



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA

**ENTRE O DIÁLOGO E O MONÓLOGO INSTITUCIONAL NOS
PROCESSOS ESTRUTURAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A PROTEÇÃO
DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS E CULTURAIS NA PERSPECTIVA
COMPARADA NO SUL GLOBAL**

Recife

2021

EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA

**ENTRE O DIÁLOGO E O MONÓLOGO INSTITUCIONAL NOS
PROCESSOS ESTRUTURAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A PROTEÇÃO
DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS E CULTURAIS NA PERSPECTIVA
COMPARADA NO SUL GLOBAL**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre.

Área de concentração: Transformações do Direito Contemporâneo.

Linha de pesquisa: Justiça e Direitos Humanos na América Latina.

Orientadora: Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega.

Coorientadora: Flávia Danielle Santiago Lima.

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

F814e França, Eduarda Peixoto da Cunha.
Entre o diálogo e o monólogo institucional nos processos estruturais:
limites e possibilidades para a proteção dos direitos socioeconômicos e
culturais na perspectiva comparada no Sul global / Eduarda Peixoto da Cunha
França. – Recife, 2021.
204 f., tabs.

Orientadora: Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega.
Coorientadora: Flávia Danielle Santiago Lima.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro
de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Inclui referências.

Direito Constitucional – Brasil. 2. Direito social. 3. Direito Econômico.
4. Direito à cultura. I. Nóbrega, Flavianne Fernanda Bitencourt (Orientadora).
II. Lima, Flávia Danielle Santiago (Coorientadora). III. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2021-15)

EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA

**ENTRE O DIÁLOGO E O MONÓLOGO INSTITUCIONAL NOS PROCESSOS
ESTRUTURAIS: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS
SOCIOECONÔMICOS E CULTURAIS NA PERSPECTIVA COMPARADA NO SUL
GLOBAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovada em: 23/04/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dr^a Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a Dr^a Flávia Danielle Santiago Lima (Coorientadora)
Universidade de Pernambuco

Prof^o Dr^o Bruno César Machado Torres Galindo (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o Dr^o Jayme Benvenuto Lima Júnior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a Dr^a Rosalina Freitas Martins de Sousa (Examinadora externa)
Centro Universitário Maurício de Nassau

AGRADECIMENTOS

Alguns poucos anos do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) e mestrado foram suficientes para me fazer entender que o princípio básico da vida acadêmica é que “ninguém faz pesquisa sozinho”. Por melhor, mais inteligente e mais dedicado que um(a) pesquisador(a) seja, é a orientação de um(a) professor(a), o suporte da família e a companhia dos amigos que realmente o(a) torna grande.

Sendo assim, gostaria de ser justa e agradecer a todos aqueles que fizeram parte da minha formação acadêmica; desde os(as) professores(as) e amigos(as) do colégio e da faculdade, até os(as) da pós-graduação. Entretanto, tendo em vista minha limitação espacial, tentarei ser o mais objetiva possível. Fica aqui, todavia, minha eterna gratidão a todas as pessoas que fizeram parte da minha jornada e contribuíram de forma significativa com o meu (ainda muito limitado) conhecimento.

Inicialmente, agradeço a Deus, que *“é poderoso para fazer infinitamente mais do que tudo quanto pedimos ou pensamos, conforme o seu poder que opera em nós”*. Tenho plena ciência de que o que conquistei até hoje é pura graça e cuidado Dele para com a minha vida.

À minha família, por tanto amor, cuidado e carinho comigo. Especialmente aos meus pais Anchieta e Danielle que vibraram a cada vitória e me deram colo em cada derrota; mas que, acima de tudo, não deixaram que desistisse dos meus objetivos e abriram mão de tantas coisas para que eu tivesse uma educação de qualidade. Ao meu tio André, que é meu segundo pai, e jamais mediu esforços para cuidar de mim. À minha tia Karina, que constantemente me impulsiona a crescer e é, de fato, um dos maiores exemplos de acadêmica que eu tenho. À Rebecca, a melhor irmã que uma filha única pode ter. E às minhas avós Elizabeth e Onilda, exemplos de mulheres guerreiras e professoras dedicadas, que batalharam para exercer a profissão e, ao mesmo tempo, cuidar da família. Meu amor e admiração por essas duas só crescem.

Ao meu amor, André, que divide as lutas diárias da vida comigo e torna o peso das adversidades tão mais leves com seu sorriso, apoio incondicional. Nem em meus melhores sonhos eu poderia imaginar que teria ao meu lado alguém tão bondoso, sincero e puro de coração. Independentemente das circunstâncias, sei que juntos somos mais fortes.

À minha orientadora, professora Flavianne Nóbrega, que desde o início do mestrado me recebeu de braços abertos na Universidade Federal de Pernambuco, concedendo o prazer de vislumbrar, na prática, o que é ser uma profissional que se destaca por sua inteligência e dedicação, sem perder, contudo, a humildade e a gentileza. No mundo acadêmico, em que os egos, muitas vezes, são tão presentes e aparentes, tive a oportunidade de ser orientada por uma pessoa empática e doce, que faz com que os(as) alunos(as) se sintam amparados. Agradeço, ainda, por toda a paciência e

disponibilidade ao longo desses dois anos, bem como por todos os ensinamentos que foram tão valiosos na construção deste trabalho.

À minha coorientadora Flávia Santiago, cujo acompanhamento vem desde o PIBIC, quando tive a oportunidade de participar de um grupo de pesquisa tão querido e disposto. Flávia segurou a minha mão quando eu sequer sabia o que era fazer pesquisa; e ela segura até hoje, mostrando que sou capaz de ir sempre “um pouquinho mais além”. Serei eternamente grata por todo o carinho, apoio e cuidado ao longo desses seis anos. Aproveito para agradecer, também, os “puxões de orelha” e as contribuições que tanto fizeram refletir sobre a perspectiva prática dos processos estruturais. Saiba que guardo uma admiração imensa pela pessoa e profissional que a senhora é, pois tanto dentro quanto fora de sala de aula, jamais vi um(a) aluno(a) pedir sua ajuda e não ser acolhido com respeito, compaixão e um “sorriso no rosto”.

À professora Carina Calabria que leu minha dissertação com tanto cuidado e fez ponderações tão relevantes. As reflexões trazidas pela senhora possibilitaram uma melhor estruturação deste trabalho e uma maior organização das minhas ideias. Agradeço, também, pelo constante encorajamento para que eu expusesse minha opinião em sala de aula e por todos os questionamentos e provocações feitos na disciplina “Instituições e efetividade de direitos”. Aos professores Bruno Galindo e Jayme Benvenuto, que, através de um olhar acurado e preciso, trouxeram ajustes, correções e contribuições importantes para o trabalho. À professora Carina Gouvêa que tanto contribuiu com meu aprendizado por meio de provocações instigantes, incentivos constantes, e textos excelentes nas aulas ministradas no grupo de “Teoria da Separação de Poderes e a Crise do Sistema Democrático Brasileiro”. À professora Rosalina Freitas que foi tão solícita e empática quando precisei.

Não poderia deixar de agradecer, também, a alguns amigos que tiveram um papel especial ao longo desses dois últimos anos. À Patrícia Anjos que teve tanta paciência de escutar todas as novas e diferentes ideias que eu tive para a dissertação, tanto nos corredores do PPGD quanto nas mesas de restaurantes. À Raquel Brito que se tornou uma verdadeira “confidente” e divide tanto as angústias quanto as alegrias da vida acadêmica e da vida “real” comigo. Ao meu amigo querido, Bruno Lamenha, que escutou tantos áudios gigantes de WhatsApp com muita paciência e boa vontade, trazendo sempre considerações relevantes para os projetos que eu pensava (e ainda penso) em desenvolver. Ao meu parceiro de escrita, Matheus Casimiro, que tanto contribuiu para a evolução da minha pesquisa com reflexões produtivas acerca dos processos estruturais. E ao meu amigo Alex que sempre esteve disponível para ajudar com as dificuldades acadêmicas que surgiram ao longo do mestrado.

Agradeço à Anna Priscylla, exemplo vivo de profissional brilhante e inteligente, que jamais perdeu a autenticidade e humildade. Aprendi, com nossa amizade, que podemos chegar em lugares importantes sem esquecer de onde viemos e sem perder de vista os propósitos do nosso coração.

Também agradeço à Kamilla Michiko e Renata Perman, companheiras fiéis com quem tive o prazer de dividir a graduação, o mestrado e a vida. Nosso trio me ensinou que amizades verdadeiras tornam momentos difíceis mais suportáveis, e que sempre é possível sorrir, até na pior das situações. Ao querido amigo Manuel, que sempre encorajou meu desenvolvimento acadêmico, escutou meus desabafos e ensinou que resiliência é uma das características mais importantes do pesquisador.

À Carol, Rosário e Luiza, que são presentes de Deus na minha vida. Obrigada por me relembrares, frequentemente, que devemos lançar sobre o Senhor toda a nossa ansiedade, pois Ele tem cuidado de nós; e que o dia de amanhã, a si mesmo, trará o seu cuidado. Vocês refletem parte do amor e da misericórdia Dele comigo.

Aos meus amigos do colégio, com quem dividi grande parte da minha vida: Rodrigo Ramos, Gabrielle Teles, Renata Barbosa, Leonardo Moraes, Camila Ferraz, Gustavo Lessa e Luanna Urbanetto. A rotina corrida, as adversidades da vida e as carreiras diferentes jamais foram capazes de impedir que achássemos um tempo para estarmos juntos. Vocês são, e sempre serão, uma parte muito importante de mim.

À Alice e Carmem que me conhecem há tanto tempo, mas que todo dia surpreendem com suas amizades incondicionais. Jamais serei capaz de retribuir o bem que a presença de vocês me faz. Ao amigo Rafael Fernandes que sempre acreditou em mim.

À Taiana, uma das amizades mais preciosas que tenho. Obrigada por fazer enxergar a vida de uma forma tão diferente e humana. A André Lima, amigo da época de estágio na AGU, que não só acompanhou e acreditou no meu desenvolvimento acadêmico, como torceu a todo momento por mim. A Lukas, um verdadeiro “amigo para todas as horas”. Obrigada pela paciência, carinho e compreensão ao longo desses anos.

Agradeço, ainda, à Universidade Católica de Pernambuco. Foi lá onde tudo começou e eu tive o prazer de fazer amizades que muito me ajudaram no desenvolvimento pessoal e profissional. Obrigada, em especial, aos amigos que dividiram as mesas do “Café com o quê?” e a companhia do pavão comigo – dentre os quais posso citar, resumidamente, Gabriel Avelino, Gabrielle Costa, Guilherme Paes, Géssyca Curvelo, Isabelle Reis, Natan Café, Arthur Carvalho, Guilherme Carvalho, Allana Moraes, Alexandre de Paula, Pablo Medeiros e Marina Lisboa – . Aos professores Roberta Cruz e Glauco Salomão Leite, por todo o incentivo e auxílio.

Por fim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), por ter investido na minha formação acadêmica por meio da Universidade Pública. Espero, sinceramente, que as experiências aqui estudadas contribuam em alguma medida com a pesquisa brasileira e com o avanço dos debates travados acerca dos “processos estruturais”.

(...) de uma perspectiva pragmática, é tarde para questionar se os tribunais deveriam ou não intervir para assegurar direitos sociais, econômicos e culturais, pois já o fazem diariamente; a questão mais importante agora é entender como devem fazê-lo. (BRINKS; GAURI 2014, p.342).

(...) there is no a priori legitimate role for courts in a democracy with respect to the adjudication of social and economic rights, at least where these rights have been constitutionalized as rights and not as directive principles of state policy. Courts' legitimate role hinges strongly, in my view, on whether they can do a good job, i.e., on whether they can contribute to the protection of social and economic rights. (FERRAZ, 2008, p.1645)

RESUMO

O presente trabalho objetivou averiguar quais os limites e possibilidades para a proteção de direitos socioeconômicos e culturais pela via judicial. Para tanto, utilizou o método comparado para se analisar a experiência de dois países do Sul Global que permitissem identificar modelos distintos de decisão judicial sobre litígios estruturais: o deferente e o compartilhado. Esse intercâmbio de experiências proporciona um ambiente rico para a análise comparativa de jurisprudências e viabiliza um modo de construção do conhecimento por agregação, aumentando a capacidade técnica de órgãos contramajoritários e abrindo o leque de possibilidades para a utilização de institutos inovadores para a proteção dos direitos fundamentais, fazendo parte daquilo que Slaughter (2003) denominou de “Comunidade Global entre Cortes”. Para investigar empiricamente os modelos decisórios abstratos, foram utilizados dois casos paradigmáticos: *Grootboom* – julgado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul - e a *Sentencia T-25/04* – caso enfrentado pela Corte Constitucional Colombiana. As experiências desses dois países são interessantes na medida em que demonstram formas diferentes de lidar com litígios estruturais que fomentam a violação de direitos socioeconômicos e culturais e permitem vislumbrar até onde a interferência judicial em casos que envolvem a alocação de recursos públicos pode ser interessante ou ineficaz. Com esse resultado da investigação comparada dos DESC no Sul Global, foi possível desenvolver a pesquisa para a experiência brasileira nos processos estruturais. Essa perspectiva permitiu descobrir que os casos estruturais no Brasil possuem mais chances de êxito nas instâncias inferiores do que no Supremo Tribunal Federal. Ademais, foram investigados quais os aprendizados da perspectiva comparada que podem auxiliar o país no desenvolvimento de processos estruturais, tendo em vista a ainda parca experiência dos tribunais brasileiros com essa nova forma de enfrentar falhas sistêmicas que violam direitos fundamentais de forma massiva e reiterada.

Palavras-chave: Direitos Socioeconômicos e Culturais. Processos Estruturais. Sul Global.

ABSTRACT

The present study aimed to investigate the limits and possibilities for the protection of socioeconomic and cultural rights through the courts. For this purpose, it is used the comparative method to analyze the experience of two countries in the Global South that would allow the identification of different models of judicial decision on structural disputes: the “weak-form review” and the “dialogic approach”. This exchange of experiences provides a rich environment for the comparative analysis of jurisprudence and enables a way of building knowledge by aggregation, increasing the technical capacity of counter-majoritarian bodies and opening up the range of possibilities for the use of innovative institutes for the protection of fundamental rights, being part of what Slaughter (2003) called “Global Community of Courts”. To empirically investigate abstract decision-making models, two paradigmatic cases were used: Grootboom – ruled by the Constitutional Court of South Africa – and the Sentence T-25/04 – faced by the Colombian Constitutional Court. The experience of these two countries is interesting as far as it demonstrates different ways of dealing with structural injunctions that foster the violation of socio-economic and cultural rights and allow for a glimpse to what extent judicial interference in cases involving the allocation of public resources can be interesting or ineffective. With this result of the comparative investigation of DESC in the Global South, it was possible to develop the research for the Brazilian experience in structural litigation. This perspective made it possible to discover that structural cases in Brazil are more likely to succeed in lower courts than in the Supreme Court of the Country. Furthermore, what was learned from the comparative perspective that can assist the country in the development of structural litigation, in view of the still limited experience of the Brazilian Courts with this new way of facing systemic failures that violate fundamental rights in a massive and repeated way.

