su relación con los tribunales constitucionales. A través de una investigación bibliográfica, busca abordar el litigio estructural en esta relación entre jurisdicciones, con el objetivo de observar cómo los tribunales internacionales pueden superar ciertas dificultades, especialmente en su legitimidad. En este sentido, es necesario considerar el instituto del litigio estratégico, dado que, aunque no se confunda con el litigio estructural, se relaciona con él cuando es utilizado como herramienta de transformación social por la sociedad civil. Finalmente, el artículo presenta ejemplos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfatizando el papel del diálogo entre las jurisdicciones nacionales e internacionales para un mejor tratamiento de las cuestiones estructurales.

Palabras clave

Litigio estructural; Derecho Internacional; Derechos Humanos; diálogo; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Índice

1. Introdução. 2. Novas configurações de la relação jurídica: problemas policêntricos. 3. Os litígios estruturais em la encruzijada com o litigio estratégico: ferramentas para la transformação social? 4. Añadiendo piezas al tablero: litigio estructural internacional y su papel impulsor. 5. Litigios estruturales de formación internacional: casos y oportunidades. 6. Conclusión.

1. Introdução

Atualmente muito tem sido discutido a respeito do papel de cortes e tribunais, nacionais e internacionais, com relação aos seus limites de atuação. Críticas quanto à ideia de ativismo judicial e ao deslocamento de demandas sociais para a administração da justiça não são novas, mas tais debates tornaram-se cada vez mais aquecidos por ocasião da sintomática ascensão de forças reacionárias e de discursos objetivando desqualificar tribunais com a finalidade de afetar grupos e minorias protegidos através da garantia de remédios constitucionais por essas mesmas cortes⁴.

Nesse contexto, estudar o litígio estrutural, suas bases, sua origem e seu funcionamento, tem o efeito imediato de qualificar o debate acerca do papel do poder judiciário, ao passo que representa também uma oportunidade para melhor compreender o amplo espectro e a lógica por trás dos tribunais internacionais dos direitos humanos, que passaram por um processo de evolução bastante singular, sobretudo a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conforme será visto, o modelo declaratório de violações adotado pelas Cortes Interamericana e Europeia passou por transfigurações, aplicando formas e lógicas próprias de processos estruturais, e com a ascensão das atividades dessas mesmas cortes, um ecossistema envolvendo litigância estratégica, grupos sociais, Organizações Não-Governamentais, representantes de vítimas e de seus respectivos estados membros se formou ao seu redor, em uma dinâmica própria. Apesar de possuir vários pontos de contato com cortes domésticas, a dinâmica internacional da Corte Interamericana se destaca por alguns pontos específicos do direito internacional, e é através do relacionamento entre ambas, que considerações sobre os resultados dessas experiências podem ser traçadas, visando o mútuo aprendizado⁵. É por esse caminho que também trilha a Corte Africana, mais recente na história dos tribunais de direitos humanos, buscando tanto aprender com suas “irmãs” como desenvolver suas particularidades.

Dessa maneira, o presente artigo busca, no primeiro capítulo, apresentar o litígio estrutural, apontando suas origens e suas características clássicas em torno dos conceitos de problemas policêntricos, envolvendo formas de administração

⁴ HUERTAS, Julian. Human rights promises revisited: Kent Roach's exceptional contribution to the study of judicial remedies. *Journal of Law & Equality*, v. 19, n. 1, p. 30-40, Oct. 2022. Disponível em: <https://jpls.library.utoronto.ca/index.php/utjle/article/view/39517>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁵ HUNEEUS, Alexandra Valeria. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the human rights courts. *Yale Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 2-38, Jan. 2015. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/6687>. Acesso em: 15 fev. 2024.

política (e muitas vezes burocrática) da vida em comum, o caráter coletivo e estrutural das demandas, e a incapacidade das estruturas adversariais clássicas em dar conta de tais litígios na sociedade atual⁶. Em seguida, a ideia de litígio estratégico será introduzida como parte do funcionamento e rotina de cortes que lidam com violações de direitos humanos de modo geral, para, então, abordar a discussão sobre a adequação do litígio estrutural na atividade de cortes internacionais de direitos humanos, tendo em vista suas características de funcionamento únicas.

Dessa forma, o litígio estrutural será analisado diante de cortes internacionais, no que diz respeito ao seu funcionamento como cortes normalmente mais limitadas em relação às suas contrapartes nacionais, mas enfatizando que, desde o direito internacional, pode resultar um relacionamento frutífero com cortes constitucionais. Esse relacionamento é pautado pelo diálogo entre cortes domésticas e internacionais, elemento de comunicação que remete à internacionalização do direito e representa oportunidades para criação de consensos e reforço de legitimidade em âmbito internacional. Neste ínterim, defende-se a ideia de que são os diálogos procedimentais e o ambiente de monitoramento e informação que constituem o principal trunfo de cortes como a Interamericana, que acabam por fazer uso das características do litígio estrutural. Para ilustrar esse caso, serão trazidos exemplos da atuação da Corte Interamericana, e o papel de sua jurisprudência como ferramenta impulsionadora em relação à jurisdição constitucional.

2. Novas configurações da relação jurídica: problemas policêntricos

Conforme esclarece Mariela Puga⁷, litígio estrutural se refere às hipóteses em que a intervenção judicial conduz o objeto para além dos interesses das partes processuais, sendo que, nesse caso, tal condução não precisa ser necessariamente efetiva: basta que a pretensão judicial do caso concreto busque a regulação de relações jurídicas que transcendem as partes processuais.

⁶ PUGA, Mariela Gladys. La legitimidad de las intervenciones judiciales estructurales. In: MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego; SCIVOLETTO, Gonzalo. *Estado de derecho y legitimidad democrática*. Buenos Aires: Editores del Sur, 2021. p. 103-129. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359510279_Estado_de_derecho_y_legitimidad_democratica_Perspectivas_problemas_y_propuestas. Acesso em: 10 jul. 2024

⁷ PUGA, Mariela Gladys. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de La Universidad de Palermo*, v. 2, n. 1, p. 41-82, nov. 2014. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/354167825/Puga-El-Litigio-Estructural>. Acesso em: 10 jul. 2024.

A doutrina busca explicar essa transcendência das partes através da natureza da questão jurídica a ser abordada pelo judiciário. É Fuller quem primeiro apresenta a ideia de problemas policêntricos, utilizando, entre outras, a metáfora de uma teia de aranha: um puxão em uma das extremidades da teia, causará repercussões em diversos outros pontos de encontro dos fios, indo até o outro lado. Problemas policêntricos são aqueles que, segundo Fuller⁸, possuem vários centros de tensão entre si e decisões acerca de um desses pontos ocasionam impactos em outros centros. Entre os exemplos trazidos pelo autor, está o de uma coleção de inúmeras pinturas deixadas por uma colecionadora de arte para serem divididas pelo Museu Metropolitano e a Galeria Nacional de Arte, mas sem um critério definido. Tendo em vista que cada peça é única e de autoria de um pintor específico, que pode já ter exposições de parte de suas obras em um museu ou outro, a decisão de para onde vai uma obra impactará não só o museu que a recebe, mas o museu que deixa de possuí-la em seu acervo, o que torna coleções menos completas.

Da mesma maneira, Abram Chayes também contribuiu para o debate sobre adjudicação e problemas policêntricos, ao analisar o funcionamento de cortes federais, argumentando que os juízes têm se tornado frequentemente os responsáveis por administrar formas complexas de alívio contínuo que vão além das partes, trazendo o conceito de litígio de interesse público⁹, cujas formas seguem determinadas características, tais como o fato de que os litígios deixam de ser bipolares. A ideia de bipolaridade, segundo Mariela Puga¹⁰, é justamente o tipo de litígio em que duas partes se colocam diante de um juiz segundo regras de direito, e em que a solução a ser encontrada não irá gerar um impacto a ser imposto ou a regular os interesses de indivíduos que não participam da disputa. Porém, o litígio estrutural, em razão de sua origem, abandona essa configuração assumindo uma condição mais “amorfa”.

⁸ O próprio Fuller sempre usou exemplos práticos e nunca formulou um conceito final de problemas policêntricos. FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁹ 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://disciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4789038>. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹⁰ A autora também identifica que litisconsórcios não se confundem com o litígio estrutural, pelo conceito de terceiro interveniente. PUGA, Mariela Gladys. *Litígio estrutural*. 2013. 330 f. Tese (Doutorado em Direito) - 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 fev. 2024.

Da mesma forma, o caráter amorfo de que fala Chayes se constitui no que denomina a autora¹¹ como causalidade estrutural, que é a ideia de que os feitos que constituem a violação de direito nem sempre coincidem com a individualização de uma determinada conduta: muitas vezes as violações estão estruturadas em torno de condutas ou instituições complexas que resultam na vulnerabilização de direitos, colocando-as em um plano que pode ou não coincidir com uma ação ou omissão imediata.

Sendo assim, tais litígios se apresentam prospectando-se em direção ao futuro, em oposição à forma clássica, cuja inquirição factual se dirigia ao histórico das partes e a um retorno para um *status quo ante*. Chayes também foi o responsável a comentar sobre o caráter de baixa litigiosidade e postura mais ativa do juiz nesses “processos multipolares”. Segundo ele, os novos mecanismos se aproximam de procedimentos de equidade, e essa nova leva de processos enriquece ainda mais o repertório democrático, postulando que os juízes são mais do que capazes de observar e avaliar os parâmetros legais de instituições públicas, além do fato de que cortes são menos propensas a serem capturadas por interesses escusos¹².

Ainda na esteira dos clássicos sobre o litígio estrutural, o caso responsável por inspirar todo o campo de análise foi *Brown v. Board of Education of Topeka*¹³, cujo objeto era a segregação racial nos Estados Unidos em escolas públicas e estabelecimentos de ensino. O caso versava sobre Linda Brown, uma criança da cidade de Topeka, no Estado do Kansas. Seu pai, Oliver Brown, tentou matriculá-la em uma instituição escolar exclusivamente destinada a brancos, em razão da proximidade de sua residência. Linda e seu pai eram negros, e o único estabelecimento que aceitava crianças negras ficava do outro lado da cidade. Mesmo assim, o pedido foi rejeitado, por ocasião da vigência das chamadas Leis Jim Crow, de caráter segregacionista, surgidas no fim da guerra civil¹⁴. A Suprema Corte, à época, ainda tinha por base o caso *Plessy v. Ferguson*, que sustentava que a segregação não constituía uma violação do direito à igualdade, desde que o acesso a serviços públicos fosse assegurado. Com

¹¹ PUGA, Mariela Gladys. El litigio estructural. p. 41-82.

¹² CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. p. 1281.

¹³ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*. Supreme Court Justice Earl Warren, May 17, 1954. U.S. **Supreme Court**, v. 347, p. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

¹⁴ YELL, Mitchell. *Brown v. Board of Education and the Development of Special Education*. **Intervention in School and Clinic**, v. 57, n. 3, p. 198-200, Jan. 2022. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/10534512211014874>. Acesso em: 10 jul. 2024.

o novo caso, em 1954, a Suprema Corte reconheceu que a segregação racial praticada por instituições de ensino feria a Constituição, determinando às autoridades públicas a adoção de novas políticas públicas aptas a reformarem o sistema educacional¹⁵. Contudo, se Brown versava sobre uma questão jurídica, a resistência com que esta foi recebida nos tribunais federais levou ao questionamento de sua implementação, dando origem ao caso Brown II, em que houve de fato a discussão sobre como se dariam as intervenções para reconstrução social¹⁶.

A abordagem do caso Brown como pioneiro foi realizada por Fiss¹⁷, identificando as medidas tomadas pela corte como *structural injunctions*. Na defesa dessa nova espécie de litigância, o autor estabelece que é dever das cortes dar significado a valores públicos; e o remédio judicial, embora possa trazer consigo debates e desafios para a figura do juiz, está contido implicitamente no constitucionalismo, que não se resume a um papel declaratório do poder judiciário.

É bastante interessante destacar que, com Brown I e II, outros litígios do tipo foram ajuizados, questionando o sistema educacional estadunidense sobre a ótica de outros grupos vulnerabilizados¹⁸, a exemplo das pessoas portadoras de deficiência, como em *PARC vs. Pensilvânia* em 1972¹⁹, o qual terminou com a aprovação de um decreto consensual em que o Estado da Pensilvânia se comprometeu a providenciar, para estudantes portadores de deficiência intelectual, educação pública adequada, gratuita e que refletisse o sistema de educação comum. O mesmo ocorreu com o caso *Mills v. Distrito de Columbia*²⁰, em que um grupo de crianças portadoras de

¹⁵ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais? *Pensar: revista de ciências jurídicas*, v. 27, n. 1, p. 12, jan. 2022. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11447>. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹⁶ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais: REL*, v. 4, n. 1, p. 211-246, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REL/article/view/247>. Acesso em: 12 jul. 2024.

¹⁷ 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: 12 jul. 2024.

¹⁸ YELL, Mitchell. *Brown v. Board of Education and the Development of Special Education*. p. 198-200.

¹⁹ ESTADOS UNIDOS. United States District Court (Eastern District of Pennsylvania). *The Pennsylvania Association for Retarded Children et al. v. Commonwealth of Pennsylvania et al.*: n. 71-42, May 5, 1972. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/343/279/1691591/>. Acesso em: 20 fev 2024.

²⁰ ESTADOS UNIDOS. United States District Court (District of Columbia). *Peter Mills et al. v. Board of Education of the District of Columbia et al.*: Civ. A. n. 1939-71, August 1, 1972. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/348/866/2010674/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

deficiência intelectual foi expulso de sua escola, sob a justificativa de impossibilidade da instituição de acomodá-las em razão dos custos para sua educação especializada.

Entre as características já mencionadas dessa nova forma litigiosa, Mariela Puga traz alguns destaques, quais sejam, o fato de que há um coletivo de afetados que não intervêm no processo judicial, mas se encontram representados por pares; a presença de uma organização estatal, ou outra grande corporação, cuja ação, ou omissão, é responsável pela violação repetida ou sistemática de direitos; a necessidade de ordens de natureza contínua e prolongada e o fato de que tais direitos são hasteados em marcos constitucionais, ou mesmo, estão relacionados com direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Tais características conduzem à formação de uma lide em que o papel do juiz está mais próximo do de um administrador ou mediador. Dessa forma, tal fenômeno permite a melhor compreensão do processo judicial em si, não como uma forma adversarial já definida e engessada, mas, sim, que carece de instauração e processo, e, mesmo em sua forma clássica, a função declaratória do juiz não será a única que este irá desempenhar, mas apenas mais uma em meio a várias convenções²¹.

O litígio estrutural, por conta de sua natureza afastada de categorias adversariais clássicas, atrai inúmeras críticas e também pode causar certa confusão na ligação de suas características com outros fenômenos distintos, como o litígio estratégico. Primeiramente, é preciso desmistificar a ideia de que ao instaurar um litígio estrutural, um juiz abandonará seu papel enquanto magistrado para assumir uma atuação de natureza política. Em verdade, o que se busca, através da constituição de um litígio estrutural é o atendimento de interesses constitucionais através da intervenção judicial de maneira a se constituir uma lide capaz de lidar com um problema de natureza policêntrica, mudando-se o foco de uma lógica de meras ordens hierárquicas para uma intervenção experimentalista²².

O caráter experimentalista envolve a aplicação de medidas bastante pragmáticas que se inserem na análise do caso concreto. Daí dizer que a experiência do litígio estrutural na doutrina brasileira, por exemplo, passou a abarcar uma certa dose de

²¹ A autora se refere ao fato de que mesmo em formas mais clássicas, o juiz também possui funções administrativas ao instaurar a lide. PUGA, Mariela. El litigio estructural. p. 41-82.

²² 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: 10 jul. 2024.

“praticalismo” jurisdicional²³. O problema dessa solução é que significa a ausência de critérios para a adoção de medidas estruturais. Um exemplo bastante famoso no Brasil é o dos direitos prestacionais, sobretudo, ao acesso a medicamentos, que ainda se baseiam na teoria do mínimo existencial, o que é impróprio, pois, tanto seu conteúdo é impreciso, como a tutela de direitos fundamentais não pode ser garantida tomando-se por base seu piso²⁴.

Isso ocorre, principalmente, porque a lógica estrutural em que litígios dessa natureza se inserem requer medidas que operem de modo a atuar sobre as burocracias que, por sua vez, produzem e reproduzem essas violações, por conta de sua composição hierárquica. Por outro lado, há o argumento de que essas intervenções são intromissões e atentam contra o princípio republicano de separação dos poderes, principalmente quando são observadas medidas de invalidação ou reestruturação dessas mesmas instituições, estabelecidas através de órgãos respaldados eleitoralmente. Esse fenômeno, Mariela Puga denomina objeção contramajoritária²⁵. A autora comenta que o experimentalismo descrito anteriormente ainda resiste ao argumento da exceção contramajoritária quando se verificam dois elementos em casos concretos: uma falência burocrática sistemática, que ocorreu por ocasião de uma série de falhas que se alongaram no tempo, e a falência de resposta política a essas instituições, que permaneceram imunes a tais forças, por bloqueios políticos sistemáticos²⁶.

Na mesma esteira dessas críticas, é preciso lembrar que os litígios estruturais, como solução excepcional, não atacam a falha democrática institucional que levou ao bloqueio político da solução hodierna. Daí dizer que a atuação do judiciário não encerra o caso em questão, haja vista a necessidade de buscar mais meios para a reforma democrática e diálogo popular²⁷.

²³ OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticalismo” e os “processos estruturais”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 251-278, ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82013>. Acesso em: 10 jul. 2024.

²⁴ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. p. 211-245.

²⁵ PUGA, Mariela Gladys. La legitimidad de las intervenciones judiciales estructurales. p. 103-129.

²⁶ Mais informações serão trazidas ao se abordar o estado de coisas inconstitucional.

²⁷ Nesse ponto está a ideia do constitucionalismo popular como remédio complementar à atuação do judiciário. FERRI, Caroline; MARCHIORI NETO, Daniel Lena; CORRÊA, Bruna Bottero. A iniciativa popular legislativa como instrumento de contraposição entre ativismo judicial e popular. *Prim@ Facie: revista do programa de pós-graduação em ciências jurídicas*, v. 18, n. 38, p. 1-34, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/42588>. Acesso em: 12 jul. 2024.

Mas, para além de uma ferramenta buscada para corrigir falhas de carácter estrutural, ainda existe outro passo a ser dado na análise do litígio estrutural, que é a sua conexão com problemas sistêmicos antigos, que versam sobre a realização dos direitos humanos, notadamente, os DESCAs, direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Isso ocorre, como foi apontado, em uma medida a ser tomada de modo a não fazer com que normas processuais não se tornem barreiras para o acesso à justiça, ou mesmo que situações de vulnerabilidade social não impactem no cenário do litígio.

Esse movimento segue a ideia da alteração da realidade através do litígio estrutural, buscando enxergar os espaços dos tribunais como lugares democráticos e os processos como dotados de uma dimensão deliberativa que permite essa mesma participação social. Ao mesmo tempo, essa constituição de um espaço participativo precisa ser um corolário desse novo tipo litigioso, haja vista críticas como o carácter contramajoritário. É por essas razões que devem ser constituídas bases epistêmicas adequadas para o litígio estrutural, e é nesse mesmo espaço que ideias como a maior participação direta dos afetados, por exemplo, e o carácter mediador de muitos processos do tipo se inserem²⁸.

Feitas as considerações iniciais sobre o litígio estrutural e abordadas suas principais características trazidas pela doutrina, parte-se agora para uma análise do instituto e sua relação com litígios estratégicos, junto a reflexões a partir da ideia de transformação social por intermédio do poder judiciário.

3. Litígios estruturais na encruzilhada com litígios estratégicos: ferramentas para transformação social?

Muito embora os litígios estruturais por vezes encontrem diversos sinônimos, como a ideia de litígios de interesse público, um desses termos merece destaque tanto por sua proximidade, como pelo fato de suas diferenças fazerem referência a um processo complexo que se enraizou na disciplina dos direitos humanos: trata-se do litígio estratégico. Ao se abordar o conceito e analisar seu modo de atuação, é bastante didático observar, na América Latina e no sul global, como o poder judiciário

²⁸ UCÍN, María Carlota. Dimensión democrática y deliberativa del proceso judicial de interés público. *Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas*, v. 20, n. 37, p. 159-168, maio 2020. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitoejustica/article/view/55>. Acesso em: 10 jul. 2024.

passou a ser visto como um fator capaz de transformação por grupos sociais que anteriormente o encaravam como um fator de dominação social, e como o litígio estratégico passou a fazer parte desse cenário.

É a partir da metade do século XX que grupos sociais passam a empregar no continente a litigância como ferramenta para ampliação e para o fortalecimento dos direitos, na esteira da chamada judicialização das relações sociais. A litigância estratégica opera, então, a partir da escolha de casos de alto impacto relacionados a direitos sociais. O poder judiciário torna-se “vitrine” da causa em questão, que passa a receber atenção de diversos setores, ao passo que o tribunal se torna a arena de sua deliberação, aguardando-se a tomada de decisões cujos efeitos possam transcender as partes. O resultado pode variar entre a elaboração de uma sentença que, de fato, atenda às demandas com pretensões regulatórias, ou não. Contudo, o elemento estratégico advém do fato de que, mesmo que a demanda não seja totalmente acolhida, os planos e o preparo para o litígio normalmente virão acompanhados de campanhas de conscientização, empoderamento de grupos vulneráveis, denúncias de violações de direitos, entre outras ferramentas que se espalham por diversas outras arenas e pressionam o poder público²⁹. Dessa forma, a própria decisão de prosseguir no litígio, ou deixar de levá-lo adiante, passa por meio da racionalidade estratégica.

O litígio estratégico, ao mirar em efeitos futuros e em uma pretensão regulatória de determinado problema, divide certas características com o litígio estrutural. De fato, o teor estratégico desse tipo de litigância também a afasta do litígio tradicional: busca determinados pontos de pressão em processos mais longos e amplos no que diz respeito aos seus demandados, até mesmo, gratuitos³⁰, tendo em vista tais ações serem ajuizadas por grupos marginalizados a fim de buscar efeitos extrajurídicos.

E é justamente neste ponto que se diferencia o litígio estrutural do estratégico: o primeiro versa sobre a solução de problemas complexos e policêntricos que demandam um novo tipo processual do judiciário, mais aproximado das partes envolvidas, com um juiz realizando papéis mais ativos, distintos do clássico modelo

²⁹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais? p. 12.

³⁰ GOMES, Juliana Cesario Alvim. Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 1, p. 389-423, mar. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/39381>. Acesso em: 10 jul. 2024.

adversarial. Tais elementos são tomados enfatizando-se um tipo processual. Litígios estratégicos são a instrumentalização dessa nova onda de procedimentos pela sociedade civil, tanto para a finalidade imediata, de fazer cessar ameaças aos seus direitos, como também, para causas extrajurídicas, quais sejam, visando a alteração de políticas públicas, a regulação de determinadas instituições de direito, ou até mesmo, finalidades políticas que são acarretadas pelo litígio, tais como a promoção de conscientização de causas sociais. No entanto, é possível citar hipóteses, como casos de grande comoção social, para se marcar posições ou colocar temas em evidência, as quais não necessariamente corresponderão a casos de litígio estrutural³¹. A força da litigância estratégica é a ponderação de seus efeitos, mitigando-se litigância errática e se adaptando conforme a necessidade: casos podem ser iniciados como litígios comuns e, aos poucos, ganharem força através de campanhas, se multiplicarem e até levarem à instauração de litígios estruturais.

Tendo identificado as principais diferenças entre os dois institutos, é interessante realizar uma análise de como estes se relacionam na tutela de direitos. Voltando-se ao caso exemplar da América Latina, é possível apontar, de maneira geral, que casos envolvendo litigância estratégica e litígio estrutural são empregadas de modo a reposicionar problemas socioeconômicos como questões de direitos humanos³². Nesse sentido, Mariela Puga³³ estabelece que uma das possibilidades para se encarar o litígio estrutural estava na superação de desigualdades estruturais que exercessem impacto sobre problemas da administração da justiça: ainda que sob uma lógica mercadológica, e em outro plano, litígios estruturais possuem o condão de agir como mecanismo de “paridade de armas”, tendo em vista que, sob um ponto de vista de oportunidades, demandantes ocasionais, como pessoas físicas, comunidades ou grupos vulneráveis, já iniciam a litigância de posições desfavoráveis, e o processo litigioso comum reforça esses pontos de vista ao se protrair no tempo. Nesse sentido, afirma-se que a legitimidade do litígio estrutural se verifica justamente na medida e na qualidade dos debates públicos suscitados anteriormente. Afinal, em um processo em que se discutem direitos pertencentes a toda coletividade, para se verificar efeitos

³¹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais? p. 12.

³² RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, jun. 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

³³ PUGA, Mariela Gladys. La legitimidad de las intervenciones judiciales estructurales. p. 103-129.

como o amplo contraditório, tornam-se necessárias técnicas de representação que deem conta dessa amplitude, a exemplo de *amici curiae* e audiências públicas³⁴.

Para finalizar o presente capítulo e enfatizar a relação entre litígio estratégico e estrutural, é preciso apontar que as regras aplicadas aos processos estruturais operam no sentido de ampliar os custos de demanda para demandantes frequentes, como grandes companhias privadas, ou para o Estado responsável por ações ou omissões, o que fere os direitos desses demandantes. Ampliando-se os custos sobre a litigância, questões envolvendo direitos humanos, no tocante ao sentido dessas mesmas normas, adquirem novos contornos e factibilidade.

A diferenciação dos institutos é crucial para se compreender como e por onde operam grupos sociais e ONGs na defesa de direitos humanos, haja vista que esses se articulam e exercem sua influência de maneira concertada. Dessa maneira, o litígio estratégico seleciona casos com o intuito de reinterpretar leis existentes ou estabelecer novos precedentes legais que influenciem futuros julgamentos e promovam mudanças legislativas. Além disso, o litígio estratégico geralmente é acompanhado por campanhas de sensibilização e uso da mídia para aumentar a conscientização pública e pressionar por mudanças políticas e sociais.

Já o litígio estrutural pressupõe uma abordagem mais ampla e complexa, que visa reformar sistemas inteiros ou instituições para corrigir falhas profundas e persistentes. Sendo assim, essa abordagem é frequentemente utilizada em contextos em que há violações generalizadas de direitos humanos ou em que sistemas inteiros, como prisões, escolas ou sistemas de bem-estar infantil, estão falhando em cumprir suas obrigações legais e morais, e requer desses grupos monitoramento contínuo para garantir que as reformas ordenadas sejam cumpridas adequadamente.

Contudo, há ainda outro elemento informador nesse ecossistema, do lado de tribunais nacionais e internacionais: os diálogos. Esse elemento comunicador será abordado no próximo capítulo, dedicado ao relacionamento entre tais órgãos e as potencialidades do litígio estrutural.

³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109152>. Acesso em: 20 fev. 2024.

4. Adicionando peças ao tabuleiro: litígio estrutural internacional e seu papel impulsionador

Em princípio, comentar sobre o papel do direito internacional ao se abordar o litígio estrutural parece estranhamente paradoxal: conforme visto anteriormente, boa parte do cenário que forma o litígio estrutural e como este se instrumentaliza através da racionalidade estratégica não parece fazer sentido ao se observar a litigância internacional. De fato, o direito internacional classicamente considerado possui diversos princípios que o aproximam do litígio bilateral, especialmente, considerando-se sua tradição de afirmar-se como o direito contratual entre nações³⁵.

Contudo, paradoxalmente, os mesmos elementos em sua origem que o aproximam da bilateralidade também o aproximam de características estruturais. Historicamente, o direito internacional sempre foi muito ligado à arbitragem e, de certa maneira, a um experimentalismo jurídico através de composições *ad hoc* para cortes e tribunais, funcionando através de arguições baseadas em, além de tratados do direito aplicável, princípios gerais de direito da equidade³⁶. Ademais, é preciso apontar que o direito internacional se apresenta descentralizado, com baixo grau de imposição de suas decisões, o que adiciona um peso político considerável sobre esse ramo do direito. Por fim, em razão dessa estrutura, a atividade de cortes e tribunais consubstanciam os momentos de maior verticalização da aplicação do direito internacional. Por essa razão, frequentemente os precedentes de cortes e tribunais internacionais possuem um peso muito grande na argumentação e articulação do direito internacional, tanto pelas partes como também por outros órgãos judiciais e quase judiciais³⁷.

Em se tratando de um direito que está em uma eterna “corda-bamba”, ou, para usar a metáfora de Koskeniemi³⁸, oscila tal como um pêndulo entre uma doutrina

³⁵ KLABBERS, Jan. **International law**. 3th ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2021.

³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The merits of coordination of international courts on human rights. **Journal of International Criminal Justice**, v. 2, n. 2, p.309-312, 1 June 2004.

³⁷ Daí se falar em “fragmentação” do direito internacional, por ocasião da expansão do número de cortes e tribunais aplicando a matéria. KOSKENIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law?: postmodern anxieties. **Leiden Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 553-579, Sept. 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/232011713_Fragmentation_of_International_Law_Postmodern_Anxieties. Acesso em: 10 jul. 2024.

³⁸ KOSKENIEMI, Martti. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006.

realista-política e uma da articulação de suas fontes, a proximidade do direito internacional com o litígio estrutural parece estranhamente se encaixar. Isso se dá por conta das consequências do pronunciamento de uma corte em relação a um caso concreto, gerando efeitos ao dispor sua interpretação (e valoração) sobre definição de termos, patamares e perspectivas, haja vista que, mesmo muitas vezes operando sob a lógica do “direito contratual entre Nações”, não é possível se ignorar a produção de jurisprudência em um cenário descentralizado³⁹. Esses exemplos são particularmente válidos para a Corte Internacional de Justiça (CIJ), o quintessencial exemplo de tribunal internacional: sabendo do impacto de suas decisões, a CIJ faz exercícios bastante completos de recordação de termos e temas conexos com cada causa, com o intuito de rememorar o próprio histórico e afirmar o contexto em que os utiliza.

Dessa maneira, cada caso sob jurisdição internacional tem potencial para gerar efeitos em uma teia de relações ampla e complexa, envolvendo os mais diversos Estados e atores em todo o mundo. É possível situar a ideia de diálogo entre jurisdições neste ponto. O termo ganhou notoriedade com o trabalho de Slaughter⁴⁰, que tratou de como a internacionalização do direito se manifestava a partir do trabalho de juízes que buscavam soluções nos estudos de outros órgãos jurídicos, nacionais e internacionais, conduzindo à formação de uma Comunidade Global de Cortes. O estudo desse elemento comunicador só aumentou desde o início dos anos 2000, vindo a abordar, da circulação de informação sob a forma de precedentes que se entrincheiram nas diversas cortes⁴¹, até a ampliação de pontos de contato entre jurisdição interna e internacional.

A ascensão de cortes de direitos humanos é um dos elementos deste último tópico. Conforme mostrado por Kunz⁴², tais órgãos desenvolveram estratégias para

³⁹ ROMANO, Cesare P. R. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 41, n. 4, p.755-787, 2009. Disponível em: <http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁴⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p.191-219, Winter 2003. Disponível em: <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/die-fakultaet/personen/albersmarion/seoul-national-university/course-outline/slaughter-2003-a-global-community-of-courts.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

⁴¹ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Diálogo transjudicial dos direitos humanos fundamentais**: sistema único de proteção judicial dos direitos humanos fundamentais. 2019. 400 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/95203>. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁴² KUNZ, Raffaella. Judging international judgments anew?: the human rights courts before domestic courts. *European Journal of International Law*, v. 30, n. 4, p. 1129-1163, Nov. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chz063>. Acesso em: 10 jul. 2024.

ampliar o impacto político de suas decisões, contribuindo para um relacionamento mais próximo com cortes domésticas, em que muitos desses órgãos agem como “parceiros de *compliance*” de Cortes Internacionais, em um movimento de superação do mero paradigma político de executoriedade de decisões internacionais, para uma postura de deferência positiva, daí também faz sentido falar-se em diálogo: litigância internacional pode servir para fornecer a juízes nacionais ferramentas de direitos humanos, bem como a oportunidade para empregá-las, e esforços de coordenação podem resultar em benefícios para ambos os sistemas, desde um fortalecimento na independência judicial interna, até a expansão, no caso a caso, para cortes internacionais⁴³. Esses mecanismos estão diretamente ligados com a construção de um ambiente propício ao litígio estratégico, buscando-se a participação popular para se reduzir o déficit de legitimidade que é um problema crônico no direito internacional.

Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke tratam do assunto ao afirmarem que cortes internacionais buscam sua razão de ser no público e nas comunidades a quem servem. Dessa forma, os autores concluem, as Cortes precisam refletir sua atuação, agindo como uma autoridade pública internacional, buscando a democratização de seu funcionamento, em conjunto com um diálogo mais amplo com essas comunidades. Dessa maneira, enquanto instituições democráticas, e passando por uma desejosa reforma no paradigma do interesse público, tais órgãos podem receber uma injeção de legitimidade, aumentando os custos políticos para os Estados, pressionando-os a agir consoante as decisões dessa nova autoridade pública⁴⁴.

Em se tratando da CIDH, é possível apontar como o tribunal enxerga o próprio papel através do princípio *pro persona*. A ideia do princípio em questão é mitigar o debate pela última palavra, que por vezes ocorre entre jurisdição doméstica e internacional, e dar ênfase nas medidas que atribuem maior proteção dos direitos humanos, não importando a origem normativa ser interna ou internacional⁴⁵. Ao propor tal critério, o debate sobre o exercício do controle de convencionalidade, instituto que versa sobre o conteúdo da norma jurídica tendo a Convenção Americana

⁴³ DUFFY, Helen. *Strategic human rights litigation: understanding and maximising impact*. Oxford, UK: Hart, 2018.

⁴⁴ BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *In whose name?: a public law theory of international adjudication*. New York: Oxford University Press, 2014.

⁴⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? *In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Konstantin Gerber, organizador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 233-277.

dos Direitos Humanos como paradigma, assume um caráter dialógico importante, trazendo à baila o poder judiciário de cada Estado-parte da Convenção como participante da proteção internacional dos direitos humanos, dando-se nova carga de legitimidade e significado ao direito internacional. Para autores como Yota Negishi, trata-se da constitucionalização da adjudicação internacional e internacionalização da adjudicação constitucional, balizadas pelo princípio da subsidiariedade da aplicação do sistema internacional⁴⁶.