Keyword: Socioeconomic and cultural rights. Structural Injunctions. Global South.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS EXIGÍVEIS E CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	20
2.1	Por que estudar direitos socioeconômicos e culturais (DESC), sua exigibilidade, políticas públicas e intervenção judicial no Sul Global.....	21
2.2	Breve Resgate Histórico sobre a jurisdição constitucional como característica da prática política pós-moderna em Estados democráticos.....	21
2.3	Objetivo central das Epistemologias do Sul e sua relação com o Direito	23
2.4	As Epistemologias do Sul enquanto recorte metodológico para o estudo dos processos estruturais no Sul Global	24
2.5	Direitos sociais como direitos exigíveis e a desmistificação do custo dos direitos.....	26
2.6	Capacidades Institucionais: a excessiva abstração filosófica, o institucionalismo estereotipado e o institucionalismo assimétrico	29
2.7	Objecções ao controle judicial de políticas públicas.....	31
2.8	Objecções de ordem democrática: violação à separação de poderes?.....	32
2.9	Críticas à falta de <i>expertise</i> (capacidade institucional) do Poder Judiciário.....	38
2.10	Conclusões parciais sobre os argumentos contrários ao <i>judicial review</i> e ao controle jurisdicional de políticas públicas: quais os impactos práticos das objeções apresentadas?.....	42
2.11	Ativismo judicial: uma expressão multifacetada e contingencial?.....	43
2.12	Sobre quais facetas do ativismo o presente estudo se debruçará?.....	44
2.13	Entre o voluntarismo e a ideologia: ao fim e ao cabo, o “ativismo judicial” é (i)legítimo?.....	48
2.14	O ativismo dialógico como possível caminho para a construção de decisões coparticipativas.....	50
2.15	Conclusões parciais do capítulo 1.....	53
3	LITÍGIOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS.....	55
3.1	Por que trazer aspectos do direito processual civil ao trabalho?.....	57
3.2	Ações pseudoindividuais x direitos sociais: o Poder Judiciário como gerador de desigualdades?.....	58
3.3	Características do modelo processual tradicional.....	63
3.4	A bipolarização no processo	63

3.5	A essência retrospectiva e episódica da tutela	64
3.6	A interdependência entre direito e tutela	64
3.7	O controle das partes sobre o processo	64
3.8	Conclusões parciais sobre as características dos processos tradicionais (bipolares).....	64
3.9	Brown v. Board of Education: o fim da doutrina “separados, porém iguais” (<i>separate but equal</i>)	67
3.10	Analisando conceitos importantes: adjudicação, reforma estrutural, processos estruturais e <i>injunctions</i>	74
3.11	Características dos Litígios e Processos Estruturais.....	77
3.12	Policentria e a metáfora da “teia de aranha” criada por Lon Fuller.....	79
3.13	Causalidade complexa	81
3.14	Prospectividade: solução para o futuro ao invés de compensação para o passado.....	81
3.15	Imbricação de interesses.....	82
3.16	Factibilidade e participação	82
3.17	Primeiro passo para a formulação de uma petição inicial com pedido estrutural: participação e transparência.....	83
3.18	Segundo passo para a formulação de petição inicial com pedido estrutural: o pedido.....	84
3.19	Fases do processo estrutural: diagnóstico do problema, elaboração de um plano, supervisão e monitoramento.....	85
3.20	O experimentalismo e os “direitos de desestabilização”: a teoria e Sabel e Simon para os processos estruturais	87
3.21	A postura do magistrado no processo estrutural	91
3.22	Consequencialismo, estratégia e mediação na função judicante	92
3.23	Teoria desenvolvida por Susan Sturm para sentenças estruturais dialógicas	93
3.24	Distinções terminológicas necessárias para delimitar o debate: Litígio Estrutural enquanto problema e Litígio Estratégico enquanto ferramenta.....	95
3.25	Litígio Estratégico: conceito e características	96
3.26	Diferenciação de litígio comum para o litígio estratégico	98
3.27	Por que e quando litigar estrategicamente?	99
3.28	Como tornar clara a diferenciação entre litígio estratégico e litígios estruturais pode, na prática, contribuir para a defesa de direitos fundamentais?.....	100
3.29	Outras terminologias: Litígio de interesse público, Estado de Coisas Inconstitucional e “manifestações de ativismo judicial”	103
3.30	Conclusões parciais sobre o capítulo 2: é possível transformar a realidade social apostando no protagonismo do Poder Judiciário e no potencial transformativo do	

	processo estrutural?.....	105
4	MODELOS DE DECISÃO JUDICIAL ESTRUTURAL: APRENDIZADOS DA EXPERIÊNCIA SUL-AFRICANA E COLOMBIANA.....	109
4.1	Como os Tribunais que exercem a função de Corte Constitucional, no Sul Global, protegem os direitos socioeconômicos e culturais? Uma análise das classificações formuladas por David Landau.....	109
4.2	Insuficiência da prestação individual	111
4.3	<i>Weak-form review</i> em <i>Grootboom</i> e <i>Meaningful engagement</i> em <i>Johannesburg</i> : uma análise sob a perspectiva de David Landau.....	115
4.4	<i>Negative injunctions</i> , <i>individualized model</i> e <i>structural injunctions</i>	116
4.5	Contribuições de David Landau para o enfrentamento judicial de litígios estruturais..	117
4.6	Modelo “fraco” ou “dialógico” apresentado por Mark Tushnet.....	123
4.7	Landau x Tushnet: o que se pode aprender?.....	129
4.8	Modelo Deferente: uma análise da experiência sul-africana em “ <i>Government of the Republic of South Africa v Grootboom</i> ”.....	131
4.9	Modelo compartilhado: um estudo da Sentencia-T25/04 sobre o deslocamento forçado de pessoas na Colômbia	135
4.10	Técnicas de implementação das decisões judiciais: medidas judiciais coercitivas, acordos judiciais e extrajudiciais e elaboração de planos sobre os pontos necessários à resolução do litígio	149
4.11	Conclusões parciais sobre o capítulo 3: modelo compartilhado, diálogos institucionais e consequencialismo	154
5	LITÍGIOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL.....	161
5.1	Tentativas de regulamentar os processos estruturais e o controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil	162
5.2	É possível pensar em decisões estruturantes a partir do Código de Processo Civil de 2015?.....	163
5.3	A ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Carcerário Brasileiro...	164
5.4	A falência total das políticas públicas prisionais em detrimento do hiperencarceramento no país: complexidade, experimentalismo e cultura punitivista como empecilhos.....	167
5.5	Bloqueios institucionais: a impopularidade e a sub-representação dos presos versus resultados de longo prazo	169
5.6	Necessidade de Diálogo entre os Poderes em detrimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro ser decorrente da falta de coordenação entre estes.....	170

5.7	Impressões gerais sobre a ADPF 347	171
5.8	A experiência das instâncias inferiores: a Ação Civil Pública como ferramenta de judicialização de litígios estruturais	174
5.9	A “ACP” do Carvão	175
5.10	O caso das creches no município de São Paulo	176
5.11	O caso da intervenção judicial na Fundação Estadual da Criança e do Adolescente (FUNDAC/RN)	177
5.12	A garantia jurisdicional dos direitos socioeconômicos e culturais: qual o papel dos processos estruturais?.....	179
5.13	Conclusões parciais sobre o capítulo 4	181
6	CONCLUSÃO	185
	REFERÊNCIAS	192

1 INTRODUÇÃO

Não é rara a existência de casos com alta carga de complexidade e conflituosidade, cujas pretensões exercem tensões sobre interesses múltiplos e que excedem demasiadamente os limites da lide, serem tratados judicialmente de maneira imprópria, que ignora seu contexto e suas intrincadas consequências nos campos econômico, político e social.

Nesse sentido, demandas que envolvem o desenho, a implementação ou até mesmo a correção de políticas públicas, em geral, são exemplos clássicos dessa problemática. Assim, frequentemente, o Poder Judiciário, diante de quadros de violações massivas, generalizadas e sistemáticas a direitos fundamentais, provenientes de ações e/ou omissões do próprio Poder Público, decide questões como se individuais fossem, sem que seja desenvolvida alguma medida para quebrar com o ciclo vicioso de falhas estruturais.

O presente trabalho adota, enquanto objeto de pesquisa, processos estruturais que versam sobre litígios estruturais de interesse público¹, tendo como objetivo central averiguar quais os limites e possibilidades para a proteção de direitos socioeconômicos e culturais pela via judicial. Para tanto, utiliza o método comparativo (ZWEIGERT; KÖTZ, 1992) e analisa a experiência de dois países do Sul Global que permitem vislumbrar modelos distintos de decisão judicial sobre litígios estruturais: o deferente e o compartilhado.

Esse intercâmbio de experiências proporciona um ambiente rico para a análise comparativa de jurisprudências e viabiliza um modo de construção do conhecimento por agregação, aumentando a capacidade técnica de órgãos contramajoritários e abrindo o leque de possibilidades para a utilização de institutos inovadores para a proteção dos direitos fundamentais, fazendo parte daquilo que Anne Marie Slaughter (2003) denominou de “Comunidade Global entre Cortes”.

Para ilustrar empiricamente os modelos decisórios abstratos, serão utilizados dois casos paradigmáticos: *Grootboom* – caso julgado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul - e a *Sentencia T-25/04* – caso enfrentado pela Corte Constitucional Colombiana -. A experiência desses dois países é interessante na medida em que demonstram formas diferentes de lidar com litígios estruturais que fomentam a violação de direitos socioeconômicos e culturais e permitem vislumbrar até onde a interferência judicial em casos que envolvem a alocação de recursos públicos pode ser interessante ou ineficaz².

Os dois casos escolhidos versam sobre direito à moradia e foram adjudicados perante

¹ A nomenclatura “litígios estruturais de interesse público” será justificada no segundo capítulo do presente trabalho.

² Jane Reis (2015, p.2096) aponta que “Hoje, os países que oferecem modelos interessantes de comparação com o Brasil são África do Sul e Colômbia. Esses países, como o Brasil, positivaram direitos sociais nas suas Constituições, têm ordens sociais acentuadamente desiguais e vivenciaram, na última década, um processo de expansão do Poder Judiciário”.

tribunais que exercem a função de corte constitucional em países do Sul Global (expressão que faz referência aos países da África, América Latina e grande parte da Ásia e do Oriente Médio), tendo em vista que os Estados integrantes dessa categoria podem ser identificados pela adoção de uma espécie peculiar *de judicial review*, comprometida com a efetividade dos direitos fundamentais (VALLE, 2016, p. 2).

O recorte do “Sul Global” foi utilizado, ademais, tendo em vista os contextos políticos, econômicos e sociais disfuncionais existentes nos países que fazem parte dessa classificação, que dificultam a implementação de direitos cuja faceta principal é a prestacional, seja pela falta de recursos orçamentários estatais para a implementação de políticas públicas eficazes, pelas situações históricas de miséria e pobreza locais, ou por circunstâncias de bloqueios institucionais (LIMA; FRANÇA, 2020, p. 47). Vale ressaltar, que tanto a Corte Constitucional Colombiana quanto o Tribunal Constitucional da África do Sul são frequentemente estudados pelas inovações trazidas na proteção judicial dos direitos socioeconômicos e culturais (LANDAU, 2012; TUSHNET, 2012), facilitando a busca de fontes bibliográficas capazes de viabilizar um estudo mais profundo dessas decisões. Ainda nesse sentido, dois dos marcos teóricos utilizados neste trabalho – David Landau (2012) e Mark Tushnet (2012) – analisam, também, os dois casos aqui selecionados.

Não foi possível, no caso do Brasil, realizar o recorte de sentenças que versam sobre litígios estruturais em direito à moradia. Assim, ao invés de se restringir a um tipo de direito (como moradia), os direitos socioeconômicos e culturais foram utilizados como denominador comum para justificar a pesquisa comparada dessas experiências dos dois países do Sul Global com o Brasil, tendo em vista que esses objetos de pesquisa só podem ser estudados pelo método de direito comparado se, ao menos, partilham uma característica comum (MÜLLER-CHEN et al., 2015, p. 425-426). Isso ocorreu por duas razões: a) ainda são poucos os casos em que o Poder Judiciário brasileiro – seja nas instâncias inferiores ou no Supremo Tribunal Federal (STF) – enfrentou a adjudicação de litígios estruturais por meio de processos estruturais³; b) os processos estruturais que já foram mapeados pela doutrina brasileira não versam sobre direito à moradia, o que impossibilita o estudo de sentenças que envolvam essa temática.

A falta de sentenças estruturais que digam respeito ao direito à moradia, entretanto, não implicam na afirmação de que litígios estruturais nesta seara não existam, pois diversos casos envolvendo a violência urbana nos estados brasileiros, o processo de gentrificação urbana⁴, ou

³ O trabalho, no capítulo segundo, explorará as diferenças entre “litígios” e “processos” estruturais, o que ajudará na compreensão das razões pelas quais afirmou-se não haver casos de processos estruturais sobre o direito à moradia não obstante a existência de litígios estruturais sobre esta temática.

⁴ A gentrificação é um processo de transformação urbana que envolve a expulsão de moradores de bairros periféricos a fim de transformá-los em áreas nobres. Nesse sentido: “O fenômeno aprofunda a criminalização da pobreza: é comum os governos do mundo todo justificarem a remoção de favelas e pessoas de modo a combater o crime, para pacificar os assentos informais e para realizar supergentrificação. Em todos os casos, a justificação vem acompanhada de ampla aceitação social pelos extratos mais altos – e por, inclusive, aqueles não tão altos, porém que assumem uma posição

mesmo desastres naturais, são frequentes e agravam a situação de muitos indivíduos, que acabam ficando sem moradia ou em condições deploráveis de habitação (podem ser citados, nesse sentido, o caso do Edifício “Holiday”, em Pernambuco; o caso “Alto da praia”, em Fortaleza, e os desastres de Mariana e Brumadinho, ambos em Minas Gerais). Ainda, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2020) demonstram que, dos mais de 65,5 milhões de domicílios ocupados pelos mais de 210 milhões de brasileiros, 5,127 milhões (7,8%) correspondem a moradias irregulares (podendo ser citadas, aqui, favelas, palafitas, invasões, grotas, baixadas, comunidades, vilas, loteamentos irregulares etc.) que acarretam uma maior vulnerabilidade social.

Assim, entende-se que apesar de muitos serem os problemas relacionados à moradia digna no Brasil (e não obstante este direito ser justiciável e gozar de aplicabilidade imediata), poucos casos são judicializados se comparados a outros direitos socioeconômicos e culturais, como, por exemplo, o direito à saúde. As causas que fomentam a baixa judicialização do direito à moradia podem ser diversas, mas talvez uma das mais significativas seja a de que problemas habitacionais atingem, massivamente, as camadas mais pobres da população que possuem menos conhecimento acerca de seus direitos ou menos condições financeiras de arcar com custos processuais ou com a contratação de um advogado (FERRAZ, 2010, p. 1644).

Também não parece ser interessante restringir o estudo de processos estruturais ao Supremo Tribunal Federal (uma vez que este seria o órgão brasileiro responsável por realizar, dentre outras, a função de Corte constitucional). Isso porque chegam menos demandas estruturais ao Órgão de Cúpula do Poder Judiciário brasileiro que às instâncias inferiores e porque estas parecem lograr mais êxito nestas que naquele. Assim, ao contrário do que ocorre nas experiências da Colômbia e da África do Sul, processos estruturais se desenvolvem melhor nas instâncias inferiores – nas quais, em geral, os juízes estão mais “próximos” do problema que se pretende superar –, do que no Tribunal que exerce a função de Corte constitucional.

Em suma, a ainda tímida utilização dos processos estruturais pelo Poder Judiciário brasileiro obsta a investigação de casos estruturais que digam respeito somente ao direito à moradia, enquanto a baixa conversão de litígios estruturais em processos estruturais, no Supremo Tribunal Federal, impossibilita que uma análise profícua desses litígios e processos no Brasil seja feita somente por meio de casos que chegaram a este Tribunal, sem analisar as instâncias inferiores. Essas são as razões que justificam a impossibilidade de realizar um recorte, no presente trabalho, que envolva somente um direito socioeconômico e cultural e que restrinja a análise aqui efetuada aos tribunais que exercem a função de Corte constitucional⁵.

favorável à higienização urbana – e sem que haja medidas dignas aos habitantes locais, tais como: informação à população, despejo com prévio reassentamento, contraditório social, inexistência de coação, aviso prévio, medidas mínimas para garantir a participação democrática.” (DE MARCO; SANTOS; MOLLER, 2020, p.4).