Feitas essas observações, é importante notar como se articulam o litígio estrutural, o estratégico e como, na relação entre cortes domésticas e internacionais, o elemento dialógico age como catalisador entre ambas, age como impulsionador da comunicação e fornece oportunidades para executoriedade de decisões internacionais, ao passo que representa chances de fortalecimento do direito no âmbito interno. Procedimentos estruturais ganham novas camadas ao serem monitorados por órgãos internacionais, cujos *standards* podem auxiliar na construção do consenso necessário. Ademais, o direito internacional se vê abrangido por maior legitimidade ao se comportar como fórum para ONGs e membros da sociedade civil, consolidando novos modelos de litigância estratégica.

Com isso, não se quer dizer que não existam obstáculos no relacionamento entre cortes internas e internacionais. Debates quanto à extensão da margem de apreciação, ou à postura de resistência às “intromissões” do direito internacional são densos⁴⁷, contudo, no presente estudo, busca-se apontar como um relacionamento fértil entre esses órgãos, aliado a outros atores, pode preencher déficits de atuação e fortalecer procedimentos estruturais. No próximo tópico, serão abordados exemplos dessa cooperação.

⁴⁶ NEGISHI, Yota. **Conventionality control of domestic law**: constitutionalised international adjudication and internationalised constitutional adjudication. Baden-Baden, DE: Nomos, 2022. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748929833/conventionality-control-of-domestic-law?hitid=115604&page=1&l=en>. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁴⁷ KUNZ, Raffaella. Judging international judgments anew?: the human rights courts before domestic courts. p. 1129-1163.

5. Litígio estrutural de formação internacional: casos e oportunidades

Considerando-se a importância do diálogo entre cortes internas e internacionais, busca-se, no presente tópico, apresentar exemplos a partir da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a evidenciar oportunidades a partir do trabalho em equipe no impulsionamento do litígio estrutural. Deve-se apontar que, com o passar do tempo, a CIDH acabou se organizando a partir de eixos temáticos, com casos envolvendo graves violações de direitos humanos no contexto de regimes ditatoriais no continente, tendo um peso muito grande na construção da legitimidade da corte, que, desde seu início, através da Comissão Interamericana, buscou servir como registro histórico desse período⁴⁸.

É a partir dos anos 2000 que o sistema interamericano passou a exigir dos Estados medidas de não-repetição, além de ingressar também com medidas de monitoramento pela modificação de estruturas estatais. Tal fato ocorreu porque, mesmo que, nesse período, a maioria dos Estados da região não estivessem mais envolvidos em atividades como o desaparecimento forçado, prisões arbitrárias e outras formas de repressão política, o déficit democrático regional ainda persistia, principalmente pela presença de muitos órgãos públicos cuja origem e funcionamento ainda datavam das ditaduras que assolaram a América Latina. É nesse período que a Corte, de fato, começou a ordenar medidas sobre formulação de políticas públicas, monitorar o cumprimento de suas medidas e adotar procedimentos mais complexos que se enquadram no conceito de litígio estrutural⁴⁹.

Nesse sentido, há diversos casos paradigmáticos que ilustram essa atuação mais pungente da Corte. O primeiro deles é *Barrios Altos v. Peru*⁵⁰, versando sobre ações de membros do exército peruano, no contexto do governo ditatorial de Fujimori, marcado por ações de grupos de extermínio, mais especificamente o

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios = Latin american human rights ius constitutionale comune and the inter-american human rights: system: perspectives and challenges*. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p.1356-1388, jun. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/28029>. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁴⁹ HUNEEUS, Alexandra Valeria. *Reforming the state from afar: structural reform litigation at the human rights courts*. p. 2-38.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Barrios Altos v. Peru*. President Antônio Cançado Trindade, March 14, 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

denominado “Grupo Colina”, cujas ações no período ditatorial envolveram disparos contra grupos de civis, levando a inúmeras mortes. Tal grupo, bem como outros a serviço do regime foram abarcadas por uma lei de anistia aprovada posteriormente. A Corte teve um papel importantíssimo ao julgar a incompatibilidade de leis de anistia com a Convenção Americana, e, durante o litígio em questão, destacam-se as ordens de reabertura das investigações judiciais, garantindo às vítimas e suas famílias o direito à verdade, corolário dos direitos a garantias judiciais (Artigo 8) e Proteção Judicial (Artigo 25) da Convenção, para além das violações ao direito à vida (Artigo 4 da Convenção), à integridade pessoal (Artigo 5), entre outros.

No que tange a casos que levaram à reestruturação de leis internas, especialmente dada a importância da matéria em sede internacional, destaca-se o caso *Vargas Areco v. Paraguai*⁵¹, em que a legislação paraguaia foi posta sob intenso escrutínio tendo em vista práticas históricas de recrutamento de crianças e adolescentes pelo exército do país, muitas vezes à força, e da lei 596 de 1975 que permitia aos pais darem permissão para que crianças e adolescentes servissem. A Constituição do Paraguai exige serviço militar obrigatório, e muitos recrutamentos são realizados em contextos de abuso, e crianças e adolescentes acabam sendo vítimas de alistamento forçado. Em 1989, o jovem Gerardo Vargas Areco, recrutado contra a vontade aos 15 anos, tentou fugir de um dos quartéis, foi preso e, diante de nova tentativa de fuga, foi alvejado nas costas por tiros de um oficial, vindo a óbito. A CIDH teve papel fundamental, porque, mesmo que tenha limitado sua análise à lei da época de recrutamento, além de mobilizar a opinião pública nacional e internacional, durante a fase de cumprimento de sentença, acabou levando o Estado a revisar a lei 596/75 e ratificar o Protocolo Facultativo da Convenção sobre o Direito das Crianças relativo à participação de crianças em conflitos armados em 27 de setembro de 2002, buscando adequação aos *standards* internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente. O caso ainda serviu de *leading* para inúmeros outros relacionados aos abusos de recrutamento de crianças-soldado no Paraguai ganharem atenção internacional, a exemplo de Pedro Antonio Centurion em sede da Comissão Interamericana⁵², cujo monitoramento resultou em outro acordo, findando em 2024 um longo processo de monitoramento internacional que vinha desde 2011.

⁵¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso de Vargas Areco versus Paraguai**. Judge Sergio García Ramírez, September 26, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_ing.pdf. Acesso em 20 mar. 2024.

⁵² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Technical information sheet case 12.699 Pedro Antonio Centurión Friendly Settlement Report n° 130/18 total compliance (Paraguay)**. Washington: IACHR, [2018]. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/friendly_settlements/T/2023/Ficha%20CT%20Caso%2012.699-PY.en-CM-DA.PDF. Acesso em: 1 jun. 2024.

Vale afirmar que os poderes de supervisão e monitoramento da Corte Interamericana foram desafiados no caso *Baena Ricardo v. Panamá*⁵³. O argumento apresentado pelo Estado foi de que os poderes da Corte para supervisionar o cumprimento de medidas ordenadas não está contido na Convenção Americana, sendo que o artigo 33 do documento só se refere às competências para ouvir sobre a matéria de *compliance*, mas não está diretamente ligada às obrigações do Estado em cumprir com tais decisões, estando estas adstritas ao relatório emitido pela Comissão Americana nos termos do artigo 51(2). A resposta da Corte foi a de reafirmar sua competência para o monitoramento e o *compliance* de Estados, identificando que o relatório a que se referiu o Estado do Panamá é parte do *compliance* exercido pela Comissão e também da Corte, compreendendo que, uma vez que o caso tenha tomado forma no tribunal, por iniciativa da Comissão, cabe a ela a fiscalização das medidas. Isso ocorreu, principalmente, após a Corte compreender que simplesmente referenciar um caso para a Assembleia Geral da OEA, conforme disposto no artigo 65 da Convenção Americana, era uma opção processual muito pouco efetiva⁵⁴.

Contrapondo-se as experiências do litígio estratégico da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) com as da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Corte ADHP), é possível verificar que cada experiência assumiu contornos distintos, mas ainda marcados pelo pragmatismo. A Corte ADHP, notadamente, exerce uma postura semelhante à da CIDH, visto que não distingue litígios estruturais daqueles comuns. Os julgados e a interpretação da Corte sobre esses procedimentos também derivam do mandato oriundo do Protocolo Adicional da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, com a diferença de que a Corte ADHP admite casos apresentados por indivíduos, tal qual sua contraparte europeia⁵⁵. Apesar de ser o mais jovem dos sistemas de proteção de direitos humanos, a Corte e Comissão Africanas têm um papel valioso justamente ao articular movimentos sociais e ONGs de direitos humanos, reverberando uma cultura jurídica no interior do continente, que, inclusive,

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Baena-Ricardo et al. v. Panama*. President Antônio Cançado Trindade, February 2, 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_ing.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁵⁴ HUNEEUS, Alexandra Valeria. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the human rights courts. p. 2-38.

⁵⁵ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Diálogo transjudicial dos direitos humanos fundamentais**: sistema único de proteção judicial dos direitos humanos fundamentais.

ultrapassa os Estados-membros do protocolo da Corte, servindo como “estrutura de oportunidade”, conforme visto na Nigéria⁵⁶.

A CEDH, passando pela grande reforma que forneceu acesso direto de seus indivíduos à sua jurisdição, desenvolveu o sistema de julgamentos-piloto, em que a corte, ao analisar um caso determinado, verificando a violação, “congela” casos similares e declara a violação do Estado em questão. Com a decisão da Corte, o Estado normalmente trabalha em uma solução de reforma e a apresenta. O curioso é que, no emprego dessa técnica, ao congelar casos similares, a CEDH faz uso de outras pressões na decisão de julgamentos-piloto, haja vista que os casos semelhantes podem dizer respeito a outros Estados-partes na Convenção Europeia⁵⁷.

Para se trazer alguns exemplos do Brasil, é possível elencar casos envolvendo a superlotação dos sistemas prisionais brasileiros, verificados na Penitenciária Urso Branco⁵⁸. Tal caso foi originado com base nos pedidos de garantia de segurança solicitados à Corte em nome dos 47 prisioneiros que sobreviveram ao massacre ocorrido em Casa de Detenção José Mario Alves da Silva, em Porto Velho, Rondônia, durante o ano de 2002. Entre as medidas exigidas pela Corte, estava a formação de uma comissão especial, com representantes do Estado, em níveis Estadual e Federal, dedicada a supervisionar e relatar o estado de cumprimento das ordens da Corte. Infelizmente, haja vista as constantes omissões estatais, em 2004, outro grande episódio de violência tornou a acontecer no local, vitimando vários detentos durante uma rebelião, levando a Corte a agir novamente, declarando o não-cumprimento das medidas provisionais e exigindo novas listas com os nomes dos vitimados e novas medidas estruturais para a garantia da proteção dos detentos. Com isso, houve a celebração de um novo acordo entre diversos representantes do poder público, da União, do Estado, do Ministério Público e da Defensoria Pública, elencando-se 5 eixos de atuação para a melhoria do sistema prisional, quais sejam, combate à cultura de violência, melhoria dos serviços,

⁵⁶ GATHII, James Thuo; MWANGI, Jacqueline Wangui. The African Court of Human and Peoples’ Rights as an opportunity structure. In: GATHII, James Thuo (ed.). *The performance of Africa’s international courts*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2020. p. 211-253.

⁵⁷ HUNEEUS, Alexandra Valeria. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the human rights courts. p. 2-38.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 7 de julho de 2004**. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil: caso da Penitenciária Urso Branco. San José, Costa Rica: 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

ampliação do quadro de pessoal, investigação dos feitos ocorridos e busca de mobilização social para acompanhamento dos projetos⁵⁹.

Embora atualmente a Corte tenha acolhido as medidas empregadas pelo Estado brasileiro no caso Urso Branco, é preciso enfatizar a demora em seu cumprimento, que levou a outro massacre em 2004, conforme é possível verificar no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015⁶⁰. Tal ação buscou que o Supremo Tribunal Federal declarasse que o sistema prisional brasileiro como um estado de coisas inconstitucional, por ocasião da sua falência institucional, pelo volume maciço de violações dos direitos humanos dos detentos, bem como pela falha da administração pública em providenciar melhorias adequadas às instalações. Atualmente, o estado de coisas inconstitucional foi reconhecido, com determinação da Corte Constitucional pela elaboração de planos pela União, Estados e Municípios, em conjunto com o CNJ, e pela elaboração de planos que atendam à superlotação dos presídios, ao passo que regulem a situação de presos provisórios e da criação de varas de execução penal que atendam a essas proporções.

Observa-se que, na esteira do caso Urso Branco, a CIDH também abordou o Brasil no caso do Complexo Penitenciário de Curado, localizado em Pernambuco. Outro exemplo de superlotação prisional que se atrela a inúmeras violações de tratamento cruel e degradante, violência sexual e mortes violentas: a Corte adotou 6 resoluções específicas a título de medidas provisionais entre 2014 e 2015, visando a realização de um plano emergencial para prevenção de doenças contagiosas e tratamento às demais violações. O caso ainda é um dos exemplos de visitas *in loco* conduzida pelos juízes com o objetivo de acompanhar a implementação das medidas, realizada em junho de 2016⁶¹. Vale dizer que, em 2018, com a decisão do STF de que a falta de estabelecimentos penais adequados não autoriza a manutenção de presos

⁵⁹ BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider van der. Corte Interamericana de Derechos Humanos e a crise no sistema carcerário brasileiro: entre o litígio estratégico e o litígio estrutural. In: ALVES, Verena Holanda de Mendonça; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes (org.). **Direitos humanos e(m) tempos de crise**. Porto Alegre: Fi, 2022. p. 439-456. Disponível em: <https://www.editorafi.org/19crise>. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁶¹ ARRUDA, Paula Uematsu. Structural reform litigation at the ECHR and the IACHR: from self-restraint to activism and what is in-between. In: ANNALI 2022 del Dipartimento Jonico [in sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro]: anno X. Taranto, IT: DJSGE, 2023. Disponível em: <https://www.uniba.it/it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali/gli-annali/annali-2022/16-estratto-paula-uematsu-arruda.pdf/view>. Acesso em: 12 jul. 2024.

em regimes prisionais mais severos, a CIDH agiu em coordenação e expediu novas ordens para desautorizar o ingresso de novos detentos para o complexo de Curado.

Dessa maneira, embora seja possível verificar a dificuldade que a CIDH e os tribunais de direitos humanos encontram, de maneira geral, para a instauração de litígios estruturais, haja vista a distância que estão em relação aos respectivos sistemas judiciais de seus Estados Membros, há um espaço a ser trabalhado nesse âmbito, conforme a proximidade e os desafios da implementação de medidas, ao se comparar o desempenho de ambos na aplicação de medidas estruturais. O que muitas vezes ocorre, ao se avaliar a efetividade de medidas estruturais ordenadas pela CIDH e por outras cortes de direitos humanos, a exemplo também da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos⁶², é a utilização de critérios “absolutos”, que enfatizam apenas a implementação de políticas públicas adotadas por Estados. Buscou-se apontar aqui que o litígio estrutural doméstico possui problemas semelhantes na implementação de remédios estruturais. Dessa maneira, a falha na implementação de determinados resultados buscados por medidas ordenadas por tribunais internacionais não deve ser vista apenas como falha, mas como parte de um processo transformativo extenso que pode levar muitas tentativas para se manifestar, cada uma inaugurando ciclos de diálogos, nos quais, sociedade civil organizada e Organizações Não-Governamentais desempenham papéis importantes⁶³.

A litigância estratégica, conforme afirmado anteriormente, se apresenta nessa etapa, e desempenha um papel único no caso dos tribunais internacionais, tendo em vista a maior distância e a necessidade de otimização investigativa e comunicacional desses atores, representando vítimas, seja diretamente, no caso da Corte ADHP e CEDH, ou mediando tal representação no caso da CIDH. Essa distância, se, por um lado, trouxe críticas, tendo em vista que a esmagadora maioria de ONGs e entidades representativas de direitos humanos é oriunda do norte global, por outro, dá sinais sólidos de mudança de paradigma. Para se trazer alguns exemplos, Rodríguez-Garavito⁶⁴ comenta como os povos Sarayaku vêm se organizando e trazendo suas

⁶² O exemplo se justifica pela Corte Africana sofrer críticas por sua atuação, mas as mesmas não demonstrarem metodologias dos impactos da Corte em sua curta atuação. GATHII, James Thuo; MWANGI, Jacqueline Wangui. *The African Court of Human and Peoples' Rights as an opportunity structure*. p. 211-253.

⁶³ HUERTAS, Julian. *Human rights promises revisited: Kent Roach's exceptional contribution to the study of judicial remedies*. p. 30-40.

⁶⁴ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. *The globalization of the vernacular: mobilizing, resisting, and transforming international human rights from below*. New York: New York University School of Law, 2021. (Public Law and Legal Theory Research. Paper Series Working Paper, n. 21-42). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3921809. Acesso em: 10 jul. 2024.

próprias experiências para informar a interpretação de normas internacionais, tais como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, acerca da necessidade de consentimento livre, prévio e informado, disputando significados na arena doméstica, mas também levando para a seara internacional, como no caso *Sarayaku v. Equador*⁶⁵. Nesse período, os Sarayaku, além de disputarem o significado de normativas internacionais, levam sua experiência para outras demandas correlatas, influenciando novas normativas, sendo um exemplo, a postura da preservação do meio-ambiente por povos indígenas, no contexto das mudanças climáticas.

Casos como o dos Sarayaku, envolvendo direitos dos povos indígenas, por sua natureza, são exemplos quintessenciais de litígio estrutural, e a CIDH possui *expertise* nessa área. Antes de Sarayaku, a matéria se desenvolveu em *Moiwana v. Suriname*⁶⁶, responsável por solidificar o entendimento da CIDH de que direitos à propriedade comunal, exercidos pelos povos maroon N'djuka através de seus modos tradicionais de vida, levando-se em conta até mesmo aspectos espirituais, constituem elemento de seu direito à dignidade, e devem, portanto, ser objeto de proteção interna. O caso versou sobre o massacre e a dispersão de membros da comunidade N'djuka, e gerou impacto significativo no Suriname, haja vista a presença de numerosas comunidades *maroon* que se encontravam sob situação precária no país, dispersos e vítimas de entrincheiramento. Atualmente o Suriname apresentou fundos de reparação às comunidades, mas ainda reluta na concessão de títulos e na restituição de territórios. A importância de *Moiwana v. Suriname* para o direito dos povos é grande, sendo um exemplo tanto de um processo de litígio estrutural, como também estratégico, haja vista ter trazido reconhecimento de direitos imateriais a comunidades tradicionais de origem não-indígena. Por fim, o caso foi citado em outros órgãos jurisdicionais internacionais, a exemplo da Comissão Africana no caso *Endorois*, o primeiro caso a abordar o direito ao desenvolvimento⁶⁷.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador**. Presidente Diego García-Sayán, 27 de junho de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Moiwana versus Suriname**. Judge Cecilia Medina-Quiroga, June 15, 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_ing.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁶⁷ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya**: 276 / 2003. Banjul, Gâmbia: ACHPR, [2010]. Disponível em: <https://www.escri-net.org/caselaw/2010/centre-minority-rights-development-kenya-and-minority-rights-group-international-behalf>. Acesso em: 20 jun 2023.

Vale dizer, mesmo boas iniciativas ainda podem passar por dificuldades em um cenário historicamente construído segundo o direito internacional clássico, ou seja, privilegiando-se a visão contratualista entre Estados. De fato, como informa Huneeus⁶⁸, as principais diferenças que precisam ser levadas em consideração, ao se comparar a jurisdição doméstica da internacional, são relativas ao relacionamento do Estado-parte com a corte internacional, à adição de um grau a mais de comunicação entre a Corte e o Estado-parte, à adição de mais um grau entre a justiça internacional e o público no interior do Estado-parte, e, por fim, a questões de legitimidade que perpassam todas as cortes de direito internacional.

Pela argumentação da autora, é possível reunir essas quatro deficiências das Cortes Internacionais, em uma grande questão envolvendo a legitimidade da Corte Internacional de modo geral. Isso ocorre porque todas essas questões citadas anteriormente parecem consequências do déficit de legitimidade encontrado no direito internacional. Veja-se, normalmente a distância gerada pela existência de mais um grau de comunicação Estado-Corte, bem como a eficácia de suas decisões encontram-se ligadas ao interesse político demonstrado através de suas decisões.

Dessa maneira, é possível se falar em um papel impulsionador da CIDH. Conforme abordado anteriormente, através do princípio *pro persona* e da ideia de controle de convencionalidade ser realizada pelo judiciário doméstico, há oportunidade para um diálogo de coordenação. Soma-se a isso os blocos de constitucionalidade presentes em vários Estados na região, aptos a recepcionarem tratados de direitos humanos com valor constitucional, e há uma oportunidade única para a corte internacional agir, buscando aproximação com o judiciário doméstico. Da mesma forma, enquanto juízo para solução de problemas estruturais, verifica-se que, com o tempo, a CIDH desenvolveu uma prática experimentalista que apresenta grande participação da sociedade civil, em especial, das vítimas em processos de violação de direitos humanos⁶⁹.

Utilizando-se da mesma terminologia experimentalista, Gráinne de Burca comenta que essa participação internacional possui um papel fundamental, ao oferecer uma nova oportunidade para contextualização de violações de direitos

⁶⁸ HUNEEUS, Alexandra Valeria. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the human rights courts. p. 2-38.

⁶⁹ O reconhecimento da CIDH como referência em casos envolvendo povos indígenas na seara internacional é um exemplo. HUNEEUS, Alexandra Valeria. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the human rights courts. p. 2-38.

no interior dos Estados: movimentos de *advocacy* no direito doméstico, sozinhos, apresentam dificuldades para gerar pressão, ao passo que cortes internacionais em processos do tipo *agem* fornecendo legitimidade e criando condições e estímulos para o adensamento do diálogo entre as vítimas, o Estado e a sociedade civil organizada. Da mesma maneira, Rodríguez-Garativo completa que litígios estruturais são caracterizados por dificuldades, principalmente, no momento do *compliance*, o que também é visto no cenário internacional. Contudo, a virtude de processos estruturais está em se empoderar diversos grupos que, ao mesmo tempo, passam a adotar a implementação de mudanças estruturais contida nas ordens da corte em questão como parte de suas agendas, diversificando a pressão diante do Estado pela reforma. Isso ocorre em um cenário de comunicação e moderação por parte do judiciário, que pode, além de unir ONGs e grupos específicos, trazer a *expertise* de profissionais da área e promover coordenação entre órgãos públicos do próprio Estado, outrora desconexos, na busca de soluções adequadas e criativas⁷⁰.

6. Conclusão

O litígio estrutural é instituto que demonstra o exercício da atividade jurisdicional fora dos padrões usualmente conhecidos, introduzindo novos papéis para o Judiciário e um processo judicial voltado para a instauração de solução de controvérsias. Enfatiza a mediação e a compreensão de um problema estrutural que afeta segmentos sociais inteiros. Da mesma maneira, se volta para o próprio interior do Estado e da administração pública, pela avaliação e tentativa de reforma de instituições sociais que são parte dessa administração. De tal maneira, há necessidade do seguimento de critérios específicos, tanto para não ferir de morte a legitimidade na avaliação de instituições públicas geridas em última instância por opções políticas hasteadas no voto direto, como para não transformar os amplos debates de que deve se cercar tal litígio em ferramentas de perpetuação de desigualdades. Daí a ideia de que as soluções e remédios estruturais serão tão legítimos quanto forem amplos e transparentes os debates que foram conduzidos em seu interior.

Pelo mesmo caminho, o litígio estrutural não se confunde com a litigância estratégica, que possui uma lógica própria de funcionamento e faz uso também do litígio hodierno, porém essa última se tornou uma ferramenta para integrar as sociedades e empoderar grupos que buscam reformas sociais. Nesse espaço de lutas,

⁷⁰ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. p. 1669-1698.

é preciso prestar atenção tanto à importância histórica da América Latina na construção e no empoderamento desses grupos marcados pela desigualdade como às soluções experimentalistas apresentadas pela CIDH em litígios estruturais.

Comparando-se a litigância doméstica com a internacional, é possível identificar inúmeros problemas semelhantes, tais como a dificuldade política na implementação de remédios estruturais e resultados que não seguem uma lógica de tudo ou nada, que fortalecem a ideia de que cortes internacionais são espaços capazes de conduzir processos dialógicos. Considerando-se o caso da CIDH, é possível agrupar as principais críticas à sua atuação, e de cortes em geral, em problemas quanto à legitimidade de suas decisões, problema crônico no direito internacional. Contudo, ciente desses obstáculos, a corte tem buscado desenvolver soluções através do experimentalismo. Uma delas é a aplicação do princípio *pro persona*, no âmbito do controle de convencionalidade, e outra é a aplicação de sua *expertise* histórica para buscar a participação ampla da sociedade civil, em particular das vítimas, para cercar o processo de legitimidade e enriquecer os debates.

Conforme visto, outras Cortes, como a Africana e a Europeia, também dispõem de suas peculiaridades na condução de reformas estruturais. Porém, uma característica que parece comum a todas é sua capacidade de endereçar e empoderar grupos específicos, tanto ao fornecer legitimidade para a busca por reformas estruturais, quanto na capacidade organizacional em que se apresentam enquanto estruturas jurídicas com acesso aos Estados-membros. Se o direito internacional se torna, pouco a pouco, o palco para litígios estruturais e, assim, serve como estrutura de oportunidade para grupos culturais, o contrário também é verdade: o direito internacional utiliza esses mesmos grupos para se fortalecer e reunir a legitimidade de que necessita para fazer valer seu mandato.

Apresentado o panorama, é possível que Estado e Cortes passem a usufruir de uma relação simbiótica, dividindo certos custos políticos para melhor exercerem suas funções: por um lado, tribunais internos passam a contar com mecanismos de monitoramento internacional, capazes de fornecerem *expertise* na apresentação de planos de ação estrutural elaborados, além de poderem fornecer respaldo, enquanto autoridade pública internacional, a pretensões e à própria independência judicial. De outro lado, tribunais internacionais sanam suas deficiências quanto à legitimidade e à executoriedade de suas decisões. Por fim, ONGs e membros da sociedade civil passam a acessar novas arenas para engajarem na defesa de direitos humanos.

Dessa forma, afirma-se a importância das cortes internacionais para a solução de litígios estruturais, com a especial atenção para o fato de que a abordagem desses mesmos litígios, por tribunais internacionais, apresenta-se como um ponto de virada para o direito internacional, oferecendo novas alternativas para problemas da própria disciplina.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109152>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ARRUDA, Paula Uematsu. Structural reform litigation at the ECHR and the IACHR: from self-restraint to activism and what is in-between. *In: ANNALI 2022 del Dipartimento Jonico [in sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro]: anno X. Taranto, IT: DJSGE, 2023.* Disponível em: <https://www.uniba.it/it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali/gli-annali/annali-2022/16-estratto-paula-uematsu-arruda.pdf/view>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **In whose name?: a public law theory of international adjudication.** New York: Oxford University Press, 2014.

BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider van der. Corte Interamericana de Direitos Humanos e a crise no sistema carcerário brasileiro: entre o litígio estratégico e o litígio estrutural. *In: ALVES, Verena Holanda de Mendonça; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes (org.). Direitos humanos e(m) tempos de crise.* Porto Alegre: Fi, 2022. p. 438-456. Disponível em: <https://www.editorafi.org/19crise>. Acesso em: 10 jul. 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://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4789038>. Acesso em: 10 jul. 2024.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Konstantin Gerber, organizador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DE BÚRCA, Gráinne. **Reframing human rights in a turbulent era**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2021.

DUFFY, Helen. **Strategic human rights litigation**: understanding and maximising impact. Oxford, UK: Hart, 2018.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais: REI**, v. 4, n. 1, p. 211-246, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 12 jul. 2024.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Diálogo transjudicial dos direitos humanos fundamentais**: sistema único de proteção judicial dos direitos humanos fundamentais. 2019. 400 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/95203>. Acesso em: 20 fev. 2024.

FERRI, Caroline; MARCHIORI NETO, Daniel Lena; CORRÊA, Bruna Bottero. A iniciativa popular legislativa como instrumento de contraposição entre ativismo judicial e popular. **Prim@ Facie: revista do programa de pós-graduação em ciências jurídicas**, v. 18, n. 38, p. 1-34, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/42588>. Acesso em: 12 jul. 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: 12 jul. 2024.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

GATHII, James Thuo; MWANGI, Jacqueline Wangui. The African Court of Human and Peoples' Rights as an opportunity structure. *In*: GATHII, James Thuo (ed.). **The performance of Africa's international courts**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2020. p. 211-253.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 389-423, mar. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/39381>. Acesso em: 10 jul. 2024.

HUERTAS, Julian. Human rights promises revisited: Kent Roach's exceptional contribution to the study of judicial remedies. **Journal of Law & Equality**, v. 19, n. 1, p. 30-40, Oct. 2022. Disponível em: <https://jps.library.utoronto.ca/index.php/utjle/article/view/39517>. Acesso em: 15 fev. 2024.

HUNEEUS, Alexandra Valeria. Reforming the state from afar: structural reform litigation at the human rights courts. **Yale Journal of International Law**, v. 40, n. 1, p. 2-38, Jan. 2015. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/6687>. Acesso em: 15 fev. 2024.

KLABBERS, Jan. **International law**. 3th ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2021.

KOSKENNIEMI, Martti. **From apology to utopia**: the structure of international legal argument. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law?: postmodern anxieties. **Leiden Journal of International Law**, v. 15, n. 3, p. 553-579, Sept. 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/232011713_Fragmentation_of_International_Law_Postmodern_Anxieties. Acesso em: 10 jul. 2024.

KUNZ, Raffaella. Judging international judgments anew?: the human rights courts before domestic courts. **European Journal of International Law**, v. 30, n. 4, p. 1129-1163, Nov. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chz063>. Acesso em: 10 jul. 2024.

NEGISHI, Yota. **Conventionality control of domestic law: constitutionalised international adjudication and internationalised constitutional adjudication.** Baden-Baden, DE: Nomos, 2022. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748929833/conventionality-control-of-domestic-law?hitid=115604&page=1&l=en>. Acesso em: 20 fev. 2024.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Litígio estratégico x litígio estrutural (de interesse público): ao fim e ao cabo, denominações de um mesmo instituto para a defesa de direitos fundamentais? **Pensar: revista de ciências jurídicas**, v. 27, n. 1, p. 12, jan. 2022. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11447>. Acesso em: 10 jul. 2024.

OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “practicalismo” e os “processos estruturais”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 251-278, ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82013>. Acesso em: 10 jul. 2024.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios = Latin american human rights Ius constitutionale comune and the inter-american human rights: system: perspectives and challenges. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p.1356-1388, jun. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/28029>. Acesso em: 10 jul. 2024.

PUGA, Mariela Gladys. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de La Universidad de Palermo**, v. 2, n. 1, p. 41-82, nov. 2014. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/354167825/Puga-El-Litigio-Estructural>. Acesso em: 10 jul. 2024.

PUGA, Mariela Gladys. La legitimidad de las intervenciones judiciales estructurales. In: MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego; SCIVOLETTO, Gonzalo. **Estado de derecho y legitimidad democrática.** Buenos Aires: Editores del Sur, 2021. p. 103-129. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359510279_Estado_de_derecho_y_legitimidad_democratica_Perspectivas_problemas_y_propuestas. Acesso em: 10 jul.2024.

PUGA, Mariela Gladys. **Litigio estructural.** 2013. 330 f. Tese (Doutorado em Direito) - 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 fev. 2024.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, jun. 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. **The globalization of the vernacular: mobilizing, resisting, and transforming international human rights from below**. New York: New York University School of Law, 2021. (Public Law and Legal Theory Research. Paper Series Working Paper, n. 21-42). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3921809. Acesso em: 10 jul. 2024.

ROMANO, Cesare P. R. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 41, n. 4, p.755-787, 2009. Disponível em: <http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

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: 10 jul. 2024.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, n. 1, p.191-219, Winter 2003. Disponível em: <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/slaughter-2003-a-global-community-of-courts.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The merits of coordination of international courts on human rights. **Journal of International Criminal Justice**, v. 2, n. 2, p.309-312, 1 June 2004.

UCÍN, María Carlota. Dimensión democrática y deliberativa del proceso judicial de interés público. **Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas**, v. 20, n. 37, p. 159-168, maio 2020. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitoejustica/article/view/55>. Acesso em: 10 jul. 2024.

YELL, Mitchell. Brown v. Board of Education and the Development of Special Education. **Intervention in School and Clinic**, v. 57, n. 3, p. 198-200, Jan. 2022. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/10534512211014874>. Acesso em: 10 jul. 2024.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya**: 276 / 2003. Banjul, Gâmbia: ACHPR, [2010]. Disponível em: <https://www.escr-net.org/caselaw/2010/centre-minority-rights-development-kenya-and-minority-rights-group-international-behalf>. Acesso em: 20 jun 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Baena-Ricardo et al. v. Panama**. President Antônio Cançado Trindade, February 2, 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_ing.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Barrios Altos v. Peru**. President Antônio Cançado Trindade, March 14, 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador**. Presidente Diego García-Sayán, 27 de junho de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 7 de julho de 2004**. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil: caso da Penitenciária Urso Branco. San José, Costa Rica: 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em: 20 fev. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*. Supreme Court Justice Earl Warren, May 17, 1954. **U.S. Supreme Court**, v. 347, p. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ESTADOS UNIDOS. United States District Court (Eastern District of Pennsylvania). **The Pennsylvania Association for Retarded Children *et al.* v. Commonwealth of Pennsylvania *et al.***: n. 71-42, May 5, 1972. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/343/279/1691591/>. Acesso em: 20 fev 2024.

ESTADOS UNIDOS. United States District Court (District of Columbia). **Peter Mills *et al.* v. Board of Education of the District of Columbia *et al.***: Civ. A. n. 1939-71, August 1, 1972. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/348/866/2010674/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Moiwana versus Suriname**. Judge Cecilia Medina-Quiroga, June 15, 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_ing.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso de Vargas Areco versus Paraguai**. Judge Sergio García Ramírez, September 26, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_ing.pdf. Acesso em 20 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Technical information sheet case 12.699 Pedro Antonio Centurión Friendly Settlement Report nº 130/18 total compliance (Paraguay)**. Washington: IACHR, [2018]. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/friendly_settlements/TS/2023/Ficha%20CT%20Caso%2012.699-PY.en-CM-DA.PDF. Acesso em: 1 jun. 2024.