⁵ Em outras palavras, uma possível restrição ao “direito à moradia” e/ou ao “Supremo Tribunal Federal” não viabilizaria um estudo profícuo acerca dos limites e possibilidades da intervenção judicial na proteção dos direitos socioeconômicos

Ainda nessa senda, vale a ressalva de que a escolha pela abordagem de casos tanto no Supremo Tribunal Federal quanto nas instâncias inferiores, no Brasil, impossibilitou uma análise demasiadamente profunda destes, de modo que foram investigados aspectos gerais considerados relevantes ao desenvolvimento da pesquisa aqui realizada.

No que concerne à originalidade do tema, o presente trabalho inova no estado da arte existente sobre o assunto, pois utiliza o Sul Global – que vem recebendo menos atenção dos acadêmicos que a Europa e a América do Norte (GARAVITO; FRANCO, 2019, p. 23) – enquanto recorte metodológico e investiga a premissa de que casos estruturais possuem mais chances de êxito nas instâncias inferiores que no Supremo Tribunal Federal, trazendo conclusões importantes para os estudos realizados acerca dos processos estruturais no Brasil em âmbito acadêmico, bem como trazendo um entendimento importante para a mobilização social cuja finalidade seja a de provocar, por meio da jurisdição, transformações sociais: a de que, talvez, seja mais estratégico judicializar litígios estruturais nas instâncias inferiores, não obstante os aparentes benefícios (a exemplo dos efeitos simbólicos e da repercussão geral que um caso pode ter) que a judicialização no Supremo Tribunal Federal pode proporcionar⁶.

O estudo do “ativismo dialógico” também aparece enquanto ideia inovadora, uma vez que apresenta uma saída às críticas suscitadas acerca do *judicial review* e permite a classificação do fenômeno (ativismo judicial) enquanto multidimensional⁷, bem como possibilita o estudo de uma postura judicial que abarca a participação pública e política no enfrentamento de litígios estruturais e abre espaço para a compreensão do “controle jurisdicional de políticas públicas” enquanto exercício que envolve, necessariamente, o “experimentalismo” (SABEL; SIMON, 2004), refutando possíveis entendimentos de que, para serem eficazes, decisões judiciais não podem falhar e precisam produzir, necessariamente, resultados materiais imediatos (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 15).

No que concerne aos objetivos específicos do presente trabalho, estes consistem em: 1) Explorar as principais críticas suscitadas acerca do controle jurisdicional de políticas públicas, com o intuito de refutar argumentos com pouca aplicabilidade prática e incorporar aqueles que forem

e culturais, uma vez que os processos estruturais sobre o direito à moradia ainda não foram mapeados pela doutrina brasileira e que a maior parte desses casos ocorre nas instâncias inferiores.

⁶ Vale ressaltar, nesse sentido, que o estudo aqui proposto possui relevância jurídica e política, tendo em vista que existem tentativas, no cenário pátrio, de regulamentar os processos estruturais. Destaca-se, aqui, o PL nº 8.058/2014, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende regulamentar o controle jurisdicional de políticas públicas e destaca que, para tanto, o processo judicial precisará ter características estruturais. Mas também o artigo 151 do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 que, em seu parágrafo primeiro, concedia uma maior discricionariedade ao magistrado, de modo que este poderia converter o processo em estrutural. Contudo, esse dispositivo não permaneceu no atual Código de Processo Civil e, por fim, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736/2015, que já foi arquivado e versava que o STF, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional em alguma decisão, deveria determinar a realização de um Compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados.

⁷ Apesar desse entendimento já ter sido sedimentado na doutrina nacional pelas obras de Carlos Alexandre de Azevêdo Campos (2014) e Flávia Danielle Santiago Lima (2014), grande parte dos estudos voltados aos processos estruturais ou ao controle jurisdicional de políticas públicas ainda enfrentam o fenômeno do “ativismo judicial” a partir de uma perspectiva simplista e pejorativa, seja defendendo sua legitimidade ou sua ilegitimidade. Essas questões serão abordadas de forma mais detalhada no primeiro capítulo do presente trabalho.

pertinentes ao debate enquanto "limites" para a atuação judicial em casos estruturais; 2) Apreciar se o atual paradigma da judicialização de direitos socioeconômicos e culturais, por meio de ações atomizadas, tem dado respostas efetivas às falhas sistêmicas ou se existe uma preferência da abordagem estrutural sobre a individual para garanti-los; 3) Analisar, a partir de experiências do direito constitucional comparado, quais aprendizados podem ser extraídos para a judicialização de litígios estruturais no Brasil; 4) Mapear os casos de litígios estruturais que foram judicializados no Brasil e investigar se estes obtiveram mais êxito no Supremo Tribunal Federal ou nas instâncias inferiores, com o intuito de compreender qual o *locus* mais estratégico, em âmbito judicial, para o enfrentamento dessas demandas.

Visando responder à pergunta: “quais os limites e possibilidades para a proteção de direitos socioeconômicos e culturais pela via judicial?”, o trabalho será dividido em quatro partes. A primeira, se debruçará sobre o controle jurisdicional de políticas públicas – oportunidade na qual os argumentos contrários à adjudicação de políticas públicas serão examinados através da seguinte subdivisão: 1) objeções de caráter democrático (falta de legitimidade democrática para intervir em atos políticos); 2) falta de capacidade institucional (ou “falta de *expertise*”) para interferir em tal matéria e as discussões suscitadas acerca do “ativismo judicial”, apresentando-se, nesse sentido, a proposta do “ativismo dialógico”. Entende-se que esse estudo faz-se necessário porque, a despeito das objeções, a intervenção judicial no controle de políticas públicas é uma realidade posta, ou seja: apesar das críticas que permeiam a temática, esta forma de atuação jurisdicional é antes um fato, uma realidade nos tribunais brasileiros e, conseqüentemente, faz-se interessante contribuir com bases teóricas adequadas ao melhor enfrentamento dessas demandas, com o intuito de assegurar a maximização de resultados práticos, garantir o aprimoramento da capacidade institucional da função jurisdicional do Estado e conferir um caráter consequencialista às decisões judiciais. Em outras palavras: o capítulo primeiro não se destina a discutir se as intervenções judiciais deveriam ou não acontecer, mas, assumindo que elas já acontecem, busca entender como podem fomentar melhores resultados.

A segunda parte, por sua vez, ocupar-se-á de apresentar o que são os litígios e os processos estruturais, bem como sua relação com a proteção dos direitos socioeconômicos e culturais, sendo imprescindível um maior aprofundamento na temática, uma vez que o processo é o único instrumento possível para a atuação do Poder Judiciário. Abordará, dessa maneira, o caso de “*Brown v. Board of Education*”, com o intuito de demonstrar como a Suprema Corte norte-americana enfrentou a doutrina do “separados, mas iguais” (*separate but equal*) e como surgiram, de fato, as chamadas “medidas estruturantes”. O estudo acerca de um ordenamento estrangeiro e, ainda mais, do hemisfério norte – que, em geral, possui características bem distintas daquelas presentes no denominado “Sul Global”, no qual o Brasil se insere – justifica-se em virtude do pioneirismo, longa

tradição e profícua produção doutrinária sobre litígios estruturais nos Estados Unidos (EUA), o que permite vislumbrar, de forma geral – e respeitadas as diferenças políticas, sociais, institucionais e históricas entre o Brasil e os EUA – quais os efeitos que podem e devem ser normalmente produzidos nessas demandas, bem como as posturas que Cortes e juízes podem adotar quando casos desse tipo forem judicializados.

Na terceira parte, o trabalho discutirá quais respostas o Poder Judiciário pode oferecer através da análise de modelos decisórios que foram aqui denominados de “deferente” – no qual o juiz adota uma postura mais autocontida e, conseqüentemente, age com deferência às escolhas das instâncias majoritárias e à autocomposição espontânea entre os envolvidos no processo –, e o modelo intitulado de “compartilhado”, no qual o magistrado engaja-se num colóquio contínuo com as demais instituições (públicas e privadas), bem como com a sociedade civil ou o grupo afetado.

O quarto e último capítulo abordará alguns casos de litígios e processos estruturais no Brasil, com o intuito de compreender como essas demandas vêm se desenvolvendo em âmbito nacional e vislumbrar se os direitos socioeconômicos e culturais são protegidos de forma mais eficaz quando esses casos chegam ao Supremo Tribunal Federal ou quando são adjudicados nas instâncias inferiores.

2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS EXIGÍVEIS E CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas podem ser definidas de formas diferentes a depender do ramo de conhecimento que as esteja estudando. Isso se dá, sobretudo, em virtude de tratar-se de uma categoria de interesse interdisciplinar (FONTE, 2015, p. 34). No presente trabalho, adota-se a premissa de que as políticas públicas são um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado – em geral, alguma melhoria econômica, política ou social da comunidade – cujo ente responsável pela elaboração é o Estado (DWORKIN, 2002, p. 37).

Na seara dos direitos, as discussões que envolvem as políticas públicas assumem nuances peculiares, principalmente, quando coloca-se em pauta a possibilidade de controle jurisdicional dessas quando da omissão da Administração Pública e/ou do Poder Legislativo através de processos estruturais, que funcionam enquanto um dos meios pelos quais juízes podem intervir em estruturas sociais complexas para reparar violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais, com o objetivo de reestruturar os organismos sociais responsáveis pelas práticas danosas e fazer cessar o estado de coisas violador que dá ensejo ao *status quo* vigente. Essa intervenção pode se efetivar tanto sobre entidades públicas quanto privadas, sendo mais comum, entretanto, que o enfoque da intervenção volte-se ao enfrentamento de disfunções do próprio Estado.

A peculiaridade do debate ocorre porque o mais corriqueiro arranjo estatal atribui aos membros do Poder Legislativo o estabelecimento dos objetivos a serem perseguidos e ao Poder Executivo a função de definir os instrumentos para alcançá-los. Ao Poder Judiciário, entretanto, não é atribuída a função de *policy-maker*, ou seja: juízes, em tese, não devem assumir protagonismo na definição dos objetivos e meios de concretização dos valores públicos (DIAS, 2016, p. 50). Dessa forma, as objeções doutrinárias aos processos estruturais, em geral, giram em torno de questões relacionadas à possibilidade e à adequação da intervenção jurisdicional em políticas públicas.

O objetivo geral do presente trabalho, dessa forma, é apresentar alternativas às críticas suscitadas acerca dos processos estruturais através da investigação dos limites e possibilidades da intervenção jurisdicional em demandas desse cariz, sendo o objeto central da pesquisa, portanto, a adjudicação de políticas públicas através dos processos estruturais, razão pela qual utilizou-se o termo “litígios estruturais de interesse público”.

As críticas já muito conhecidas – que serão trabalhadas de maneira pormenorizada ao longo do primeiro capítulo – acerca do *judicial review* – tais quais as que dizem respeito à falta de legitimidade democrática e à falta de *expertise* dos juízes para interferir em matérias de cunho originariamente político – são recorrentemente suscitadas quando litígios estruturais chegam ao Poder Judiciário, sobretudo, em decorrência de uma suposta postura “ativista” que os magistrados podem

assumir com maior facilidade nesses casos, dividindo a doutrina entre aqueles que defendem um comportamento mais deferente ou autocontido e outros que defendem um *modus operandi* mais proativo e incisivo por parte dos juízes. A falha da grande maioria desses posicionamentos, todavia, é a falta de cientificidade dos argumentos utilizados e o não reconhecimento da multidimensionalidade do fenômeno do ativismo judicial, vinculando os discursos a meras inclinações ideológicas dos críticos, e não aos benefícios e riscos que a intervenção jurisdicional pode causar *in concreto*, como demonstrado na doutrina nacional por Flávia Santiago (2014) e Carlos Alexandre de Azevêdo Campos (2012).

O presente capítulo busca explorar as nuances que permeiam os desafios e possibilidades de atuação jurisdicional no campo das políticas públicas, investigando, ainda, o papel do direito no desenho e implementação destas. Identificar esses aspectos mostra-se relevante para a presente pesquisa na medida em que falar de reformas estruturais de interesse público envolve, precisamente, a compreensão de que sua eficácia depende de uma ampla gama de áreas – sendo o direito apenas uma delas – e atores – não sendo suficiente a atuação jurisdicional isolada –.

2.1 Por que estudar direitos socioeconômicos e culturais (DESC), sua exigibilidade, políticas públicas e intervenção judicial no Sul Global?

O presente tópico tem como objetivo apresentar a ligação existente entre os direitos socioeconômicos e culturais, sua exigibilidade e seu *enforcement* pelo Poder Judiciário no Sul Global.

2.2 Breve Resgate Histórico sobre a jurisdição constitucional como característica da prática política pós-moderna em Estados democráticos

Após um grande período em que as constituições foram utilizadas de forma política para camuflar o exercício arbitrário do poder em diversas partes do mundo – como o período totalitário na Alemanha e Itália na primeira parte do século XX; o poder autoritário na Europa Ibérica e em muitos dos países na América Latina na segunda metade do século passado; os regimes de partido único do Leste Europeu; e os regimes coloniais da Ásia e da África (VIEIRA, 2019, p. 90) –, estas recobram sua força como instrumentos de habilitação da democracia, bem como de organização e limitação do poder, a partir de meados do século XX. Com a queda dos referidos regimes autocráticos nas sucessivas ondas de (re)democratização que ocorreram a partir do final da Segunda Guerra Mundial, as constituições passaram a ocupar um espaço de destaque nas democracias dos países em questão, tendo sido elaboradas a partir de um forte aspecto reativo aos regimes que as antecederam (VIEIRA, 2019, p. 90).

Muitas das constituições das democracias contemporâneas não só reforçaram sua dimensão moral por meio de cartas de direitos analíticas e atribuição de maior poder de defesa desses direitos ao Poder Judiciário como, também, passaram a contemplar outras ambições. A necessidade de superar problemas estruturais – muito comuns, sobretudo, nos países do chamado “Sul Global” (MALDONADO, 2013, p. 17) - como a divisão da sociedade em castas na Índia, a segregação racial na África do Sul e as condições de extrema pobreza, desigualdade e violência no Brasil e na Colômbia, levaram essas cartas a incorporarem regras cujo intuito voltava-se à transformação de suas sociedades, razão pela qual são intituladas, não raramente, de constituições dirigentes ou transformadoras (VIEIRA, 2019, p. 92).

Assim, além de estabelecer o sistema político e os direitos individuais, seus textos reconheceram uma ampla gama de direitos sociais e de grupos vulnerabilizados, além de políticas públicas e instituições voltadas a garantir a transformação da sociedade (VIEIRA, 2019, p. 92). A característica central dessas constituições foi a ambição de reduzir desigualdades presentes em seus sistemas democráticos (VIEIRA, 2019, p. 92).

No Brasil, apesar da Constituição de 1988 ter apresentado um amplo rol de direitos e garantias políticas, individuais, sociais, coletivas e difusas, o cenário pátrio ainda denota altos índices de violência, homicídios, profundas desigualdades sociais, problemas de saúde pública, moradia e educação, além de tantos outros, que trazem à tona discussões acerca de sua (in)efetividade na realidade prática (DANTAS, 2019, p. 182).

É certo que a ineficácia das promessas constitucionais não decorre da insuficiência de elementos normativos ou dogmáticos para a sua aplicação – pois, se ambições normativas fossem suficientes para transformar a realidade social, o Brasil já teria superado os quadros de desigualdades que assolam o cenário pátrio –, mas sim de fatores políticos, econômicos, sociais, institucionais e históricos atrelados à capacidade governamental para, por exemplo, implementar dispositivos constitucionais e receitas tributárias compatíveis com as obrigações criadas (VIEIRA, 2019, p. 112). Nesse sentido, Marcelo Neves (1996, p. 325) argumenta que toda constituição possui uma dimensão simbólica, que se destina a influenciar o imaginário social, consagrando valores para a sociedade, e uma dimensão instrumental que intenta conformar a realidade política e social subjacente. Essa dupla dimensão, em si, não é problemática. Entretanto, a subordinação da dimensão simbólica à instrumental é.

Entender as variáveis que favorecem ou dificultam o desempenho prático das constituições é um desafio relevante dos pontos de vista pragmático e teórico; entretanto, é certo que quanto mais essas cartas prometem, mais difícil se torna entregar os resultados almejados (VIEIRA, 2019, p. 111). Afinal, um Estado altamente intervencionista, *a priori*, demanda uma maior preocupação com as Políticas Públicas que um abstencionista, exatamente porque exigirá de seus cidadãos mais recursos

para implementar suas ações.

Sem retornar a debates já muito visitados, como a transição do Estado Liberal ao Estado Social e as funções estatais pensadas por Montesquieu em “O Espírito das Leis”, faz-se importante salientar, brevemente, – sobretudo pelo fato da violação à teoria da separação dos poderes ser uma crítica recorrente ao controle jurisdicional de políticas públicas – que as normas programáticas trazidas pelas constituições dirigentes tornaram indispensável um reexame da classificação tradicional dos poderes estatais. Isso porque, no modelo constitucional clássico, o poder supremo é sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais – Executivo e Judiciário – caberia a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio (COMPARATO, 2018, p. 182-183).

Quando a legitimidade do Estado passa a basear-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, conseqüentemente, dos poderes estatais, passa a ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental (COMPARATO, 2018, p. 183). Os cidadãos, dessa maneira, passam a ter o direito fundamental implícito e inerente ao adequado planejamento e execução de políticas públicas eficazes e efetivas.

Na estrutura do Estado dirigente, a lei perde sua majestade de expressão por excelência da soberania popular para transformar-se em um simples instrumento de governo (COMPARATO, 2018, p. 185). Assim, pode-se destacar que o estudo de Políticas Públicas avulta em importância no atual cenário brasileiro, primeiramente, pela imensidão de tarefas que foi cometida ao Estado com o advento da Constituição Federal de 1988 e, secundamente, pela enorme carga tributária impingida à cidadania com a intenção de subsidiar a realização destes objetivos sociais (FONTE, 2015, p. 37).

2.3 Objetivo central das Epistemologias do Sul e sua relação com o Direito

O objetivo central do estudo das Epistemologias do Sul (termo cunhado por Boaventura de Sousa Santos) é a superação do característico modelo de pensamento moderno ocidental (também chamado de “pensamento abissal” que, através de linhas imaginárias, divide o mundo e o polariza entre “Norte” e “Sul”, desvalorizando os conhecimentos do segundo e superdimensionando os do primeiro.

No que concerne ao Direito não é diferente⁸. Leis, decisões e jurisprudências, muitas vezes,

⁸ Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos argumenta que: “Em cada um dos dois grandes domínios — a ciência e o direito — as divisões levadas a cabo pelas linhas globais são abissais no sentido de que eliminam definitivamente quaisquer realidades que se encontrem do outro lado da linha. Essa negação radical de copresença fundamenta a afirmação da diferença radical que deste lado da linha separa o verdadeiro do falso, o legal e o ilegal. O outro lado da linha compreende uma vasta gama de experiências desperdiçadas, tornadas invisíveis, assim como seus autores, e sem uma localização territorial fixa. Na verdade, como já aponte, existiu originalmente uma localização territorial, a qual

são inspiradas no saber produzido nos países do Norte Global, enquanto as experiências de outros países do chamado “Sul Global” são invisibilizadas ou desconsideradas.

Em outras palavras, esse modelo “universal” de pensamento moderno ocidental parte de uma lógica de exclusão, na qual não há possibilidade de copresença dos dois lados da linha, sacrificando uma parte da humanidade para que a outra se afirme enquanto universal (SOUSA SANTOS, 2019, p. 39).

2.4 As Epistemologias do Sul enquanto recorte metodológico para o estudo dos processos estruturais no Sul Global

Segundo Boaventura de Sousa Santos et al.(2016, p. 15), a hegemonia continuada dos padrões econômicos, sociais, culturais e políticos tem sustentado um discurso de ausência de alternativas, usualmente envolto num pessimismo conformado. O desaparecimento ou subalternização de saberes produzidos no “Sul Global” significa que as experiências vivenciadas nos países que se encaixam nessa categoria não são consideradas formas compreensíveis ou relevantes de ser e estar no mundo, sendo consideradas, nesse sentido, epistemologias “outras”, declaradas como não existentes ou ignoradas e esquecidas (SOUSA SANTOS, 2008, p. 7)

As Epistemologias do Sul, nesse sentido, apresentam-se enquanto uma possível proposta de expansão da imaginação política que vai além daquela de matriz do Norte Global, bem como enquanto uma possibilidade de repensar o mundo a partir de saberes e práticas do Sul Global, delineando novos mapas que comportam o que foi excluído por uma história de epistemicídio (sendo compreendido como a supressão destruidora de alguns modelos de saberes locais em nome de desígnios colonialistas) (SOUSA SANTOS et al., 2016, p. 15).

O conceito de “Sul” não diz respeito exatamente a uma questão geográfica. É uma metáfora para representar o sofrimento humano em países das regiões periféricas e semiperiféricas do sistema-mundo moderno (que após a Segunda Guerra Mundial foram denominadas de “Terceiro Mundo”), ocasionado pelo colonialismo, pelo capitalismo e pelo patriarcado e, também, uma forma de apresentar resistência a esses modos de opressão (SOUSA SANTOS, 2010, p. 79). Isso porque, na dor e na luta, desigualmente distribuídas pelo mundo, podem ser encontrados diversos conhecimentos invisibilizados e desperdiçados pela modernidade.

Estudar o Sul Global, nesse sentido, destaca novos horizontes de pesquisa que, por muito tempo, foram escanteados e desmerecidos, denunciando o falso universalismo e mostrando que este

coincidiu historicamente com um território social específico: a zona colonial.Tudo o que não pudesse ser pensado em termos de verdadeiro ou falso, de legal ou ilegal, ocorria na zona colonial. A esse respeito, o direito moderno parece ter alguma precedência histórica sobre a ciência na criação do pensamento abissal. De fato, foi a linha global que separava o Velho Mundo do Novo Mundo que tornou possível a emergência, deste lado da linha, do direito moderno e em particular do direito internacional moderno” (SOUSA SANTOS, 2010, p.73).

existe “(...) como pluralidade de explorações universais alternativas, parciais e competitivas, todas elas ancoradas em contextos particulares; e a ecologia das produtividades recupera os sistemas alternativos de produção que o capitalismo ocultou” (SOUSA SANTOS et al., 2016, p. 17).

Assim, um ponto de partida essencial nesta proposta epistemológica é a ciência de que todos os saberes são incompletos, havendo a necessidade de se explorar as pluralidades, assim como a interação e a complementaridade entre saberes científicos e saberes “não científicos” (SOUSA SANTOS et al., 2016, p. 18).

A proposta de “Sul Global” e “Norte Global”, portanto, não visa substituir um processo construído de “cima pra baixo” por um “de baixo pra cima”, mas, tão somente, estabelecer uma meta de criação de relações não hierárquicas entre saberes⁹. As Epistemologias do Sul, portanto, surgem como uma proposta epistemológica subalterna, “(...) insurgente, resistente, alternativa contra um projeto de dominação capitalista, colonialista e patriarcal que continua a ser, hoje, um paradigma hegemônico” (SOUSA SANTOS et al., 2016, p. 18).

Na gênese da concepção de “Sul Global” encontra-se a ideia-chave de que “não há justiça global sem justiça cognitiva global” (SOUSA SANTOS et al., 2016, p. 18), ou seja, as hierarquias do mundo só serão, de fato, postas em xeque, quando os conhecimentos e experiências do Sul e do Norte passarem a ser discutidas a partir de relações horizontais e sem que as narrativas do Sul estejam sujeitas à extenuante posição de reação, ou seja, “a periferia que reage ao centro, o tradicional que reage ao moderno, a alternativa que reage ao cânone” (SOUSA SANTOS et al., 2016, p. 18).

As Epistemologias do Sul existem porque existem Epistemologias do Norte que se presumem universais e hegemônicas, havendo a necessidade de contraposição destas ideias por meio do reconhecimento de uma ampla variedade de epistemologias.

No que concerne ao presente trabalho, não se pretende com esse recorte estabelecer premissas gerais para o “Sul Global”, pois entende-se que a diversidade dos países encaixados nessa categoria é diversa e infinita, de modo que nenhuma teoria geral poderia captá-las¹⁰. Objetiva-se, tão somente, realizar um estudo acerca de países que, muitas vezes, não são tratados como foco das pesquisas

⁹ Boaventura de Sousa Santos (2010, p.84) argumenta, nesse sentido, que: “(...) ficamos com a ideia de que o pensamento abissal continuará a autorreproduzir-se — por mais excludentes que sejam as práticas que origina — a menos que se defronte com uma resistência ativa. Assim, a resistência política deve ter como postulado a resistência epistemológica. Como foi dito de início, não existe justiça social global sem justiça cognitiva global. Isso significa que a tarefa crítica que se avizinha não pode ficar limitada à geração de alternativas: ela requer um pensamento alternativo de alternativas. É preciso um novo pensamento, um pensamento pós-abissal.”

¹⁰ Isso porque “(...) As realidades que são hoje designadas como pós-coloniais não podem ter como referencial uma bitola única. A diversidade da “América Latina” é distinta da que ocorre na África ou nos contextos europeus. E, dentro de cada um destes macrocosmos existe uma infinidade de microcosmos, todos infinitamente distintos entre si. Contudo, se esta diferença espaço-temporal apela para a diferença dentro do Sul, a experiência colonial comum permite a constituição de um Sul Global, onde a condição pós-colonial se impõe cada vez mais na análise e caracterização das condições políticas específicas. A presença de diferentes lógicas e diferentes formas de pensar exige a possibilidade de diálogo e de comunicação entre culturas. A tradução intercultural, como proposta metodológica, revela o Sul Global como um conjunto de epistemologias, extremamente dinâmicas. Novos actores, novas experiências têm vindo a ser reveladas e discutidas, alargando a base dos debates produzidos pelas críticas da modernidade à herança colonial.” (SOUSA SANTOS, 2008, p.7).

comparativistas, especialmente, quando a temática são os “processos estruturais” que têm como berço os Estados Unidos.

Estudar esses processos no Sul Global permite que experiências de países que têm uma história interconectada com o colonialismo, o neocolonialismo e uma estrutura social e econômica com grandes desigualdades em padrões de vida e acesso a recursos sejam levadas em consideração enquanto experiências ricas e promissoras, bem como que os saberes produzidos acerca da temática adequem-se às reais necessidades e realidades político-institucionais de países que enfrentam contextos relativamente parecidos.

2.5 Direitos sociais como direitos exigíveis e a desmistificação do custo dos direitos

Embora as constituições do Sul Global, fiéis ao arranjo institucional da terceira onda de (re)democratização, tenham optado, em sua grande maioria, pela positivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, discutiu-se por muito tempo a possibilidade de acionar a via judicial para assegurar seu cumprimento em caso de inércia ou omissão das instâncias majoritárias. Os debates ocorreram em detrimento da natureza desses direitos, tendo em vista que sua efetivação demanda prestações positivas por parte do Estado, o que, na maioria dos casos, acarreta um dispêndio considerável de recursos do erário público, cuja gestão, a priori, compete aos Poderes Legislativo e Executivo (LIMA; FRANÇA, 2020, p.49).

Nesse sentido, Hirschl (2020, p.222) expõe que:

Estudiosos da linha conservadora ou libertária argumentam que os direitos econômicos não são em absoluto direitos humanos, pois não são universais, não possuem mais relevância que os demais e correspondem a uma categoria confusa. Também se argumenta que eles são de difícil implementação, custam demais e, mais importante, implicam uma redistribuição fundamental de bens, ignorando que sobre tais bens possam já existir direitos de propriedade de uma série de pessoas. Mesmo constitucionalistas proeminentes de esquerda, como Ronald Dworkin e Michael Zander, lançam o argumento consequencialista de que direitos econômicos, sociais e culturais não devem constar de catálogos constitucionais de direitos. De acordo com tais autores, seria impossível um acordo quanto a uma relação de direitos de segunda e terceira gerações, porque as concepções das pessoas sobre o que constituiria uma vida saudável e decente são na realidade diferentes entre si, resultando, por exemplo, na oposição esquemática entre o direito ao mínimo existencial e o direito a padrões de vida substancialmente mais altos.

Os DESC se distinguiriam dos direitos civis e políticos (primeira geração) porque estes teriam um caráter meramente negativo, sendo facilmente asseguráveis e exigíveis, enquanto aqueles se caracterizariam por obrigar o Estado a fornecer prestações materiais e, portanto, estariam vinculados a contingências econômicas e financeiras, em contextos de disputas alocativas de recursos. Consideradas as dificuldades para sua implementação, estes direitos representariam princípios gerais ou cláusulas programáticas, ficando relegados ao alvedrio legislativo e executivo. E, em virtude de sua dimensão coletiva, não poderiam ser tutelados pelos órgãos jurisdicionais (LIMA; FRANÇA, 2020, p. 49).

Para Victor Abramovich e Courtis (2002, p. 191), estes argumentos têm como base uma

visão distorcida e “naturalista” do papel e do funcionamento da máquina pública, que coincide com a posição de um Estado Mínimo, restrito à garantia de justiça, segurança e defesa. Contudo, existe uma série de obrigações positivas que representam condições necessárias para o exercício pleno das liberdades individuais, vinculadas à manutenção das instituições políticas, judiciais, sociais. Assim, pode-se até reconhecer que, de fato, a faceta mais visível dos direitos econômicos e sociais é representada pelas obrigações de fazer, mas que uma observação mais cautelosa da estrutura destes direitos demonstra, também, a existência concomitante de obrigações “negativas”. Isso porque, direitos de segunda geração, tais quais o direito à saúde e à educação, por exemplo, compreendem, além do viés prestacional a obrigação - por parte do Estado - de não prejudicá-los (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 197-198)¹¹.

De outra ponta, direitos civis e políticos são também direitos positivos prestacionais. O direito de propriedade, por exemplo, não demanda apenas a ausência de interferências arbitrárias por parte do Estado, mas exige prestações públicas onerosas, com a criação e salvaguarda de múltiplos “tipos de registro à criação e manutenção de forças de segurança e órgãos jurisdicionais que possam garantir o cumprimento dos contratos que envolvem a propriedade” (SCHWARZ, 2017, p. 17). Igualmente, o direito político de voto envolve uma estrutura ampla e dispendiosa (sistema de urnas e cédulas eleitorais, mecanismos de contagem e recagem de votos, órgãos jurisdicionais e outros); a aplicação e preservação dos direitos de propriedade demanda a manutenção de um registro detalhado e um aparato de proteção, ambos tradicionalmente financiados com recursos públicos; e a garantia de padrões mínimos do direito ao devido processo legal, como o direito a advogado ou o direito à duração razoável do processo, também exigem um financiamento público significativo (HIRSCHL, 2020, p. 225)¹².

Existe, portanto, uma relação imbricada entre os direitos de primeira, segunda e terceira geração, o que faz com que as afirmativas de que “direitos sociais são direitos custosos” e “direitos individuais são direitos gratuitos” sejam analisadas com cautela¹³¹⁴. A hipótese de que somente os

¹¹ Ainda nessa senda, Hirschl (2020, p.223) argumenta que um dos argumentos utilizados pelos defensores dos direitos coletivos a prestações positivas do Estado é o “argumento das necessidades básicas”, que sugere que “(...) ninguém pode usufruir completamente ou exercer qualquer dos direitos negativos clássicos (...) de forma minimamente significativa, se lhe faltarem os meios essenciais para uma vida saudável e digna”.

¹² “(...) muitos outros direitos aparentemente negativos não existiriam se o governo fosse incapaz de cobrar os impostos necessários para codificá-los, protegê-los e aplicá-los. Portanto, o gasto de recursos coletivos é necessário para proteger os direitos negativos e positivos.” (HIRSCHL, 2020, p.225).