Litigio estructural sobre el Acuerdo de Paz en Colombia: reflexiones sobre el habitus de las instituciones políticas y judiciales¹

Contencioso estrutural sobre o Acordo de Paz na Colômbia: reflexões sobre o habitus das instituições políticas e judiciais

Structural litigation over the Peace Agreement in Colombia: reflections on the habitus of political and judicial institutions

Michael Cruz Rodríguez²

Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, COL)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3185-6381>
E-mail: mcruzro@unal.edu.co

Resumen

A partir del análisis de los escenarios de litigio estructural respecto a la implementación del Acuerdo Final de Paz en Colombia (AFP), se argumenta que las instituciones políticas y judiciales han incorporado prácticas (*habitus*) propias del seguimiento rutinario de la Corte Constitucional a los Estados de Cosas Inconstitucionales (ECI). Mientras que las instituciones judiciales reproducen estas prácticas, duplicando incluso el seguimiento, las instituciones políticas reiteran las contestaciones sin respuesta de fondo para *cumplir incumpliendo*. Como resultado, los problemas estructurales se mantienen en el ámbito del discurso jurídico y la materialización de los derechos se dilata y prorroga indefinidamente.

Palabras clave

Litigio estructural; instituciones políticas; Jurisdicción Especial para la Paz; Acuerdo Final de Paz; Corte Constitucional colombiana.

¹ CRUZ RODRÍGUEZ, Michael. Litigio estructural sobre el Acuerdo de Paz em Colombia: reflexiones sobre el habitus de las instituciones políticas y judiciales. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 405-431, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a374>.

² Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, COL), catedrático de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, COL), actualmente se desempeña como investigador especializado en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Índice

1. Introdução. 2. Acordo Final de Paz em Colômbia e problemas estruturais. 2.1. Um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) *inusual*: o atasco institucional em resolução de anistias. 2.2. Segurança humana de pessoas firmantes do APF, suas famílias e integrantes do partido político COMUNES. 3. *Habitus*: práticas incorporadas por instituições políticas e judiciais. 3.1. ECI: usos inusuais e acompanhamento rotineiro. 3.2. Contestações formais sem resposta de fundo. 4. A modo de encerrar.

Resumo

Com base na análise dos cenários de litígio estrutural gerados em relação à implementação do Acordo Final de Paz na Colômbia, argumenta-se que as instituições políticas e judiciais incorporaram práticas (*habitus*) típicas do monitoramento rotineiro do Tribunal Constitucional dos Estados de Assuntos Inconstitucionais (ECI). Enquanto as instituições judiciais reproduzem estas práticas, duplicando mesmo a monitorização, as instituições políticas reiteram respostas sem uma resposta substantiva, a fim de *cumprir por não cumprir*. Como resultado, os problemas estruturais permanecem no âmbito do discurso jurídico e a materialização dos direitos é atrasada e adiada indefinidamente.

Palavras-chave

Litígio estrutural; instituições políticas; Jurisdição Especial para a Paz; Acordo Final de Paz; Tribunal Constitucional Colombiano.

Sumário

1. Introdução. 2. Acordo Final de Paz na Colômbia e problemas estruturais. 2.1. Um Estado de Coisas Inconstitucional (ICE) *inusitado*: o impasse institucional na resolução de anistias. 2.2. Segurança humana dos signatários da APF, das suas famílias e dos membros do partido político COMUNES. 3. *Habitus*: práticas incorporadas pelas instituições políticas e judiciais. 3.1. ICE: usos incomuns e monitoramento de rotina. 3.2. Respostas formais sem resposta substantiva. 4. Para encerrar.

Abstract

Based on the analysis of structural litigation scenarios regarding the implementation of the Final Peace Agreement in Colombia, it is argued that political and judicial institutions have incorporated practices (*habitus*) typical of the Constitutional Court's routine monitoring of Unconstitutional States of Affairs (ECI). While judicial institutions reproduce these practices, even duplicating monitoring, political institutions reiterate responses without a substantive response in order *to comply*

by failing to comply. As a result, structural problems remain in the realm of legal discourse and the materialization of rights is delayed and indefinitely postponed.

Keywords

Structural litigation; political institutions; Special Jurisdiction for Peace; Final Peace Agreement; Colombian Constitutional Court.

Contents

1. Introduction. 2. Final Peace Agreement in Colombia and structural problems. 2.1. An *unusual* Unconstitutional State of Affairs (ECI): the institutional deadlock in the resolution of amnesties. 2.2. Human security of APF signatories, their families and members of the COMUNES political party. 3. *Habitus*: practices incorporated by political and judicial institutions. 3.1. ECI: unusual uses and routine monitoring. 3.2. Formal answers without substantive response. 4. Conclusion.

1. Introducción

El litigio estructural ha tenido varios impactos en las prácticas de las instituciones políticas y judiciales colombianas. Problemas sociales de grandes dimensiones que no encontraban lugar en la agenda pública se han posicionado en esta mediante las intervenciones judiciales. Para legitimar sus funciones como guardiana de la Constitución y supervisora de su cumplimiento, la Corte Constitucional creó desde 1997 una ambiciosa doctrina, *los estados de cosas inconstitucionales (ECI)*, que se ha venido sofisticando en su jurisprudencia (CRUZ-RODRÍGUEZ, 2019). Así, durante cerca de veintisiete años, los escenarios de litigio estructural han moldeado las acciones incorporadas por instituciones políticas y judiciales para dar (o no) respuesta al desafío de resolverlos.

Esta doctrina y las prácticas que ha generado ha sido posible gracias a un diseño institucional en el que la Corte Constitucional juega un papel importante con respecto a las instituciones políticas a partir de la Constitución de 1991. Como también sucedió respecto al Tribunal Superior de Brasil, luego de una coyuntura crítica, los arreglos institucionales permitieron que la Corte Constitucional colombiana adoptara una visión activista en garantizar los derechos y la supremacía de su interpretación de la Constitución (NUNES, 2010). Este fenómeno que se extiende a otras Cortes en el mundo, ha permitido intervenciones judiciales más profundas o activistas en la arena política. En Colombia, ha sido la Corte Constitucional la encargada de dicha tarea.

En el 2016 emergió un nuevo escenario en el que se fijaron las esperanzas de cambio estructural: el Acuerdo Final de Paz (en adelante AFP) firmado en La Habana entre el Gobierno Colombiano y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo (en adelante FARC- EP) (GOBIERNO DE COLOMBIA y FARC-EP, 2016). Este acuerdo no se limitó al proceso de desmovilización del grupo insurgente, sino que planteó seis puntos que prometían transformar problemas estructurales relacionados con el histórico conflicto armado colombiano: 1) la reforma rural integral, 2) la participación política, 3) el fin del conflicto, 4) la solución al problema de las drogas ilícitas, 5) los derechos de las víctimas y 6) la implementación, verificación y refrendación del AFP. La articulación y el desarrollo de estos puntos permitiría resolver problemas estructurales de la sociedad colombiana, para lo cual el impulso de *buena fe* de los actores políticos es clave. Sin embargo, su limitada implementación ha generado escenarios de litigio estructural relacionados con la seguridad jurídica y humana para los firmantes del AFP pertenecientes a la extinta guerrilla de las FARC-EP.

A partir del análisis de los escenarios de litigio estructural respecto a la implementación del AFP, en este artículo se argumenta que las instituciones políticas y judiciales han incorporado prácticas (*habitus*) propias del seguimiento rutinario de la Corte Constitucional a los ECI. Mientras que las instituciones judiciales reproducen estas prácticas, duplicando incluso el seguimiento, las instituciones políticas reiteran las contestaciones sin respuesta de fondo para *cumplir incumpliendo*. Como resultado, los problemas estructurales se mantienen en el ámbito del discurso jurídico y la materialización de los derechos se dilata y prorroga indefinidamente.

Para ilustrar este argumento, el artículo se divide en cuatro partes, siendo la primera la presente introducción. La segunda parte expone brevemente los problemas estructurales relacionados con los firmantes del AFP que sirven de sustento a las inferencias. La tercera parte caracteriza las prácticas incorporadas por las instituciones políticas y judiciales como parte de su *habitus*. La cuarta reflexiona a modo de cierre sobre estos hallazgos.

2. Acuerdo Final de Paz en Colombia y problemas estructurales

El Acuerdo Final de Paz de 2016 produjo nuevos mecanismos institucionales encargados de su implementación en función de los derechos de las víctimas. El punto 5 del AFP creó el denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (Sistema Integral), conformado por la Jurisdicción Especial

para la Paz (JEP), la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el Contexto y en Razón del Conflicto Armado (UBPD), y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV) (GOBIERNO DE COLOMBIA y FARC-EP, 2016). Mientras que la UPBD continúa en labores, la CEV tuvo un período limitado, hasta el 28 de junio de 2022, al término del cual debería producir verdad sobre el conflicto y se esperaba que el impacto de sus conclusiones irradiara cambios sociales e institucionales (CEV, 2022). Dentro de esta nueva institucionalidad se destaca la función judicial de la JEP para el cierre del conflicto poniendo en el centro a las víctimas y sus derechos.

En efecto, a la JEP como mecanismo judicial le corresponde un mandato limitado en términos de investigación de crímenes internacionales que debería ayudar a cerrar el conflicto. Primero, investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de estos crímenes y no a todos y cada uno de los responsables, ni a cada hecho en particular (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1957 de 2019, artículo 19; MICHALOWSKI, *et al*, 2020). Segundo, realizar esta labor con una perspectiva macrocriminal debido a la magnitud de los crímenes, lo que implica reconstruir una serie de políticas y patrones de macrocriminalidad a partir de los cuales se comprende el conflicto armado interno (JEP, 2018). Y tercero, ofrecer justicia, verdad y reparación sin la posibilidad de indemnizar directamente a las víctimas y usando *sanciones propias*, las cuales no implican cárcel sino trabajos o actividades de quienes reconozcan su responsabilidad (SANDOVAL, *et al*, 2022).

A este mandato limitado se sumó la complejidad del diseño del mecanismo judicial producto de las negociaciones de paz. En la medida en que se trató de una negociación entre partes iguales y no de una rendición de una de estas, se crearon dos tipos de procedimientos, uno dialógico para quienes reconocieran responsabilidad y otro adversarial para quienes la negaran y quisieran defenderse en juicio (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1922 de 2018). El inicio del segundo procedimiento depende del avance del primero y de la investigación de una Sala conformada apenas por 6 magistradas. Igualmente, se creó una serie de beneficios para quienes se sometieran a la JEP, tanto si eran combatientes de las extintas FARC-EP como si lo eran de la Fuerza Pública. No obstante, el sometimiento forzoso no aplicó para quienes se desempeñaron como agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública, ni para los terceros civiles, quienes deberían someterse voluntariamente según lo estableció la Corte Constitucional (Sentencia C-674 de 2017, fundamento jurídico 5.5.2.11).

Adicionalmente, considerando la necesidad de que la propia JEP se adelantara a la resolución de los problemas y vacíos en su diseño institucional, dentro de esta se creó la Sección de Apelación (SA): el órgano de cierre hermenéutico de la jurisdicción transicional (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1957 de 2019, artículo 96). Además de resolver los recursos de apelación, la SA cuenta con facultades de expedir decisiones meramente interpretativas y anticipatorias que pueden resolver problemas jurídicos en forma vinculante y obligatoria para toda la JEP. Así, pese al complicado diseño institucional y el ambicioso mandato, se esperaba que este órgano interno pudiera reducir la complejidad y adoptar prácticas más ágiles que las de la justicia ordinaria.

En realidad, tanto la propia complejidad institucional interna de la JEP como el bajo cumplimiento del AFP en su conjunto la han llevado a replicar prácticas judiciales de las Cortes existentes para afrontar problemas estructurales. Esta complejidad ha sido estimada como un problema estructural interno y, al mismo tiempo, sus actuaciones han tratado de responder a problemas estructurales externos mediante la adopción de *medidas cautelares*³. De este contexto han emergido dos escenarios de litigio estructural que afectan directamente a una de las partes signatarias del AFP. Por un lado, el atasco institucional en la resolución de amnistías que llevó a la declaración de un ECI inusual por parte del Consejo de Estado. Por otro lado, la declaración de otro ECI por parte de la Corte Constitucional, autora y principal ejecutora de esta doctrina, debido a la grave situación de seguridad humana de personas firmantes del APF, sus familias e integrantes del partido político COMUNES. A continuación, se exponen estos dos escenarios.

2.1 Un Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) *inusual*: el atasco institucional en resolución de amnistías

El primer ECI relacionado con los firmantes del AFP se dio como consecuencia del atasco institucional de la propia JEP para resolver su situación jurídica mediante el mecanismo de las amnistías. Pese a que en el AFP se acogió el principio

³ Las medidas cautelares que puede adoptar la JEP tienen como fines: “1. Evitar daños irreparables a personas y colectivos. 2. Proteger y garantizar el acceso a la información que se encuentra en riesgo inminente de daño, destrucción y/o alteración. 3. Garantizar la efectividad de las decisiones. 4. La protección de las víctimas y el real restablecimiento de sus derechos. 5. Las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, su protección y el restablecimiento de sus derechos” (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1922 de 2018, artículo 22). Esto implica proteger los derechos de las víctimas, comparecientes y testigos intervinientes (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1957 de 2019, artículo 17).

de ofrecer la amnistía más amplia posible, los firmantes del AFP continúan *sub judice* sin que su situación se resuelva definitivamente, aún cuando no sean máximos responsables de los crímenes. Este escenario generó una declaración de ECI *inusual* por parte del Consejo de Estado (2019), la más alta corte de lo contencioso administrativo. Y no como solía ocurrir por parte de la autora de la doctrina: la Corte Constitucional, que la ha usado prolíficamente.

Dentro de las funciones de la JEP está la concesión de la amnistía más amplia posible a los firmantes del AFP. De esto se encarga la Sala de Amnistía o Indulto (SAI) una vez verifica que las conductas sí puedan ser amnistiables (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1957 de 2019, artículo 81). Sin embargo, el reparto de estos asuntos estaba represado y llevó a que se litigara una solicitud de *habeas corpus* por vencimiento ostensible de los términos para resolver. Es decir, se excedió el término de 10 días establecido en la ley para resolver la situación de un firmante del AFP que se encontraba en prisión (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 1820 de 2016, artículo 19).

La respuesta de la JEP no negó la infracción al derecho a la libertad, sino que justificó la mora judicial, dado que, para el 21 de enero de 2019, “los registros pendientes de reparto incrementaron a 6461” (CONSEJO DE ESTADO, 2019). A casi un año de su entrada en funcionamiento, desde el 15 de enero de 2018, este volumen de casos justificaría la falta de respuesta dentro de los términos judiciales. Además, el mecanismo del cual dependía este reparto era una sola y “única funcionaria a cargo del reparto manual de las solicitudes [en] la secretaria judicial de la JEP, quien, además, tiene otras funciones asignadas” (CONSEJO DE ESTADO, 2019).

En decisión de segunda instancia, el Consejo de Estado concluyó que era “evidente que se han sobrepasado los términos legalmente establecidos para resolver sobre el beneficio solicitado” (CONSEJO DE ESTADO, 2019). Pero la consecuencia jurídica no fue amparar el derecho del solicitante sino declarar la existencia de un ECI. En efecto, el Consejo de Estado encontró justificada la demora y se abstuvo de una intromisión en la labor de la JEP:

no existe una mora injustificada en este caso, porque sería tanto como reconocer que el **estado de cosas inconstitucional** en el que se encuentra la Secretaría Judicial de la Sala de Amnistía o Indulto se convirtiera en una causal de libertad masiva de personas privadas de la libertad.

Además, implicaría una intromisión injustificada del juez constitucional sobre las competencias de la Jurisdicción Especial para la Paz, pese a que este mecanismo protectorio de la libertad no fue establecido con esta finalidad, conforme se señaló en la primera parte de esta providencia (CONSEJO DE ESTADO, 2019, negritas añadidas).

En la parte resolutive de la decisión, el Consejo de Estado evidenció este ECI mostrando el incremento de las solicitudes represadas y pendientes de reparto, y *exhortó* a la JEP para que se elaborara un “plan de acción concreto” que permitiera superar la crisis. De 3800 solicitudes para el 21 de noviembre de 2018 se pasó a 6461 para el 21 de enero de 2019, lo que implicaba un incremento del 170%. Por eso, el exhorto implicó un término perentorio:

Como consecuencia de lo anterior se requerirá al Órgano de Gobierno y a la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz para que **en un término no mayor a diez (10) días hábiles** siguientes al recibo de la respectiva comunicación, gestionen los recursos humanos y técnicos necesarios y elaboren un **plan de acción concreto** para superar el estado de represamiento actual en el reparto de asuntos y proceder a la solución de las peticiones a cargo de la Sala de Amnistía o Indulto de la JEP. Este plan deberá priorizar el reparto de las peticiones sobre beneficios de libertad regulados en las normas citadas, para que proceda su análisis al interior de la Sala en mención (CONSEJO DE ESTADO, 2019, negritas añadidas).

Un caso similar se había litigado ante la Corte Suprema de Justicia el 26 de septiembre de 2018, casi nueve meses después de la entrada en funcionamiento de la JEP. Empero, la Corte Suprema encontró justificada la mora judicial y sostuvo que la demora en el procedimiento de reparto constituye un “trámite al que se debe someter el accionante, sin que los mismos signifiquen una vulneración de sus derechos y garantías constitucionales” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2018). A pesar de la crisis de reparto, la Corte Suprema no intervino como lo hizo el Consejo de Estado.

Lo que sucedió fue *inusual*: una declaración de ECI por parte del Consejo de Estado sin el interés de ejercer control judicial sobre los medios y los fines para superarlo, y sin que los demandantes lo solicitaran. Esto es lo que algunos autores clasifican como una orden declarativa en la que se evidencia el problema y se exhorta a las autoridades para su resolución, aunque no necesariamente se vinculan más partes al litigio (CRUZ-RODRÍGUEZ, 2019; GUTIÉRREZ, 2018; PUGA, 2013). De este modo, ya no

solamente fue la Corte Constitucional la encargada de usar la doctrina del ECI, sino otra alta corte, el Consejo de Estado, que aprendiendo de las prácticas de seguimiento ordenó un plan de acción concreto a entregarse durante un término perentorio.

De todas maneras, el litigio estructural por la inseguridad jurídica para los firmantes del AFP ha sido solo uno de los aspectos críticos del cumplimiento de este acuerdo. La situación más grave, que ameritó la solicitud de declaratoria de ECI, es la precaria situación de seguridad. Según Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz -INDEPAZ- (2023), para el 2023 fueron asesinados 44 firmantes del AFP, para el 2022 lo fueron 42 y para el 2021 fueron 48 personas. Esto en un contexto de reactivación de conflictos armados y de asesinatos de líderes y defensores de derechos humanos, según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR, 2019). El segundo escenario de litigio estructural fue abordado precisamente por la Corte Constitucional a partir de la amplitud del concepto de seguridad humana.

2.2 Seguridad humana de personas firmantes del AFP, sus familias e integrantes del partido político COMUNES

El segundo estado de cosas inconstitucional relacionado con los firmantes del AFP se dio como consecuencia de que varios firmantes del AFP presentaron acciones de tutela solicitando seguridad y protección, y exponiendo los riesgos extraordinarios en que se encontraban, lo que a su juicio ameritaba la declaratoria de ECI. Las decisiones de primera y segunda instancia accedieron a las pretensiones de los peticionarios en los casos concretos y ordenaron su protección. No obstante, la Corte Constitucional acumuló los expedientes y los seleccionó para expedir una sentencia de unificación, en Sala Plena, con el fin de acceder también a la declaratoria de ECI solicitada. Así, la Corte Constitucional decidió declarar ECI por vulneración sistemática de derechos fundamentales de los firmantes del Acuerdo Final de Paz, sus familias e integrantes del partido político COMUNES (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022).

La Corte abordó este escenario interpretando el punto 3.4 del AFP en términos del alcance del componente de garantías de seguridad de los firmantes (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 4). Reseñó todas las trece instancias que deberían dar cumplimiento a esta garantía y sus funciones para ello, e hizo un balance del cumplimiento de sus obligaciones. Luego, argumentó que el paso del tiempo en la implementación del acuerdo constituye un riesgo para los firmantes del AFP, citando varios informes de

intervinientes y organismos internacionales que hacen seguimiento, como el Secretario General de la ONU (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 5).

Tabla 1 – Instancias encargadas de cumplir garantías de seguridad para los firmantes del AFP

No.	Autoridad	Fuente normativa de obligaciones
1	El Programa de Protección Especializada de Seguridad y Protección	Punto 3.4.7.4 del Acuerdo Final de Paz. Decreto 299 de 2017.
2	El Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política (SISEP) y la Instancia de Alto Nivel	Decreto 895 de 2017.
3	La Comisión Nacional de Garantías de Seguridad	Decreto 154 de 2017.
4	La Subdirección Especializada de Seguridad y Protección en la Unidad Nacional de Protección (UNP)	Decreto 300 de 2017. Decreto 2078 de 2017.
5	La Mesa Técnica de Seguridad y Protección	Artículo 3.4.7.4.2 del AFP. Decreto 299 de 2017. Decreto 300 de 2017.
6	La Unidad Especial de Investigación de la Fiscalía General de la Nación (UEI)	Numeral 3.4.4 del Acuerdo Final. Decreto Ley 898 de 2017.
7	La Comisión Intersectorial para la Respuesta Rápida a las Alertas Tempranas (CIPRAT)	Decreto 2124 de 2017.
8	Las Instancias Territoriales para la Reacción Rápida	Decreto 2124 de 2017.
9	El Cuerpo Élite de la Policía Nacional	Punto 3.4.5 del Acuerdo Final de Paz.
10	El Programa Integral de Seguridad y Protección para Comunidades y Organizaciones en los territorios	Decreto 660 de 2018.
11	La Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior	Decreto 2078 de 2017.
12	El Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendación de Medidas (CERREM Colectivo)	Decreto 2078 de 2017.
13	La Agencia para la Reincorporación y Normalización (ARN)	Decreto 4138 de 2011.

Fuente: elaboración propia a partir de la Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 4.

Posteriormente, definió el ámbito de protección de las personas firmantes del AFP apelando, por un lado, al riesgo y la amenaza extraordinaria (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 6); y por otro, a la “medición de los resultados efectivos” del AFP con base en el concepto de “seguridad humana” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, fundamento 7). En relación con esto último, estableció que el concepto de seguridad es “históricamente variable” y requiere análisis de contexto, que se trata de un derecho fundamental, y que no se reduce solamente a un enfoque “reactivo” sino que implica un enfoque más “holístico”, “comprensivo” vinculado con otros derechos y componentes del AFP mediante una “interdependencia condicionada”. De conformidad con este concepto:

La seguridad humana implica poder exigir que las políticas públicas se diseñen para ofrecer respuestas a las personas; que estas respuestas no solo sean exhaustivas, sino que se adapten a cada contexto y se dirijan a la prevención tanto como a reforzar la protección. Que igualmente se encaminan a empoderar a todas las personas y a todas las comunidades (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 7.3.11.)

A su vez, este concepto está ligado al de “reincorporación”, el cual implica una visión colectiva de la reincorporación de los firmantes a todos los ámbitos sociales. Y no solamente a que desarrollen proyectos productivos individuales para generar fuentes de ingreso (reinserción). Esto con el fin de recomponer el tejido social y reconstruir los canales democráticos. Incluso la Corte dedicó un acápite completo al análisis de “El papel del lenguaje y el discurso en relación con la posibilidad de hacer efectivos los principios de reconciliación, tolerancia y no estigmatización”, y otro a los múltiples enfoques que deberían aplicarse en esta concepción.

Después, la Corte hizo un balance no solo de las garantías de seguridad sino de la implementación de todo el AFP. En efecto, expuso que:

el Acuerdo Final de Paz fue concebido de manera integral lo que impone reconocer que sus distintos componentes se encuentran en una relación de **interdependencia condicionada**. Por consiguiente, sería difícil e incluso imposible cumplir los fines y objetivos del componente previsto en el punto 3.4 [garantías de seguridad] si se presenta una falta de implementación o implementación defectuosa de otro de los componentes del instrumento (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 7.6.75, negritas añadidas).

De esta manera, planteó siete preguntas retóricas como problemas jurídicos previos para evaluar la *correspondencia* de las actuaciones de 15 instituciones en relación con el AFP (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 8). De este análisis infirió que solamente se habían activado las instancias respectivas con ocasión de la intervención de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en el 2020 a propósito del trámite de medidas cautelares y las órdenes complejas y perentorias que esta dio (Auto JEP- SAR AT-057-2020 del 29 de abril). Constató la falta de voluntad política del Gobierno Nacional para cumplir con el AFP, debido a su baja implementación y al carácter regresivo de su actuación. Asimismo, la existencia de una suerte de *paralelismo* institucional, pues no se activaron las instancias previstas en el AFP, sino que el gobierno concentró su cumplimiento en la Consejería para la Estabilización y la Consolidación.

La exposición de la Corte estuvo basada en la *sesión técnica* del 13 de septiembre de 2021 que esta misma convocó mediante el Auto 132 de 23 de marzo de 2021 y en la que participaron múltiples intervinientes. Estas intervenciones escritas hacen *parte integral de la decisión* como anexos resumidos por la Corte. En ellos se resaltaron distintos tipos de monitoreo, desde el instituto Kroc que evalúa periódicamente el cumplimiento del AFP, pasando por varias organizaciones de la sociedad civil colombiana y mecanismos de seguimiento del Ministerio Público (Procuraduría, Contraloría y Defensoría del Pueblo) y de la propia JEP.

Finalmente, la Corte reseñó los criterios para declarar el ECI y, respondiendo directamente a las objeciones presentadas por la Agencia Jurídica de Defensa del Estado, concluyó que era procedente su declaratoria. En consecuencia, además de declarar el ECI, decidió crear una *Sala Especial de Seguimiento* y dio órdenes complejas a distintas instituciones. Estos argumentos se pueden sintetizar así en relación con cada requisito para declarar el ECI:

Tabla 2 – Argumentos de la Corte para declarar ECI en el cumplimiento del AFP

Requisitos para ECI	Argumentos
i. Que exista una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.	Relación de asimetría de los firmantes en relación con el Estado al dejar las armas; “mientras la dejación de armas es inmediata, la garantía de seguridad para la reincorporación tiene una duración difícil de definir en el tiempo” (fundamento jurídico 8.7.24.).

<p>ii. Que se presente una prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.</p>	<p>Déficit de cumplimiento porque no se considera la dimensión “ampliada” de la seguridad humana y teniendo en cuenta que los tiempos se deben acortar cuando se habla del cumplimiento del AFP.</p>
<p>iii. Que se hayan adoptado prácticas inconstitucionales como la incorporación de la acción de tutela en tanto parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.</p>	<p>Este requisito no se refiere necesariamente a la tutela. “Su configuración también puede estar relacionada con otro tipo de prácticas generalizadas, que no resultan acordes con la Constitución” (fundamento jurídico 8.7.38). Como es el caso de las 800 solicitudes de protección presentadas por los firmantes.</p>
<p>iv. Que no se hayan expedido todas las medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración.</p>	<p>Falta de correspondencia de la actuación institucional con el desarrollo normativo del punto 3.4 del Acuerdo Final de Paz. En sustento cita el informe de la Procuraduría delegada para el Seguimiento del Acuerdo de Paz.</p>
<p>v. Que exista un problema social cuya solución comprometa la intervención de varias entidades, requiera la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exija un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional que requiera la intervención de la Corte Constitucional.</p>	<p>Es necesario un compromiso más contundente del gobierno que no se limita a la visión clásica de seguridad, que se visibilice la interdependencia condicionada de los componentes del AFP y que haya integridad en las soluciones.</p>
<p>vi. Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.</p>	<p>“la situación que enfrentan las personas firmantes del Acuerdo Final de Paz en proceso de reincorporación [...] ha sido grave, recurrente y en sí mismo evidencia una práctica generalizada de desinterés gubernamental, prologada en un tiempo inaceptable para los estándares exigidos para el cumplimiento de los acuerdos de paz por lo que esta debe entenderse como generalizada, irrazonable y desproporcionada” (fundamento jurídico 8.7.91).</p>

Fuente: elaboración propia a partir de la Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 8.

Los dos escenarios de litigio estructural expuestos en relación con los firmantes del AFP permiten extraer algunas inferencias sobre las prácticas que han incorporado las instituciones políticas y judiciales. Para esto se exponen, a continuación, los elementos que caracterizan estas prácticas y la evidencia de su uso mediante ejemplos. Luego se plantean, en la última parte, algunos aspectos críticos respecto al efecto que tienen al mantener los problemas estructurales en los márgenes del discurso jurídico sin proveer una resolución material definitiva.

3. *Habitus*: prácticas incorporadas por las instituciones políticas y judiciales

La manera en que los agentes sociales que participan de un campo, como el campo jurídico, incorporan ciertas estructuras objetivas fue denominado por el sociólogo Pierre Bourdieu como *habitus*. Esta idea expresa la forma en que los agentes interiorizan ciertas estructuras objetivas para orientar sus acciones al tiempo que -consciente o inconscientemente- reproducen los principios dominantes en que estas se basan (BOURDIEU, 2000; 2002). Este concepto permite comprender la capacidad de estos agentes para actuar en el marco de dichos condicionamientos e incluso para modificar sus propias limitaciones de actuación, mediante prácticas y representaciones reguladas y regulares (BOURDIEU, 2007). La idea de Bourdieu para interpretar a los agentes sociales sirve de guía para describir las prácticas incorporadas por las instituciones políticas y judiciales a propósito del litigio estructural en Colombia.

En efecto, tras casi tres décadas de ECI, es posible identificar ciertas prácticas regulares que tienden a mantener los problemas estructurales en el marco del discurso jurídico sin avanzar en su resolución material definitiva. Estas prácticas se pueden ejemplificar con ocasión de los dos escenarios de litigio estructural descritos en el acápite anterior. Por un lado, las instituciones judiciales han incorporado el seguimiento rutinario y la dogmática del ECI se ha tornado débil para abrir paso a un uso más flexible. Por otro lado, las instituciones políticas continúan reaccionando a los problemas estructurales mediante contestaciones formales sin respuestas de fondo. En ambos casos, el litigio estructural se mantiene en los márgenes del discurso jurídico sin que se avance en su resolución material definitiva.

3.1 ECI: usos inusuales y seguimiento rutinario

Los dos escenarios de litigio estructural analizados dan cuenta de usos inusuales del ECI, tanto de manera explícita como de manera implícita, que vienen siendo incorporados por las instituciones judiciales. Mientras que el Consejo de Estado usó el ECI para declarar su existencia en una forma *auto-restringida*, la Jurisdicción Especial para la Paz lo usó sin declarar su existencia explícita en el trámite de las medidas cautelares respecto a los firmantes del AFP. Por su parte, la Corte Constitucional declaró el ECI con una dogmática-jurídica débil reclamando para sí el monopolio de esta figura e incluyéndola en su rutina de seguimiento.

En primer lugar, la declaratoria de ECI del Consejo de Estado respecto a la mora judicial en la resolución de amnistías fue pionera y evidencia una incorporación de las prácticas judiciales de la Corte Constitucional. Por primera vez se ejerció la doctrina del ECI por otra corte distinta de su propia autora, la Corte Constitucional, y sin citar los “criterios indicativos” que esta ha decantado en su jurisprudencia para habilitar el uso de esta figura (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-025 de 2004). Pese a la flexibilización que ha operado en estos criterios, el Consejo de Estado optó por no invadir las funciones de la JEP y dio una orden simple de que esta se encargara de resolver el problema de la congestión en la resolución de amnistías.

En efecto, estos criterios son bastante flexibles. Según la propia Corte, el juez “puede llegar a identificar otro tipo de circunstancias relevantes para establecer la existencia de un estado de cosas inconstitucional, que en los casos hasta ahora estudiados no se ha manifestado” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-302 de 2017). Además, no es necesaria la declaración de ECI para la expedición de órdenes estructurales válidas, pues la Corte ha dado órdenes complejas en otros casos sin hacer este tipo de declaraciones previas. Por ejemplo, en casos relacionados con la salud, los derechos de las víctimas de violencia sexual o la crisis del sistema pensional (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias T-760 de 2008, T-234 de 2012 y Auto 110 de 2013 respectivamente).

Como evidencia de esto, en segundo lugar, la JEP también dio órdenes complejas en el marco del trámite de medidas cautelares para proteger a los firmantes del APF sin necesidad de hacer una declaración de ECI. La JEP incorporó en sus prácticas judiciales varias de las modalidades usadas por la Corte para hacer seguimiento, como quedó expuesto en la intervención que hizo y que fue reseñada en la Sentencia

SU020 de 2022. La JEP no sólo presentó un diagnóstico de los 290 firmantes asesinados entre el 1 de diciembre de 2016 al 25 de abril de 2021, sino que rindió cuentas sobre cómo había tramitado medidas cautelares con órdenes complejas.

En forma similar al repertorio de la Corte Constitucional, la JEP tomó decisiones características de afrontar problemas estructurales (Auto JEP- SAR AT-057-2020 del 29 de abril). Primero, vinculó a múltiples instituciones, y no solo a las demandadas, para que concurrieran a la resolución del problema. Segundo, realizó “mesas técnicas” con los firmantes del AFP, tres audiencias territoriales y una audiencia nacional (el 25 de noviembre de 2020), y cuatro audiencias territoriales virtuales. Tercero, ordenó medidas complejas de carácter urgente, orientadas a reforzar la implementación del Sistema Integral de Seguridad y Protección: al Alto Comisionado para la Paz, al Consejero Presidencial para la Estabilización y la Consolidación, a la Unidad Nacional de Protección y a la Fiscalía General de la Nación; también al Ministerio Público. De hecho, este tipo de seguimiento es el que la Corte ha emprendido en la mayoría de declaratorias explícitas de ECI (CRUZ-RODRÍGUEZ, 2019).