¹³ Nesse sentido: “É inadmissível que continuem a ser negligenciados em nossa parte do mundo, como o têm sido nas últimas décadas, os direitos econômicos, sociais e culturais. O descaso com estes últimos é triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais. Não pode haver Estado de Direito em meio a políticas públicas que geram a humilhação do desemprego e o empobrecimento de segmentos cada vez mais vastos da população, acarretando a denegação da totalidade dos direitos humanos em tantos países. Não faz sentido levar às últimas consequências o princípio da não-discriminação em relação aos direitos civis e políticos, e tolerar ao mesmo tempo a discriminação como “inevitável” em relação aos direitos econômicos e sociais. A pobreza crônica não é uma fatalidade, mas materialização atroz da crueldade humana. Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. Não há como dissociar o econômico do social e do político e do cultural.” (CANÇADO TRINDADE, 1997, p.170)

direitos sociais acarretariam gastos aos cofres públicos foi falseada com a publicação de “*The Cost of Rights*”, obra na qual Holmes e Sunstein defendem em suma: 1) que os direitos – de qualquer geração – custam dinheiro e 2) que a efetivação de todos os direitos depende do uso do tesouro público. Assim, a hipótese de que existem direitos sem custos ou de que existem direitos que são eficazes sem a realização de alguma atividade estatal, é falsa, de forma que o orçamento público é peça chave na concretização dos direitos de qualquer espécie. Direitos individuais estabelecem, mesmo reflexamente, deveres não só negativos como também positivos para o Estado.

Se todos os direitos comportam uma dimensão distributiva, cuja satisfação demanda múltiplos recursos financeiros e humanos, a problemática não se refere apenas à garantia de direitos “caros”, mas a decidir como e com que prioridade serão alocados os recursos disponíveis e necessários para sua concretização. Reconhecer que direitos – sociais ou não – só existem onde há fluxo orçamentário que viabilize a sua concretização (HOLMES; SUNSTEIN, 2000) é o primeiro passo para entender a necessidade de um exercício responsável de todos os agentes públicos, inclusive dos magistrados que lidam rotineiramente com a judicialização de demandas de cunho prestacional.

A consequência direta dessa visão sobre todas as gerações de direitos prescindirem de receita para a sua concretização põe em xeque um dos questionamentos mais presentes na judicialização dos DESC, visto que, ao decidir acerca dos direitos de primeira geração, ao contrário do que pode parecer, o Judiciário também está participando ativamente do processo de alocação de recursos públicos (que podem ser mais ou menos caros que os direitos prestacionais a depender da situação). Parece controverso, nesse sentido, o fato de que a justiciabilidade de direitos negativos, em geral, não é questionada.

No cenário brasileiro, a Constituição de 1988 consagrou em seu texto direitos sociais que gozam de aplicabilidade imediata, dando ao Poder Judiciário a possibilidade de interferir em casos concretos a fim de garantir a guarda da Constituição. De certa forma, negar que as metas sociais, econômicas e políticas inseridas da norma suprema da comunidade não possam ser exigidas no Poder

¹⁴ Nesse sentido, Jane Reis (2015, p.2090) destaca que “Se, de um lado, é verdade que os direitos sociais funcionam predominantemente como direitos de crédito em face do Estado, de outro, é reducionista e simplista a visão de que os direitos de liberdade reclamam meras abstenções. As modalidades de comportamento que os variados direitos exigem do Estado e de terceiros comportam variações tipológicas e de gradação, mas todos os direitos são multifuncionais, reclamando tanto abstenções como ações positivas para serem efetivados. Com efeito, nenhum direito pode ser assegurado sem a montagem de estruturas institucionais e sem o dispêndio de recursos materiais. Para tutelar as várias liberdades e proteger os bens jurídicos a elas atrelados, o Estado deve criar inúmeras salvaguardas legais e montar sofisticadas estruturas burocráticas que assegurem sua implementação (tais como a polícia, os tribunais e agências de fiscalização). Os direitos políticos, por sua vez, também apresentam uma estrutura complexa. Encerram o dever do Estado de abster-se de obstruir a participação no processo político e, ao mesmo tempo, pressupõem a criação de órgãos e procedimentos que viabilizem a participação dos indivíduos na formação da vontade estatal. Quanto aos direitos sociais, embora tenham como nota característica o fato de reclamarem variadas ações positivas do Estado, também possuem uma dimensão negativa. O direito à saúde, por exemplo, encarta a exigência de que o Estado se abstenha de promover políticas lesivas à saúde dos cidadãos. O direito à educação, por seu turno, pressupõe que o Estado não crie obstáculos irrazoáveis no acesso aos bens culturais, bem como o direito à moradia interdita a adoção de políticas urbanas que representem a remoção arbitrária de habitantes de comunidades estabelecidas.”

Judiciário em situação de omissão da Administração Pública ou do Poder Legislativo, significaria dar um passo para trás em relação às conquistas da Constituição Cidadã, que muito insistiu na efetividade das normas constitucionais. Ademais, a utilização do Judiciário enquanto arena de deliberação pode ser estratégica ao evitar a exclusão de determinados grupos minoritários ou vulnerabilizados, ampliando o direito de participação popular em questões que lhe afetam diretamente.

Apesar disso, em um cenário de múltiplas necessidades sociais, recursos finitos e tributação constitucionalmente limitada, resta clara a impossibilidade de concretizar integralmente, com o orçamento público, todos os pleitos derivados dos direitos socioeconômicos e culturais através, somente, da microjustiça – com a qual o Poder Judiciário lida diariamente –, razão pela qual a via jurisdicional e o acionamento do sistema de justiça, em geral, são apenas caminhos que podem viabilizar – a depender do contexto político e da disposição dos atores constitucionais e sociais de dialogar e coordenar esforços comuns a fim de atingir um mesmo objetivo – transformações sociais.

2.6 Capacidades Institucionais: a excessiva abstração filosófica, o institucionalismo estereotipado e o institucionalismo assimétrico

Não obstante os direitos sociais enfrentarem questões de cunho filosófico (quando questiona-se se estes seriam, verdadeiramente, direitos fundamentais) e normativo (os direitos sociais são direitos exigíveis?), a ideia de Estado Social atrela-se à superação do individualismo de cariz liberal em favor de uma visão do direito mais comprometida com as condições sociais dos menos favorecidos e/ou economicamente hipossuficientes. Em sociedades que adotam constituições programáticas – típicas dos países integrantes do Sul Global – o texto sempre formulará pretensões relativamente à agenda institucional. Logo, além de limitar o Estado, constituições que se encaixam na referida classificação demandam algum tipo de ação governamental para a sua concretização, como no caso da atual Carta brasileira.

Na esteira da denominada “revolução dos direitos”, (EPP, 1998, p. 30) a percepção das instituições representativas como canais deficientes para viabilizar as demandas dos grupos vulnerabilizados apresenta-se como um dos pilares centrais do pensamento firmado nas democracias consolidadas após a terceira grande onda de redemocratização entre os anos 70 e 90. Como dito anteriormente, nesse período, verificou-se uma tendência de adoção de constituições analíticas e detalhadas, cujo conteúdo abarca um amplo campo das relações sociais, reduzindo a margem de discricionariedade das instâncias majoritárias, pela previsão de extenso catálogo de direitos e vinculação das estruturas e regras de funcionamento dos aparatos estatais constitucionais (LANDAU, 2012, p. 159). Essa estrutura normativa, atrelada à baixa efetividade dos compromissos substantivos, deflagrou um processo de intensa judicialização das demandas sociais nesses países (VALLE, 2016, p. 15). Desse modo, o Poder Judiciário – especialmente os tribunais encarregados do controle de

constitucionalidade – passou a operar em contextos políticos disfuncionais nos quais, não raramente, existe uma grande dificuldade na implementação de direitos prestacionais pela falta de recursos orçamentários estatais ou por circunstâncias de bloqueios institucionais.

Assim, por questões inerentes ao jogo democrático, verificou-se que podem existir cenários de bloqueios institucionais em que debates políticos tenham início no Poder Judiciário (LIMA; FRANÇA, 2020, p. 50). Isso, entretanto, não desconfigura ou desnatura o processo de tomada de decisão, mas, tão somente, garante que, num cenário no qual as melhores alternativas não estão disponíveis, as alternativas subsequentes podem servir como um “pontapé inicial” em questões que dizem respeito diretamente à violação de direitos fundamentais.

Não obstante o referido entendimento, muitos juristas, não ocasionalmente, estão inclinados à ideia da judicialização como meio preferido para obter uma reforma no sistema jurídico e, conseqüentemente, cultivam uma visão otimista e até mesmo utópica do potencial transformador da função contramajoritária. Segundo Sunstein e Vermeule (2003), isso ocorre porque alguns estudiosos costumam questionar como um determinado texto jurídico pode ser melhor interpretado ao invés de como os juízes reais podem e devem interpretá-lo, esquecendo do contexto fático em que os juízes estão inseridos e das limitações práticas próprias da função jurisdicional.

Assim, Vermeule (1974) dispõe que a “cegueira institucional” – ou seja, a desconsideração pela real capacidade das instituições – que marca algumas obras doutrinárias podem assumir três modalidades: 1) a excessiva abstração filosófica, despreocupada com as instituições concretas que compõem a sociedade (como, por exemplo, o juiz Hércules de Dworkin); 2) o institucionalismo estereotipado que assume visões abstratas e irreais das instituições públicas (como, por exemplo, a ideia de que o parlamento traduz fielmente a vontade do povo); e 3) o institucionalismo assimétrico, na qual a sociedade assume uma visão preconceituosa e negativa de uma ou algumas instituições (em geral, no Brasil, da Administração Pública e do Poder Legislativo), e uma visão fantasiosa e excessivamente otimista em relação a outros (papel que é frequentemente ocupado pelo Poder Judiciário no cenário pátrio, sobretudo, após a promulgação da Constituição de 1988), o que acaba por mascarar as reais potencialidades das instituições.

A variedade de instituições previstas constitucionalmente tem o escopo de não deixar o texto constitucional tornar-se obsoleto ao longo do tempo e não permitir que uma delas tenha o monopólio constitucional. Assim, as instituições podem se articular em um processo simultaneamente competitivo e colaborativo a fim de atender aos objetivos centrais do Estado Democrático de Direito. Essa visão mostra-se adequada em um contexto institucional de respeito mútuo entre os poderes, no qual o papel dos atores constitucionais não precisa ser representado de forma estanque.

O presente trabalho, portanto, com o intuito de desmistificar o viés juriscêntrico na temática dos DESC, busca averiguar as vantagens de uma atuação interinstitucional (através de um modelo de

decisão compartilhada), defendendo, ademais, a possibilidade da intervenção jurisdicional na concretização de direitos socioeconômicos e culturais através de um ativismo judicial contingencial de faceta dialógica e apresentando como limite a incapacidade de, sozinho, o Poder Judiciário executar suas decisões e, conseqüentemente, viabilizar transformações sociais materiais (e não somente simbólicas).

O controle de constitucionalidade para garantir direitos socioeconômicos e culturais é salutar quando exercido de maneira ponderada e racional, não devendo converter-se em instrumento de arbítrio ou muito menos implicar na derrocada dos sistemas públicos, afinal, existe uma relação intrínseca entre o Estado e as políticas públicas, pois a execução geral dessas depende de gastos públicos. Logo, é no processo político-jurídico de definição do dispêndio público que se encontra a gênese das políticas públicas (FONTE, 2015, p. 54). É nas leis orçamentárias, nas diretrizes orçamentárias e nos planos plurianuais, todos de iniciativa exclusiva do Poder Executivo e, posteriormente, aprovadas pelo Poder Legislativo, o ponto de partida das políticas públicas. Outra questão a ser levada em consideração é que a definição das prioridades da Administração Pública é, naturalmente, um processo político que deve ser executado pelos agentes de cúpula como presidente, governadores e prefeitos, assim como legisladores (FONTE, 2015, p. 54).

A democratização do processo de transformação social através das decisões dialógicas coaduna-se com um dos conceitos mais amplos de democracia, que contempla as liberdades de contestação e de participação política, de modo que, quanto mais amplo o espaço para contestar o regime, mais liberalizado e competitivo ele se torna, ao passo que, quanto maior a possibilidade de participação, mais inclusivo será o governo. Se o governo for inclusivo e liberalizado, concomitantemente, será também democrático.

Por fim, vale ressaltar que as possibilidades de controle judicial de políticas públicas são praticamente infinitas, de forma que o presente estudo não conseguiria retratar todas as variáveis que a temática comporta. Os apontamentos aqui presentes, dessa forma, têm um intuito, exclusivamente, de contribuir – ainda que de maneira singela – para com as discussões acerca da temática, utilizando, mais adiante, o recorte do controle judicial de políticas públicas em casos estruturais de interesse público.

2.7 Objeções ao controle judicial de políticas públicas

Investigar os limites da atuação jurisdicional em litígios estruturais de interesse público é tentar dizer até onde o Judiciário deve ir (respeitando ao princípio da separação dos poderes) e até onde o Judiciário consegue ir (sem comprometer a eficácia da decisão em detrimento da sua falta de *expertise* para tratar de determinadas matérias).

Em casos estruturais de interesse público, com o objetivo de chegar a pautas regulatórias em

situações complexas e possibilitar cenários nos quais suas decisões não figurem como mero “*paper victory*” (YOUNG, 2012, p. 12), os juízes (cortes ou tribunais) são classificados enquanto “ativistas”, expressão utilizada, como visto anteriormente, com um cunho pejorativo (ao menos nesses casos).

Diante desse cenário, poderia questionar-se, a partir de uma perspectiva normativa e até mesmo pragmática, se o ideal não seria que juízes ficassem adistritos ao exercício da jurisdição tradicional (que o processo, usualmente, entende enquanto o mais adequado), uma vez que a relação entre litígios que envolvem uma alta carga de complexidade e o Poder Judiciário que possui, a priori, uma visão micro, é consideravelmente controvertida.

O presente tópico buscará enfrentar as principais objeções suscitadas em relação à temática. Algumas das críticas – ou parte delas – serão refutadas e/ou afastadas. Nos pontos em que se mostrarem irrefutáveis, entretanto, serão devidamente incorporadas no modelo de demandas estruturais proposto no capítulo três.

2.8 Objeções de ordem democrática: violação à separação de poderes?

Parte das críticas à atuação jurisdicional no controle de políticas públicas gira em torno de uma suposta “violação” à teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu, uma vez que a função do Poder Judiciário, nessas hipóteses, estaria adentrando no campo das instâncias majoritárias. As objeções de ordem democrática, nesse sentido, independem de grande ônus argumentativo aos que a defendem, pois existe uma relação óbvia entre Legislativo e Democracia – porque o desenho institucional do primeiro corrobora com seu caráter democrático à medida que seus membros são eleitos (representação da vontade popular) e suas decisões tomadas através de maiorias (recurso procedimental que promove a igualdade formal) –, e, no mesmo sentido, uma relação clara entre o Poder Executivo, a vontade do povo e o orçamento público.

Tem-se a premissa de que desacordos sobre a implementação dos ideais públicos – próprios de sociedades democráticas – demandam como meio institucional adequado para a sua solução, a forma republicanamente designada para tal mister: a legislativa e a executiva, pois através dos parlamentos e membros do Executivo, tanto a vontade popular quanto a igualdade política estariam garantidos. A judicialização de políticas públicas, nessa linha, seria uma distorção do desenho republicano.

Um dos argumentos mais incisivos nesse sentido, é o de Jeremy Waldron em “*Law and disagreement*” (2004) e “*The core case against judicial review*” (2006). Na primeira obra, o autor argumenta que, ao se deparar com a pergunta sobre quem deve definir os direitos dos indivíduos, a resposta é que as próprias pessoas envolvidas o façam, mediante o exercício do igual direito de participação no processo político que se desenvolve no Congresso ou no parlamento (WALDRON, 2004, p. 239). Dessa forma, a garantia dos direitos por meio do “entrincheiramento constitucional” e

do controle judicial não seria um critério de autoridade legítimo e válido para decidir essas questões; seria, ao contrário, um mecanismo antidemocrático de resolução de disputas que deveria ser substituído pelos mecanismos democráticos majoritários (WALDRON, 2004, p. 239-243).