Adicionalmente, como reseñó la Corte, la JEP también dio cuenta sobre los resultados de las medidas cautelares (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 8.3.22). Reportó la aprobación de varios planes de seguridad y protección en distintas entidades, y la adopción de medidas concretas de protección para los firmantes del AFP, como el incremento de funcionarios encargados de evaluar el riesgo o prestar seguridad. Igualmente, el propio sistema de monitoreo de la JEP, realizado por su Unidad de Investigación y Acusación, permitió ordenar medidas idóneas para mitigar riesgos. Finalmente, puso a disposición de la Corte Constitucional toda la información recabada en el expediente.

Por su parte, en tercer lugar, la posición de la Corte Constitucional pareció reclamar para sí el monopolio del uso de la doctrina ECI. Esto porque, aunque la JEP ya venía realizando seguimiento al mismo problema de seguridad de los firmantes del AFP, la Corte decidió declarar el ECI y dar más órdenes complejas similares. Por ejemplo, al año siguiente de su declaratoria, la Corte ordenó la protección específica de firmantes del AFP mediante la provisión de medidas por parte de la Unidad Nacional de Protección (Corte Constitucional de Colombia, Autos 2014 de 2023 y 2224 de 2023). De este modo, duplicó el seguimiento que ya venía haciendo la JEP y las otras múltiples instituciones creadas al amparo del AFP, e hizo que dichas órdenes redundantes debilitaran incluso la dogmática propia de la figura ECI, como quedó expuesto en el salvamento de voto de dos magistradas.

Según el salvamento de voto, la débil fundamentación de la Corte fue evidente y pareció obedecer más a un mensaje político que al uso técnico de la figura del ECI (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, salvamento de voto de las magistradas). La crítica esbozada fue contundente en relación con la escasa fundamentación de los seis requisitos para declarar un ECI y la ausencia de evidencia sobre su existencia en relación con los firmantes del AFP. Además de su carácter excepcional y residual para intervenir en las políticas públicas y no como un trámite ordinario de la Corte. En términos metodológicos, según las disidentes, la falta de claridad en la decisión repercute en un seguimiento difuso por la falta de indicadores y la innecesaria creación de una Sala Especial de Seguimiento al interior de la Corte.

La siguiente tabla presenta una síntesis de los argumentos del salvamento de voto sobre la falta de acreditación de los presupuestos constitucionales para la declaratoria de un ECI.

Tabla 3 – Argumentos de las magistradas disidentes sobre la falta de acreditación de los requisitos para declarar ECI

Requisitos para ECI	Argumentos del salvamento de voto
i. Que exista una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.	No existía porque: 1. “La mayoría de la Sala Plena no identificó con precisión cuáles eran los derechos fundamentales de la población de excombatientes que estaban siendo vulnerados”. 2. La mayoría de la Sala presumió, no probó, que “lo que suceda en materia de seguridad con cada una de las personas que suscribió el Tratado Final de Paz y sus derechos afecta indefectible y profundamente a todas las demás”. 3. “no existía evidencia suficiente que demostrara la existencia de una vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de población signataria”. Y 4. “no explicó el nexo causal entre la vulneración sistemática y las fallas estructurales específicas”.

<p>ii. Que se presente una prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.</p>	<p>No existía porque: 1. “Las obligaciones relacionadas con la protección de los derechos a la vida, la seguridad y la integridad son esencialmente de medio y no de resultado”. 2. “el objeto de las sentencias que declararan un ECI no es llevar a cabo un examen de suficiencia de una política que busque identificar fallas y retrasos en una política pública -pues todas las tienen- sino demostrar que estas son estructurales y causan una vulneración masiva y generalizada de derechos fundamentales”. 3. “La alegada “<i>falta de articulación normativa</i>” y el supuesto “<i>paralelismo institucional</i>” a partir de los cuales la Sala justificó la declaratoria del ECI, no acreditaban la existencia de falencias estructurales”.</p>
<p>iii. Que se hayan adoptado prácticas inconstitucionales como la incorporación de la acción de tutela en tanto parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.</p>	<p>No existía porque: 1. “La implementación del componente de garantías de seguridad a favor de la población signataria, previsto en el punto 3 del AFP, debe llevarse a cabo de forma gradual y progresiva durante el plazo de 3 periodos presidenciales”. 2. “Aunque no le correspondía a la Corte revisar la implementación del AFP, la metodología de análisis empleada por la mayoría centró su estudio en dicha materia”. 3. “La mayoría de la Sala Plena no demostró que la inacción del Gobierno fuera reiterada y consciente pese a los llamados de atención de distintas autoridades”.</p>
<p>iv. Que no se hayan expedido todas las medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración.</p>	<p>No existía porque: “la evidencia que reposaba en el expediente no permitía concluir que la acción de tutela había sido incorporada como requisito para que los excombatientes obtuvieran medidas de protección”.</p>

Fuente: elaboración propia a partir del salvamento de voto de las magistradas a la Sentencia SU020 de 2022.

La argumentación expuesta en el salvamento de voto fue contundente en indicar que la Corte no es una instancia para verificar el cumplimiento del AFP. A pesar de su participación en el proceso de refrendación (CRUZ-RODRÍGUEZ, 2022), el seguimiento de la Corte no fue acordado por las partes que suscribieron el AFP. Por tanto, la intervención judicial debió restringirse al problema de las garantías de seguridad de los firmantes.

Adicionalmente, el salvamento de voto evidenció yerros argumentativos con consecuencias metodológicas importantes: a) la ausencia de claridad sobre las personas que se debe proteger al dejar abierto el escenario tanto a los firmantes como a sus familias e incluso algunos líderes sociales; b) la falta de precisión sobre los

derechos que son objeto de protección con la noción amplia de “seguridad humana”; c) las obligaciones estatales respecto a cada uno de estos derechos; y d) la identificación de algunos “mínimos constitucionales”, como ha sucedido en otros ECI, que sí permiten generar indicadores de proceso y de resultado para realizar seguimiento. Finalmente, las magistradas disidentes dejaron en evidencia que esto desdibuja la dogmática jurídica del ECI, pues se amplió injustificadamente el objeto de la tutela y se dieron órdenes difusas y redundantes en relación con las que ya había dado la JEP.

En suma, del lado de las instituciones judiciales se han incorporado algunas prácticas en escenarios de litigio estructural. La declaratoria de ECI ya no es monopolio exclusivo de la Corte Constitucional, aunque esta lo reclame para sí, ya ha sido usada por el Consejo de Estado. También, sin que medie una declaratoria, las órdenes complejas que son usuales en un ECI han sido usadas por la JEP para proteger a los firmantes del AFP mediante distintas exhortaciones e intervenciones en las políticas públicas. Mientras tanto, la Corte Constitucional declaró el ECI y generó una redundancia en términos de las órdenes difusas sobre cumplir el AFP a todas las instituciones concernidas, incluyendo a la propia JEP que debería presentar informes sobre su propio seguimiento en el marco de las medidas cautelares. La Corte también creó una Sala Especial de Seguimiento que, en la práctica, ha hecho lo mismo que venía haciendo la JEP, duplicando de esta manera las funciones de seguimiento rutinario.

3.2 Contestaciones formales sin respuesta de fondo

Las instituciones políticas, particularmente el Gobierno y las entidades estatales encargadas del diseño y la ejecución de políticas públicas, han aprendido a *incumplir cumpliendo*, para usar los términos de Pellegrino (2017). En el estudio antropológico de Pellegrino se evidencia cómo es posible *cumplir* con las órdenes producidas a propósito de escenarios de litigio estructural, mediante toda clase de informes y estadísticas o números, al tiempo que estos complejos procesos de documentación y sesiones altamente técnicas realmente ocultan que los designios de las órdenes judiciales no se llevan a cabo. Estas contestaciones formales sin respuestas de fondo son una práctica reiterada.

Como evidenció el estudio de Pellegrino (2021) respecto al cumplimiento del ECI sobre población desplazada (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-025 de 2004), particularmente el Auto 004 de 2009 sobre pueblos indígenas, el *encanto* del cumplimiento es la rendición de cuentas en sí misma y no la producción de otros efectos que ataquen los problemas estructurales. De esa manera,

las instituciones políticas suelen comunicar sobre sus actividades misionales para contestar sin realizar cambios, reportar políticas adelantadas o la ejecución ordinaria del presupuesto, desplegar cifras o señalar la insuficiencia de los plazos en cada uno de los informes que las autoridades judiciales solicitan. De ahí que esta sea:

una gobernanza basada en la experticia, que permea incluso el sistema judicial, estas maneras de incumplir cumpliendo están diseñadas para sortear, exitosamente, los sistemas de monitoreo de las actuaciones gubernamentales, sin que ello implique lograr transformaciones sustanciales (PELLEGRINO, 2021).

En el escenario de litigio estructural de la seguridad de los firmantes del AFP, puede interpretarse que estas prácticas se han incorporado por los actores políticos debido a los informes que presentaron como a la interpelación a las facultades de la Corte expuesta por la Agencia Jurídica de Defensa del Estado. Mientras que los informes tienen la función de *cumplir incumpliendo*, la interpelación cuestiona las facultades de la Corte para declarar un ECI. De todas maneras, la adecuación de políticas públicas y la propia forma en que esta es exigida por la Corte, se mantiene en los márgenes del discurso jurídico y no avanza materialmente en la resolución definitiva de los problemas que cataloga como *estructurales*.

Los informes presentados por las instituciones políticas a la Corte ocupan una gran parte de los anexos de la decisión (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, Anexos). Por ejemplo, el Gobierno Nacional, representado por la Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación, rindió cuentas sobre las actividades de articulación de múltiples entidades, explicó las funciones de cada una y las veces que se habían reunido en sesiones técnicas. Describió las medidas que se habían acordado en estas mesas y los planes que se habían adoptado después de la decisión de la JEP. Expresó en cifras el número de acciones que había llevado a cabo y el presupuesto ejecutado en términos de escoltas, vehículos, combustible y personal de la Unidad Nacional de Protección. Igualmente, refirió las modificaciones de la planta de personal e incluso el aumento del pie de fuerza. Y dio cuenta, en varias tablas y cuadros, de las acciones de articulación interinstitucional que había promovido.

De hecho, para las magistradas que salvaron el voto, todas las acciones reportadas por el gobierno ante la JEP en el marco de las medidas cautelares, en vez de evidenciar el cumplimiento de los requisitos para declarar el ECI, indicaban todo lo contrario. Es decir, que no había un incumplimiento prolongado y que las fallas

en las políticas públicas no eran estructurales. La siguiente tabla, elaborada por las magistradas disidentes, ilustra este tipo de respuestas:

Tabla 4 –Respuestas del Gobierno a la JEP

Medidas adoptadas en cumplimiento del auto AI-008 de 2020 (JEP)	
1. Aprobación de lineamientos y planes	El Gobierno adoptó (i) los Lineamientos y el Plan de Acción de la Política Pública y Criminal en materia de desmantelamiento de organizaciones y conductas criminales, (ii) el Plan Estratégico de Seguridad y Protección (PESP) de Personas en Reincorporación y (iii) el Plan Estratégico de Seguridad y Protección de Personas en Reincorporación por parte de la UNP.
2. Estudios de riesgos, alertas tempranas y medidas específicas	El Gobierno Nacional junto con la Defensoría del Pueblo, ha realizado (i) el seguimiento de las 79 alertas tempranas formuladas a personas en proceso de reincorporación y situación de riesgo, de las cuales 60 han tenido recomendaciones específicas y focalizadas. Además, (ii) la UNP ha adelantado estudios de riesgo, y ha tomado 626 medidas de protección individuales y colectivas para las personas en proceso de reincorporación. También, (iii) se demostró la presencia permanente de 24 unidades básicas de carabineros (763 efectivos), 69 pelotones del Ejército Nacional y 26 esquemas de protección colectivos de la UNP; (iv) la implementación de 308 esquemas de protección a excombatientes; (v) la reubicación de 191 casos de riesgo; la extracción de urgencia de la zona de riesgo en 16 casos; (vi) la estructuración de un programa de acompañamiento institucional y (vii) la implementación de programas de seguridad y la investigación de homicidios, desapariciones y tentativas con un avance del 51%.
3. Medidas de articulación institucional	El Gobierno afirmó que, desde la Mesa de Coordinación Interinstitucional, la Mesa Técnica de Seguridad y Protección, la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad, se han articulado diferentes actores para garantizar la seguridad y protección de los excombatientes.
4. Medidas presupuestales	El Gobierno señaló que se han aumentado las apropiaciones presupuestales destinadas para la implementación del AFP y, particularmente, para las entidades encargadas de garantizar la seguridad de los excombatientes. Por ejemplo, la UNP y la ARN han presentado variaciones significativas en los recursos del PGN durante el período 2018-2021. En 2021, las entidades presentaron un aumento de la apropiación de recursos del PGN respecto del año anterior en un 25% y 78%, respectivamente.

Fuente: salvamento de voto de las magistradas a la Sentencia SU020 de 2022.

En todo caso, estas medidas fueron consideradas insuficientes por la Corte Constitucional. Pese a que eran “resultados que mostrar”, dado su carácter altamente técnico y la manera en que se presentaron al público. Para la Corte:

aunque el Gobierno muestre cifras de cumplimiento, éstas no se corresponden con la realidad, pues los asesinatos, desplazamientos, hostigamientos y estigmatizaciones persisten. Este es un reto impostergable que debe centrar toda la atención estatal y gubernamental. Lamentablemente esto no aparece reflejado en lo que sucede hoy en el país, así el Gobierno tenga resultados que mostrar, los cuales, si bien no son pocos, de ninguna manera pueden calificarse de suficientes, dadas las exigencias del contexto (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, fundamento jurídico 8.7.79).

Asimismo, el gobierno respondió mediante argucias argumentativas, vale la pena señalar dos ejemplos. Por un lado, según el Gobierno, las medidas de seguridad eran “inmensamente superiores a las que decreta la UNP (Unidad Nacional de Protección)”, esto es, más allá de chalecos antibala, escoltas o carros blindados. A juicio del Gobierno, también entraban en esta categoría “medidas de seguridad como el “Cartel de los más buscados”, que tiene que ver con el Ministerio de Defensa” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, Anexo. Cuestionario en sesión técnica). Por otro lado, frente a la pregunta por la existencia de políticas públicas, el Consejero Presidencial para la Estabilización y la Consolidación mencionó que:

En cada uno de los aspectos que corresponden a la implementación de los Acuerdos **el presidente nos ha dado las directrices** de que tenemos que lograr que haya una manifestación política clara respecto de que este es un compromiso del Estado colombiano y que se va a cumplir. Segundo, en cada uno de los aspectos en que invirtamos y tengamos una planeación ambiciosa, de largo plazo, que permita que se aproveche esta oportunidad única para el país, -como lo señaló la Corte Constitucional- de trabajar durante quince años para resolver tantos aspectos que el país necesita y, en cada uno de esos aspectos, que produzcamos unas ejecutorias que le permitan a ese proceso ser irreversible. **Yo atendiendo su pregunta voy a radicar un par de documentos adicionales que pueden ser muy ilustrativos para la Corte sobre los avances que hemos tenido en ese sentido** (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU020 de 2022, Anexo. Cuestionario en sesión técnica, negritas añadidas).

De esta manera, las instituciones políticas han incorporado las contestaciones formales sin respuesta de fondo como medio para actuar ante litigios estructurales, particularmente para hacer frente a los cuestionarios y las medidas de seguimiento judiciales. Algunas de las cuales implican incluso llenar de documentos a los jueces sobre los presuntos avances obtenidos o de cifras y cuadros que dan cuenta de gestiones internas. Además, como es natural en los procesos contenciosos, interpelando las propias facultades de la Corte para adoptar declaraciones ECI y las decisiones estructurales que de ellas devienen. Todo esto en sí mismo es una manera de cumplir, aunque en el fondo no se de respuesta al problema estructural objeto del litigio.

4. A modo de cierre

El acto simbólico de conmemoración de los 20 años de la Sentencia T-025 de 2004 que declaró el ECI en materia de desplazamiento forzado, organizado por la propia Corte Constitucional y que precedió a una de sus sesiones técnicas, llama la atención sobre la capacidad de mantener los problemas estructurales en el marco del discurso jurídico (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2023). Pese a los cambios introducidos en las políticas públicas, este, como otros ECI, continúa sin resolverse, pero las decisiones producidas por la Corte hacen parte de las herramientas simbólicas para definir el problema y eventualmente el camino para afrontarlo. Todo esto, sin embargo, dentro de los márgenes del discurso jurídico, en el que tanto las instituciones políticas y judiciales ya han incorporado sus propias prácticas por reproducir sin resolver definitivamente los problemas estructurales.

Los repertorios de seguimiento judicial ya no son de dominio exclusivo de la Corte Constitucional. Ni la declaración de un ECI es de dominio de la Corte, dado que el Consejo de Estado ya hizo una declaración pionera respecto al primer escenario de litigio estructural analizado, ni lo son tampoco las órdenes complejas. Tanto el Consejo de Estado como la Jurisdicción Especial para la Paz han incorporado una serie de acciones que van desde audiencias, sesiones técnicas o solicitudes de información, hasta la vinculación de múltiples instituciones políticas dentro de los procesos.

La Corte Constitucional, por su parte, reclamó este monopolio modificando incluso su propia estructura en pos de la creación de una Sala Especial de Seguimiento. Como quedó en evidencia en el salvamento de voto de las magistradas, esta medida no era necesaria para vigilar el AFP, pues no fue parte de lo acordado por quienes lo suscribieron. Tampoco era necesaria pues ya hay una institucionalidad con alta complejidad prevista por el AFP y que vincula a más de 13 instancias

para garantizar el cumplimiento de todo el acuerdo, y no solo de las medidas de seguridad de los firmantes. De todas maneras, la Corte decidió reproducir sus prácticas de seguimiento y desdibujar la dogmática jurídica de los ECI, duplicando este seguimiento y emitiendo órdenes difusas y complejas.

Los escenarios regulares de litigio estructural han sido incorporados por las instituciones políticas en sus prácticas. En efecto, los actores políticos han aprendido a reaccionar ante las solicitudes judiciales mediante informes que en sí mismos son parte del cumplimiento. Como también lo son la asistencia a innumerables sesiones técnicas para exponerlos. Cumplir incumpliendo, para usar los términos de Pellegrino, se ha incorporado en el *habitus* de las instituciones políticas para mantener los problemas estructurales en los márgenes del discurso jurídico.

Referencias

BOURDIEU, Pierre. **Poder, derecho y clases sociales**. España. Desclée de Brouwer. 2000.

BOURDIEU, Pierre. Algunas propiedades de los campos. En **Campo de poder, campo intelectual. Itinerario de un concepto** (pp. 119-126). México. Montessoro-Jungla Simbólica. 2002.

BOURDIEU, Pierre. **El sentido práctico**. Buenos Aires. Siglo XXI Editores. 2007.

COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD, LA CONVIVENCIA Y LA NO REPETICIÓN (CEV). **Informe final: Hay futuro si hay verdad**. 2022. Disponible en: <https://www.comisiondelaverdad.co/hay-futuro-si-hay-verdad>

Comité Internacional de La Cruz Roja (CICR). **Balance Anual en Colombia. Retos Humanitarios**. 2019. Disponible en <https://www.refworld.org/es/ref/inforpais/cicr/2019/es/129203>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 1922 de 2018**. 18 de julio de 2018. Diario Oficial No. 50.658. Disponible en: https://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1922_2018.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Ley 1957 de 2019**. Junio 6 de 2019. Diario Oficial. N° 50976. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1957_2019.html

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A-Sala Unitaria-, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D.C., 22 de enero de 2019, **Radicación número: 25000-23-42-000-2019-00018-01(HC)**, Actor: TITO BARRIOS FONSECA, Demandado: ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO LA PICOTA.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, **Acto simbólico: 20 años de la Sentencia T-025/04 que declaró el ECI en la población desplazada.** Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=KryBCPIVTWY>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, **Sentencia C-674 de 2017**, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, **Sentencia SU020 de 2022**, Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU020-22.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, **Sentencia T-025 de 2004**, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, **Sentencia T-302 de 2017**, M. P. Aquiles Arrieta Gómez. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Auto 004 de 2009**. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Auto 110 de 2013**. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2013/a110-13.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Auto 132 de 23 de marzo de 2021**. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A132-21.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Auto 2014 de 2023**. M. P. Cristina Pardo Shlesinger. Disponible en: <https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/A201423.htm> -

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto **2224 de 2023**. M. P. Cristina Pardo Shlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A2224-23.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia T-234 de 2012**. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-234-12.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia **T-760 de 2008**. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **AHL4128-2018, radicación n.º 00060**.

CRUZ RODRIGUEZ, Michael. Control constitucional y justicia transicional en Colombia. Los roles judiciales en procesos de paz negociada. **Análisis político**, v. 35, n. 105, p. 242-271, 2022. <https://doi.org/10.15446/anpol.v35n105.107758>.

CRUZ-RODRÍGUEZ, Michael. Decisiones estructurales y seguimiento judicial en Colombia (1997-2017). **Revista Española de Derecho Constitucional**, 117, 167-202, 2019. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.06>

GOBIERNO DE COLOMBIA Y FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA– EJÉRCITO DEL PUEBLO (FARC-EP). 2016. **Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera**. Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf

GUTIÉRREZ, Andres. **El amparo estructural de los derechos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2018.

Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (INDEPAZ). **Observatorio de Derechos Humanos y conflictividades**. Disponible en: <https://indepaz.org.co/observatorio-de-derechos-humanos-y-conflictividades/>

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. **Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones**. 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosYMetodologiaDePriorizacion.pdf>

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. **Auto JEP- SAR AI-008 de 2020**.

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. **Auto JEP- SAR AT-057-2020**.

MICHALOWSKI, Sabine, CRUZ- RODRIGUEZ, Michael y MARTINEZ, Hobeth. **¿A quiénes sancionar? Máximos responsables y participación determinante en la jurisdicción especial para la paz. Bogotá.** Dejusticia. 2020. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/09/A-quienes-sancionar.pdf>.

NUNES, Rodrigo. (2010). *Ideal Justice in Latin America: Interests, Ideas, and the Political Origins of Judicial Activism in Brazil and Colombia* [tesis de doctorado]. The University of Texas, Austin.

PELLEGRINO, Silvana. **Incumplir cumpliendo: una etnografía al papeleo del Auto 004.** Tesis (Doctorado en Antropología). Departamento de Antropología, Universidad de los Andes (Bogotá), 2017. <http://hdl.handle.net/1992/61273>

PELLEGRINO, Silvana. Cifras de papel: la rendición de cuentas del Gobierno colombiano ante la justicia como una manera de incumplir cumpliendo. **Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología**, [S. l.], v. 1, n. 42, p. 3–27, 2021. DOI: 10.7440/antipoda42.2021.01. Disponible en: <https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/antipoda/article/view/2131> Acceso en: 16 mar. 2024.

PUGA, Gabriela. Litigio estructural [tesis doctoral]. 2013. Universidad de Buenos Aires.

SANDOVAL, Clara, MARTÍNEZ-CARRILLO, Hobeth y CRUZ-RODRÍGUEZ, Michael. The Challenges of Implementing Special Sanctions (*Sanciones Propias*) in Colombia and Providing Retribution, Reparation, Participation and Reincorporation, **Journal of Human Rights Practice**, Volume 14, Issue 2, July 2022, Pages 478–501, <https://doi.org/10.1093/jhuman/huac032>



TRADUÇÃO

A arte do (im)possível? A contribuição do *Justice Froneman* para o desenho de medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos¹⁻²⁻³⁻⁴⁻⁵⁻⁶

The art of the (im)possible? Justice Froneman's contribution to designing remedies for structural human rights violations

¿El arte de lo (im)possible? La contribución del Justice Froneman al diseño de remedios para violaciones estructurales de derechos humanos

¹ LIEBENBERG, Sandra. A arte do (im)possível? A contribuição do *Justice Froneman* para o desenho de medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos. Tradução de Isabela Garbin Ramanzini. Revisão da tradução: Lívia Gil Guimarães. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 4, n. 1, p. 433-484, jan./jun. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a412>.

² Copyright Consent for Professor Sandra Liebenberg from *Constitutional Court Review* with Respect to 'The Art of the (Im)Possible'. The *Constitutional Court Review* is published by NISC (Pty) Ltd of behalf of the owner of the title, Professor Stuart Woolman. The publisher Mike Schramm and the editor-in-chief//owner Stuart Woolman can grant a third party of one time waiver of copyright so long as the source of the original publication is mentioned up front. Em tradução livre: Consentimento de Direitos Autorais à Professora Sandra Liebenberg, da *Constitutional Court Review*, referente ao artigo "The Art of the (Im)Possible". A *Constitutional Court Review* é publicada pela NISC (Pty) Ltd em nome do Professor Stuart Woolman. O editor Mike Schramm e o editor-chefe/proprietário Stuart Woolman podem conceder a terceiros uma renúncia única de direitos autorais, desde que a fonte da publicação original seja mencionada de forma clara e antecipada.

³ Este artigo foi originalmente publicado em inglês como: S. Liebenberg "The Art of the (Im)possible? Justice Froneman's Contribution to Designing Remedies for Structural Human Rights Violations" (2022) 12(1) *Constitutional Court Review* 137 – 170. DOI: <https://doi.org/10.2989/CCR.2022.0006>.

⁴ Agradecimentos da autora: Minha profunda gratidão pelos comentários úteis, considerações e sugestões recebidos em vários estágios do desenvolvimento deste artigo vai para os participantes da Conferência *Constitutional Court Review* de 2021, Jason Brickhill, Gideon Basson, David Bilchitz, Meghan Finn, Lauren Kohn e dois pareceristas anônimos.

⁵ A presente tradução foi realizada de forma independente por Isabela Garbin Ramanzini, e revisada por Lívia Gil Guimarães, com a devida autorização da autora, Sandra Liebenberg, e do Editor-chefe da *Constitutional Court Review*, Stuart Woolman, e do editor Mike Schramm, sem participação desses, seja na revisão ou na supervisão da tradução.

⁶ Nota de tradução: Algumas expressões da língua inglesa e, particularmente, do sistema jurídico sul-africano, colocaram desafios que costumam se impor com frequência ao trabalho de tradução: a inexistência de uma palavra em português que corresponda exatamente ao vocábulo usado no idioma original. Por isso, numa tentativa de preservar ao máximo o sentido original das ideias expressadas e, ao mesmo tempo, aproximar as pessoas falantes da língua portuguesa das realidades sul-africanas, optou-se por utilizar expressões mais afeitas ao sistema legal brasileiro, sempre que possível. Nas poucas hipóteses em que esta alternativa se mostrou pouco eficaz, decidiu-se por manter a expressão em inglês, conforme utilizada na versão original.

Sandra Liebenberg⁷

Stellenbosch University (Stellenbosch, África do Sul)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7432-2131>E-mail: sliebenb@sun.ac.za

Tradução do texto:

Isabela Garbin Ramanzini⁸

Revisão da tradução:

Lívia Gil Guimarães⁹

Resumo

As disfunções estruturais de governança impõem um grande obstáculo à concretização dos direitos humanos na África do Sul, em particular dos direitos socioeconômicos consagrados na Declaração de Direitos (*Bill of Rights*). Esse artigo explora as ferramentas disponíveis nos tribunais sul-africanos para remediar esses tipos de violações estruturais de direitos humanos e a contribuição significativa do *Justice Froneman* para o desenvolvimento desse aparato. O artigo inicia descrevendo esforços para remediar violações estruturais de direitos humanos por outra Corte de vértice no Sul Global, a Corte Constitucional colombiana. A experiência colombiana oferece *insights* importantes sobre os desafios singulares que as violações estruturais de direitos humanos colocam para os litigantes e o Judiciário no desenho e na implementação de medidas de remediação eficazes. Embora os tribunais sul-africanos não tenham a mesma abordagem doutrinária para violações estruturais de direitos humanos que na Colômbia, eles, de fato, dispõem de uma ampla estrutura constitucional para remediar todas as formas de violações de direitos constitucionais. Em seguida, o artigo examina várias ferramentas desenvolvidas na jurisprudência constitucional sul-africana para remediar violações estruturais de direitos humanos. Destaca-se o potencial do monitoramento das

⁷ Professora Emérita da Cátedra HF Oppenheimer em Direito dos Direitos Humanos, Faculdade de Direito da Universidade de Stellenbosch, África do Sul.

⁸ Professora Associada do Instituto de Economia e Relações Internacionais da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutora pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutorado na Harvard Kennedy School e na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (UERJ). Assessora, STF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9403207488409158>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7056-021X>. E-mail: isabela.garbin@stf.jus.br.

⁹ Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). 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: liviaquilguimaraes@gmail.com.

medidas de compromisso significativo, e a contribuição do *Justice Froneman* para o desenvolvimento dessas formas de remediação. Na sequência, este artigo considera como o aparato para lidar com violações estruturais de direitos humanos tem sido expandido pelo inovador conjunto de medidas determinadas pelo *Justice Froneman* para remediar uma série de casos decorrentes de uma licitação ilegal realizada pela Agência de Seguridade Social da África do Sul, em 2011, para a gestão do pagamento de benefícios sociais. A seção substantiva final deste artigo baseia-se em estudos e jurisprudência comparados para argumentar que as medidas estruturais participativas são as mais promissoras para remediar violações estruturais de direitos humanos. Argumenta-se que os elementos essenciais de tais medidas já foram constituídos por duas vertentes da jurisprudência remediadora da Corte – medidas de compromisso significativo e medidas de supervisão que incorporam mecanismos de monitoramento independentes. A promessa das medidas estruturais participativas pode ser aproveitada fundindo essas duas vertentes da jurisprudência remediadora da Corte. Essa seção também explora as ressalvas e estruturas de apoio que devem estar presentes para melhorar suas perspectivas de sucesso. A conclusão sintetiza os argumentos centrais do artigo e propõe uma reflexão sobre as violações estruturais de direitos humanos e o motivo condutor (*leitmotiv*) da democracia participativa no conjunto de decisões do *Justice Froneman*.

Palavras-chave

Mecanismos de monitoramento especializado; compromisso significativo; medidas estruturais participativas; jurisdição de supervisão.

Sumário

1. Introdução. 2. Remediando violações estruturais de direitos humanos a partir de uma perspectiva constitucional colombiana e sul-africana. 3. Ferramentas em desenvolvimento para remediar violações estruturais de direitos humanos ao abrigo da Constituição sul-africana. 3.1 Danos constitucionais. 3.2 Medidas de supervisão. 3.3 Intervenções judiciais em outras esferas de governo. 3.4 Ampliando as lentes remediadoras. 3.5 Medidas de compromisso significativo. 4. Ampliando a caixa de ferramentas: medidas para remediar casos de crise de pagamento de benefícios sociais. 4.1 AllPay 1 e 2. 4.2 Black Sash 1. 5. Medidas estruturais participativas: ampliando o campo do possível. 5.1 A promessa das medidas estruturais participativas. 5.2 Ressalvas e estruturas de apoio. 6. Conclusão.

Abstract

Structural governance dysfunctions pose a major obstacle to the realization of human rights in South Africa, particularly the socio-economic rights entrenched in the Bill of

Rights. This article explores the remedial tools available to the South African courts to redress these kinds of structural human rights violations and Justice Froneman's significant contribution to the development of these tools. It commences by describing efforts to redress structural human rights violations by another apex court in the Global South, the Colombian Constitutional Court. The Colombian experience provides important insights into the unique challenges that structural human rights violations pose for litigants and the judiciary in designing and implementing effective remedies. While South African courts do not have the same doctrinal approach to structural human rights violations as in Colombia, they do enjoy a broad constitutional mandate to remedy all forms of constitutional rights violations. The article then proceeds to examine the various remedial tools that have been developed in South African constitutional jurisprudence to redress structural human rights violations. It highlights the potential of supervisory meaningful engagement remedies, and Justice Froneman's contribution to the development of these remedies. Next, this article considers how the toolbox for addressing structural human rights violations has been expanded by the innovative set of remedies handed down by Justice Froneman in the series of cases arising from an unlawful tender awarded by the South African Social Security Agency in 2011 for the administration of the payment of social grants. The final substantive part of this article draws on comparative scholarship and jurisprudence to argue that participatory structural remedies hold the most promise for redressing structural human rights violations. It argues that the essential elements of such remedies have already been constituted by two strands of the Court's remedial jurisprudence – meaningful engagement remedies and supervisory remedies incorporating independent monitoring mechanisms. The promise of participatory structural remedies can be harnessed by fusing these two strands of the Court's remedial jurisprudence. This part also explores the caveats and support structures that must be in place to enhance their prospects of success. The conclusion synthesises this article's central arguments and reflects on structural human rights violations and the leitmotif of participatory democracy in Justice Froneman's jurisprudence.

Contents

1. Introduction. 2. Remediating Structural Human Rights Violations from a Colombian and South African Constitutional Perspective. 3. Evolving Tools for Redressing Structural Human Rights Violations under the South African Constitution. 3.1 Constitutional Damages. 3.2 Supervisory Remedies. 3.3 Court-ordered Interventions by other Spheres of Government. 3.4 Broadening the Remedial Lens. 3.5 Meaningful Engagement Remedies. 4. Expanding the Toolbox: Remedies in Social Grant Payment Crisis Cases. 4.1 AllPay 1 and 2. 4.2 Black Sash 1. 5. Participatory Structural Remedies: Expanding the Realm of the Possible. 5.1 The

Promise of Participatory Structural Remedies. 5.2 Caveats and Support Structures. 6.Conclusion.

Keywords

Expert monitoring mechanisms; meaningful engagement; participatory structural remedies; supervisory jurisdiction.