Segundo Waldron, isso justifica-se porque, no âmbito das teorias da justiça, os indivíduos sempre irão divergir acerca do conteúdo dos direitos, o que torna o critério do melhor argumento ou da verdade sobre o conteúdo do direito insuficiente para a resolução de disputas que envolvem essas questões (WALDRON, 2004, p. 241).

Por outro lado, uma teoria da autoridade para a definição de direitos que dependa exclusivamente dos resultados obtidos – se eles são bons ou ruins – está fadada a falhar. Dessa forma, o autor conclui que a melhor alternativa para a solução de conflitos acerca de direitos seria o estabelecimento de um procedimento democrático, fundado no princípio da representação majoritária e no reforço da participação e autonomia das pessoas, que admitisse resultados impostos por uma fonte legítima de autoridade e poder: o próprio povo por meio de seus representantes (WALDRON, 2004, p. 241).

Na segunda obra mencionada, o autor sustenta, mais uma vez, que o poder que detém legitimidade para representar os interesses da população na tomada de decisões é o Legislativo, acrescentando que, a despeito dos resultados gerados pelas decisões judiciais que intervêm em políticas públicas, o Judiciário não tem legitimidade democrática para assim proceder. Esse exercício, para o autor, é injusto – ainda que os seus resultados se revelem interessantes – pelo simples fato de que o meio empregado para a tomada de decisões não é democrático (WALDRON, 2006, p. 1376-1386).

A teoria Waldron, entretanto, pressupõe a existência de um cenário no qual: a) as instituições democráticas estejam em bom funcionamento; b) haja um conjunto de instituições judiciais em bom funcionamento, em bases não representativas, para conhecer demandas individuais e resolver disputas com bases no princípio da supremacia da lei; c) um comprometimento da maioria da sociedade com os direitos individuais e das minorias; e d) a persistente e substancial discordância das pessoas acerca da definição e conteúdo dos direitos (WALDRON, 2006, p. 1357).

Percebe-se, dos requisitos estabelecidos pelo autor, que sua teoria parte da premissa de um nível de funcionamento ótimo do Poder Legislativo e instituições democráticas, deixando de considerar questões práticas como, por exemplo: o *déficit* de representatividade e de atuação do referido poder; a omissão deste no tratamento de assuntos relevantes – e, muitas vezes, de alto custo político –; a postura passiva não raramente adotada e a demora – por vezes deliberada – no enfrentamento de questões que dizem respeito ao núcleo mínimo dos direitos fundamentais; a influência do poder econômico; a sobrerepresentação dos grupos hegemônicos e a subrepresentação das minorias (DANTAS, 2019, p. 76).

A crítica também ignora o fato de que nem todas as matérias decididas judicialmente são, de fato, objeto de amplo debate político no parlamento ou estão dentro daquilo que é negociável ou transigível. Em questões que envolvem, por exemplo, grupos vulnerabilizados que não gozam de nenhum prestígio (como os presidiários), não parece haver interesse das instâncias majoritárias em mudar a situação que viola os direitos fundamentais desses grupos, sendo interessante a possibilidade de recorrer ao Judiciário como possível fonte de “desbloqueio” da inércia ou omissão destas.

Isso não quer dizer que a sentença judicial vá, de fato, mudar a realidade social. Pode ser que obtenha-se algum efeito positivo da interferência judicial no caso, da mesma forma que pode ocorrer desta não provocar transformação alguma. Mas, havendo a possibilidade de conseguir algum progresso por meio da via judicial, parece válida a tentativa de canalizar demandas que não são devidamente representadas no processo político ordinário.

Em contextos de escassez de recursos e de assunção pelo Estado de um conjunto expressivo de responsabilidades, as maiorias de cada momento terão que escolher em que e quando gastar, além de definir de onde virão os recursos financeiros necessários para esse desiderato (ou seja: deparam-se com o problema de fazer escolhas alocativas sobre recursos escassos). A intervenção judicial, nessas circunstâncias, justifica-se na ocasião de grupos vulnerabilizados não terem a oportunidade de ver seus interesses jusfundamentais atendidos pelo processo político majoritário, de forma que ao tratar de problemas sociais enquanto problemas jurídicos, as Cortes Constitucionais acabam transformando-os em um “assunto de Direito”. Esse aspecto mostra-se relevante, sobretudo, quando há a necessidade de que determinado tema ganhe visibilidade e seja tratado com urgência.

Cortes são atores políticos com considerável influência nas regras do jogo democrático, de forma que mais frutífero que os debates travados acerca da (i)legitimidade da sua atuação, são as discussões acerca de caminhos que possam construir mecanismos de decisões cooperativas. Para compreender, de fato, os impactos dessa interferência é necessária uma abordagem multidimensional, que olha “(...) para além do resultado material e busca mudanças na jurisprudência, nas práticas institucionais, nas atitudes e nos discursos” (OSORIO, 2019, p. 589).

A mudança, nessas circunstâncias, pode ser acelerada ou retardada por uma série de fatores, “especialmente os relacionados às interações entre litigantes, vítimas, ativistas e organizações representativas” (OSORIO, 2019, p. 589), de forma que avaliar esses efeitos é uma tarefa complexa, posto que múltiplos fatores podem moldar as percepções dos resultados, tais como o decurso do tempo e a perspectiva dos litigantes e das vítimas (OSORIO, 2019, p. 590).

Existe uma literatura acadêmica interdisciplinar sobre a relação entre tribunais e transformações sociais. Esses trabalhos oferecem uma estrutura conceitual e metodológica útil para avaliar os efeitos das diferentes ondas de processos judiciais e ativismo judicial nos direitos socioeconômicos. Sob diferentes pontos de vista, esses estudos fizeram contribuições teóricas e

avaliaram empiricamente os resultados da “revolução dos direitos” e da correspondente “juristocracia” representada pela crescente intervenção de juízes em situações políticas e sociais fundamentais (GARAVITO, 2013, p. 7).

Segundo Garavito (2013, p. 5), os estudos de impacto das decisões judiciais são divididos em dois grupos, a depender do tipo de efeitos nos quais estão concentrados. Alguns autores dirigem sua atenção aos efeitos diretos e visíveis das decisões. De uma perspectiva neorrealista – que considera a lei como um conjunto de normas que configura o comportamento humano – essa corrente aplica um teste estrito de causalidade para avaliar os efeitos de intervenções judiciais: uma sentença é eficaz quando produz uma mudança observável no comportamento das pessoas às quais é dirigida diretamente (GARAVITO, 2013, p. 8).

Por outro lado, existem autores inspirados na concepção construtivista das relações entre direito e sociedade que criticam os neorrealistas por se concentrarem apenas nos efeitos diretos e materiais das decisões judiciais. Segundo esses críticos – que ampliam a variedade de estratégias de investigação ao incluírem técnicas qualitativas para averiguar os impactos das sentenças estruturais – as decisões judiciais e a lei produzem transformações sociais não apenas quando causam mudanças no comportamento de grupos e indivíduos diretamente afetados pelo caso, mas também quando produzem transformações indiretas nas relações sociais ou quando modificam as percepções de atores sociais. Assim, mesmo quando as decisões judiciais em casos estruturais, por exemplo, não viabilizam de forma imediata uma transformação social, podem ser importantes para redefinir os termos das lutas imediatas e de longo prazo entre os grupos sociais (GARAVITO, 2013, p. 9).

Determinadas decisões judiciais, dessa forma, podem produzir efeitos materiais ou simbólicos. A primeira categoria refere-se a mudanças tangíveis no comportamento de grupos ou indivíduos. A segunda, por sua vez, consiste nas mudanças de ideias, percepções e concepções sociais coletivas relacionadas ao objeto em questão. Em termos de teoria social, implicam modificações culturais ou ideológicas em relação ao problema proposto pelo caso (GARAVITO, 2013, p. 11).

O autor aponta, ainda, que os efeitos materiais e simbólicos podem ser diretos ou indiretos. Os efeitos diretos incluiriam todas as ações ordenadas pelo tribunal que afetam os participantes do caso, sejam eles litigantes, beneficiários ou órgãos estaduais que recebem as ordens do tribunal. Os efeitos indiretos, em contrapartida, incluiriam todos os tipos de consequências que, sem serem estipuladas em ordens judiciais, seriam derivadas da sentença. Ou seja, são efeitos que não se limitam às partes, mas contemplam a coletividade como um todo (GARAVITO, 2013, p. 10).

Assim, os efeitos materiais diretos concentram-se, por exemplo, no desenho de políticas públicas conforme aquilo que foi previsto na decisão judicial, enquanto que os materiais indiretos podem funcionar no sentido de viabilizar a criação de coalizões ativistas para influenciar o problema

em questão. Por outro lado, os efeitos simbólicos diretos, a título de exemplo, podem ajudar na definição e percepção do problema enquanto questão atrelada à violação massiva de direitos fundamentais. Os simbólicos indiretos, por sua vez, ocorreriam quando, em decorrência da decisão, houvesse uma mudança da percepção pública acerca da urgência e gravidade do problema (GARAVITO, 2013, p. 10).

Enquanto os neorealistas se concentram em efeitos materiais diretos, como o cumprimento da sentença, os construtivistas consideram os quatro tipos de efeitos. Isso explica por que uma sentença pode ser considerada ineficaz para alguns críticos e eficaz para outros, na medida em que os segundos levam em consideração os impactos causados por um conjunto maior de efeitos.

Nesse sentido, destaca-se a importância que os efeitos simbólicos das sentenças judiciais podem ter em determinados contextos, pois provocam transformações não apenas quando causam mudanças no comportamento de grupos e indivíduos diretamente afetados pelo caso, mas também quando produzem transformações indiretas nas relações sociais ou ao modificarem as percepções de atores sociais acerca de uma determinada temática. Assim, mesmo quando a interferência judicial não provoca de forma imediata uma mudança social, pode ser importante para redefinir os termos das lutas imediatas e de longo prazo entre os grupos sociais (GARAVITO, 2013, p. 9).

Dando seguimento à linha de raciocínio aqui desenvolvida, acredita-se que a teoria da separação dos poderes possui duas funções precípuas, quais sejam: 1) a de evitar o potencial arbítrio que pode decorrer do acúmulo de poder na figura de um só indivíduo – ou seja: se as funções legislativa, executiva e jurisdicional estivessem nas mãos de um só titular, este seria conduzido, quase que automaticamente, ao abuso de poder¹⁵; 2) a de preconizar a especialização funcional das atividades estatais (função dita orgânico-funcional), de modo a prevalecer a competência técnica. Em outras palavras, separar as funções do Estado também tem como escopo racionalizar as atividades públicas, o que é consideravelmente relevante quando tomada em consideração a ampliação demasiada das tarefas do Estado nos últimos séculos (FONTE, 2015, p. 169)¹⁶.

Dessa forma, a possibilidade de interferência judicial em caráter excepcional talvez não deva ser enxergada como forma de descaracterização e/ou afronta à referida teoria, principalmente, porque entende-se que mesmo com a forte inclinação de alguns juristas à ideia da judicialização como meio

¹⁵ Assim, pode-se dizer que o escopo primário da teoria da separação dos poderes é o de viabilizar a realização do projeto democrático de autogoverno de um povo, protegendo-o contra a tirania de um soberano absoluto.

¹⁶ Ainda nesse sentido, Felipe Fonte (2015, p.167) entende que a teoria da separação dos poderes teria uma função extra: a de resguardar os direitos fundamentais. Assim, no exercício dessa tarefa, o autor enfatiza o papel do Poder Judiciário, que assume a função de julgar com independência os litígios que envolvem a sociedade e o Estado, “resguardando os direitos fundamentais das investidas ilícitas dos demais poderes”. Assim, a referida teoria assumiria a função de garantir o equilíbrio entre minorias e majorias na direção das decisões públicas, ora protegendo as minorias através da proteção do Poder Judiciário, ora evitando que qualquer órgão e/ou grupo de pessoas assumisse a condução das decisões públicas. Coaduna-se com o entendimento do autor no sentido de ressaltar a importância da função contramajoritária. Todavia, o presente trabalho não adota como pressuposto que o referido escopo seria, de fato, um dos objetivos primários da teoria mencionada.

preferido para obter uma reforma legal, cultivar uma visão excessivamente otimista e utópica do potencial transformador de decisões judiciais é esquecer que juízes, sozinhos, não possuem meios para efetivá-las. Entretanto, entende-se que a via jurisdicional (e o acionamento do sistema de justiça em geral) é um dos caminhos que podem viabilizar – a depender do contexto político e da disposição dos atores constitucionais e sociais de dialogar e coordenar esforços comuns a fim de atingir um mesmo objetivo – transformações sociais.

A litigância em âmbito judicial pode oferecer melhores resultados quando articulada com outras táticas políticas, sendo compreendida como parte de uma estratégia coordenada (SCHEINGOLD, 2004, p. 6) que ganha sentido, sobretudo, fora do sistema de justiça, em espaços societários que precisam ser fortalecidos (OSORIO, 2019, p. 578). As ações dos tribunais, dessa forma, são “(...) apenas um dos muitos tipos diferentes de recursos e constrangimentos que moldam os termos das lutas de poder entre grupos em conflitos” (MCCANN, 1994, p. 233). O desafio para a sociedade civil e para as entidades do sistema de justiça – que atuam com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – é definir o melhor conjunto de ferramentas que podem maximizar resultados na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais – inclusive na fase pré-processual –. Sob outro enfoque, a questão reside em saber como a politização da lei e do Judiciário nas democracias contemporâneas pode contribuir para que o litígio e a mobilização por direitos sejam, além de uma ferramenta legal, uma ferramenta política para a mudança social.

Uma outra característica que vale ser mencionada é a flexibilidade – comedida – da referida teoria, ou seja: seu caráter fluido que aponta para atribuições preferenciais, porém não exclusivas, de funções. Este ponto deve-se, sobretudo, à contribuição do direito norte-americano, no qual cunhou-se a noção de freios e contrapesos, com o objetivo de amenizar a rígida divisão de exercício das funções estatais, visto haver a necessidade de fiscalização e até de complementaridade entre os poderes (um claro exemplo dos reflexos dos freios e contrapesos no Brasil são as funções atípicas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário).

As questões que envolvem argumentos no sentido de violação à teoria da separação dos poderes surgem, em geral, quando existe mais de uma instituição governamental responsável por interpretar textos jurídicos e implementar decisão, tal como ocorre com as Cortes Constitucionais e outras instâncias, agências reguladoras, Administração Pública direta, autarquias etc. (FONTE, 2015, p. 170). Em suma: a divisão interna de poder político pode viabilizar, em momentos eventuais, a sobreposição de atribuições institucionais.

A temática do controle jurisdicional de políticas públicas, nesse seguimento, está sempre em pauta das discussões doutrinárias e acadêmicas. No Brasil, isso ocorre, particularmente, por diversos fatores, entre os quais: a) a possibilidade de submeter qualquer questão ao Poder Judiciário devido à cláusula do acesso à justiça; b) a expansão do rol de legitimados para provocar a jurisdição

constitucional concentrada, bem como a tutela coletiva de direitos – manejada pelo Ministério Público e outros atores constitucionais legitimados –; c) a possibilidade de que todos os juízes – mesmo os de primeiro grau – realizassem o controle de constitucionalidade das normas e atos administrativos; d) o fato da Constituição de 1988 ter estabelecido normas programáticas e abertas, deixando uma certa margem de discricionariedade a quem as interpreta.

Assim, não raramente, decisões judiciais tornaram-se capazes de antecipar questões que deveriam receber soluções coletivas pelas vias legislativas, relegando os procedimentos parlamentares tendentes à tomada de decisões públicas, os quais, visto demandarem a formação de maiorias cuja composição não é singela, são, necessariamente, mais vagarosos (FONTE, 2015, p. 172). A superação de mecanismos intersubjetivos de tutela jurisdicional, provenientes do processo civil clássico, trouxe a tona a possibilidade de que os juízes exercessem a tutela de interesses coletivos que, originariamente, eram confiados à Administração Pública. Décadas atrás, por exemplo, era inimaginável a ideia de um juiz singular poder determinar a construção de estabelecimentos públicos, tais como escolas, hospitais etc. (FONTE, 2015, p. 173).