Resumen

Las disfunciones estructurales de la gobernanza constituyen un obstáculo importante para la realización de los derechos humanos en Sudáfrica, en particular los derechos socioeconómicos consagrados en la Carta de Derechos (*Bill of Rights*). Este artículo explora las herramientas de remediación disponibles para que los tribunales sudafricanos reparen este tipo de violaciones estructurales de los derechos humanos y la importante contribución del *Justice Froneman* al desarrollo de estas herramientas. Comienza describiendo los esfuerzos para reparar las violaciones estructurales de derechos humanos cometidas por otra Corte vértice del Sur Global, la Corte Constitucional colombiana. La experiencia colombiana proporciona información importante sobre los desafíos únicos que las violaciones estructurales de derechos humanos plantean a los litigantes y al poder judicial en el diseño e implementación de soluciones efectivas. Si bien los tribunales sudafricanos no tienen el mismo enfoque doctrinal sobre las violaciones estructurales de derechos humanos que en Colombia, sí gozan de un amplio mandato constitucional para remediar todas las formas de violaciones de derechos constitucionales. A continuación, el artículo pasa a examinar las diversas herramientas de remediación que se han desarrollado en la jurisprudencia constitucional sudafricana para reparar las violaciones estructurales de los derechos humanos. Destaca el potencial del monitoreo de los compromisos significativos participativos y la contribución del *Justice Froneman* al desarrollo de estas soluciones. A continuación, este artículo considera cómo la caja de herramientas para abordar las violaciones estructurales de los derechos humanos se ha ampliado con el innovador conjunto de soluciones dictadas por el *Justice Froneman* en la serie de casos derivados de una licitación ilegal adjudicada por la Agencia de Seguridad Social de Sudáfrica en 2011 para la administración del pago de subsidios sociales. La última parte sustantiva de este artículo se basa en estudios y la jurisprudencia comparada para argumentar que las soluciones estructurales participativas son las más prometedoras para reparar las violaciones estructurales de los derechos humanos. Argumenta que los elementos esenciales de tales soluciones ya han sido constituidos por dos vertientes de la jurisprudencia de remediación de la Corte: los compromisos significativos participativos y las medidas de supervisión que incorporan mecanismos de monitoreo independientes. La promesa de las soluciones estructurales participativas puede

aprovechase fusionando estas dos vertientes de la jurisprudencia de remediación de la Corte. Esta parte también explora las advertencias y las estructuras de apoyo que deben existir para mejorar sus perspectivas de éxito. La conclusión sintetiza los argumentos centrales de este artículo y reflexiona sobre las violaciones estructurales de los derechos humanos y el motivo de conducción (*leitmotiv*) de la democracia participativa en la jurisprudencia del *Justice Froneman*.

Palabras clave

Mecanismos de seguimiento de expertos; compromiso significativo; remedios estructurales participativos; jurisdicción supervisora.

Índice

1. Introducción. 2. Remediando las Violaciones Estructurales de Derechos Humanos desde una Perspectiva Constitucional colombiana y sudafricana. 3. Herramientas en Desarrollo para Remediar Violaciones Estructurales de Derechos Humanos bajo la Constitución Sudafricana. 3.1 Daños Constitucionales. 3.2 Remedios de Supervisión. 3.3 Intervenciones Judiciales en otras Esferas de Gobierno. 3.4 Ampliando las Lentes Correctivas. 3.5 Medidas de Compromiso Significativo. 4. Ampliando la Caja de Herramientas: Medidas para Remediar Crisis de Pago de Beneficios Sociales. 4.1 AllPay 1 y 2. 4.2 Black Sash 1. 5. Medidas Estructurales Participativas: Ampliando el Campo de lo Posible. 5.1 La Promesa de las Medidas Estructurales Participativas. 5.2 Reservas y Estructuras de Apoyo. 6. Conclusión.

1. Introdução

Todos os dias, um grande número de sul-africanos luta para ter acesso à habitação, água, saneamento, eletricidade e outros serviços sociais a que têm direito ao abrigo da Constituição e da legislação relacionada. Os obstáculos que enfrentam no acesso aos seus direitos constitucionais devem-se, frequentemente, não a decisões legislativas ou políticas substantivas que limitam o acesso aos direitos, nem a atos ou omissões de alguns poucos funcionários públicos recalcitrantes. Em vez disso, essas privações sistêmicas são atribuíveis a uma combinação complexa de fatores que inclui influência política imprópria sobre nomeações do setor público,¹⁰ corrupção e redes de clientelismo, déficits de capacidade e habilidades, má administração

¹⁰ Ver as evidências e conclusões da Comissão Judicial de Inquérito sobre Alegações de Captura do Estado: Corruption and Fraud in the Public Sector including Organs of State ('Zondo Commission of Inquiry') on the ANC's cadre deployment committee: Report, Parte VI, vol. 2, 155–175, 228–263.

e restrições de recursos.¹¹ Como observa Taylor, essas violações não se devem às omissões individuais de alguns poucos servidores, mas sim '[a]o resultado de bloqueios políticos em instituições públicas que falharam cronicamente em cumprir seu dever constitucional, com autoridades do alto escalão muitas vezes admitindo isso'.¹² Alguns também argumentaram que as práticas de gestão do setor privado na Administração Pública e a mercantilização dos serviços públicos por meio de modelos de entrega privatizada e recuperação de custos têm impedido comunidades empobrecidas de acessar serviços públicos de qualidade.¹³ Essas tendências têm operado no sentido de reconfigurar a percepção sobre as pessoas, de titulares de direitos com garantia aos serviços públicos a consumidores de bens de mercado.¹⁴

A ação cumulativa desses fatores pode caracterizar disfunções estruturais de governança. Essas disfunções de governança fazem com que um grande número de pessoas seja privado de forma contínua dos direitos constitucionalmente garantidos. Por exemplo, os problemas de governança experimentados pelas prefeituras na África do Sul resultaram em muitas comunidades vivenciando problemas sistêmicos na prestação dos serviços básicos que dão concretude aos direitos socioeconômicos, como água, saneamento, moradia e um ambiente saudável¹⁵. Neste artigo, esses tipos

¹¹ Sobre os fatores complexos impedindo a prestação de serviços, ver J Dugard 'Urban Basic Services: Rights, Reality and Resistance' in M Langford, B Cousins, J Dugard & T Madlingozi (eds) *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* (2014) 275; A Siddle, TA Koelble *The Failure of Decentralisation in South African Local Government: Complexity and Unanticipated Consequences* (2012).

¹² H Taylor 'Forcing the Court's Remedial Hand: Non-Compliance as a Catalyst for Remedial Innovation' (2019) 9 *Constitutional Court Review* 247, 281.

¹³ T Ledger *Access to Basic Services: Enabling Progressive Transformation or Entrenching Poverty and Inequality?* Public Affairs Research Institute Short Report (setembro 2021); ver também MH Maserumule 'To Fix South Africa's Dysfunctional State, Ditch Its Colonial Heritage' *The Conversation* (2 Julho 2018), disponível em: <https://theconversation.com/to-fix-south-african-dysfunctional-state-ditch-its-colonial-heritage-99087>; J Cronin 'Why the South African State is Incapacitated' *New Frame* (25 Agosto 2021), disponível em: <https://www.newframe.com/why-the-south-african-state-is-incapacitated/>; B Ngcaweni 'The Evolution of Local Governance Requires Fresh Thinking' *Sunday Times* (31 outubro 2021) 22.

¹⁴ UN Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, *Privatization and Human Rights*, UN Doc. A/73/396, 26 setembro 2018; Special Rapporteur on the Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation, *Risks and Impacts of the Commodification and Financialization of Water on the Human Rights to Safe Drinking Water and Sanitation*, UN Doc. A/76/159, 16 julho 2021. Para um estudo recente sobre os impactos negativos sobre os direitos humanos da privatização do sistema de saúde no Quênia, ver: The Economic and Social Rights Centre – Hakijamii and the Centre for Human Rights and Global Justice at New York University School of Law *Wrong Prescription: The Impact of Privatizing Healthcare in Kenya* (2021), disponível em <https://chrgj.org/wrong-prescription-privatizing-healthcare-kenya/>. Pelo argumento de que tais modelos também estão inscritos na fundamentação de algumas das principais decisões da Corte Constitucional sobre direitos socioeconômicos, ver M Pieterse 'Procedural Relief, Constitutional Citizenship and Socio-Economic Rights as Legitimate Expectations' (2012) 28 *South African Journal on Human Rights* 359.

¹⁵ Os resultados gerais de auditoria consistentemente ruins e as falhas na prestação de serviços por parte do governo local em muitas prefeituras da África do Sul são registrados nos relatórios anuais do Auditor-geral da África do Sul:

de violações crônicas de direitos humanos em grande escala, atribuíveis a disfunções de governança, são denominadas “violações estruturais de direitos humanos”. Embora todos os direitos humanos possam ser afetados por falhas estruturais de governança, este artigo se concentra principalmente nos direitos socioeconômicos, dada a escala e a gravidade de sua violação sistêmica no contexto sul-africano. Além disso, gerou-se preponderância na jurisprudência comparada e na literatura sobre as medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos na esfera dos direitos socioeconômicos.

Como os problemas na raiz das violações estruturais de direitos humanos são complexos, policêntricos e muitas vezes intimamente associados a abusos de poder político, é notoriamente difícil para os tribunais criar medidas eficazes para remediar tais violações.¹⁶ No entanto, a Constituição dá aos tribunais sul-africanos uma estrutura para fornecer ‘reparação adequada’ quando os direitos constitucionais são violados ou ameaçados.¹⁷ ‘Reparação adequada’, de acordo com a Corte, ‘será, em essência, a reparação necessária para proteger e fazer cumprir a Constituição’.¹⁸ Como observou sabiamente o *Justice Froneman*, a doutrina da separação de poderes atribui aos tribunais a responsabilidade de declarar inválidas condutas inconstitucionais e de sanar violações à Constituição: ‘Isso significa que a Corte deve fornecer reparação efetiva para violações de direitos constitucionais’.¹⁹ A questão geral que este artigo procura responder é como os tribunais sul-africanos devem elaborar medidas de remediação eficazes para enfrentar os desafios singulares colocados pelas violações estruturais de direitos humanos.

ver, por exemplo: Auditor-General of South Africa *Consolidated General Report on Local Government Audit Outcomes – Municipal Finance Management Act 56 of 2003 (2020–2021)*; K Sithole ‘Municipalities Simply Unfit for Purpose’ *Business Day* (23 Junho 2022) 9; F Ncapayi ‘Water Crisis in Eastern Cape Villages Points to General Collapse of Municipalities across the Country’ *Daily Maverick* (26 Outubro 2021), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2021-10-26-water-crisis-in-eastern-cape-villages-points-to-general-collapse-of-municipalities-across-the-country/>.

¹⁶ Como a Corte Constitucional decidiu no caso *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* [2000] ZACC 19, 2001 (1) SA 46 (CC) (*‘Grootboom’*) no parágrafo 42, a adequação no contexto do art. 26, n. 2 (e, conseqüentemente, do art. 27, n. 2) exige que as medidas legislativas “sejam apoiadas por políticas e programas adequados e bem orientados implementados pelo Executivo”.

¹⁷ Art. 38 da Constituição da República da África do Sul, 1996.

¹⁸ *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC 6, 1997 (3) SA 786 (CC), 1997 (7) BCLR 851 no parágrafo 19 (*‘Fose’*). No caso *Fose*, a Corte estava interpretando o conceito de ‘reparação adequada’ no art. 7º, n.º 4, alínea a, da Constituição Interina (agora revogada), mas uma associação semelhante é atribuída à mesma frase no art. 38 da Constituição de 1996.

¹⁹ *AllPay Consolidated Investment Holdings (Pty Ltd & Others v Chief Executive Officer, South African Social Security Agency & Others (no. 2)* [2014] ZACC 12, 2014, 2014 (4) SA 179 (CC), 2014 (6) BCLR 641 (CC) (*‘AllPay 2’* ou ‘Decisão de reparação *AllPay*’) no parágrafo 42 (citando *Mvumu & Others v Minister for Transport & Another* [2021] ZACC 1, 2011(2) SA 473 (CC), 2011 (5) BCLR 488 (CC) nos parágrafos 46 e 48, e *Fose*, *ibid* no parágrafo 69).

Esta investigação inicia descrevendo os esforços para remediar violações estruturais de direitos humanos por outra Corte de vértice no Sul Global, a Corte Constitucional colombiana. Além das semelhanças no contexto social e econômico, a Corte Constitucional colombiana oferece *insights* comparativos úteis porque reconheceu e desenvolveu explicitamente doutrinas constitucionais destinadas a remediar o fenômeno central com o qual este artigo está preocupado – violações de direitos constitucionais em larga escala e persistentes devido a disfunções complexas de governança. A experiência colombiana também ilumina os desafios singulares que as violações estruturais de direitos humanos representam para os litigantes e para o Judiciário no desenho e na implementação de medidas de remediação eficazes. Embora os tribunais sul-africanos não tenham a mesma abordagem doutrinária para violações estruturais de direitos humanos como na Colômbia, eles dispõem de uma ampla estrutura constitucional para remediar todas as formas de violações de direitos constitucionais. Esta seção fornece uma visão geral desta estrutura e dos princípios gerais de remediação aplicáveis ao seu exercício no contexto de violações de direitos constitucionais.

O artigo prossegue examinando as várias ferramentas desenvolvidas na jurisprudência constitucional sul-africana para remediar violações estruturais de direitos humanos. Destaca-se o potencial do monitoramento das medidas de compromisso significativo na remediação de violações estruturais de direitos humanos e a contribuição do *Justice Froneman* para o desenvolvimento de tais medidas. Em seguida, o artigo considera como o aparato para lidar com violações estruturais de direitos humanos tem sido ampliado pelo conjunto inovador de medidas determinado pelo *Justice Froneman* para remediar uma série de casos decorrentes de uma licitação ilegal realizada pela Agência Sul-Africana de Seguridade Social (*South African Social Security Agency* – SASSA) em 2011 para a gestão do pagamento de benefícios sociais.²⁰

A seção substantiva final do artigo baseia-se em estudos e jurisprudência comparados para argumentar que as medidas estruturais participativas são as mais promissoras para remediar violações estruturais de direitos humanos. Argumenta que os elementos essenciais de tais medidas já foram constituídos pela jurisprudência de

²⁰ *AllPay Consolidated Investment Holdings v CEO, SA Social Security Agency* [2013] ZACC 51, 2014 (1) SA 604 (CC), 2014(1) BCLR 1 (CC) (*AllPay 1*); *AllPay 2* (nota 10 acima); *Black Sash Trust v Minister of Social Development (Freedom Under Law NPC Intervening)* [2017] ZACC 8, 2017 (3) SA 335 (CC), 2017 (5) BCLR 543 (CC) (*Black Sash 1*); *Black Sash Trust v Minister of Social Development (Freedom Under Law NPC Intervening)* [2017] ZACC 20, 2017 (9) BCLR 1089 (CC) (*Black Sash 2*); *Black Sash Trust (Freedom Under Law NPC Intervening) v Minister of Social Development & Others* [2018] ZACC 36, 2018 (12) BCLR 1472 (CC) (*Black Sash 3*). Cumulativamente, esses casos serão designados por “casos de crise de pagamento de benefícios sociais”.

compromisso significativo da Corte Constitucional e sua jurisprudência sobre medidas de supervisão e mecanismos de monitoramento independentes. A fusão dessas duas vertentes da jurisprudência remediadora da Corte ampliará o aparato para responder aos desafios singulares colocados pelas violações estruturais de direitos humanos. Este tópico também explora ressalvas e estruturas de apoio que devem estar presentes para maximizar as perspectivas de que essas medidas estruturais participativas estimulem as reformas de governança necessárias para remediar violações estruturais de direitos humanos. A conclusão sintetiza os argumentos centrais do artigo e propõe uma reflexão sobre as violações estruturais de direitos humanos e o motivo condutor (*leitmotiv*) da democracia participativa no conjunto de decisões do *Justice Froneman*.

2. Remediando violações estruturais de direitos humanos a partir de uma perspectiva constitucional colombiana e sul-africana

Cortes em todo o mundo têm se empenhado em lidar com a natureza das violações estruturais de direitos humanos e os desafios de remediação que elas representam. A experiência da Corte Constitucional colombiana é instrutiva nesse contexto, dados seus esforços explícitos para descrever e desenvolver aparatos doutrinários para remediar violações estruturais de direitos humanos. Ela os fez principalmente por meio da sua doutrina do '*estado de cosas inconstitucional*'.²¹ A presença de duas circunstâncias leva a Corte a considerar a declaração de 'um estado de coisas inconstitucional': (1) uma violação reiterada dos direitos constitucionais de muitas pessoas, que então procuram a Corte para buscar medidas de remediação individuais (no contexto colombiano, o mandado de proteção dos direitos fundamentais – a *acción de tutela* ou 'ação de tutela'); e (2) a dificuldade de atribuir as violações aos atos ou omissões de uma única autoridade estatal diante do entrelaçamento de um conjunto de causas estruturais. Essas causas estruturais incluem a omissão prolongada das autoridades em cumprir com suas obrigações de garantir direitos; práticas de governança arraigadas e incompatíveis com a Constituição; e a omissão em adotar medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para prevenir ou sanar a violação de direitos. Uma medida de remediação eficaz

²¹ O caso seminal para desenvolver essa medida estrutural foi o famoso caso das pessoas deslocadas internamente: Decisão T-025 de 2004 ('*IDP*'). Para um estudo abrangente do impacto desta decisão e dos litígios subsequentes relacionados, ver C Rodríguez-Garavito 'Beyond Enforcement: Assessing and Enhancing Judicial Impact' in M Langford, C Rodríguez-Garavito & J Rossi (eds) *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making It Stick* (2017) 75–108.

neste contexto exigiria a intervenção de uma série de entidades estatais (e potencialmente não estatais), a adoção de um plano de ação coordenado e sustentado, e um apoio orçamentário adicional significativo. Outro fator que pode levar a Corte a considerar a declaração de ‘estado de coisas inconstitucional’ é a perspectiva de ver-se sobrecarregada com ações de *tutela* individual pelo grande número de pessoas afetadas pelo problema estrutural relevante.²²

Quando a Corte Constitucional colombiana declara ‘um estado de coisas inconstitucional’, ela inicia um processo de tentativa de corrigir as causas subjacentes à violação de direitos por meio de um conjunto de medidas estruturais. Essas medidas incluem a imposição de obrigações aos órgãos estatais de produzir relatórios, a realização de audiências públicas, o convite a especialistas e organizações da sociedade civil para auxiliar no monitoramento das medidas da Corte e a determinação de um conjunto de medidas reiteradas de acompanhamento.²³ Como explica Sepúlveda:

Se a Corte considerar que a situação constitui um estado de coisas inconstitucional, ela não espera até que mais petições sejam apresentadas alegando a violação dos mesmos direitos devido às mesmas circunstâncias, mas pede a adoção de medidas que visem proteger não apenas aqueles que entraram com o mandado de segurança, mas todos os indivíduos nas mesmas circunstâncias. Adicionalmente, a Corte tem geralmente determinado que uma série de autoridades estatais empreenda esforços coordenados para remediar a situação e, muitas vezes, exige que um plano de ação seja elaborado e implementado para lidar com a situação.²⁴

A doutrina da declaração de “um estado de coisas inconstitucional” não é, obviamente, uma característica do direito e da cultura jurídica sul-africana.²⁵ No entanto, é

²² Para uma análise desses fatores e da jurisprudência em que se baseiam, ver D Landau ‘The Colombian Model of Structural Socio-Economic Rights Remedies: Lessons from and for Comparative Experience’ in A Linares-Cantillo (ed) *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights* (2021) 258, 263–266.

²³ Landau (nota 13 acima) em 261–262.

²⁴ M Sepúlveda ‘Colombia: The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice’ in M Langford (ed) *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (2008) 144, 148.

²⁵ Cortes em jurisdições de direito civil, como a Colômbia, estão mais acostumadas a um papel inquisitorial, em comparação a Cortes com fortes influências de *common law*, como a África do Sul. A postura mais ativista da Corte Constitucional colombiana é visível em várias jurisdições do Sul Global que reconhecem direitos sociais e são confrontadas com barreiras estruturais à sua realização: DN Maldonado (ed) *Constitutionalism of the Global South; The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia* (2013); JA Couso, A Huneeus & R Sieder (eds) *Cultures of*

útil para entender a natureza das violações estruturais de direitos humanos e as respostas de remediação inovadoras desenvolvidas por outra Corte constitucional no Sul Global que reconhece a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos.

A definição colombiana de violações estruturais de direitos humanos indica que elas tipicamente surgem de um colapso dos processos de governança que levam a disfunções orçamentárias, de planejamento e administrativas. Remediar esse tipo de disfunções institucionais e políticas impõe desafios singulares às Cortes. Nesse contexto, eles não podem mais contar com a implementação confiável de suas decisões por órgãos do Estado.²⁶ As causas profundas das disfunções sistêmicas são muitas vezes difíceis de diagnosticar, e as etapas necessárias para solucionar essas disfunções tendem a ser profundamente contestadas e policêntricas, atingindo diferentes esferas de governo e departamentos governamentais e, às vezes, também envolvendo atores privados.²⁷

Fortes intervenções judiciais nesses contextos – como as desencadeadas por um ‘estado de coisas constitucional’ na Colômbia – correm o risco de serem acusadas de excesso judicial, reação política ativa, resistência passiva e distorção da equidade alocativa e eficiência na distribuição de benefícios sociais.²⁸ Mukherjee e Tuovinen concluem que, quando colocada diante da ‘recalcitrância administrativa’, a Corte acaba sendo ‘confrontada apenas com más escolhas’.²⁹ A nomeação de agentes para auxiliar os tribunais, como os *special masters*,³⁰ comissionados ou outros mecanismos de moni-

Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America (2010); R Gargarella, P Domingo & T Roux (eds) *Courts and Social Transformation in New Democracies* (2006).

²⁶ A decisão histórica da Corte Constitucional sobre a execução de medidas judiciais contra órgãos do Estado é *Nyathi v MEC for the Department of Health, Gauteng* [2008] ZACC 8; 2008 (5) SA 94 (CC); 2008 (9) BCLR 865 (CC).

²⁷ Litígios recentes têm ilustrado os desafios de fazer com que as diferentes esferas de governo coordenem esforços para garantir o fornecimento de água a várias aldeias rurais no Cabo Oriental: *Khetshemiya & Others v Minister of Water & Sanitation & Others* Case No. 4018/2021 (EHC, Mthatha); E Ellis ‘No Water: Judge Issues Strict Deadlines for Government Co-operation – While Eastern Cape Residents Suffer’ *Daily Maverick* (15 Novembro 2021), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2021-11-15-no-water-judge-issues-strict-deadline-for-government-cooperation-while-eastern-cape-residents-suffer/>.

²⁸ Essas dificuldades têm suscitado críticas contundentes às medidas estruturais no contexto da litigância de interesse público nos Estados Unidos: R Sander & D Schoenbrod *Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government?* (2003).

²⁹ G Mukherjee & J Tuovinen ‘Designing Remedies for a Recalcitrant Administration’ (2020) 36 *South African Journal on Human Rights* 386, 408.

³⁰ Como no caso *Mwelase & Others v Director-General for the Department of Rural Development and Land Reform* [2019] ZACC 30, 2019 (6) SA 597 (CC) (*Mwelase CC*). O pano de fundo deste julgamento foi uma medida determinada pela Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court*), nomeando um *special master* para trabalhar com o Departamento para preparar um Plano de Implementação para o processamento das reivindicações, sujeito à aprovação e supervisão

toramento,³¹ corre o risco de ‘agravar as patologias que assolam a Administração, ao mesmo tempo em que atrofia a vontade burocrática e a capacidade institucional para tornar-se excessivamente dependente de estímulos externos.’³²

Apesar dessas dificuldades, os tribunais sul-africanos são constitucionalmente obrigados a estabelecer medidas adequadas e, se necessário, desenvolver formas inovadoras para remediar todas as violações de direitos humanos.³³ Essa responsabilidade é certamente elevada quando as violações são flagrantes e afetam um grande número de comunidades constantemente desfavorecidas. A reparação efetiva das violações de direitos humanos é essencial não apenas para proteger os valores e interesses que estão no cerne dos direitos humanos,³⁴ mas também para a legitimidade política do projeto constitucional na África do Sul como um todo. Se os mecanismos e procedimentos institucionais estabelecidos pela Constituição não derem efetividade aos direitos constitucionais, eles não exigirão o respeito e a lealdade dos cidadãos, promovendo implicações de longo alcance para o projeto de constitucionalismo na África do Sul. Como observou o *Justice Krieger* no caso *Fose*:

O dano causado pela violação à Constituição é um dano à sociedade como um todo, mesmo quando as implicações diretas da violação são altamente provincianas. O violador de direitos não apenas prejudica uma pessoa em particular, mas impede a plena realização de nossa promessa constitucional.³⁵

Essa compreensão do impacto público mais amplo das violações constitucionais dá origem à dupla função das medidas constitucionais de remediação. Elas não apenas buscam remediar o erro que deu origem à violação específica, mas também

judicial: *Mwelase & Others v Director- General for the Department of Rural Development and Land Reform* [2016] ZALCC 23; 2017 (4) SA 422 (LCC) (*‘Mwelase LCC’*). O Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) anulou a decisão da Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court*) nesse aspecto, mas a Corte Constitucional manteve a nomeação do *special master* com poderes especificados na decisão da Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court*) (redigido pelo *Justice Cameron* com uma posição minoritária do *Justice Jafta* seguido pelo *Justice (JA) Ledwaba*, discordando sobre os poderes do *special master* para determinar o orçamento no Plano de Implementação).

³¹ Por exemplo, nos casos dos deslocados internos colombianos (caso IDP) e no caso *People’s Union for Civil Liberties v Union of India Writ Petition (Civil) No. 196 de 2001* (‘Casos do direito à alimentação, Índia).

³² Mukherjee & Tuovinen (nota 20 acima) 409.

³³ *Fose* (nota 9 acima) no parágrafo 69.

³⁴ *Ibid.* (‘Sem medidas efetivas para a violação, os valores subjacentes ao direito consagrado na Constituição não podem ser devidamente defendidos ou reforçados.’)

³⁵ *Ibid* no parágrafo 95.

prevenir e impedir futuras violações.³⁶ Em outras palavras, elas têm uma inevitável dimensão pública voltada para o futuro.³⁷ Isso se alinha com a descrição do *Justice Froneman* das diferentes dimensões do princípio corretivo subjacente às medidas constitucionais de remediação no caso *AllPay 2*: corrigir os erros que deram origem às violações específicas da Constituição e do Estado de Direito, considerado o impacto da medida de remediação no público em geral e nas futuras práticas de governança.³⁸

Particularmente quando as medidas de remediação buscadas têm um impacto significativo na distribuição de recursos, os tribunais podem ser confrontados com uma tensão entre as dimensões individual e coletiva das decisões remediadoras.³⁹ Essa tensão geralmente surge nos casos em que a *common law* ou os danos constitucionais são reivindicados contra órgãos do Estado como uma forma para remediar condutas ilegais, incluindo violações de direitos constitucionais.⁴⁰ No entanto, embora essa tensão tenha implicações para a escolha e o desenho de medidas, ela não reduz o princípio geral de que os tribunais não podem se furtar de procurar remediar violações estruturais de direitos humanos, apesar de suas complexidades e desafios associados. A Constituição confere amplos poderes aos tribunais para elaborar medidas “justas e equitativas” para remediar violações constitucionais.⁴¹ Como o Presidente da Corte Constitucional, *Justice Mogoeng*, sustentou, no caso *Electoral Commission v Mhlope e Outros*:⁴²

O artigo 172, n.º 1, alínea b, confere aos nossos tribunais poderes de remediação tão amplos que deveriam poder elaborar uma medida adequada ou justa, mesmo para remediar situações excepcionais, complexas ou aparentemente irresolúveis. E as palavras operantes neste artigo são ‘uma ordem justa e equitativa’. Isso significa que quaisquer considerações de justiça e equidade que apontem como solução apropriada para um determinado problema, podem justificadamente ser

³⁶ Ibid no parágrafo 97.

³⁷ Ver as observações do *Justice O’Regan* sobre as diferenças entre litígios de direito privado e direito público: *Ferreira v Levin N.O. & Others; Vryenhoek & Others v Power N.O. & Others* [1995] ZACC 13, 1996 (1) SA 984 (CC), 1996 (1) BCLR 1 (CC) no parágrafo 229.

³⁸ *AllPay 2* (nota 10) nos parágrafos 30–34.

³⁹ C Mbazira *Litigating Socio-Economic Rights in South Africa: A Choice between Corrective and Distributive Justice* (2009) 103–130.

⁴⁰ *Rail Commuters Action Group v Transnet Ltd t/a Metrorail* [2004] ZACC 20, 2005 (2) SA 359 (CC), 2005 (4) BCLR 301 (CC) nos parágrafos 80–81; A Price ‘State Liability and Accountability’ in A Price & M Bishop (eds) *A Transformative Justice: Essays in Honour of Pius Langa* (2015) 313.

⁴¹ Art. 172.

⁴² [2016] ZACC 15, 2016 (5) SA 1 (CC), 2016 (8) BCLR 987 (CC).

usadas para sanar esse problema. Se a justiça e a equidade seriam mais bem servidas ou promovidas por essa medida de remediação, então ela deveria prevalecer como uma decisão constitucionalmente autorizada, prevista no artigo 172.º, n.º 1, alínea b.⁴³

À luz da descrição da natureza das violações estruturais de direitos humanos, dos desafios particulares que elas representam para reparação judicial e dos princípios constitucionais gerais de remediação esboçados acima, a seção a seguir examina as ferramentas em desenvolvimento que os tribunais sul-africanos têm à sua disposição para remediar violações estruturais de direitos humanos.

3. Ferramentas em desenvolvimento para remediar violações estruturais de direitos humanos ao abrigo da Constituição sul-africana

3.1 Danos constitucionais

Uma medida potencial para remediar violações estruturais de direitos humanos é uma decisão de danos constitucionais.⁴⁴ Decisões de danos constitucionais são medidas indenizatórias (geralmente convertidas em dinheiro) baseadas diretamente na violação dos direitos constitucionais de uma pessoa ou grupos de pessoas. As decisões de danos constitucionais podem, dependendo das circunstâncias do caso, ter fins compensatórios, punitivos, dissuasores e simbólicos.⁴⁵ No contexto sul-africano, Bishop distingue entre ‘danos constitucionais diretos’ (indenizações decorrentes diretamente da violação da Constituição) e ‘danos constitucionais indiretos’ (‘indenizações nos termos da lei comum ou de um estatuto que dá efeito a um direito constitucional’).⁴⁶ A relação entre essas duas categorias de danos no contexto

⁴³ Ibid no parágrafo 132.

⁴⁴ Sobre precedentes comparativos de danos constitucionais, J Klaaren ‘Judicial Remedies’ em M Chaskalson et al *Constitutional Law of South Africa* (Revision Service 3, 1998) Capítulo 9, 9-10.

⁴⁵ M Bishop ‘Remedies’ in S Woolman & M Bishop (eds) *Constitutional Law of South Africa* (2nd Ed, 2006) Capítulo 9, 157–162.

⁴⁶ Ibid em 151.

de violações de direitos constitucionais tem sido objeto de muito debate jurisprudencial e acadêmico na África do Sul.⁴⁷

No caso *Fose*, o autor da ação buscou a indenização por danos constitucionais, além de pedir indenização por danos morais decorrentes da agressão e tortura nas mãos da polícia.⁴⁸ O autor da ação pleiteou a indenização por danos constitucionais para punir a polícia pela violação de seus direitos constitucionais e para impedir e prevenir futuras infrações à luz de um suposto padrão generalizado de abusos por membros da delegacia de Vanderbijlpark.⁴⁹ A Corte considerou que a indenização por danos morais constituía uma reivindicação adequada dos direitos do autor e recusou-se a proferir uma decisão de dano constitucional. Apresentou várias razões políticas pelas quais tal indenização era inadequada nas circunstâncias do caso, inclusive expressando dúvidas sobre se os danos constitucionais constituiriam um dissuasor adequado contra a má conduta policial.⁵⁰ Também considerou que os escassos recursos do Estado eram mais bem gastos para abordar as causas estruturais e sistêmicas das infrações do que para compensar um demandante individual que já havia sido compensado por suas lesões por meio de uma indenização por danos decorrentes dos abusos.⁵¹ No entanto, afirmou que “não há razão, em princípio, para que a “reparação adequada” não deva incluir uma indenização por danos, quando tal decisão for necessária para proteger e fazer cumprir os direitos do capítulo 3”.⁵²

Em uma decisão histórica que tratou da intersecção entre os direitos previdenciários e o direito à justa ação administrativa, o *Justice Froneman*, atuando como juiz do Tribunal Superior na divisão do Cabo Oriental (*High Court Judge on the Eastern Cape bench*) reconheceu os danos constitucionais. Essa decisão indenizatória assumiu a forma de pagamentos retroativos de benefício social, juntamente com juros sobre os valores vencidos para compensar o recorrente por atrasos administrativos sistêmicos no processamento de seu pedido de benefício social.⁵³ Em

⁴⁷ Para uma crítica à indenização por danos constitucionais diretos no caso *Life Esidimeni*, de 19 de março de 2018, ver E Zitzke ‘The *Life Esidimeni* Arbitration: Towards Transformative Constitutional Damages’ (2020) 3 *Journal of South African Law/Tdyskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 419.

⁴⁸ *Fose* (nota 9 acima).

⁴⁹ *Ibid* no parágrafo 14.

⁵⁰ *Ibid* no parágrafo 71.

⁵¹ *Ibid* no parágrafo 72.

⁵² *Ibid* no parágrafo 60 (referenciando Capítulo 3 da Constituição Interina de 1993).

⁵³ *Kate v Member of the Executive Council for the Department of Welfare, Eastern Cape* [2004] ZAECHC 25, [2005] 1 All SA 745 (SE) (*Kate HC*).

sede de recurso, a decisão indenizatória por dano constitucional foi confirmada e mantida pelo Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*).⁵⁴ Em seu voto, redigido para um colegiado unânime, o *Justice (JA) Nugent* expressou a esperança de que a indenização por danos constitucionais facilitaria a responsabilização da legislatura por má gestão sistêmica no pagamento de benefícios sociais por meio do Departamento Provincial, sendo este forçado a buscar fundos adicionais para atender aos pedidos de indenização, além daqueles apropriados para pagamentos de assistência social.⁵⁵ Como aponta Bishop, os danos constitucionais deferidos pelo Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*), no caso *Kate*, não se destinaram a indenizar a recorrente por perdas financeiras, mas sim a indenizá-la pelo desconforto físico e falta de respeito pela sua dignidade humana causados pelo atraso na concessão dos benefícios sociais a que tinha direito. Em suma, os atrasos inconcebíveis no pagamento dos benefícios sociais privam beneficiários, como a Sra. Kate, da assistência estatal vital necessária para aliviar a ‘condição maldita’ da pobreza.⁵⁶

A Corte Constitucional também firmou uma decisão indenizatória de danos constitucionais no julgamento do caso *Presidente da República da África do Sul/Modderklip Boerdery (Pty) Ltd* (a seguir ‘*Modderklip*’).⁵⁷ A decisão foi proferida no sentido de compensar um proprietário de terras pelo fato de que ele não pôde executar ordens de despejo em virtude da ocupação ilegal de sua propriedade, por uma grande comunidade pobre, sem o fornecimento de alojamentos alternativos aos ocupantes.⁵⁸ A decisão indenizatória de danos constitucionais no caso *Modderklip* foi habilmente elaborada para estimular uma conduta proativa por parte dos órgãos estatais relevantes para resolver a crise dos sem-terra e dos sem-teto da comunidade,⁵⁹ ao mesmo tempo em que protege o princípio do Estado de Direito e o acesso material dos proprietários privados aos tribunais para reivindicar seus direitos de propriedade.

⁵⁴ *MEC for the Department of Welfare v Kate* [2006] ZASCA 49, 2006 (4) SA 478 (SCA), [2006] 2 All SCA 455 (SCA) (*Kate SCA*).

⁵⁵ *Ibid* no parágrafo 32. No caso *Njongi v MEC, Department of Welfare, Eastern Cape* [2008] ZACC 4, 2008 (4) SA 237 (CC), 2008 (6) BCLR 571 (CC), a Corte Constitucional confirmou uma decisão do Tribunal Superior (*High Court*) que condenou a recorrente a restituir quantias e juros de mora sobre os montantes em atraso após a cessação ilegal do seu subsídio de invalidez.

⁵⁶ Bishop (nota 36 acima) em 169 referenciando *Kate SCA* (nota 45 acima) no parágrafo 33.

⁵⁷ [2005] ZACC 5, 2005 (5) SA 3 (CC), 2005 (8) BCLR 786 (CC).

⁵⁸ *Ibid* nos parágrafos 47–51.

⁵⁹ *Ibid* no parágrafo 49.

No entanto, o pedido de dano constitucional como potencial ferramenta remediadora no contexto específico de casos de direitos socioeconômicos tem sido questionado pela jurisprudência constitucional recente. O julgamento da Corte Constitucional no caso *Residents of Industry House contra Minister of Police* (a seguir '*Residents of Industry House*')⁶⁰ abordou se uma decisão indenizatória de dano constitucional seria uma reparação adequada para as violações dos direitos dos residentes à dignidade e à privacidade decorrentes de uma operação policial realizada sem mandado, nos termos da Lei 68, de 1995, relativa aos serviços policiais da África do Sul. A Corte considerou inconstitucionais partes relevantes da lei. Ao julgar improcedente o pedido de danos constitucionais, a *Justice Mhlantla*, seguida pela maioria, considerou que as decisões de danos constitucionais devem satisfazer o limiar da '*medida de remediação mais adequada*' disponível para reivindicar direitos constitucionais com o devido peso atribuído a outras medidas alternativas disponíveis na *common law* e nos estatutos⁶¹ (sublinhados no original). *In casu*, ela sustentou que a decisão indenizatória de danos constitucionais não era uma medida adequada, pois os requerentes dispunham de recursos alternativos "tão eficazes e mais apropriados", por meio de um pedido de indenização nos termos da Lei de Promoção da Justiça Administrativa 3, de 2000 (*Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000- PAJA*), bem como uma ação de responsabilização (*delictual claim*) contra os órgãos estatais relevantes.⁶² Ela prosseguiu:

Diante das muitas demandas prementes sobre o fisco, não é adequado utilizar recursos públicos escassos para pagar indenizações a particulares para fins de efetivação de direitos conferidos à população em geral, quando existem outros meios eficazes de defesa da Constituição. Esses recursos seriam mais bem gastos para enfrentar a privação estrutural e sistêmica e as condições deploráveis sob as quais a maioria das pessoas continua a viver há 27 anos na ordem democrática.⁶³

Em um julgamento subsequente, *Thubakgale e Outros contra Prefeitura Metropolitana de Ekurhuleni e Outros*,⁶⁴ a maioria rejeitou um pedido de danos constitucionais de um grupo de pessoas empobrecidas contra a prefeitura de Ekurhuleni.

⁶⁰ [2021] ZACC 37, 2022 (1) BCLR 46 (CC). O *Justice Jafta* redigiu um voto concorrente em separado na questão dos danos constitucionais, o qual foi seguido pelo Presidente da Corte Mogoeng e pelos *Justices Madlanga, Mhlantla, Tshiqi e (JA) Mathopo*.

⁶¹ *Ibid* no parágrafo 118.

⁶² *Ibid* no parágrafo 120.

⁶³ *Ibid* no parágrafo 121.

⁶⁴ [2021] ZACC 45, 2022 (8) BCLR 985 (CC) ('*Thubakgale*').

O pedido de danos constitucionais baseava-se na omissão sistêmica da prefeitura em efetivar o subsídio habitacional estadual aprovado ao transferir a posse e a propriedade das arquibancadas e casas a eles destinadas na área de Tembisa. A decisão por maioria, redigida pelo *Justice Jafta*, rejeitou o pedido de dano constitucional por uma série de fundamentos. Entre eles, o princípio da subsidiariedade constitucional;⁶⁵ o trânsito em julgado das decisões judiciais, tendo em conta o fato de os recorrentes terem requerido e obtido do Tribunal Superior (*High Court*) a medida de entrega das casas, que foi confirmada em recurso pelo Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*);⁶⁶ pedido juridicamente impossível, na medida em que “[um] pedido de indenização por descumprimento de uma única decisão interlocutória judicial não é conhecido no nosso direito”,⁶⁷ e que dispunham de uma medida de remediação alternativa adequada, a saber, a instauração de um procedimento de desacato contra a prefeitura por descumprimento das decisões judiciais anteriores relacionadas.⁶⁸ O *Justice Jafta* deu mais um passo ao considerar que a decisão indenizatória de danos constitucionais não era uma medida de remediação competente para fazer valer os direitos socioeconômicos previstos nos arts. 26 e 27 da Constituição, uma vez que esses direitos socioeconômicos qualificados não deram origem a ‘danos individuais’ e, por consequência, ‘traduziram-se em uma ação de indenização exigível em seus próprios termos’.⁶⁹ Em suma, ele sustentou que os direitos socioeconômicos só poderiam ser efetivados por meio do modelo de revisão de razoabilidade endossado na jurisprudência relevante.⁷⁰

O voto dissidente do *Justice Majiedt* (seguido pelos *Justices Khampepe*, *Theron* e *(JA) Tlaletsi*) discordou de que os danos constitucionais não eram uma medida competente para remediar violações flagrantes de direitos socioeconômicos, como as que ocorreram no presente caso. Ele sustentou que o teste para a “reparação adequada” é se a medida de remediação relevante, incluindo os danos constitucionais, constituía uma medida eficaz com base nos fatos e nas circunstâncias preponderantes no caso.⁷¹ Depois de considerar medidas de remediação alternativas, como procedimentos de desacato, decisões declaratórias, decisões estruturais e outras medidas alternativas em contratos, responsabilidade civil e direito de propriedade, o *Justice*

⁶⁵ Ibid nos parágrafos 178–179.

⁶⁶ Ibid nos parágrafos 180–186.

⁶⁷ Ibid no parágrafo 190.

⁶⁸ *Thubakgale* (nota 55 acima) no parágrafo 193.

⁶⁹ Ibid no parágrafo 169 lido com parágrafo 166.

⁷⁰ Ibid no parágrafo 167.

⁷¹ Ibid no parágrafo 43, parágrafos 46–47.

Majiedt concluiu que, na sua percepção, a decisão de danos constitucionais eram a única medida de remediação eficaz nas circunstâncias.⁷²

Felizmente, a parte da decisão do *Justice Jafta* que sustenta que os danos constitucionais nunca podem ser uma medida adequada para remediar violações dos direitos socioeconômicos nos arts. 26 e 27 não se mantém como precedente vinculante devido ao voto parcialmente concorrente do *Justice Madlanga* (seguido pela *Justice Mhlantla*).⁷³ Embora concordasse que a decisão indenizatória de danos constitucionais não fosse uma medida de remediação adequada nas circunstâncias do caso,⁷⁴ discordou da questão da exclusão total dos danos constitucionais como medida de remediação possível sempre que estivessem em causa direitos socioeconômicos. Ele endossou a sustentação da *Justice Mhlantla* no caso *Residents of Industry House* no sentido de que ‘os danos constitucionais devem ser a *medida de remediação mais adequada* disponível para reivindicar direitos constitucionais’.⁷⁵

Assim, a medida inovadora dos danos constitucionais para remediar disfunções de governança que prejudicam direitos socioeconômicos iniciada pelo *Justice Froneman* em no Tribunal Superior (*High Court*), no caso *Kate*, continua a fazer parte do aparato de remediação dos tribunais sul-africanos.⁷⁶ No entanto, a recente jurisprudência da Corte Constitucional sugere que sua aplicação será limitada a circunstâncias em que não há outra medida de remediação apropriada, disponível para reivindicar os direitos constitucionais dos requerentes. Até o momento, os litigantes na África do Sul e os tribunais não experimentaram formas mais inovadoras de reconhecimento de danos constitucionais, como as ‘reparações em espécie’⁷⁷ ou os

⁷² *Thubakgale* (nota 55 acima) no parágrafo 78.

⁷³ Assim, seis juízes (*Justices Madlanga, Mhlantla, Majiedt, Khampepe, (JJ) Theron e (AJ) Tlaletsi*) concordaram que, em circunstâncias apropriadas, os danos constitucionais poderiam constituir uma medida hábil para remediar violações de direitos socioeconômicos, enquanto três juízes (*Justice Jafta, o Presidente da Corte Mogoeng e Justice Tshiqi*) descartaram essa possibilidade.

⁷⁴ *Thubakgale* (nota 55 acima) no parágrafo 198. O *Justice Madlanga* referiu-se, a esse respeito, à existência de procedimento de desacato judicial (*contempt of court*) para fazer cumprir a decisão do Tribunal Superior (*High Court*) relativa à entrega das casas.

⁷⁵ *Ibid* no parágrafo 197 citando *Residents of Industry House* (nota 51 acima) no parágrafo 118.

⁷⁶ *Kate HC* (nota 44 acima).

⁷⁷ A questão de saber se os serviços médicos em espécie podem ser determinados como compensação por despesas médicas futuras (a chamada ‘defesa de saúde pública’) em ações de responsabilidade por negligência médica em estabelecimentos públicos de saúde tem sido considerada na jurisprudência constitucional recente. Um caminho para o desenvolvimento futuro de regras de *common law*, como a regra “de uma vez por todas” e a regra de que as indenizações por negligência médica devem ser pagas em dinheiro, foi aberto pelo voto do *Justice Froneman*, para uma Corte unânime, no caso *MEC, Health and Social Development, Gauteng v DZ obo WZ* [2017] ZACC 37, 2018 (1) SA 335 (CC), 2017 (12) BCLR 1528 (CC). Ver ainda a subsequente decisão da Corte Constitucional no caso *MEC, Health,*

‘danos preventivos’.⁷⁸ Esses tipos de medidas transformadoras têm muito a oferecer na remediação de violações socioeconômicas estruturais e na mitigação de algumas das desvantagens associadas às decisões de indenização financeira individual como medida para remediar violações estruturais de direitos humanos.

3.2 Medidas de supervisão

Outra ferramenta disponível para remediar violações estruturais de direitos humanos na África do Sul é a combinação de medidas obrigatórias com o exercício da jurisdição de supervisão pelos tribunais. Estas assumem a forma de o governo ser obrigado a apresentar relatórios periódicos ao tribunal sobre a implementação das medidas obrigatórias. Medidas de supervisão desse tipo geralmente também dão aos requerentes a oportunidade de comentar os relatórios estatais, e o tribunal pode determinar novas medidas após o exame dos relatórios relacionados e dos argumentos das partes.⁷⁹ Roach e Budlender argumentaram que as medidas obrigatórias juntamente com a supervisão judicial não devem se limitar a situações de intransigência governamental deliberada, mas serem estendidas a situações em que o governo não tem competência ou capacidade para cumprir as medidas pertinentes.⁸⁰ Em vez de ser vista como ‘uma punição do governo por desafiar a Constituição’, eles argumentam que a jurisdição de supervisão deve ser vista como um meio de ajudar o governo a cumprir efetivamente a Constituição.⁸¹

Os tribunais sul-africanos geralmente estão dispostos a determinar esse tipo de medida nos seguintes casos de direitos socioeconômicos. O primeiro é nas situações em que o Estado foi obrigado a remediar uma violação do dever negativo

Gauteng v PN [2021] ZACC 6, 2021 (6) BCLR 584. Ainda é uma questão em aberto se o potencial desenvolvimento da *common law* nos danos contemplado nessas decisões ajudaria ou dificultaria os esforços para responsabilizar o governo por disfunções sistêmicas no setor de saúde pública na África do Sul.

⁷⁸ W Trengove ‘Judicial Remedies for Violations of Socio-Economic Rights’ (199) 1 *Economic & Social Rights Review in Africa* 8, 10–11.

⁷⁹ S Viljoen & S Makama ‘Structural Relief – A Context-Sensitive Approach’ (2018) 34 *South African Journal on Human Rights* 209; S Liebenberg *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution* (2010) 424–434; M Bishop (nota 36 acima) em 179–196.

⁸⁰ K Roach & G Budlender ‘Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When Is It Appropriate, Just and Equitable?’ (2005) 122 *South African Law Journal* 325, 348–349.

⁸¹ *Ibid* 349.

de respeitar os direitos socioeconômicos⁸² por meio da adoção de certas medidas positivas. O exemplo mais comum desses tipos de medida de supervisão tem sido o monitoramento do fornecimento de alojamentos alternativos após o despejo ilegal de pessoas de suas casas.⁸³ Em segundo lugar, em vários casos, os tribunais têm supervisionado a implementação dos deveres positivos impostos pelos direitos socioeconômicos “imediatamente realizáveis”⁸⁴, como o direito à educação básica.⁸⁵ Em terceiro lugar, as medidas de supervisão são frequentemente utilizadas quando um órgão de Estado não cumpre seus deveres constitucionais ou legislativos ou medidas judiciais anteriores, e as consequências do descumprimento são graves.⁸⁶ Isso é consistente com o argumento de Roach e Budlender de que uma medida de supervisão deve ser considerada por um tribunal ‘quando as consequências de, até mesmo, um descumprimento de boa-fé forem tão graves, que o tribunal deva se esforçar para garantir o cumprimento efetivo da medida judicial’.⁸⁷

Como mencionado acima, as medidas de supervisão geralmente são projetadas para garantir o cumprimento de um conjunto de medidas obrigatórias. No entanto, a dificuldade enfrentada pelos tribunais é que certos tipos de medidas obrigatórias podem correr o risco de serem excessivamente prescritivas, em circunstâncias em que há um domínio legítimo de escolha política que deve ser acordado com os outros poderes ou ser aberto à deliberação democrática. Isso normalmente ocorre quando há mais de uma opção política adequada disponível para sanar as violações constitucionais identificadas na fase de mérito do litígio. A prescrição de uma medida política

⁸² Sobre a natureza das violações deste dever negativo e o modelo de revisão aplicado pela Corte Constitucional, ver Liebenberg (nota 70 acima) 214–218.

⁸³ Por exemplo, ver: *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes* [2009] ZACC 16, 2010 (3) SA 454 (CC), 2009 (9) BCLR 847 (CC) (*Joe Slovo*); *Pheko v Ekurhuleni Metropolitan Municipality* [2011] ZACC 34, 2012 (2) SA 598, 2012 (4) BCLR 388 (CC) (*Pheko 1*); *Pheko v Ekurhuleni Metropolitan Municipality (No 3)* [2016] ZACC 20, 2016 (10) BCLR 1308 (CC) (*Pheko 3*).

⁸⁴ *Governing Body of the Juma Masjid Primary School v Essay NO* [2011] ZACC 13, 2011 (8) BCLR 761 (CC) (*Juma Masjid*) no parágrafo 37.

⁸⁵ Por exemplo, ver: *Section 27 v Minister of Education* 2013 (2) SA 40 (GNP); *Madzodzo v Minister of Basic Education* [2014] ZAECMHC 5, 2014 (3) SA 441 (ECM), [2014] 2 All SA 339 (ECM); *Basic Education for All v Minister of Basic Education* 2014 (4) SA 274 (GP); *Tripartite Steering Committee v Minister of Basic Education & Others* [2015] ZAECGHC 67; 2015 (5) SA 107 (ECG); [2015] 3 All SA 718 (ECG); *Equal Education v Minister of Basic Education* [2020] ZAGPPHC 306, 2021 (1) SA 198 (GP), [2020] 4 All SA 102 (GP) (*Equal Education*).

⁸⁶ Exemplos são as medidas de supervisão emitidas nos casos de crise de pagamento de benefícios, *All Pay 2* (nota 10 acima) e *Black Sash 1* (nota 11 acima) e *Equal Education* (nota 76 acima). O último caso dizia respeito à suspensão inconstitucional e ao não reestabelecimento do Programa Nacional de Alimentação Escolar para alunos que estudavam em casa durante o lockdown de Covid-19: ver F Veriava & N Ally ‘Legal Mobilisation for Education in the Time of Covid’ (2021) 37 *South African Journal on Human Rights* 230, 236–244.

⁸⁷ Roach & Budlender (nota 71) 333.

específica nessas circunstâncias levanta questões sobre a legitimidade institucional, a competência do tribunal e o respeito à doutrina da separação de poderes.⁸⁸ Além disso, a solução política ótima pode ser contestada entre as partes e diferentes soluções políticas podem ter implicações policêntricas para outras partes interessadas não representadas no litígio específico.⁸⁹ Finalmente, os tribunais podem ter restrições de capacidade institucional no monitoramento de um conjunto complexo de medidas de supervisão sem o auxílio de um mecanismo de apoio institucional.⁹⁰ O potencial das medidas estruturais participativas que incorporam medidas de supervisão para enfrentar essas dificuldades é discutido na seção 3.3 abaixo.

O próximo tópico considera as intervenções determinadas pelos tribunais de uma esfera de governo em outra, como uma medida potencial para remediar violações estruturais de direitos humanos.

3.3 Intervenções judiciais em outras esferas de governo

Dadas as dificuldades associadas à remediação de violações estruturais de direitos humanos, não é surpreendente que os litígios de interesse público na África do Sul tendam a se concentrar em violações específicas de direitos socioeconômicos nas esferas de habitação, saúde, água, seguridade social e educação. O litígio iniciado em 2019 pelo Movimento dos Povos Desempregados na Divisão do Cabo Oriental do Tribunal Superior (*Eastern Cape Division of the High Court*) constituiu uma nova tentativa de remediar violações sistêmicas de direitos socioeconômicos devido à má administração e má gestão financeira da prefeitura local de Makana ao longo de vários anos. Estas disfunções de governança resultaram numa interrupção na prestação dos serviços básicos que a prefeitura está constitucionalmente obrigada a prestar às comunidades, nos termos dos arts. 26, 28 e 28, n° 1, alínea *c*, bem como dos arts. 152, n° 1, e 153, alínea *a*, da Constituição. Os requerentes buscaram uma medida judicial dirigida ao Executivo provincial do Cabo Oriental para intervir na prefeitura local de Makana e nomear um administrador ‘competente e experiente’.

⁸⁸ SP Sturm ‘A Normative Theory of Public Law Remedies’ (1991) 79 *The Georgetown Law Journal* 1355, 1362–1363. Como argumenta Sturm, no contencioso de direito público ‘as normas de responsabilidade não ditam o conteúdo da medida’, mas fornecem ‘apenas os objetivos e limites da decisão de remediação’ (em 1363, notas de rodapé omitidas).

⁸⁹ *Ibid* em 1364–1365.

⁹⁰ Taylor (nota 3 acima) 253–255.

O Tribunal Superior (*High Court*) concordou que este era um caso apropriado para proferir uma decisão obrigando o Executivo provincial a intervir, nos termos do art. 139 da Constituição combinado com disposições relevantes da Lei de Gestão das Finanças Municipais do Governo Local 56, de 2003. Os objetivos dessa intervenção eram dois: (1) a implementação de um plano de recuperação, destinado a garantir a capacidade da prefeitura de Makana de fornecer serviços básicos e cumprir seus compromissos financeiros; e (2) a dissolução do Conselho municipal da prefeitura de Makana e a nomeação de um administrador, para dar efetividade ao plano de recuperação e garantir a continuidade do funcionamento da prefeitura.⁹¹ Não havia componentes de monitoramento nas decisões do Tribunal Superior (*High Court*).

Embora o Tribunal Superior (*High Court*) tenha recusado o recurso,⁹² o Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) posteriormente admitiu o recurso do Primeiro-Ministro da Província do Cabo Oriental contra as decisões do Tribunal Superior (*High Court*) relativas à dissolução do Conselho e à nomeação de um administrador. O recurso culminou em um acordo de entendimento entre as partes, que foi feito por meio de decisão do Tribunal Superior (*High Court*). Nos termos desta decisão, o governo provincial comprometeu-se a elaborar relatórios trimestrais ao Tribunal Superior (*High Court*) sobre a implementação de um plano de recuperação financeira para a prefeitura.⁹³ A decisão não inclui a dissolução do Conselho e a nomeação de um administrador, como foi determinado no julgamento inicial do Tribunal Superior (*High Court*). No entanto, prevê esta última possibilidade, caso o Conselho Executivo provincial decida que tal medida se tornou necessária.⁹⁴ Nesse caso, o dever de informar permanece intacto.⁹⁵

As intervenções de uma esfera de governo em outra tendem a ser politicamente contestadas e não têm um bom histórico de sucesso na resolução de problemas

⁹¹ *Unemployed Peoples Movement v Premier, Province of the Eastern Cape & Others* [2020] ZAECGHC 1 ('*Unemployed Peoples Movement*').

⁹² *Unemployed Peoples Movement v Premier for the Province of the Eastern Cape & Others* (553/2019) [2020] ZAECGHC 47, 2020 (5) BCLR 573 (ECG) (21 Maio 2020).

⁹³ Decisão no caso *The Premier, Province of the Eastern Cape & Others v Unemployed Peoples Movement* Case No. 995/2020 (SCA); Versão final do Plano de Recuperação Financeira preparado pela Prefeitura Local de Makana, janeiro 2022 (documentos arquivados com a autora). Ver também E Ellis 'Judge to Oversee the Financial Recovery of "Failed" Makana Municipality' *Daily Maverick* (14 March 2022), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2022-03-14-judge-to-oversee-the-financial-recovery-of-failed-makana-municipality/>.

⁹⁴ Decisão no caso *The Premier, Province of the Eastern Cape & Others v Unemployed Peoples Movement* (nota 84 acima) no parágrafo 7.

⁹⁵ *Ibid.*

sistêmicos.⁹⁶ Chamberlain e Masiangoako identificam problemas relacionados à *expertise*, capacidade e resistência enfrentadas pelos gestores,⁹⁷ bem como à exclusão e, às vezes, perseguição direta de organizações da sociedade civil envolvidas nos pedidos de intervenções.⁹⁸ É muito cedo para avaliar os resultados do caso *Movimento dos Desempregados*. A mobilização e as parcerias formadas por uma série de organizações da sociedade civil e atores políticos em torno deste caso fortalecem as perspectivas de sucesso do acordo de ajustamento descrito acima.⁹⁹

3.4 Ampliando as lentes remediadoras

Outro instrumento à disposição dos tribunais para responder a violações estruturais de direitos humanos é o que chamo de “ampliação das lentes remediadoras da Corte”. Essa abordagem tem suas raízes no princípio remediador estabelecido no caso *Fose* de que a reparação efetiva para violações da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) é uma reparação que ‘reivindicará’ direitos constitucionais e ‘impedirá’ futuras violações.¹⁰⁰ Em outras palavras, ao exercer sua discricionariedade remediadora, um tribunal deve se esforçar para solucionar os danos aos direitos humanos sofridos pelos litigantes vencedores, ao mesmo tempo em que busca evitar uma repetição de violações semelhantes no futuro.¹⁰¹ Assim, uma consideração importante na avaliação da eficácia das medidas para remediar casos de direitos humanos é se elas respondem tanto à situação dos litigantes em particular, quanto às reformas institucionais, legislativas e políticas mais amplas, necessárias para prevenir futuras violações semelhantes.

⁹⁶ L Chamberlain & T Masiangoako ‘Third Time Lucky? Provincial Intervention in the Makana Local Municipality’ (2021) 138 *South African Law Journal* 423.

⁹⁷ *Ibid* em 454–455.

⁹⁸ *Ibid* em 456–459.

⁹⁹ As organizações envolvidas na luta em curso em Makhanda para resolver as falhas na prestação de serviços formaram o Círculo de Unidade Makhanda. Em 2020, junto com a prefeitura, eles aderiram ao movimento Parceria Governo Aberto. Essa parceria visa buscar soluções sustentáveis para os problemas de governança em Makhanda por meio de processos de participação cívica, compartilhamento de informações e colaboração. S Ntlabezo & Z Kota ‘Makhanda Crisis: Inclusive, Transparent and Participatory Governance Processes Could Be the City’s Last Chance’ *Maverick Citizen* (27 Junho 2021), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2021-06-27-makhanda-crisis-inclusive-transparent-and-participatory-governance-processes-could-be-the-citys-last-chance/>.

¹⁰⁰ *Fose* (nota 9 acima) no parágrafo 97.

¹⁰¹ Isso é semelhante à ‘medida de não-repetição’ ou ‘recomendações gerais’, que complementam as medidas individuais na abordagem de reparação dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas: V Krsticevic & B Griffey ‘Remedial Recommendations’ in M Langford, B Porter, R Brown & J Rossi (eds) *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary* (2016) 327, 338–339.

A aplicação deste princípio é ilustrada por dois casos que tratam da contestação entre os Departamentos Provinciais de educação e os órgãos de direção escolar sobre os poderes de tomada de decisão nas escolas. As decisões relevantes tiveram sérias implicações para os direitos dos estudantes à educação, nos termos do art. 29 da Constituição. Nestes casos, a Corte Constitucional olhou para além do enquadramento formal do litígio que lhe foi submetido para elaborar medidas destinadas a corrigir as questões estruturais implícitas que põem em perigo o direito dos alunos à educação.

O primeiro caso, *Chefe de Departamento: Mpumalanga Department of Education contra Hoërskool Ermelo* (a seguir '*Hoërskool Ermelo*'),¹⁰² dizia respeito à tentativa de retirada, pelo Departamento Provincial de Educação competente, do poder de direção de uma escola em determinar a sua própria política linguística e a transferência desse poder para uma comissão provisória nomeada pelo Departamento Provincial. A Corte Constitucional considerou que a forma como a intervenção tinha ocorrido era processualmente injusta e contrária às disposições da Lei das Escolas Sul-Africanas 84, de 1996 (Lei das Escolas). Isso eliminou a questão jurídica direta que se colocava perante a Corte. No entanto, a questão mais ampla em jogo era a exclusão efetiva de estudantes negros falantes da língua inglesa de escolas públicas historicamente brancas no Distrito de Ermelo, por meio da adoção de políticas linguísticas exclusivamente africâner pelos seus órgãos governamentais. A escassez de vagas escolares para os alunos que escolhiam o inglês como língua de instrução, combinada com sua exclusão das escolas de língua exclusivamente africâner, menos lotadas, perpetuou as profundas disparidades educacionais da era do *apartheid*. O Vice-Presidente (*Deputy Chief Justice* - DCJ) Moseneke formulou as seguintes observações em relação à ampla discricionariedade remediadora conferida aos tribunais pelo art. 172, nº 1, alínea *a*, da Constituição:

Esta ampla e flexível competência remediadora em litígios constitucionais permite a um tribunal determinar uma medida que colocaria a substância acima da mera forma, identificando o litígio subjacente real entre as partes e exigindo que as partes tomassem medidas destinadas a resolver o litígio de forma consistente com as normas constitucionais. Em vários casos, esta Corte considerou justo formular medidas para facilitar uma resolução substantiva do litígio subjacente entre as partes. Às vezes, decisões dessa natureza tomaram a forma de interditos estruturais ou medidas de supervisão. Essa abordagem é valiosa e promove

¹⁰² [2009] ZACC 32, 2010 (2) SA 415 (CC), 2010 (3) BCLR 177 (CC).

a justiça constitucional, particularmente ao garantir que as próprias partes se tornem parte da solução.¹⁰³

De acordo com essa abordagem, a Corte determinou que o corpo diretivo da escola revisasse e determinasse uma nova política linguística à luz da interpretação da Corte do art. 29, n. 2, da Constituição, que trata do direito à educação em uma língua oficial de sua escolha.¹⁰⁴ O corpo diretivo da escola foi instruído a informar a Corte sobre o procedimento que havia sido seguido para revisar sua política linguística, e fornecer uma cópia do mesmo. O chefe do Departamento Provincial de Educação também foi orientado a apresentar um relatório ao tribunal, expondo as medidas que o Departamento havia tomado para satisfazer a provável demanda por uma escola de inglês ou similar na área.¹⁰⁵

O alargamento das lentes remediadoras para além das questões jurídicas explícitas também ocorreu no julgamento subsequente da Corte no caso *Chefe de Departamento, Departamento de Educação, Província do Estado Livre contra Welkom High School; Chefe de Departamento, Departamento de Educação, Free State Province v Harmony High School* ('*Welkom High School*').¹⁰⁶ A disputa surgiu a partir de políticas sobre gravidez formuladas pelos órgãos diretivos escolares de duas escolas que efetivamente excluíram alunas grávidas por períodos prolongados, durante e após a gravidez. A maneira pela qual o Departamento Provincial de Educação procurou obrigar a readmissão dos alunos à escola, instruindo os diretores escolares a ignorar as políticas de gravidez adotadas pelos órgãos diretivos da escola, foi considerada contrária aos procedimentos e à Lei da Escola.¹⁰⁷ No entanto, adotando uma abordagem semelhante à do caso *Hoërskool Ermelo*, a Corte (por meio da *Justice Khampepe*) considerou que seria omissa se não abordasse as graves questões que o caso levantou sobre a constitucionalidade das políticas relevantes em matéria de gravidez.¹⁰⁸ Após

¹⁰³ Ibid no parágrafo 97 (notas de rodapé omitidas).

¹⁰⁴ O art. 29, n. 2, tem a seguinte redação: Todas as pessoas têm o direito de receber educação na língua ou nas línguas oficiais da sua escolha nos estabelecimentos de ensino públicos, sempre que essa formação seja razoavelmente praticável. A fim de garantir o acesso efetivo e a implementação desse direito, o Estado deve considerar todas as alternativas educacionais viáveis, incluindo instituições de médio porte, considerando:

- (a) equidade;
- (b) viabilidade; e
- (c) a necessidade de reparar os resultados de leis e práticas racialmente discriminatórias do passado.

¹⁰⁵ *Hoërskool Ermelo* (nota 93 acima) no parágrafo 106.

¹⁰⁶ [2013] ZACC 25, 2014 (2) SA 228 (CC), 2013 (9) BCLR 989 (CC).

¹⁰⁷ Ibid no parágrafo 105.

¹⁰⁸ Ibid no parágrafo 107.

uma análise das políticas relevantes, a Corte considerou que as políticas sobre gravidez, em questão *'prima facie'*, violavam vários direitos constitucionais,¹⁰⁹ incluindo o direito contra a discriminação injusta em razão da gravidez e do sexo, nos termos do art. 9, n. 3, e o direito à educação básica no art. 29, n. 1, alínea a.¹¹⁰

A Corte rejeitou o recurso do Departamento Provincial de Educação e manteve a decisão do Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) de que o Departamento não tinha autoridade para instruir os diretores escolares a agir de forma contrária às políticas adotadas pelos órgãos governamentais relevantes. No entanto, considerou que, nas circunstâncias, era necessário determinar medidas acessórias, dado o profundo efeito que essas políticas sobre gravidez poderiam ter sobre os direitos das crianças que não eram parte no processo e que nunca poderiam contestar políticas semelhantes de forma independente.¹¹¹ Advertiu que sua discricionariedade para determinar a reparação com base em reivindicações não diretamente levantadas pelas partes não era ilimitada e tinha que ser “exercida com cautela e de forma judicial para garantir que a justiça seja feita”.¹¹² Por conseguinte, a Corte determinou aos órgãos de direção escolar revisar suas atuais políticas sobre gravidez à luz dos princípios enunciados na decisão e informar à Corte sobre os procedimentos seguidos para rever as políticas relevantes e fornecer cópias da revisão das políticas sobre gravidez à Corte. Também determinou que as partes “se envolvessem significativamente” umas com as outras para dar efeito a essas medidas.¹¹³

Essas decisões que promovem o ‘alargamento das lentes remediadoras’ levantam a questão a respeito do mecanismo pelo qual as violações de direitos humanos implícitas devem ser remediadas nas circunstâncias em que esteja disponível uma gama de opções políticas razoáveis para remediar as violações em causa. Decisões excessivamente prescritivas neste contexto não apenas levantariam questões acerca

¹⁰⁹ Ibid no parágrafo 112. Fredman tem criticado a decisão por sua conclusão provisória quanto à violação dos direitos constitucionais dos estudantes e por não fazer o suficiente para “criar uma vantagem firme para os direitos em questão”. S Fredman ‘Procedure of Principle: The Role of Adjudication in Achieving the Right to Education’ (2014) 6 *Constitutional Court Review* 165, 179–180 & 197.

¹¹⁰ Uma série de outros direitos constitucionais também foram implicados: *Welkom High School* (nota 97 acima) nos parágrafos 113–116.

¹¹¹ Ibid no parágrafo 119.

¹¹² Ibid no parágrafo 107.

¹¹³ Ibid no parágrafo 128. Para uma crítica ao fracasso da Corte, no caso *Welkom High School* (nota 97 acima), em exigir uma gama mais ampla de participação das partes interessadas no desenho das políticas relevantes em matéria de gravidez, ver S Liebenberg ‘Remedial Principles and Meaningful Engagement in Education Rights Disputes’ (2016) 19 *Potchefstroom Electronic Law Journal* 1, 25–26.

da legitimidade institucional dos tribunais, mas também privariam os titulares de direitos e outras partes interessadas de ter voz na escolha e no desenho das políticas relevantes. É neste contexto que as medidas de ‘compromisso significativo’, discutidas na próxima parte, têm um papel importante a desempenhar.