Apesar dessa expansão do Poder Judiciário no atual contexto brasileiro (VIEIRA, 2008; VERBICARO, 2008; CARVALHO, 2004; LIMA 2014), entende-se que a via jurisdicional para o controle de políticas públicas deve ser uma alternativa excepcional.

2.9 Críticas à falta de expertise (capacidade institucional) do Poder Judiciário

Argumentos focados na capacidade institucional voltam sua análise ao exame de qual instituição teria maior efetividade no desenho e implementação de políticas públicas, a despeito de maiores questões principiológicas acerca do modelo republicano ideal e da possibilidade de distinção entre decisões políticas e jurídicas. Em outras palavras, as críticas ao controle judicial de políticas públicas que têm como pano de fundo a falta de capacidade institucional do Judiciário, centram-se não mais em questões principiológicas ou normativas, mas estritamente pragmáticas: ainda que juízes possam interferir em questões políticas através de suas decisões, são funcionalmente incapazes de deliberar adequadamente em razão de suas limitações institucionais.

Adrian Vermeule (2006, p. 1-2), nesse sentido, argumenta que teorias não consequencialistas e considerações abstratas sobre a função das instituições públicas (e seus respectivos comprometimentos para com a democracia) são pouco contributivos em termos de definição de seus papéis e, portanto, a “Teoria do Direito” não pode chegar a conclusões operacionais sobre como juízes, legisladores ou agências administrativas devem interpretar textos a menos que leve em consideração, empiricamente, a capacidade dos intérpretes e os efeitos sistêmicos dos métodos interpretativos.

Considerando os critérios empíricos da capacidade institucional das cortes, Vermeule aduz

que o órgão jurisdicional padece de constrictões de tempo, informação e de expertise da identificação de compromissos constitucionais, com curta visão acerca dos efeitos sistêmicos de suas decisões (VERMEULE, 2006, p. 248-252), ao passo que o Legislativo seria institucionalmente mais apto a interpretar e significar a constituição à luz de sua realidade social, uma vez que os poderes outorgados aos legisladores e as funções por eles desempenhadas são especificamente designadas à tal atividade, dotando-se, por conseguinte, de maior legitimidade em concreto.

Uma outra questão, ainda nesse sentido, é o argumento de que o modelo de decisão judicial tende à polarização de interesses – ainda que estes sejam multicêntricos e não-binários – empregando, ademais, linguagem decisória estritamente tecnicista em suas razões de decidir¹⁷. Em suma: o próprio modo de decidir das cortes, destarte, é impróprio à complexidade das deliberações sobre valores públicos. Outro ponto fulcral é o fato de que a linguagem utilizada pelas cortes, tipicamente técnica e hermética, constitui-se em um empecilho à formulação de decisões com um viés político. O modelo deliberativo dos parlamentos, em contrapartida, permitiria que “os dilemas morais fossem enfrentados na sua substância, não por obsessões semânticas” (MENDES, 2008, p. 95).

Atreladas aos fatores expostos acima, existem questões técnicas, estruturais, administrativas, financeiras e atuariais, em distintos graus de complexidade, que necessariamente integrarão decisões sobre políticas públicas, acerca das quais os órgãos jurisdicionais detêm parca capacidade de deliberação autônoma, sendo adequado que o Executivo, ciente da escassez de recursos do Estado, bem como a disponibilidade político-social de efetivas mudanças, nessas hipóteses, decida. Da pouca capacidade técnica decorrem, frequentemente, problemas colaterais: por não se tratar nem de sua atividade típica nem de áreas cujo conhecimento lhes são próprios, cortes são menos propícias a perceberem os potenciais efeitos inesperados de uma decisão política.

Em sentido contrário, e como primeiro argumento que refuta as objeções institucionais ao controle judicial de políticas públicas, Owen Fiss (2006, p. 187) argumenta que, por suas características institucionais próprias, o Judiciário é o Poder que mais detém a capacidade de chegar em respostas adequadas em termos de direitos fundamentais. Primeiramente, porque é obrigado a dialogar com todos os argumentos suscitados, ainda que preferisse não enfrentá-los; secundamente, porque permite às partes participarem do processo abertamente e mediante fatos-jurídicos racionais; terceiramente, porque o julgador é obrigado a justificar e tornar suas decisões públicas¹⁸.

¹⁷ “O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos locus de discussão jurídica. (...). Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais” (BARROSO, 2010, p. 12).

¹⁸ “In my view, the judiciary’s authority and thus its claim to supremacy are delivered from its special competence to arrive at a correct interpretation. By this I simply mean that in the generality of cases, the judiciary is the branch most likely to arrive at a correct interpretation. (...). The competence of the judiciary derives not from the persons who are

Nesse seguimento, o autor continua afirmando que esses fatores denotam uma maior capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre meios de concretização de valores públicos, pois fazem deste o único Poder comprometido, de fato, com a razão pública¹⁹, e esse compromisso é fonte tanto de legitimidade democrática quanto de autoridade (FISS, 2006, p.189). A função jurisdicional, assim, estaria apta a assumir um modelo racional de deliberação, viabilizando que os valores públicos fossem concretizados com um certo grau de afastamento dos compromissos utilitaristas próprios ao ambiente parlamentar, privilegiando-se certo nível de isenção (MENDES, 2008, p. 67), uma vez que os Poderes Legislativo e Executivo, não raramente, barateariam direitos fundamentais ou sequer os levariam em consideração em sua agenda.

Nesse sentido:

Como dizer da superioridade democrática e da maior capacidade institucional de legisladores e de governantes, frente a juízes e cortes, nos casos de absoluta inércia estatal e de falhas estruturais persistentes? Como dizer da maior participação política de minorias impopulares e estigmatizadas, se presente enorme déficit de representatividade parlamentar? Como admitir a superioridade democrática e institucional de legisladores e de governantes ante um contexto de violação massiva de direitos fundamentais, assistida passivamente por esses agentes políticos? Por certo que tais questionamentos sugerem a impropriedade de respostas absolutas (CAMPOS, 2016, p. 240).

Ainda nesse sentido, consoante destaca Vitorelli (2016, p. 523) “as limitações do processo não podem ser avaliadas no vácuo, mas apenas à luz das alternativas existentes”. Ou seja: não obstante as objeções teóricas acerca do controle judicial de políticas públicas, em contextos de massivas e reiteradas violações a direitos fundamentais e diante da inércia ou omissão estatal, é frequente o uso do Judiciário como *locus* de reivindicação. Esse deslocamento de demandas sociais das esferas políticas para o Poder Judiciário, muitas vezes, sequer dá ensejo a “confrontos” entre os Poderes, pois em cenários de absolutas disfunções políticas, pode ser conveniente para as instâncias majoritárias não assumir demandas de carga moral elevada ou assumir o encargo de fomentar mudanças sociais dispendiosas, demoradas e cujos resultados só serão percebidos a longo prazo.

A resposta para as críticas institucionais, dessa forma, talvez não esteja no abandono da concepção de que o direito pode exercer um papel importante em questões que envolvem transformações sociais complexas, mas sim na reformulação da justificação e dos mecanismos de intervenções judiciais que pretendem assegurar – e não colapsar – a democracia.

Ao fixar as capacidades de cada instituição no texto constitucional, cria-se uma noção de especialização que, em certa medida, consiste na idealização de um protótipo. A realidade de um sistema constitucional minimamente complexo é dinâmica e, portanto, carece de soluções que sejam

judges, but from the limitations on their exercise of power – limitations that commit the judiciary to what might be called public reason” (FISS, 2006, p.187).

¹⁹ O conceito de razão pública é desenvolvido de forma pormenorizada na obra de Rawls, para quem as regras morais ou políticas que regulam a vida em sociedade deve, em alguma medida, serem justificáveis e aceitáveis para todas as pessoas sobre as quais tais normas exercem autoridade. Consiste, dessa maneira, em um ideal voltado à consecução de uma sociedade democrática constitucional bem ordenada. (RAWLS, 1997).

capazes de solver os impasses provenientes de problemáticas que surgem na órbita dos fluxos interinstitucionais²⁰. Assim, as capacidades institucionais são necessariamente empíricas e contingentes, só podendo ser determinadas em arranjos institucionais concretos e em situações específicas da realidade material.

Nesse sentido, Vermeule e Sunstein (2002, p. 156), argumentam que ao invés de perguntar “como, em princípio, um texto deve ser interpretado?” – a partir de uma perspectiva ideal e geral – os juristas e teóricos do direito deveriam perguntar “como deveriam certas Instituições, com suas distintas habilidades e limitações, interpretar certos textos?”. Assim, ao invés do juiz Hércules de Dworkin, que busca a integridade do direito elevando o substrato legal à melhor luz possível, é preciso levar em consideração a existência de juízes falíveis, que possuem limitações de tempo e expertise em um sistema complexo, com efeitos sistêmicos e dinâmicos de larga escala, que fogem da percepção do Judiciário a decidir casos concretos (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 47).

Apesar dos autores sustentarem que as deficiências e limitações dos juízes, bem como o desconhecimento desses acerca de questões substanciais que envolvem políticas públicas, devem fazer com que esses adotem posições cautelosas, minimalistas e de deferência para com as escolhas das instâncias majoritárias, na prática, existem situações calamitosas de violações a direitos fundamentais em virtude de omissões, negligências ou deficiências institucionais dos Poderes Legislativo e Executivo que precisam ser sanadas.

Não se pretende defender, como dito anteriormente, que o Judiciário trate de demandas que envolvem políticas públicas a partir de uma atuação antidialógica e solipsista, sobretudo porque entende-se que, de fato, ele não possui as melhores condições para tratar de questões tão interdisciplinares e que afetam gravemente o orçamento público. Entretanto, não há como sustentar, também, uma antítese absoluta entre duas únicas soluções possíveis, quais sejam: a deferência à capacidade institucional do órgão técnico ou do Poder Legislativo ou a submissão à autoridade e decisão do órgão judicial.

Há que se pensar, também, em soluções que permitam o aproveitamento dos aspectos positivos e das melhores funcionalidades dos três Poderes, bem como de sua relação com os demais atores sociais envolvidos, tendo atenção às diversas variáveis e possibilidades que as condições fáticas proporcionam (DANTAS, 2019, p. 82). Dessa forma, diante da combinação de situações de omissão ou negligência pública, violação massiva a direitos fundamentais e possibilidade de judicialização de demandas que envolvem políticas públicas, é mais produtivo tentar enxergar a melhor contribuição que cada um dos Poderes pode dar.

Ou seja: é interessante pensar em um modelo decisório – quando a questão *sub judice* versar

²⁰ As relações entre atores constitucionais devem atender à realidade empírica que, não necessariamente, aproxima-se do ideal constitucional. As possibilidades de conflitos interinstitucionais dentro das regras do jogo democrático não podem ser ignoradas.

sobre políticas públicas – pautado no diálogo, participação, transparência, provisoriedade, reavaliação e modificação das soluções adotadas quando necessário, de forma a mitigar as questões de assimetria ou falta de informações dos órgãos judiciais e, conseqüentemente, diminuindo a chance de erros dos magistrados e possibilitando a correção de eventuais equívocos. Assim, a crítica de caráter institucional parece poder ser superada quando entende-se que o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Executivo ou o Legislativo na definição e execução do programa estatal, mas sim o de fazer com que os mesmos saiam da situação de omissão ou negligência e construam, conjuntamente, resultados que melhor atendam às necessidades dos destinatários primários das promessas constitucionais: o povo.

2.10 Conclusões parciais sobre os argumentos contrários ao *judicial review* e ao controle jurisdicional de políticas públicas: Quais os impactos práticos das objeções apresentadas?

As objeções apresentadas acerca do *judicial review* e ao controle jurisdicional de políticas públicas foram destrinchadas em detrimento de sua extensão ao processo estrutural, em razão de sua relação direta com políticas, programas, atividades ou instituições públicas que, originalmente, são tarefas dos outros poderes. Apesar de algumas dessas críticas serem, de fato, pertinentes, a curva ascendente de judicialização das relações sociais – e conseqüente interferência judicial nos mais diversos campos da vida social contemporânea – não tem previsão de decréscimo em nenhum momento próximo. Portanto, essas críticas surtem poucos efeitos sobre a realidade (VITORELLI, 2020, p. 87).

Fazendo uma análise do cenário brasileiro – que se repete em muitos outros países da América Latina – percebe-se que esse problema decorre de uma contradição entre a ideia de que “Todo o poder emana do povo, que a exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (artigo 1º, parágrafo único da CF 1988) e o vasto catálogo de direitos, consubstanciados em normas abstratas, cuja concretização a própria Constituição afirma ser imediata (art 5º, inciso 1º) e a inafastabilidade do Poder Judiciário (art 5º, XXXV).

Nesse sentido, as críticas e objeções à intervenção judicial em litígios estruturais devem levar em consideração dois pontos. O primeiro deles é que, como argumentam Brinks de Gauri (2011, p. 24) “(...) de uma perspectiva pragmática, é tarde para questionar se os tribunais deveriam intervir para assegurar direitos, porque já o fazem diariamente; a pergunta mais importante, agora, é como devem fazê-lo.”

O segundo deles é o fato de que a afirmação de que “os resultados advindos de um processo são insatisfatórios” não pode ser feita sem que seja apontada uma alternativa capaz de viabilizar os objetivos esperados. Ou seja: as críticas à resolução de problemas sociais por meio de processos judiciais só são construtivas quando propõem uma outra saída. Apesar disso, na maioria dos casos, a

alternativa ao processo é a manutenção do *status quo* vigente (VITORELLI, 2020, p. 107). Dessa forma, talvez seja mais interessante tentar provocar uma mudança por meio da judicialização que deixar o cenário de violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais se perpetuar durante anos.

Apesar de muitos autores utilizarem a teoria das capacidades institucionais desenvolvida por Sunstein e Vermeule para defender uma postura de autocontenção judicial (VITORELLI, 2020, p. 121), Diego Argueles e Fernando Leal (2011) demonstraram que o verdadeiro significado do termo está atrelado à ideia de que as capacidades das diferentes esferas do governo na tomada de decisões deve ser averiguada de forma empírica (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 22), e não de maneira abstrata.

É preciso verificar, num cenário concreto, quais são as habilidades e limitações institucionais relevantes e disponíveis, de modo que não se pode afirmar, de forma categórica, que determinados assuntos devem ser *sempre* tratados por determinadas instituições, numa presunção de que elas reúnem, indiscutivelmente, as melhores condições para formular as respostas adequadas (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 216). As tentativas de determinar, por meios puramente conceituais e clivagens teóricas, um conjunto de temas que têm, em todas as realidades imagináveis, natureza exclusivamente legislativa ou exclusivamente judicial, “são *incompatíveis* com a perspectiva subjacente ao método orientado nas capacidades efetivas de diferentes instituições” (ARGUELHES e LEAL, 2011, p. 22).

Tribunais são atores políticos com considerável influência nas regras do jogo democrático, de forma que mais frutífero que os debates travados acerca da (i)legitimidade da sua atuação, são as discussões acerca de caminhos que podem construir mecanismos de decisões cooperativas (LIMA; FRANÇA, 2019, p.216). Em suma, se o Poder Judiciário opera dentro de determinadas circunstâncias e mediante os mecanismos adequados, os efeitos de suas decisões, ao invés de serem antidemocráticos, são catalisadores e promotores da democracia. O desafio é entender quais são essas circunstâncias e esses mecanismos.