3.5 Medidas de compromisso significativo

Como observado, a Corte, no caso *Welkom High School*, determinou o “compromisso significativo” na revisão das políticas escolares sobre gravidez, que fossem contrárias à Constituição. Em seu voto, a *Justice Khampepe* justificou a medida de compromisso significativo referindo-se aos princípios da governança cooperativa na Constituição e ao esquema de competências estabelecidas na Lei das Escolas.¹¹⁴ A medida de compromisso significativo em casos de direitos educacionais, como o *Welkom High School*, tem suas origens na jurisprudência anterior sobre moradia e despejos da Corte Constitucional.¹¹⁵ Neste último contexto, ela tem se destacado como um fator de controle de constitucionalidade de despejos ou de políticas e legislação habitacional,¹¹⁶ bem como por fazer parte das medidas remediadoras da Corte.¹¹⁷

Embora o *Justice Froneman* não tenha introduzido a doutrina do compromisso significativo na jurisprudência de direitos socioeconômicos da África do Sul, ele desempenhou um papel significativo no desenvolvimento de suas justificativas

¹¹⁴ *Hoërskool Ermelo* (nota 93 acima) nos parágrafos 120–126.

¹¹⁵ S Liebenberg ‘The Participatory Democratic Turn in South Africa’s Social Rights Jurisprudence’ in KG Young (ed) *The Future of Economic and Social Rights* (2019) 187.

¹¹⁶ Até agora, o compromisso significativo tem sido um fator no padrão de revisão aplicado pela Corte Constitucional em três contextos diferentes relacionados à habitação e despejo: (1) para avaliar se uma ordem de despejo é justa e equitativa em termos de legislação subsidiária, como a Lei de Prevenção de Despejo Ilegal e Ocupação Ilegal de Terras 19 de 1998 (*Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful occupation of land Act 19 of 1998*); (2) para avaliar se as medidas pertinentes adotadas pelos órgãos do Estado são “razoáveis” nos termos do art. 26, n. 2; e (3) para avaliar se a legislação que autoriza o despejo de pessoas das suas casas ou se a demolição de casas é consistente com o art. 26. Exemplos de jurisprudência que invocam compromisso significativo como padrão de revisão nesses contextos são: *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* [2004] ZACC 7, 2005 (1) SA 217 (CC), 2004 (12) BCLR 1268 (CC) (*Port Elizabeth Municipality*) nos parágrafos 44–45; *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township & 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg* [2008] ZACC 1, 2008 (3) SA 208 (CC), 2008 (5) BCLR 475 (CC) (*Olivia Road*) nos parágrafos 17–18; *Abhahlali baseMjondolo Movement SA v Premier of the Province of KwaZulu-Natal* [2009] ZACC 31, 2010 (2) BCLR 99 (CC) nos parágrafos 113–115, 127–128.

¹¹⁷ Exemplos incluem: *Joe Slovo* (nota 74 acima) nos parágrafos 5–7; *Olivia Road* (nota 107 acima) decisão interina no parágrafo 5 lida com parágrafos 24–30; *Pheko 1* (nota 74 acima) no parágrafo 53; *Schubart Park Residents Association v City of Tshwane Metropolitan Municipality* [2012] ZACC 26, 2013 (1) SA 323 (CC), 2013(1) BCLR 68 (CC) (*Schubart Park*) no parágrafo 53.

e aplicações substantivas para remediar violações de direitos humanos.¹¹⁸ O tema da participação e do compromisso é um fio condutor que atravessa várias das decisões do *Justice Froneman*. No caso *Albutt contra Centre for the Study of Violence and Reconciliation* (a seguir '*Albutt*')¹¹⁹, a Corte (por meio do Presidente da Corte Ngcobo) sustentou que as vítimas de graves violações dos direitos humanos durante a era do *apartheid* tinham direito a uma audiência nos pedidos de perdão presidencial de pessoas condenadas por crimes alegadamente praticados por motivações políticas, mas que não tinham participado no processo da Comissão de Verdade e Reconciliação. Em seu voto concorrente em separado,¹²⁰ o *Justice Froneman* discorreu sobre o papel da democracia participativa no desenvolvimento de uma compreensão exclusivamente sul-africana do princípio do Estado de Direito. Ele observou que a democracia participativa tem raízes profundas nas tradições africanas pré-coloniais e também facilitou a transição para a democracia na África do Sul.¹²¹ A participação individual das vítimas foi o único meio racional de efetivar o propósito do processo de anistia sob a Lei de Verdade e Reconciliação 34, de 1995.¹²² Assim, em decisões que impactaram na unidade nacional, como os indultos presidenciais no presente caso, seria irracional considerar a participação das vítimas essencial ao processo de anistia, mas não nos indultos de 'unidade nacional'.¹²³ O motivo condutor (*leitmotiv*) da democracia participativa e seu lugar central na constituição da nova ordem política e jurídica sob a Constituição é evidente neste voto concorrente do *Justice Froneman*.

No caso *Bengwenyama Minerals (Pty) Ltd contra Genorah Resources (Pty) Ltd* (a seguir '*Bengwenyama Minerals*'),¹²⁴ o *Justice Froneman* (redigindo para uma Corte unânime) elaborou os propósitos da consulta e compromisso de boa-fé no contexto do reconhecimento de direitos de prospecção a terceiros em terras de propriedade de uma comunidade, nos termos da Lei de Desenvolvimento de Recursos Minerais e Petrolíferos 28, de 2022 (*Mineral and Petroleum Resources Development Act 28 of 2022-MRDA*). Sustentou que a notificação e a consulta subsequente serviram a vários

¹¹⁸ O conceito de 'compromisso significativo' foi expressamente introduzido na jurisprudência sobre direitos socioeconômicos com o voto do *Justice Yacoob*, para uma Corte unânime, no caso *Olivia Road* (nota 107 acima) nos parágrafos 9–30. Suas raízes podem ser rastreadas em decisões anteriores sobre despejos, como o voto do *Justice Sachs* no caso *Port Elizabeth Municipality* (nota 107 acima) nos parágrafos 39–47.

¹¹⁹ [2010] ZACC 4, 2010 (3) SA 293 (CC), 2010 (5) BCLR 391 (CC).

¹²⁰ Os *Justices Cameron* e *Van der Westhuizen* foram favoráveis ao voto do *Justice Froneman*.

¹²¹ *Albutt* (nota 110 acima) nos parágrafos 91–92.

¹²² *Ibid* no parágrafo 90.

¹²³ *Ibid*.

¹²⁴ [2010] ZACC 26, 2011 (4) SA 113 (CC), 2011 (3) BCLR 229 (CC).

propósitos: ampliaram a compreensão do impacto que o reconhecimento do direito de prospecção teria sobre a comunidade;¹²⁵ abriram a possibilidade de chegar-se a um acordo sobre a utilização do imóvel entre a comunidade e o requerente do direito de prospecção;¹²⁶ e geraram ‘as informações necessárias’ para que a tomada de decisão informada pudesse ocorrer.¹²⁷ A relação entre consulta e processos de tomada de decisão justos é devidamente resumida pelo *Justice Froneman* da seguinte forma:

O processo de consulta e o seu resultado são partes integrantes do processo de equidade, porque a decisão não pode ser justa se o administrador não teve plena consideração do que aconteceu durante o processo de consulta, a fim de determinar se a consulta foi suficiente para tornar processualmente justo o deferimento do pedido.¹²⁸

A falta de consulta adequada, combinada à falha em conceder uma audiência à comunidade ou em cumprir os outros requisitos do PAJA e do MRDA, levou à anulação da decisão de deferimento da licença de prospecção.

Em seu voto no caso *Schubart Park*¹²⁹, o *Justice Froneman* expandiu a aplicação das medidas de compromisso significativo, do seu contexto habitual de serem incorporadas em medidas de fornecimento de alojamento alternativos, após pedidos de despejo. Ele sustentou que um compromisso significativo também poderia constituir uma reparação adequada nos termos do art. 38 da Constituição, em um contexto em que uma autoridade local foi ordenada a restaurar a posse de um grupo de pessoas que haviam sido ilegalmente removidas de suas casas.¹³⁰ De maneira notável, o *Justice Froneman* enfatizou a dignidade e a igualdade afirmando aspectos de compromisso significativo por meio da crítica à abordagem “de cima para baixo” da prefeitura em suas relações com os moradores, e por considerá-los como “incômodos sociais desagradáveis”.¹³¹ A prefeitura foi, portanto, ordenada a se envolver com os requerentes em todas as etapas do processo de reocupação e informar o Tribunal Superior (*High*

¹²⁵ Ibid no parágrafo 64.

¹²⁶ Ibid no parágrafo 65.

¹²⁷ Ibid no parágrafo 66.

¹²⁸ Ibid no parágrafo 66.

¹²⁹ *Schubart Park* (nota 108 acima) também por unanimidade na Corte.

¹³⁰ Ibid no parágrafo 42.

¹³¹ Ibid no parágrafo 50 (citando *Port Elizabeth Municipality* (nota 107 acima) no parágrafo 41).

Court) sobre o progresso no reestabelecimento dos ocupantes em suas casas.¹³² Sua contribuição a esse respeito reside tanto na expansão do contexto de seu uso como uma medida de remediação, bem como na sua ênfase em tratar grupos vulneráveis e desfavorecidos como participantes iguais em processos de compromisso.

No caso *Welkom High School* discutido acima, os *Justices Froneman* e *Skweyiya* redigiram voto concorrente em separado no qual elaboraram as justificativas teóricas e o papel específico que o compromisso significativo poderia desempenhar em um caso em que os melhores interesses das crianças estavam em jogo. Eles sustentavam que as questões envolvendo crianças eram ‘eminentemente do tipo em que se deve arranhar a superfície para chegar à real substância profunda’.¹³³ Eles vincularam o compromisso significativo ao motivo condutor (*leitmotiv*) constitucional da democracia participativa decorrente do caso *Médicos pela Vida Internacional contra Presidente da Assembleia Nacional* (*Médicos pela Vida*)¹³⁴ e seus subsequentes. Deveres de compromisso significativo também poderiam ser derivados de uma série de direitos constitucionais que ‘exigem o envolvimento substantivo e o compromisso das pessoas em decisões que podem afetar suas vidas’.¹³⁵ Em um nível mais amplo, a participação e o compromisso foram centrais para o projeto constitucional, um reflexo da “revolução negociada” da África do Sul.¹³⁶ Além disso, o compromisso e a participação ‘encontram reconhecimento particular’ no princípio constitucional da governança cooperativa, no capítulo 3 da Constituição.¹³⁷ O voto procedeu à análise de como o chefe do Departamento Provincial de educação e os órgãos de direção escolar não cumpriram os requisitos de cooperação e compromisso de forma diligente e de boa-fé, prejudicando assim o melhor interesse dos estudantes envolvidos. O compromisso significativo e a governança cooperativa foram, portanto, vistos como mecanismos para evitar litígios acrimoniosos e garantir que os direitos e os melhores interesses dos estudantes fossem protegidos em todos os processos de tomada de decisão.¹³⁸

¹³² Ibid nos parágrafos 51–53.

¹³³ *Welkom High School* (nota 97 acima) no parágrafo 130.

¹³⁴ *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly* [2006] ZACC 11, 2006 (6) SA 416 (CC), 2006 (12) BCLR 1399 (CC).

¹³⁵ Ibid no parágrafo 139.

¹³⁶ Ibid (citando *Mashavha v President of the Republic of South Africa* [2004] ZACC 6, 2005 (2) SA 476 (CC), 2004 (12) BCLR 1243 (CC) no parágrafo 20).

¹³⁷ Ibid no parágrafo 140.

¹³⁸ Ibid no parágrafo 162 (referindo ao art. 41, 1, h, vi, da Constituição) e parágrafos 166–167.

Três papéis importantes podem ser desempenhados pelo compromisso significativo no contexto de elaboração de medidas para remediar violações de direitos constitucionais, conforme depurado do conjunto de decisões do *Justice Froneman*. Em primeiro lugar, [o compromisso significativo] afirma a importância de ouvir as vozes daqueles diretamente afetados por violações de direitos humanos, dando expressão aos valores constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da liberdade.¹³⁹ Em segundo lugar, [o compromisso significativo] promove a governança cooperativa como resposta-padrão para a resolução de conflitos entre órgãos do Estado. Como foi sustentado no voto concorrente do *Justice Froneman* no caso *Albutt*, a tomada de decisão participativa também se alinha aos sistemas de valores dos povos tradicionais e às práticas de governança.¹⁴⁰ Em terceiro lugar, o compromisso significativo facilita soluções práticas e acomodações entre os polos em uma disputa e outras partes interessadas relevantes. Esta última faceta é particularmente importante para a resolução de disputas socioeconômicas complexas e policêntricas. Como será argumentado na seção 4 abaixo, essas justificativas para um compromisso significativo podem ser aproveitadas na elaboração de medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos.

Apesar de suas vantagens, as medidas de compromisso significativo colocam um conjunto distinto de desafios institucionais para os tribunais. As medidas de compromisso são frequentemente atreladas aos tipos de medidas de supervisão discutidas na seção anterior.¹⁴¹ No entanto, os tribunais, muitas vezes, não têm a capacidade de sustentar a supervisão dos processos de compromisso, particularmente quando esses processos ocorrem durante um longo período. Além disso, geralmente é difícil para os tribunais garantir que os processos de compromisso entre os polos e outras partes interessadas sejam justos, especialmente em contextos em que há disparidades significativas de poder entre os participantes.¹⁴² Finalmente, os tribunais podem não ter experiência para avaliar os resultados dos processos de

¹³⁹ Sobre as justificativas baseadas em valores para a participação, ver S Liebenberg 'Participatory Justice in Social Rights Adjudication' (2018) 18 *Human Rights Law Review* 623, 625–628.

¹⁴⁰ Para uma elaboração dessas ligações, ver TW Bennett junto de AR Munro & PJ Jacobs *Ubuntu: An African Jurisprudence* (2018) 124–158.

¹⁴¹ Ver decisões citadas na nota 107 acima.

¹⁴² Sobre as disparidades de poder e desigualdades entre os participantes em processos participativos, ver: MC Dorf & CF Sabel 'A Constitution of Democratic Experimentalism' (1998) 98(2) *Columbia Law Review* 267, 408–410; B Ray *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation and Democracy in South Africa's Second Wave* (2016) 316–322; S Mahomed 'Extra-Judicial Engagement in Socio-Economic Rights Realisation: Lessons from #FeesMustFall' (2020) 36 *South African Journal on Human Rights* 49, 63–66.

compromisso, particularmente quando esses resultados são baseados em evidências técnicas e periciais complexas ou conflitantes.¹⁴³

Esses desafios dão origem à necessidade de mecanismos para apoiar e auxiliar os tribunais na supervisão de medidas participativas, como as medidas de compromisso significativo.¹⁴⁴ As medidas de remediação tomadas pelo *Justice Froneman* em suas decisões na Corte para enfrentar os casos de crise de pagamento de benefícios sociais¹⁴⁵ abriram caminho para o desenvolvimento de mecanismos inovadores para apoiar os tribunais no monitoramento de medidas complexas de supervisão. Esses votos também ilustram como uma variedade de ferramentas pode ser empregada em diferentes estágios em litígios prolongados para remediar violações estruturais de direitos humanos. É a um exame dessas medidas que me dedico a seguir.

4. Ampliando a caixa de ferramentas: medidas para remediar casos de crise de pagamento de benefícios sociais

Os fatores que deram origem à crise de pagamento de benefícios sociais exemplificam muitos dos problemas sistêmicos de governança que expõem as pessoas a violações estruturais de direitos na África do Sul. Eles incluíam: a falta de capacidade do Estado para concretizar direitos constitucionais levando à dependência de uma entidade comercial para fazê-lo; a nomeação da entidade comercial por meio de procedimentos de contratação ilícitos; uma relação disfuncional entre a chefe política do Departamento relevante (a Ministra do Desenvolvimento Social) e a Agência de Seguridade Social da África do Sul (*South African Social Security Agency - SASSA*), a entidade estatal responsável pela prestação de serviços na linha da frente; a rotatividade de pessoal e transitoriedade de liderança na SASSA; e o descumprimento de medidas judiciais anteriores. Essas decisões são analisadas a seguir, centrando-se principalmente nas suas dimensões de remediação.

¹⁴³ A complexidade técnica e a prova pericial conflituosa em relação à identificação de terrenos alternativos adequados para a realocação da comunidade resultaram na decisão no caso *Pheko 3* (nota 74 acima) em que a Corte Constitucional transferiu a supervisão do processo de realocação para o Tribunal Superior (*High Court*).

¹⁴⁴ R Maphosa 'Are Judicial Monitoring Institutions a Legitimate Remedy for Addressing Systemic Socioeconomic Rights Violations?' (2020) 36 *South African Journal on Human Rights* 362; Taylor (nota 3 acima) em 253–274.

¹⁴⁵ Nota 11 acima.

4.1 *AllPay 1 e 2*

O litígio chegou inicialmente à Corte Constitucional como um recurso de uma parte vencida, a *AllPay Consolidated Investment Holdings (Pty) Ltd (AllPay)*, contra uma decisão do Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*). A última decisão havia rejeitado a tentativa da *AllPay* de fazer com que uma licitação concedida pela SASSA à *Cash Payment Services (Pty) Ltd (CPS)* fosse declarada inválida e anulada.¹⁴⁶ A licitação era para o pagamento de benefícios sociais, nos termos da Lei de Assistência Social 13, de 2004, a aproximadamente 15 milhões de sul-africanos empobrecidos, por um período de cinco anos. Em seu primeiro voto para uma Corte Constitucional unânime quanto ao mérito, [no caso] *AllPay 1*, o *Justice Froneman* adotou uma abordagem rigorosa e principiológica para a revisão de irregularidades processuais no procedimento licitatório. Ele afirmou que o público tinha um interesse vital em que os procedimentos de contratação fossem conduzidos de maneira justa, equitativa, transparente, competitiva e econômica.¹⁴⁷ O recurso foi julgado procedente e o contrato de cinco anos entre a SASSA e a CPS declarado constitucionalmente inválido.¹⁴⁸ No entanto, o dilema enfrentado pela Corte era que, simplesmente declarar o contrato inválido, colocaria em risco a entrega de benefícios sociais a milhões de beneficiários altamente vulneráveis, muitos deles crianças. A declaração de nulidade do contrato foi, portanto, suspensa para permitir o pagamento ininterrupto de benefícios sociais, enquanto se aguardava a determinação de uma solução justa e equitativa.¹⁴⁹

Em um voto separado sobre a questão das medidas de remediação no caso *AllPay 2*,¹⁵⁰ o *Justice Froneman* (novamente para uma Corte unânime) declarou o contrato entre a SASSA e a CPS inválido e determinou que o procedimento de licitação fosse executado mais uma vez, sob uma nova e independente Comissão de Avaliação de Licitações (*Bid Evaluation Committee*).¹⁵¹ No entanto, a lente remediadora foi ampliada para levar em conta as importantes dimensões de interesse público do caso. Assim, o *Justice Froneman* considerou que o interesse público devia ser

¹⁴⁶ *AllPay 1* (nota 11 acima) nos parágrafos 1–3.

¹⁴⁷ *Ibid* no parágrafo 4.

¹⁴⁸ *AllPay* tinha procurado produzir provas relativas à corrupção nos procedimentos de licitação, mas essas provas não foram admitidas por várias razões pelos tribunais, incluindo a Corte Constitucional. Ver M du Plessis & A Coutsoúdis 'Considering Corruption through the *AllPay* Lens: On the Limits of Judicial Reviews, Strengthening Accountability, and the Long Arm of the Law' (2016) 4 *South African Law Journal* 755, 759–762.

¹⁴⁹ *AllPay 1* (nota 11 acima) nos parágrafos 96, 98.

¹⁵⁰ *AllPay 2* (nota 10 acima).

¹⁵¹ A duração do novo certame deveria ser de cinco anos. *Ibid* nos parágrafos 42–46.

apreciado não apenas em relação às consequências imediatas da decisão de nulidade – a anulação do contrato entre a SASSA e a CPS –, mas também quanto ao efeito da decisão em futuras questões de contratação pública e de seguridade social.¹⁵² De importância crítica foi a implementação justa do direito à seguridade social no art. 27 da Constituição.¹⁵³ Nesse sentido, para evitar que a decisão de nulidade interrompesse o regular pagamento dos benefícios sociais, a Corte suspendeu a declaração de nulidade do contrato até a realização de uma nova licitação ou, no caso de não ser realizado um novo certame, à prestação de informações sobre quando a SASSA estaria pronta a assumir a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios sociais, nos termos do contrato com a CPS, até 31 de março de 2017.¹⁵⁴

O julgamento quanto às medidas de remediação do caso *AllPay* é altamente significativo visto que responsabiliza um ator privado pelo cumprimento de obrigações constitucionais. Tanto a SASSA como a CPS tinham argumentado que era inadequado suspender a declaração de nulidade enquanto se aguarda a conclusão de um novo procedimento licitatório. O efeito, argumentavam, seria o de obrigar uma entidade privada a assumir obrigações constitucionais para com os beneficiários de subvenções sociais e obrigar a Corte a celebrar um contrato entre as partes ou a alterar o contrato existente.¹⁵⁵ Essa linha de argumentação foi rejeitada sob o argumento de que a CPS havia assumido as responsabilidades constitucionais de um órgão do Estado em seu contrato com a SASSA para desempenhar a função essencialmente pública de administrar o pagamento de benefícios sociais em todo o país.¹⁵⁶ Durante o período da suspensão, o contrato permaneceria operacional e a CPS permaneceria vinculada às suas obrigações contratuais e constitucionais.¹⁵⁷ Mesmo após a dissolução do contrato, mas antes da nomeação de outro prestador de serviços, a Corte considerou que a CPS continuaria a arcar com obrigações constitucionais. Isso decorreria do dever negativo dos particulares de respeitar os direitos socioeconômicos, não interferindo ou diminuindo seu gozo.¹⁵⁸ Isso implicava que a

¹⁵² Ibid no parágrafo 32.

¹⁵³ Ibid no parágrafo 74. O art. 27, n. 1, alínea c, dá a todos o direito de acesso à 'segurança social, incluindo se não puderem sustentar-se a si próprios e aos seus dependentes, a assistência social adequada'. O art. 27, n. 2 requer que o Estado tome 'medidas legislativas e outras adequadas, dentro dos seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva' deste direito (e dos outros direitos socioeconômicos no art. 27, n. 1).

¹⁵⁴ *All Pay 2* (nota 10 acima) no parágrafo 78.

¹⁵⁵ Ibid no parágrafo 61.

¹⁵⁶ Ibid nos parágrafos 52–56.

¹⁵⁷ A Corte deixou claro que possíveis descumprimentos futuros das obrigações da CPS estariam sujeitos aos poderes constitucionais de sanção da Corte previstos no art. 172 da Constituição, que se estendiam além das medidas contratuais para o inadimplemento. *All Pay 2* (nota 10 acima) no parágrafo 63.

¹⁵⁸ Ver *Juma Musjid* (nota 75 acima) no parágrafo 58.

CPS não poderia simplesmente, nas palavras do *Justice Froneman*, “ir embora: ela tem a obrigação constitucional de garantir que um sistema de pagamento viável permaneça em vigor até que um novo esteja operacional”.¹⁵⁹ Além disso, a Corte considerou que, embora a invalidação do contrato existente não devesse resultar em qualquer prejuízo para a CPS, também não deveria beneficiá-la a partir do contrato inválido. Por conseguinte, as medidas de remediação da Corte incluíam um cômputo orçamentário, pela CPS, dos rendimentos recebidos e do lucro líquido auferido ao abrigo do contrato concluído.

Finalmente, a Corte justificou a imposição de um interdito estrutural, exigindo que a SASSA apresentasse um relatório à Corte em cada uma das etapas cruciais do novo procedimento de licitação, com base na necessidade de implantar um processo de “responsabilização disciplinada”, dada “a importância do direito à seguridade social e o impacto e o potencial prejuízo para um grande número de beneficiários”.¹⁶⁰

4.2 *Black Sash 1*

Na sequência do julgamento do caso *AllPay 2*, a SASSA comunicou à Corte, em novembro de 2015, que tinha decidido não realizar uma nova licitação. Informou à Corte que assumiria o pagamento dos benefícios sociais e que poderia fazê-lo até o prazo de 31 de março de 2017, data em que o contrato com a CPS caducou. Com base nessas informações, a Corte deu provimento à medida de supervisão.¹⁶¹ Posteriormente, verificou-se que a SASSA estava ciente, desde abril de 2016, de que não seria capaz de cumprir esse compromisso.¹⁶² Nem a SASSA nem a Ministra do Desenvolvimento Social, Bathabile Dlamini, informaram a Corte dessa situação. Também falharam em se dirigir à Corte a fim de obter autorização para regularizar a situação.

A Corte só tomou conhecimento desses acontecimentos no final de fevereiro de 2017, quando a SASSA ingressou com um pedido urgente, solicitando autorização à Corte para tomar novas medidas a fim de garantir o pagamento de benefícios sociais a partir de 1º de abril de 2017. O plano da SASSA era celebrar um novo contrato com a CPS sem um procedimento de licitação pública, como exige o art. 217 da

¹⁵⁹ *All Pay 2* (nota 10 acima) no parágrafo 66.

¹⁶⁰ *Ibid* no parágrafo 71.

¹⁶¹ *Black Sash 1* (nota 11 acima) nos parágrafos 3–4.

¹⁶² A Ministra do Desenvolvimento Social alegou que só tomou conhecimento dessa situação em outubro de 2016.

Constituição.¹⁶³ A SASSA procurou depois retirar o pedido mediante instruções da Ministra e apresentou um novo “relatório de acompanhamento”.

Nessa conjuntura, a Black Sash Trust, uma organização não governamental (ONG) envolvida há muitos anos em serviços de aconselhamento comunitário e defesa dos direitos de seguridade social, solicitou à Corte Constitucional participação direta no processo. Nesse pedido, solicitou uma série de medidas judiciais, incluindo o monitoramento judicial em curso na Corte sobre o pagamento de benefícios sociais a partir de 1º de abril de 2017 (ou seja, após a data de caducidade do contrato com a CPS). Outras ONGs, *Freedom under Law* e *Corruption Watch*, bem como os Correios da África do Sul, também receberam autorização para ingressar no processo como requerentes ou *amici curiae*.

Na sua decisão, no pedido de intervenção da Black Sash, [no caso] *Black Sash 1*, a Corte (por meio do Justice Froneman) considerou que a intenção da SASSA de celebrar um novo contrato com a CPS prejudicava os ‘dois pilares fundamentais’ das medidas de remediação da Corte no caso *AllPay 2* – a repetição de um novo procedimento licitatório compatível com a Constituição, caso contrário, a assunção da SASSA quanto à responsabilidade pelo próprio pagamento dos benefícios sociais.¹⁶⁴ Além disso, [a SASSA] tinha renegado a sua garantia à Corte, em novembro de 2015, de que assumiria o pagamento dos benefícios sociais até 31 de março de 2017. Foi com base nesta garantia que a Corte retirou a medida de supervisão que tinha proferido no caso *All Pay 2*. Essa situação exigia a responsabilização pública, e o julgamento, nesse caso, constituiria “a parte judicial dessa responsabilidade”.¹⁶⁵

A Corte procedeu com a determinação de um conjunto de medidas de remediação inovadoras e de amplo alcance, que consistiam em seis elementos principais. Em primeiro lugar, declarou que a SASSA e a CPS tinham a obrigação constitucional de assegurar o pagamento de benefícios sociais aos beneficiários a partir de 1º de abril de 2017 até que uma entidade, que não a CPS, pudesse fazê-lo e que a sua não realização violaria os direitos de acesso dos beneficiários à assistência social,

¹⁶³ Verificou-se que a CPS tinha alertado a SASSA em maio de 2016 de que o processo de pagamento estava em risco e que, para evitar perturbações, poderia ser melhor para a SASSA prolongar o atual contrato da CPS. A SASSA obteve igualmente três pareceres jurídicos diferentes no sentido de que deveriam dirigir-se ao tribunal e informá-lo da situação, especialmente de que a SASSA não estava em condições de assumir o pagamento dos benefícios sociais a partir de 1 de abril de 2017. *Black Sash 1* (nota 11 acima) no parágrafo 20.

¹⁶⁴ *Ibid* no parágrafo 11.

¹⁶⁵ *Ibid* no parágrafo 14.

nos termos do art. 27, n.º 1, alínea *c*, da Constituição (a decisão declaratória).¹⁶⁶ Em segundo lugar, suspendeu a declaração de nulidade do contrato por um período de 12 meses, a partir de 1º de abril de 2017 (a decisão de suspensão de nulidade).¹⁶⁷ Em terceiro lugar, determinou que a SASSA e a CPS assegurassem o pagamento de benefícios sociais aos beneficiários por um período de 12 meses, nos mesmos termos e condições que os do contrato vigente entre eles, sujeito a uma série de condições (a decisão obrigatória condicional).¹⁶⁸ Em quarto lugar, a Corte ordenou à Ministra do Desenvolvimento Social e à SASSA que apresentassem relatórios trimestrais sobre declarações tomadas em juízo, expondo como planejava garantir o pagamento de benefícios sociais após o término do período de 12 meses e especificando as medidas precisas que tomaria para garantir que todos os benefícios sociais fossem pagos quando o prazo chegasse.¹⁶⁹ A Corte especificou ainda que esses relatórios devem incluir os prazos relevantes para os resultados que formam parte do plano, informações sobre se os prazos relevantes foram cumpridos e, em caso negativo, as razões e o que estava sendo feito para remediar a situação. Todas as alterações substanciais nas circunstâncias referidas nos relatórios deveriam ser imediatamente comunicadas à Corte (as decisões de relatório e de monitoramento).¹⁷⁰ Em quinto lugar, a Corte estabeleceu um processo no qual o Auditor-Geral, bem como os profissionais jurídicos independentes e peritos técnicos nomeados, avaliariam e apresentariam relatórios trimestrais à Corte sobre a execução do pagamento dos benefícios sociais durante o período de 12 meses. Eles também eram obrigados a relatar as medidas tomadas pela SASSA para executar um procedimento de licitação competitivo para um novo contratante pagar benefícios sociais ou para assumir o pagamento em si (a decisão do mecanismo de monitoramento independente).¹⁷¹ Finalmente, a Corte determinou que a Ministra fosse convocada a demonstrar por que razão ela não deveria ser

¹⁶⁶ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação subparágrafo 4). Em um voto concorrente em separado, o *Justice Madlanga* considerou que teria simplesmente imposto uma medida direta à CPS, enquanto um órgão de estado, para continuar a cumprir a obrigação constitucional de assegurar o pagamento ininterrupto dos benefícios sociais. Ele teria seguido essa via mais direta do que a 'rota tortuosa' de determinar a prorrogação do contrato ilícito para além de 31 de março de 2017, com a sua concomitante nulidade, o que obrigaria assim à suspensão da decisão de nulidade durante o período estendido, a fim de assegurar o pagamento ininterrupto dos benefícios sociais. (parágrafos 77-81).

¹⁶⁷ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafo 5).

¹⁶⁸ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafo 6). As condições relacionadas à proteção da privacidade dos dados pessoais dos beneficiários de subvenções obtidos no processo de pagamento; autorização à CPS para solicitar ao Tesouro Nacional que faça recomendação sobre o preço do contrato durante o período de prorrogação de 12 meses do contrato; e o arquivamento de uma declaração auditada verificada pela CPS após o término do período de contrato estendido.

¹⁶⁹ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafo 7).

¹⁷⁰ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafos 7-9).

¹⁷¹ Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafos 11-12).

incluída no processo em sua capacidade pessoal e não deveria pagar as despesas do requerimento do próprio bolso (decisão de inclusão).¹⁷²

Ao proferir essas medidas de longo alcance, a Corte reconheceu que estava lidando com uma situação excepcional.¹⁷³ Foi confrontada não apenas com uma violação flagrante do Estado de Direito por meio do descumprimento de suas medidas no caso *All Pay 2* e dos subsequentes compromissos assumidos com a Corte, mas também com a iminente violação em larga escala do direito à seguridade social de milhões de pessoas desfavorecidas.¹⁷⁴ Este claramente não era um caso em que a Corte pudesse delegar a um órgão de Estado, a SASSA, o cumprimento de suas obrigações ou exercer uma leve persuasão. Nas palavras discretas do *Justice Froneman*, “é necessário mais”.¹⁷⁵ Ao mesmo tempo, ele reconheceu que, embora o poder remediador da Corte fosse amplo, “não é ilimitado e a decisão que tomamos hoje ultrapassa seus limites”.¹⁷⁶

No caso *Black Sash 2*,¹⁷⁷ a Ministra foi incluída no processo a título pessoal, e foi determinado pela Corte Constitucional um inquérito para apuração dos fatos por um árbitro judicial sobre o seu papel nos acontecimentos que levaram ao julgamento no caso *Black Sash 1*.¹⁷⁸ Em 27 de setembro de 2018, a Corte Constitucional proferiu uma nova decisão, *Black Sash 3*,¹⁷⁹ para lidar com o resultado do relatório de inquérito de apuração de fatos pelo árbitro, o *Justice (JP) Ngoepe*. Nesta decisão, a Corte considerou que a Ministra Bathabile Dlamini tinha induzido a Corte a erro ao não revelar que tinha estabelecido fluxos de trabalho paralelos que lhe reportavam diretamente durante os acontecimentos que deram origem à decisão no caso *Black Sash 1*. Sua conduta ao obstruir as responsabilidades do Departamento de Desenvolvimento Social no cumprimento de suas responsabilidades de proteger os direitos previdenciários dos beneficiários foi antiética e ficou lamentavelmente aquém dos valores e princípios básicos que regem a Administração Pública, nos termos do art. 195 da Constituição.¹⁸⁰

¹⁷² Ibid no parágrafo 76 (decisão de remediação, subparágrafo 13).

¹⁷³ Ibid no parágrafo 43 (citando *Electoral Commission v Mhlope* [2016] ZACC 15, 2016 (5) SA 1 (CC), 2016 (8) BCLR 987 (CC)).

¹⁷⁴ Ibid nos parágrafos 57–61.

¹⁷⁵ Ibid no parágrafo 62.

¹⁷⁶ Ibid no parágrafo 51.

¹⁷⁷ *Black Sash 2* (nota 11 acima).

¹⁷⁸ O *Justice (JP) Ngoepe* foi posteriormente nomeado para conduzir o inquérito de apuração de fatos nos termos do art. 38, da Lei 10 das Cortes Superiores de 2013.

¹⁷⁹ *Black Sash 3* (nota 11 acima).

¹⁸⁰ Ibid nos parágrafos 13–15.

Ela foi, portanto, condenada a pagar 20% das custas judiciais da *Black Sash Trust* e da *Freedom under Law* em sua capacidade pessoal. A Corte também determinou que uma cópia do Relatório de Inquérito e de sua decisão fosse encaminhada ao Diretor Nacional do Ministério Público, para analisar se a Ministra Dlamini mentiu sob juramento e, em caso afirmativo, se deveria ser processada por crime de falso testemunho.¹⁸¹

Os desdobramentos da crise de pagamento de benefícios sociais continuam a reverberar. No segundo semestre de 2018, a SASSA anunciou que havia “eliminado” com sucesso o CPS e migrado o pagamento de benefícios sociais para os Correios da África do Sul.¹⁸² A grande maioria dos pontos de pagamento em dinheiro foi fechada, e o restante colocado sob a gestão dos Correios. Os beneficiários agora recebem seus benefícios sociais por meio dos Correios ou de bancos comerciais e varejistas.¹⁸³ Em 9 de março de 2022, a ex-Ministra Dlamini foi condenada, sob a acusação de falso testemunho por fornecer provas falsas sob juramento no inquérito de apuração de fatos estabelecidos nos termos do caso *Black Sash 2*.¹⁸⁴ A CPS está em falência e, de acordo com relatos da mídia, ainda não entregou aos auditores as suas declarações para verificar os lucros obtidos com o contrato ilícito com a SASSA.¹⁸⁵

Essa série de decisões e medidas que as acompanham ilustra como uma variedade de medidas de remediação pode ser empregada em diferentes fases do litígio na tentativa de induzir o cumprimento, por órgãos de entidades estatais e privadas, de suas obrigações constitucionais. A nomeação do mecanismo de monitoramento independente no caso *Black Sash 1* para auxiliar a Corte na supervisão de suas decisões de monitoramento constitui um desenvolvimento importante na jurisprudência remediadora da África do Sul.¹⁸⁶ Como mencionado acima, esse mecanismo foi criado para auxiliar a Corte a monitorar e avaliar o cumprimento de suas medidas de supervisão

¹⁸¹ Ibid no parágrafo 18.

¹⁸² ‘MPs Relieved after Sassa Briefing on Social Grant Payments’ *News24* (9 Novembro 2018), disponível em <https://www.news24.com/SouthAfrica/News/mps-relieved-after-sassa-briefing-on-social-grant-payments-20181108>.

¹⁸³ R Davis ‘South Africa’s Social Grants: New System, New Problems’ *Daily Maverick* (8 outubro 2019), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2019-10-08-sas-social-grants-new-system-new-problems/>.

¹⁸⁴ N Njilo ‘Court Finds Bathabile Dlamini Guilty of Perjury’ *Business Day* (9 Março 2022), disponível em <https://www.businesslive.co.za/bd/national/2022-03-09-court-finds-bathabile-dlamini-guilty-of-perjury/>.

¹⁸⁵ T Broughton ‘CPS Has Still Not Revealed How Much Profit It Made From Social Grants Contract’ *GroundUp* (18 Novembro 2021), disponível em <https://www.groundup.org.za/article/cps-has-still-not-revealed-how-much-profit-it-made-sassa-contract/>.

¹⁸⁶ De acordo com Taylor (nota 3 acima), as ‘raízes remediadoras’ deste aspecto da decisão no caso *Black Sash 1* podem ser traçadas à nomeação de um auditor independente como agente nomeado pela Corte no caso *Madzodzo v Minister of Basic Education* [2014] ZAECMHC 5, 2014 (3) SA 441 (ECM) em 260–261. Ela também discute a nomeação de um ‘claims administrator’ no caso *Linkside v Minister of Basic Education* [2015] ZAECGHC 36 em 265–268.

relacionadas tanto à implementação do pagamento de benefícios sociais durante o período de 12 meses, quanto à transição para um novo sistema de pagamento. Incluía expressamente a possibilidade de o Auditor-geral e o painel de peritos apresentarem regularmente à Corte um relatório sobre as medidas que tomaram, ‘os resultados das suas avaliações e quaisquer recomendações’ que considerassem necessárias.¹⁸⁷

Outro desenvolvimento nos mecanismos de apoio às Cortes na supervisão das medidas para remediar disfunções administrativas que levam a violações de direitos constitucionais é a nomeação de *special masters*. Pouco antes do julgamento da Corte Constitucional no caso *Black Sash 1*, a Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court - LCC*) previu a nomeação de um *special master* para auxiliá-la no monitoramento de um plano para remediar problemas administrativos sistêmicos no processamento das reivindicações de propriedade de terras de arrendatários trabalhadores sob a Lei 3, de 1996, do Departamento de Desenvolvimento Rural e Reforma Agrária.¹⁸⁸ O *special master* recebeu poderes extensivos em relação à execução das medidas de supervisão da LCC. Posteriormente, a Corte Constitucional confirmou os poderes da LCC para nomear um *special master* com amplos poderes.¹⁸⁹ No seu voto, seguido pela maioria, o *Justice Cameron* observou que os ‘poderes de elaboração de planos’ e de ‘projeção orçamentária’ conferidos ao *special master* pela LCC eram mais extensos do que os conferidos ao ‘comitê de especialistas de alto nível’ no caso *Black Sash 1*.¹⁹⁰ No entanto, a maioria manteve esses poderes com base no fato de serem necessários ‘para corrigir falhas institucionais persistentes que resultaram repetidamente no descumprimento de decisões judiciais’.¹⁹¹ O *Justice Cameron* observou que uma medida de remediação do tipo que a LCC concedeu:

reconhece a nossa responsabilidade conjunta, enquanto país, pela sustentação, crescimento e reforço das nossas instituições. E reconhece nossa cumplicidade judicial na disfunção institucional e sistêmica que impede a consecução de objetivos e aspirações constitucionais comuns.¹⁹²

¹⁸⁷ *Black Sash 1* (nota 11 acima). Decisão de remediação no parágrafo 12, subparágrafo 4.

¹⁸⁸ *Mwelase LCC* (nota 21 acima).

¹⁸⁹ *Mwelase CC* (nota 21 acima) (*Justice Jafta* em voto dissidente juntamente ao *Justice (JA) Ledwaba*). O Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) havia dado provimento ao recurso do Departamento contra a nomeação de um *special master* nos casos *Director-General for the Department of Rural Development and Land Reform v Mwelase; Mwelase v Director-General for the Department of Rural Development and Land Reform* [2018] ZASCA 105, 2019 (2) SA 81 (SCA).

¹⁹⁰ *Mwelase CC* (nota 21 acima) no parágrafo 38.

¹⁹¹ *Ibid* no parágrafo 70.

¹⁹² *Ibid*.

Mecanismos independentes, como aqueles no julgamento dos casos *Black Sash 1* e *Mwelase*, desempenham um papel vital na assistência aos tribunais para monitorar e avaliar medidas de monitoramento destinadas a remediar violações estruturais de direitos humanos.

As decisões do *Justice Froneman* nos casos de crise de pagamento de benefícios sociais deram o *imprimatur* de nossa mais alta Corte a uma série de ferramentas inovadoras para remediar violações estruturais de direitos humanos. Igualmente importante é o poder simbólico de a Corte estar disposta a lidar diretamente com os desafios de corrigir disfunções sistêmicas de governança que colocam em risco os direitos socioeconômicos.

Na parte seguinte, argumento que as medidas estruturais participativas são as mais promissoras na busca por remediar violações estruturais de direitos humanos. As bases teóricas e práticas para tais medidas foram estabelecidas em duas vertentes da jurisprudência do *Justice Froneman* – sua jurisprudência de compromisso significativo e as medidas de monitoramento combinadas com um mecanismo de monitoramento independente no julgamento do caso *Black Sash 1*.

5. Medidas estruturais participativas: ampliando o campo do possível

5.1 A promessa das medidas estruturais participativas

Estudos de Direito Constitucional comparado sugerem que as medidas mais promissoras para remediar violações estruturais de direitos humanos são aquelas que combinam um elemento significativo de participação das partes interessadas juntamente com a supervisão judicial e o apontamento de agentes de monitoramento independentes.¹⁹³ As medidas participativas visam recrutar a experiência e

¹⁹³ Ver, por exemplo: Dorf & Sabel (nota 133 acima) at 267; Sturm (nota 79 acima); C Sabel e WH Simon 'Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds' (2003) 117 *Harvard Law Review* 1016; A Klein 'Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Economic and Social Rights' (2008) 39 *Columbia Human Rights Law Review* 351; C Rodríguez-Garavito 'Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America' (2011) 89 *Texas Law Review* 1669; S Parmar & N Wahi 'India: Citizens, Courts, and the Right to Health: Between Promise and Progress?' in AE Yamin & S Gloppen (eds) *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (2011) 155; N Angel-Cabo & DL Parmo 'Latin American Social Constitutionalism: Courts and Popular Participation' in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 85; R Gargarella 'Deliberative Democracy, Dialogic Justice and the Promise of Social and Economic

o conhecimento daqueles afetados pelas violações de direitos, que são capazes de contribuir para chegar a soluções sustentáveis para problemas complexos, policêntricos.¹⁹⁴ Essas medidas de remediação também aumentam a dignidade e a autonomia, o que, por sua vez, promove a adesão e a confiança mútua nos acordos deliberativos alcançados.¹⁹⁵ A afirmação da dignidade das pessoas como titulares de direitos também contraria a tendência dos modelos privatizados de prestação de serviços, de considerá-las como consumidoras de bens de mercado, e não como destinatárias dos serviços públicos a que têm direito. Os benefícios afirmativos da dignidade e da autonomia da democracia participativa e os benefícios instrumentais deles derivados estão interligados.¹⁹⁶

Medidas participativas bem desenhadas que incluam agentes de monitoramento especializados também podem ajudar a aliviar a capacidade institucional, as limitações epistêmicas e os desafios de legitimidade que os tribunais enfrentam ao tentar remediar violações estruturais. Em vez de impor soluções políticas detalhadas às partes, a Corte exige que os atores governamentais relevantes, grupos afetados, partes interessadas da sociedade civil e especialistas colaborem na elaboração e implementação de normas para remediar os problemas estruturais em questão.

O recrutamento de pessoas diretamente afetadas por violações estruturais de direitos humanos e de organizações que as apoiam facilita a democracia participativa baseada em direitos. Angel-Cabo e Parmo descrevem o papel de tribunais, como a Corte Constitucional colombiana, no contexto de declarações de “um estado de

Rights’ in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 105; L Chenwi ‘Democratizing the Socio-Economic Rights Enforcement Process’ in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 178; P Chitalkar & V Gauri ‘India: Compliance with Orders on the Right to Food’ in M Langford, C Rodriguez-Garavito & J Rossi (eds) *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance* (2017) 288; C Rodriguez-Garavito ‘Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication’ in KG Young (ed) *The Future of Economic and Social Rights* (2019) 233; Landau (note 13 above) 258. Um relato importante da aplicação de abordagens experimentalistas democráticas no Direito Constitucional sul-africano é S Woolman *The Selfless Constitution: Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa’s Basic Law* (2013). Outro registro importante acerca das medidas estruturais participativas com base na jurisprudência sobre compromisso significativo da Corte Constitucional é B Ray *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation and Democracy in South Africa’s Second Wave* (2016).

¹⁹⁴ Sturm (nota 79 acima) 1364–1365. Para aplicações dos modelos de Sturm de recursos participativos de direito público, ver Mbazira (nota 30 acima) 183–192; S Liebenberg ‘Remedial Principles and Meaningful Engagement in Education Rights Disputes’ (2016) 19(1) *Potchefstroom Electronic Law Journal*; Maphosa (nota 135 acima) em 367–371.

¹⁹⁵ J Nedelsky ‘Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities’ (1989) 1 *Yale Journal of Law & Feminism* 7; Liebenberg (nota 130 acima) em 625–628 (e fontes ali citadas).

¹⁹⁶ Ver os comentários do Justice Sachs no caso *Port Elizabeth Municipality* (nota 107 acima) nos parágrafos 39–41; e do Justice Froneman no caso *Schubart Park* (nota 108 acima) parágrafo 49.

coisas inconstitucional”,¹⁹⁷ como ‘ignitores do diálogo’.¹⁹⁸ Eles atribuem o relativo sucesso de vários casos colombianos na remediação de violações estruturais de direitos humanos à abertura do diálogo para além dos canais formais do governo ‘para incluir aqueles diretamente afetados no diálogo’.¹⁹⁹ Ao fazer isso, os titulares de direitos, movimentos sociais, organizações da sociedade civil e especialistas com capacidade a influenciar as reformas estruturais necessárias são impulsionados a resolver as causas profundas das violações sistêmicas de direitos.²⁰⁰ Escrevendo a partir do contexto sul-africano, Brand observa:

Técnicas de compromisso, se cuidadosamente desenvolvidas pelos tribunais, alcançam exatamente o tipo de mudança de perspectiva de uma visão binária para uma visão triangular dos problemas institucionais no controle de constitucionalidade... Permitem que os tribunais, quando confrontados com questões políticas contestadas ou questões tecnicamente complexas em litígios de direitos socioeconômicos, se voltem não apenas para os outros poderes do Estado, mas também para o “povo soberano” para sua solução.²⁰¹

Esses tipos de medidas participativas são particularmente úteis em situações em que a disfunção institucional não pode ser efetivamente remediada por medidas judiciais “de uma vez por todas” e quando uma gama de opções políticas está disponível para solucionar a disfunção. Nestas circunstâncias, é indesejável, do ponto de vista da separação de poderes, que os tribunais imponham medidas de prescrição política pormenorizadas às partes, pelo menos não nas primeiras fases do litígio. Caso os órgãos estatais não se envolvam de boa-fé com as partes interessadas ou não cumpram medidas anteriores, seria justificável que as medidas judiciais subsequentes se tornassem gradualmente mais fortes e prescritivas.²⁰²

¹⁹⁷ Ver Parte II acima.

¹⁹⁸ Angel-Cabo & Parmo (nota 184 acima) em 100–103.

¹⁹⁹ Ibid em 101.

²⁰⁰ Ibid em 101–102.

²⁰¹ D Brand ‘Judicial Deference and Democracy in Socio-Economic Rights Cases in South Africa’ in S Liebenberg & G Quinot (eds) *Law and Poverty: Perspectives from South Africa and Beyond* (2012) 172, 195.

²⁰² Sobre esse acirramento do Poder Judiciário nos modelos experimentalistas democráticos de litigância, ver F Michelman ‘Constitutionally Binding Social and Economic Rights as a Compelling Idea: Reciprocating Perturbations in Liberal and Democratic Constitutional Visions’ in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 277, 288–289.

O objetivo final das medidas estruturais participativas é induzir mudanças de longo prazo na cultura e na prática de uma instituição, a fim de remediar as violações atuais e futuras de direitos humanos. Suas perspectivas de sucesso são muito maiores quando há um corpo de movimentos sociais e organizações da sociedade civil comprometido em apoiar os litigantes, monitorar a execução das medidas judiciais, engajar-se com os agentes judiciais, e mobilizar-se para aproveitar as oportunidades criadas pelo litígio.²⁰³

O potencial das medidas participativas para induzir esse tipo de mudança na cultura e nas práticas institucionais é bem ilustrado por litígios em tribunais estaduais dos Estados Unidos visando remediar disfunções crônicas em agências de proteção à criança. Problemas sistêmicos na forma como essas agências operavam resultaram na retirada imprópria de crianças dos cuidados familiares ou na priorização da preservação da família em detrimento da segurança individual das crianças, com consequências trágicas. Uma solução sustentável para esses problemas sistêmicos exigiu uma série de reformas políticas iterativas, monitoramento contínuo e ampla colaboração entre uma série de partes interessadas, incluindo grupos de pais, organizações de bem-estar infantil, especialistas, advogados e funcionários empáticos nas agências de proteção infantil pertinentes. Noonan, Sabel e Simon descrevem o papel do tribunal neste litígio da seguinte forma:

A abordagem Alabama-Utah permite que o tribunal induza uma agência que falhou consistentemente em cumprir suas responsabilidades a se reformar em colaboração com as partes interessadas lesadas, de uma forma que seja responsável e transparente. Longe de impor o tipo de regime rígido e arbitrário que alguns críticos das decisões estruturais temem, inibe-se a rigidez administrativa e a arbitrariedade ao induzir a agência a desenvolver suas capacidades de se avaliar e responder à experiência.²⁰⁴

²⁰³ CR Epp *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats and the Creation of the Legalistic State* (2010); Ray (nota 184) 333–344, 358–366; Rodríguez-Garavito (nota 184 acima) 250–258; F Veriava & N Ally (nota 77 acima) 232–236; S Wilson *Human Rights and the Transformation of Property* (2021) 137–138. Para análises das organizações envolvidas em litígios de interesse público na África do Sul, ver T Madlingozi 'Post-Apartheid Social Movements and Legal Mobilisation' in M Langford, B Cousins, J Dugard & T Madlingozi (eds) *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* (2014) 92; J Dugard, T Madlingozi & K Tissington 'Rights- compromised or Rights-Savvy? The use of Rights-Based Strategies to Advance Socio-Economic Struggles by Abahlali baseMjondolo, the South African Shack-Dwellers' Movement' in H Aliviar Garcia, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 23; J Brickhill 'Introduction: The Past, Present and Promise of Public Interest Litigation in South Africa' in J Brickhill (ed) *Public Interest Litigation in South Africa* (2018) 3.

²⁰⁴ KG Noonan, CF Sabel & WH Simon 'Legal Accountability in the Service-Based Welfare State: Lessons from Child Welfare Reform' (2009) 34 *Law & Social Inquiry* 523, 559.

Em outras palavras, o objetivo final das medidas estruturais participativas deve ser estimular as agências governamentais pertinentes a internalizar um conjunto de valores e procedimentos operacionais alinhados às suas obrigações constitucionais. No contexto do litígio Alabama-Utah, foi desenvolvida uma ferramenta distinta de monitoramento de diagnóstico (Quality Service Review (QSR)) que serviu tanto para orientar a tomada de decisões internas, quanto para promover a responsabilização externa perante o público.²⁰⁵

Por último, as medidas participativas também podem ajudar a prevenir contra o perigo de que as comunidades e grupos diretamente afetados por significativas violações dos direitos humanos sejam marginalizados em litígios de interesse público. Por exemplo, o fenômeno do ‘desaparecimento do profissional de interesse público’ tem sido criticado em certos aspectos da litigância de interesse público na Índia.²⁰⁶

Como esta seção procurou demonstrar, as medidas estruturais participativas oferecem um conjunto distinto de vantagens para remediar violações estruturais de direitos humanos. As bases desse tipo de medida já foram lançadas no Direito Constitucional sul-africano. Os principais elementos constitutivos são o compromisso significativo da jurisprudência da Corte Constitucional Sul-Africana²⁰⁷, combinado com a supervisão judicial e mecanismos de monitoramento independentes. Como ilustrado acima, o conjunto de decisões do *Justice Froneman* deu uma contribuição significativa para esses blocos de construção.

5.2 Ressalvas e estruturas de apoio

Apesar das vantagens das medidas estruturais participativas, há várias ressalvas que devem ser consideradas, bem como uma série de estruturas de apoio que devem ser implementadas para que possam cumprir seu potencial de remediar violações estruturais de direitos humanos.

²⁰⁵ Ibid em 542–548.

²⁰⁶ A Bhuwania *Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India* (2017) 39–44. Isso contrasta com o relativo sucesso do litígio sobre o direito à alimentação na Índia, que envolveu forte participação de comunidades, redes da sociedade civil e especialistas confiáveis e experientes nomeados como comissionados pela Corte: Rodríguez-Garavito ‘Empowered Participatory Jurisprudence’ (nota 184 acima) em 250–258; P Chitalkar & V Gauri ‘India: Compliance with Orders on the Right to Food’ in M Langford, C Rodríguez-Garavito & J Rossi (eds) *Social Rights and the Politics of Compliance: Making it Stick* (2017) 288.

²⁰⁷ Landau observa que a Corte Constitucional colombiana se baseou na jurisprudência da Corte Constitucional sul-africana sobre compromisso significativo em um caso envolvendo violações estruturais do direito das crianças à educação em uma região específica da Colômbia: Decisão T-209 de 2019 (discutida por Landau [nota 13 acima] 273).

Em primeiro lugar, as medidas participativas não devem diluir a responsabilidade dos tribunais de interpretar o conteúdo normativo substantivo e as finalidades dos direitos socioeconômicos pertinentes ao caso. Young e eu argumentamos que as medidas de remediação experimentalistas democráticas correm o risco de “fraqueza normativa”. Essa fraqueza priva as comunidades desfavorecidas da proteção que os direitos substantivamente interpretados proporcionam, em particular no contexto de relações desiguais de poder.²⁰⁸ O conteúdo normativo dos direitos pertinentes ao caso deve informar os critérios de avaliação do plano concreto de reforma estrutural desenvolvido por meio do compromisso participativo. Rodríguez-Garavito ilustrou que é possível combinar as dimensões substantiva e processual dos direitos socioeconômicos em litígios de reforma estrutural. Ele chama essa forma de litígio de *empowered participatory jurisprudence* (‘jurisprudência participativa empoderada’), descrevendo-a assim:

Conceitualmente, enquadrei a EPJ [jurisprudência participativa empoderada] como uma instância de experimentalismo democrático limitado, pelo qual os tribunais atuam como catalisadores de processos iterativos de solução coletiva de problemas. Tais processos se dão dentro dos parâmetros legais dos DSE [direitos socioeconômicos] substantivos, de um lado, e dos direitos processuais (habilitantes), de outro. Estes últimos destinam-se a facilitar a participação empoderada das vítimas de violações de DSE e seus aliados, bem como outras fontes de poder de compensação na implementação de medidas judiciais e políticas socioeconômicas pertinentes.²⁰⁹

Em segundo lugar, as medidas participativas descritas acima não são uma panaceia para remediar todas as formas de violações estruturais de direitos humanos. Cada caso (e diferentes fases do mesmo caso) é único e requer uma consideração cuidadosa da resposta remediadora suscetível de proporcionar reparação efetiva nas circunstâncias do caso. Por exemplo, pode ser inútil e levar a atrasos inconcebíveis

²⁰⁸ S Liebenberg & KG Young ‘Adjudicating Social and Economic Rights: Can Democratic Experimentalism Help?’ in H Alviar García, K Klare & LA Williams (eds) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (2015) 237, 247–251. Para críticas semelhantes à diluição do conteúdo normativo dos direitos socioeconômicos por meio de processos participativos, ver: K McLean ‘Meaningful Engagement: One Step Forward or Two Back? Some Thoughts on Joe Slovo’ (2010) 3 *Constitutional Court Review* 223; Fredman (nota 100 acima); D Bilchitz ‘Avoidance Remains Avoidance: Is it Desirable in Socio-Economic Rights Cases?’ (2013) 5 *Constitutional Court Review* 297.

²⁰⁹ Rodríguez-Garavito ‘Empowered Participatory Jurisprudence’ (nota 184 acima) em 257. Isso ressoa com a noção de ‘deliberação limitada’ proposta por Fredman: S Fredman ‘Adjudication as Accountability: A Deliberative Approach’ in N Bamforth & P Leyland (eds) *Accountability in the Contemporary Constitution* (2013) 105, 116–122.

determinar que as partes se comprometam significativamente umas com as outras.²¹⁰ Os casos de crise de pagamento de benefícios sociais discutidos na seção 4 exemplificam essa situação. Determinar um compromisso significativo entre os polos e as partes interessadas pertinentes aos casos não teria servido para nada, dadas as graves violações do Estado de Direito, a conduta de má-fé e o risco iminente enfrentado por milhões de beneficiários de terem os pagamentos de seus benefícios sociais interrompidos. Em outros contextos, os litigantes podem considerar suficiente uma decisão declaratória ou condenatória clara, em vez de buscar uma decisão estrutural.²¹¹

Em terceiro lugar, as bases para medidas estruturais participativas bem-sucedidas devem ser estabelecidas antecipadamente, por meio de uma variedade de iniciativas e sistemas de apoio. Isso inclui treinamento para desenvolver as habilidades de compromisso e disposições de servidores públicos e comunidades; fortalecer as capacidades dos movimentos sociais, da sociedade civil e das organizações profissionais para apoiar os processos de compromisso;²¹² e definir um papel apropriado para advogados de interesse público em processos de compromisso.²¹³

Em quarto lugar, o Judiciário deve articular objetivos substantivos para as medidas estruturais participativas que se alinhem com os propósitos e valores normativos dos direitos socioeconômicos pertinentes ao caso. Os resultados do processo de compromisso (como um plano de ação acordado entre as partes) devem ser avaliados em relação a esses padrões substantivos. Além disso, os juízes devem estar preparados para articular e aplicar padrões processuais rigorosos para o compromisso de boa-fé, a fim de garantir que os processos sejam justos, e colocar em prática salvaguardas para evitar distorções causadas por relações desiguais de poder.²¹⁴

²¹⁰ Isso é exemplificado pela ruptura nas negociações de boa-fé visando a um Memorando de Entendimento entre ONGs e o Departamento de Desenvolvimento Rural e Reforma Agrária no período que antecedeu o despacho de nomeação do *special master* pela LCC no caso *Mwelase LCC* (nota 21 acima). Essa ruptura nas negociações está descrita no caso *Mwelase CC* (nota 21 acima) nos parágrafos 23–26.

²¹¹ Ver, por exemplo, a explicação de Veriava sobre as razões de fundo pelas quais os litigantes solicitaram uma decisão declaratória no Superior Tribunal de Apelação (*Supreme Court of Appeal*) no litígio dos livros didáticos de Limpopo, em vez de prosseguir com as medidas estruturais determinadas pelos tribunais inferiores: F Veriava ‘The Limpopo Textbook Litigation: A Case Study into the Possibilities of Transformative Constitutionalism’ (2016) 32(2) *South African Journal of Human Rights* 1, 21. O acórdão da SCA é relatado como: *Minister of Basic Education v Basic Education for All* 2016 (4) SA 63 (SCA).

²¹² Ver os comentários do *Justice Yacoob* sobre o papel das organizações da sociedade civil no compromisso significativo no caso *Olivia Road* (nota 107 acima) no parágrafo 20.

²¹³ Sturm (nota 79 acima) em 1431–1434; C Menkel-Meadow ‘The Lawyer’s Role(s) in Deliberative Democracy’ (2004–2005) 5 *Nevada Law Journal* 347.

²¹⁴ Mahomedy (nota 133 acima).

Em quinto lugar, não há dúvida de que as medidas estruturais que exigem supervisão e acompanhamento contínuos impõem uma pressão sobre a capacidade e os recursos judiciais. A Corte colombiana estabeleceu uma câmara de acompanhamento e toda uma estrutura burocrática para auxiliar na supervisão de decisões estruturais.²¹⁵ Os encargos de supervisionar a remediação estrutural em grande escala levaram a Corte a experimentar outros mecanismos.²¹⁶ Delegar a supervisão aos tribunais inferiores não resolve os problemas de tempo e capacidade limitados, particularmente dadas as restrições de recursos que esses tribunais já enfrentam na África do Sul. Embora agentes de monitoramento independentes ou comissários possam apoiar e auxiliar um tribunal na supervisão das medidas estruturais participativas, eles não podem apropriar-se da responsabilidade final do tribunal de examinar os relatórios pertinentes ao caso e pronunciar-se sobre o cumprimento dos termos de suas decisões.²¹⁷ É necessária uma extensa pesquisa e deliberação política sobre os tipos de estruturas de apoio judiciário que devem ser criadas para permitir que o Judiciário cumpra sua responsabilidade de elaborar medidas eficazes para remediar violações estruturais de direitos humanos. Este processo deve envolver todas as partes interessadas – o Gabinete do Chefe de Justiça, o Departamento de Justiça e Desenvolvimento Constitucional, os profissionais do direito, os acadêmicos e toda a comunidade jurídica de interesse público.

Finalmente, as medidas estruturais participativas destinadas a enfrentar disfunções de governança dependem de uma compreensão profunda do funcionamento da Administração Pública, incluindo os limites e oportunidades disponíveis em diferentes contextos. Como Heywood salientou recentemente, pouca atenção tem sido dada à Administração Pública e ao seu papel na realização dos direitos socioeconômicos:

Nos últimos anos, mesmo quando a sociedade civil ganha nos tribunais ou nas ruas, as decisões judiciais ou as iniciativas políticas a favor dos pobres muitas vezes são frustradas no momento da implementação. Como resultado, a mudança vem tão lentamente que muitas vezes é tarde demais para milhões de pessoas. A educação é um exemplo. Para um aluno, cada ano perdido é irreversível e causa de desvantagem permanente.... Nessa luta, uma coisa que a sociedade civil tem negligenciado até agora é a *capacidade* da Administração Pública de realizar

²¹⁵ Landau (nota 13 acima) em 266–267.

²¹⁶ Ibid em 268–273 (o que ele denomina ‘experimentalismo guiado’).

²¹⁷ Os comentários do Justice Cameron sobre os poderes do *special master* como um agente e sujeito à supervisão da Corte de Reclamações Fundiárias (*Land Claims Court*) são instrutivos a esse respeito: *Mwelase CC* (nota 21 acima) nos parágrafos 61–66.

reformas pró-pobres. Essa omissão fatal necessita urgentemente de correção de rumo.²¹⁸

Aprofundar nossa compreensão da dinâmica política e do ambiente regulatório do serviço público na África do Sul é essencial para propor reformas que contribuam de forma real para soluções práticas e sustentáveis para violações estruturais de direitos humanos.

Já passou da hora de um debate sério sobre a gama de estruturas de apoio referidas nesta seção, para que os instrumentos constitucionais possam ser utilizados com maior eficácia para remediar violações estruturais dos direitos humanos.

6. Conclusão

Este artigo explorou o problema exasperador da elaboração de medidas judiciais eficazes para remediar as disfunções estruturais de governança que levam a violações de direitos humanos em larga escala na África do Sul. Buscou-se demonstrar que a Corte Constitucional sul-africana desenvolveu uma série de ferramentas que podem ser utilizadas na elaboração de medidas destinadas a remediar violações estruturais de direitos humanos. O *Justice Froneman* desempenhou um papel fundamental no desenvolvimento da medida de compromisso significativo, bem como de medidas de supervisão apoiadas por órgãos de monitoramento especializados. Tenho argumentado que essas duas vertentes do conjunto de decisões de remediação do *Justice Froneman* podem ser fundidas para elaborar os tipos de medidas estruturais participativas que têm se mostrado mais promissoras para remediar violações estruturais de direitos humanos em outras jurisdições. Embora não sejam uma panaceia, as medidas estruturais participativas são particularmente adequadas para casos que exigem uma gama de reformas políticas iterativas e participação dos titulares de direitos e de uma série de outras partes interessadas. Peritos independentes e órgãos de monitoramento, como os nomeados na decisão no caso *Black Sash I*, desempenham um papel vital em apoiar as Cortes, particularmente em relação ao monitoramento e avaliação dos processos e resultados participativos. O sucesso das medidas estruturais participativas também depende de uma série de estruturas de

²¹⁸ M Heywood 'Social Justice Needs a Capable State – So What Is Civil Society Doing about It?' *Maverick Citizen: Tuesday Editorial* (7 setembro 2021), disponível em <https://www.dailymaverick.co.za/article/2021-09-07-social-justice-needs-a-capable-state-so-what-is-civil-society-doing-about-it/>.

apoio, incluindo o desenvolvimento das capacidades participativas das comunidades, dos servidores públicos e das organizações da sociedade civil; o aumento da receptividade e capacidade judicial; e o aprofundamento da nossa compreensão sobre os processos e desafios de governança.

O motivo condutor (*leitmotif*) da tomada de decisão participativa perpassa todo o conjunto de decisões do *Justice Froneman*. Medidas estruturais participativas para remediar disfunções de governança exigem que os órgãos relevantes do Estado se envolvam diretamente com as pessoas cujos direitos têm a obrigação de proteger e realizar. Elas abrem canais de responsabilização direta e aproveitam as capacidades coletivas para solução de problemas de uma série de partes interessadas. Esse modelo de tomada de decisão participativa também aumenta a legitimidade dos acordos coletivos alcançados. Em última análise, esses tipos de medidas participativas ajudam a aprofundar a democracia participativa que, como observou o *Justice Froneman* no caso *Albutt*, têm raízes profundas nas tradições e práticas africanas.²¹⁹

O estabelecimento de mecanismos para uma democracia participativa significativa em todas as esferas de governo pode ajudar a prevenir violações estruturais de direitos humanos e evitar a necessidade de litígios caros e demorados. No entanto, quando ocorrem casos de violações estruturais de direitos humanos, as Cortes devem usar as ferramentas à sua disposição para reivindicar os direitos relevantes. O conjunto de decisões do *Justice Froneman* tem dado uma contribuição vital para expandir o aparato para remediar violações estruturais de direitos humanos. Ao elaborá-lo, ele tem dado às comunidades empobrecidas e àqueles que apoiam suas lutas a esperança de que as medidas para remediar violações estruturais de direitos humanos podem não ser tão impossíveis quanto inicialmente se imaginava.

²¹⁹ *Albutt* (nota 110 acima).

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, resenhas e 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).

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* 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, 11 pontos, 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 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-pessoais-inspecionando-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 – Revista de Estudos Constitucionais 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 – Revista de Estudos Constitucionais* 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 doctorate 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 Times New Roman, size 12, 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 Times New Roman font, size 14, highlighted in bold and centered. Titles in other languages should be written in Times New Roman font, size 14, 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 (Times New Roman), size 10, 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 Times New Roman 10 font 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 points, 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.

Esta Revista foi finalizada em setembro de 2024 pela Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal.

Foi projetada e composta na fonte Crimson Pro.



*Download
gratuito*