2.11 Ativismo judicial: Uma expressão multifacetada e contingencial?

Um fato reconhecido é que quando cortes constitucionais ou juízes decidem muito e sobre um vasto campo de disciplinas relevantes, usualmente, acabam se transformando em personagens consideravelmente presentes na vida cotidiana da respectiva sociedade. Nesses casos, das decisões mais determinantes até as mais rotineiras, o palco jurídico acaba se apresentando como uma arena fundamental para embates sobre temáticas das mais diversas. Isso ocorre, sobretudo, em países que adotaram constituições analíticas e dirigentes, preocupadas em disciplinar quase toda a vida política e social de seu país. A constituição é ubíqua e, desse modo, tanto as grandes questões como os pequenos conflitos são problemas constitucionais, que acabam judicializados e decididos pelos

tribunais.

O volume decisório bem como a carga valorativa de determinadas matérias acabam por dar ensejo à expansão do Poder Judiciário e a um consequente avanço deste sobre outros Poderes, instituições e diferentes setores da sociedade, suscitando o já muito visitado debate acerca da “judicialização da política” e “ativismo judicial”. Isso porque as decisões judiciais passam a fazer parte, direta e indiretamente, da formação da vontade política, opondo-se ou aliando-se ao governo, legitimando medidas das políticas majoritárias ou decidindo, em seu lugar, questões que lhe causariam sérios custos políticos. Como a “judicialização” não está atrelada a fatores comportamentais do Judiciário, depende mais da disposição dos atores em levar determinadas demandas à apreciação do referido poder e não é alvo recorrente de críticas como o “ativismo”, o presente tópico restringir-se-á a tratar somente deste último fenômeno.

2.12 Sobre quais facetas do ativismo o presente estudo se debruçará?

Em seu trabalho acerca do ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal, a jurista Flávia Santiago lança a hipótese de que o termo “ativismo judicial”, na doutrina jurídica pátria, seria uma expressão de cunho valorativo, que, muito provavelmente, estaria inclinada a indicar uma crítica doutrinária na constatação de uma atuação discordante dos contornos para o exercício da revisão judicial (LIMA, 2014, p. 164). Haveria, dessa forma, a necessidade de uma definição mais exata do que seria “ativismo judicial”, a fim de superar o problema de indefinição conceitual, cada vez mais agravado pelo uso indiscriminado e, muitas vezes, pejorativo do termo.

Para a maioria que se debruça sobre a temática, juízes, tribunais, cortes ou decisões ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, sendo frequente a equiparação entre a referida expressão e uma espécie de “excesso judicial”. Por outro lado, existem aqueles – em menor escala – que defendem a necessidade do Poder Judiciário ser assertivo a fim de garantir direitos e garantias fundamentais ou diante da inércia e/ou “abuso” de poder por parte de outros atores políticos e instituições. O discurso é, então, variável, embora realmente predomine aquele carregado de uma conotação negativa (CAMPOS, 2012, p. 149).

Cass Sunstein, nesse sentido, argumenta que é mais comum o uso normativo do “ativismo judicial” como uma espécie de “insulto” (SUNSTEIN, 2003, p. 42), de forma que o uso depreciativo do termo ocorre, usualmente, quando se discorda dos resultados de um determinado julgamento, sendo, consequentemente, uma expressão facilmente manipulável e suscetível a implicações de natureza político-partidárias, institucionais e interpretativas (LIMA, 2014, p. 170).

Falar de ativismo, dessa maneira, consiste em adentrar, de certa forma, no campo da subjetividade e incorrer no risco de debater discordâncias ideológicas, comprometendo a cientificidade e até mesmo a validade dessas discussões. Dificilmente, são fixados critérios concretos

para a identificação e avaliação daquilo que efetivamente seria “ativismo judicial”, sem mencionar a pluralidade de possibilidades para a utilização do termo, que pode ser empregado para adjetivar um juiz, uma corte ou até mesmo para caracterizar uma determinada decisão²¹. A expressão, assim, acaba ganhando significados diferentes para pessoas distintas, sendo possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema, pois quanto mais o termo fica comum, mais obscuro fica o seu significado.

Existe, entretanto, uma “linha comum” que dirige o raciocínio acerca da ideia fundamental da essência daquilo que o “ativismo significa”, qual seja: o aumento da relevância da posição político-institucional de juízes e cortes sobre os outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional. Em suma, em todas as suas facetas, o ativismo está atrelado a um exercício expansivo e vigoroso de autoridade político-normativa, por parte dos juízes, do controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles (CAMPOS, 2012, p. 150).

Em decorrência da falta de consenso e linearidade do que seria “ativismo judicial”, Carlos Alexandre de Azevedo (2012) aponta cinco dimensões do “ativismo judicial” no Supremo Tribunal Federal, quais sejam: a) metodológica; b) processual; c) estrutural ou horizontal; d) dimensão de direitos; e) dimensão antidialógica. Não obstante o presente trabalho não restringir os estudos do “ativismo judicial” ao Supremo Tribunal Federal, entende-se que duas das categorias utilizadas pelo autor podem servir na compreensão de como os magistrados – independentemente da instância judicial – podem exercer um ativismo dialógico e no entendimento de que o “ativismo judicial” é uma consequência direta do modelo constitucional adotado: as dimensões metodológica e antidialógica.

A dimensão metodológica (ou interpretativa) diz respeito ao modo de interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os “significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis.” (CAMPOS, 2014, p. 276). O juiz, dessa forma, não se considera adstrito à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas participa ativa e criativamente da construção da ordem jurídica. A característica mais marcante dessa faceta de ativismo, portanto, seria uma espécie de criação judicial do direito pela expansão de uma norma constitucional aberta.

O autor explica, nesse sentido, que esta faceta é um reflexo direto do novo constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo) e, conseqüentemente, do novo papel que os juízes e cortes supremas devem cumprir em favor de concretizar os valores constitucionais contemporâneos

²¹ A autora argumenta que a ambiguidade que permeia a temática atinge, inclusive, o próprio objeto de estudo, de forma que o termo poderia fazer menção à atuação de um determinado juiz, a um “grupo de juízes” ou até mesmo a um tribunal que decidisse acerca de questões demasiadamente controversas (LIMA, 2014, p.168-169).

e, principalmente, os direitos fundamentais, destacando que o ativismo metodológico pode se dar através de: 1) interpretação e aplicação das normas constitucionais; 2) interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial; 3) controle da omissão legislativa inconstitucional; 4) decisões maximalistas. Os casos estruturais de interesse público – denominação utilizada no presente trabalho – muitas vezes, colocam em jogo direitos humanos ou fundamentais de caráter aberto e caracterizado por um maior grau de vagueza. Nessas hipóteses, o direito precisa ter sua significação mais evidentemente moldada no caso concreto (sobretudo quando existe uma colisão entre dois ou mais direitos fundamentais). Assim, para que a construção do significado do direito coadune-se com a tutela adequada, por vezes, o juiz, ao analisar o caso concreto, acaba adentrando na esfera do ativismo metodológico.

É interessante notar, ainda, que a referida dimensão envolve a superação progressiva do dogma Kelseniano do juiz constitucional, apenas, como legislador negativo e sugere o avanço da figura desse juiz também como legislador positivo (CAMPOS, 2014, p. 276). Assim, enquanto o juiz constitucional de Kelsen é um juiz de poderes normativos limitados e, portanto, desprovido de poderes de criação do direito, o juiz inserido sob a perspectiva da faceta metodológica é a negação desse dogma.

Um ponto importante nesse sentido é que a ideia de Kelsen só pode ser considerada válida diante de constituições bem distintas daquelas promulgadas no pós-guerra – as quais criaram um amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, usualmente veiculados por pautas de valores e por normas de texto muito abertas –. Isso quer dizer, em outras palavras, que “o juiz kelseniano não pode prevalecer em constituições não kelsenianas” (CAMPOS, 2014, p. 278), como é o caso da Constituição de 1988. Não há como defender uma pauta de um juiz como legislador negativo quando a norma jurídica suprema dá margem para a interpretação extensiva e casos concretos demonstram a necessidade de interpretação extensiva de determinados dispositivos.

Apesar da teoria kelseniana concentrar-se na atuação da corte constitucional, acredita-se que um paralelo pode ser feito com a impossibilidades de juízes, como um todo, diante da realidade constitucional vigente (e, sobretudo, da inafastabilidade do Poder Judiciário), atuarem como meros reprodutores da lei. A impossibilidade do juiz constitucional atuar somente como legislador negativo, após a Constituição de 1988, é tão incongruente com a realidade brasileira quanto os juízes, independentemente da instância, atuarem como meros reprodutores da lei, como prega-se na famigerada teoria da separação dos poderes. Para que o Supremo Tribunal Federal fosse, efetivamente, somente uma Corte constitucional e os juízes, de um modo geral, simplesmente, “a boca da lei”, seria necessária uma nova constituinte.

A dimensão antidialógica, por sua vez, poderia ser identificada como aquela que ignora qualquer legitimidade da interpretação da Constituição como um diálogo entre as instituições; aquela

que ocorre quando o Supremo Tribunal Federal afirma sua posição não só de último, como de único intérprete da Constituição. No caso do processo estrutural, a postura poderia ser equiparada à prolação, por juízes, de ordens específicas e inflexíveis, que não abrissem margem para a participação da sociedade civil organizada, das instâncias majoritárias e do sistema de justiça como um todo. O ativismo antidialógico, em processos estruturais é, consideravelmente, prejudicial à superação do estado de coisas violador de direitos, uma vez que juízes não têm o suporte técnico necessário para tratarem, sozinhos, de demandas que dizem respeito à alocação de recursos públicos e à implementação de políticas públicas, além de não conhecerem precisamente as necessidades reais dos grupos afetados.

Em suma, a postura antidialógica ilustra ocasiões nas quais a função jurisdicional é exercida de maneira autorreferenciada. O conceito de ativismo antidialógico é importante para entender, mais à frente, a proposta de “ativismo dialógico” nas “decisões compartilhadas” que se pretende defender em litígios estruturais de interesse público.

A obra “Dimensões do ativismo judicial no STF” tem como objeto o Supremo e, portanto, restringe-se à atuação deste Tribunal. O presente estudo, todavia, investiga não somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, mas, também, o Poder Judiciário como um todo, principalmente, pelo fato das decisões estruturantes no ordenamento pátrio terem se desenvolvido melhor nas instâncias inferiores que em sede de controle concentrado. Sob esse ponto, aproveita-se a oportunidade para expor, de forma breve, o porquê.

Em diversos casos de demandas estruturais, em determinadas localidades, a proximidade física do juiz em relação às partes e aos fatos permitiu uma atuação judicial mais eficiente, facilitando o acesso à justiça e mitigando os custos do processo pela desnecessidade de deslocamento e contratação de profissionais para atuar junto ao STF, em Brasília (DANTAS, 2019, p. 116). Outro ponto importante, ainda nesse sentido, é que o STF possui deficiências institucionais próprias, como, por exemplo, o acúmulo de competências penais, recursais, constitucionais e as dificuldades e déficits deliberativos e de agenda, o que dá margem à ideia de que a atribuição de mais essa tarefa ao Supremo reforçaria, consideravelmente, a sobrecarga de trabalho e as deficiências do Tribunal, com prejuízos significativos para a resolução de demandas estruturais, importantes na tentativa de superação de violações a direitos fundamentais.

Assim, no caso do Brasil, em virtude da possibilidade de ações estruturais terem início nas instâncias ordinárias (através, por exemplo, de ações civis públicas), acredita-se que a proximidade com o problema e com a população diretamente afetada pela violação de direitos, permite que os juízes ordinários analisem as questões locais com mais precisão, além de possibilitar, mesmo que em menor escala, um desafogamento do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional. Isso não quer dizer, entretanto, que questões estruturais não possam ocorrer em sede de controle concentrado de

constitucionalidade (um claro exemplo disso é a ADPF 347), mas, tão somente, que coordenar esforços para superar situações de calamidade pode ser uma tarefa mais fácil aos juízes ordinários.

Como dito anteriormente, o presente trabalho não se restringe à atuação do Supremo Tribunal Federal, mas à do Poder Judiciário como um todo, razão pela qual essas dimensões/facetas terão sua usabilidade estendida, pois acredita-se que sua essência e funcionalidade não sofrerão prejuízos e poderão contribuir grandemente para o debate travado no presente estudo. Assim, as características apresentadas para as dimensões metodológica, dialógica e antidialógica do “ativismo judicial” servirão às instâncias inferiores, bem como ao órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, sendo realizadas as adequações necessárias.

Nesse sentido, por ora, pretendeu-se demonstrar, tão somente, quais facetas do “ativismo judicial” serão abordadas no presente trabalho, quais sejam: a) Metodológica; b) Antidialógica; e c) Dialógica (em oposição à faceta “antidialógica” reconhecida por Carlos Alexandre de Azevêdo Campos).

Apesar da expressão “ativismo dialógico” já ter sido abordada em outras obras no direito estrangeiro (GARAVITO; 2010) e nacional (LIMA; FRANÇA, 2019) pretende-se, no presente estudo, vincular esta faceta à ideia de decisão compartilhada que viabiliza e encoraja a participação de uma ampla gama de atores nas decisões judiciais que envolvem litígios estruturais de interesse público. Ademais, frisa-se que o objetivo central da circunscrição não é o de investigar se o Poder Judiciário é ou não ativista, mas o de explicar ao leitor sob quais facetas do ativismo podem ser interessantes à proteção dos direitos sociais e, conseqüentemente, à concretização de políticas públicas. Pretende-se, dessa forma: a) restringir o debate acerca do “ativismo judicial”; b) blindá-lo dos “achismos” e sustentar a ideia de que este não representa um sinônimo de arbitrariedade ou solipsismo (salvo em sua dimensão antidialógica), mas a uma forma de agir que responde a uma ampla gama de fatores e que encontrou um ambiente propício para o seu desenvolvimento em cenários de intensa judicialização da política e das relações sociais.

2.13 Entre o voluntarismo e a ideologia: ao fim e ao cabo, o “ativismo judicial” é (i)legítimo?

Diferentes condições e variáveis, exógenas e endógenas, de natureza política, social, institucional e jurídico-cultural moldam o “ativismo judicial”, que responde diretamente a múltiplos fatores. Não obstante o texto constitucional favorecer a expansão da atuação judicial de uma forma geral, o ambiente político no qual uma corte ou tribunal estão inseridos é determinante para a sua ascensão e conseqüente interferência em matérias de alto teor político. Se não houver disponibilidade da arena política em delegar a resolução de determinados conflitos ao Poder Judiciário ou se a proatividade de seus atores não der margem para omissões constitucionais, o número de demandas levadas ao Judiciário visando preencher vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e/ou o

déficit funcional das instâncias majoritárias, muito provavelmente, diminuiria, o “espaço nobre” do “ativismo judicial”, que são os *hard cases*.

Ou seja: os debates em torno da temática são mais desenvolvidos e têm mais relevância em casos nos quais existe um elevado cunho moral ou político das questões em jogo, ou a alta indeterminação semântica e elevada carga axiológica das normas constitucionais envolvidas (CAMPOS, 2012, p. 153). Isso, talvez, só reforce (ainda mais) o caráter contingencial do ativismo, pois o instituto é consideravelmente mais criticado em decisões de grande repercussão política – tais como: discriminação racial e de gênero; aborto; direito à moradia digna; direitos de grupos vulnerabilizados; pena de morte; liberdade religiosa; pena de morte; políticas públicas etc. –. Decisões menos polêmicas ou de menor impacto social dificilmente são criticadas, ainda que se encaixem em algum dos parâmetros ou facetas que caracterizam o fenômeno em sua essência.

Existe um jogo de implicações recíprocas entre direito e política, de forma que um cenário institucional hostil pode conduzir à postura de autocontenção judicial, ao passo que um ambiente político e social de liberdade decisória concede uma larga oportunidade à manifestação de ativismo (CAMPOS, 2012, p. 187). Em outras palavras, ativismo é mais que uma escolha deliberativa de juízes, pois depende diretamente de uma estrutura de oportunidades (fatores exógenos) para que esses avancem seu poder político-normativo. É necessário atentar para os condicionamentos – internos e externos – que moldam as possibilidades de sua ocorrência bem como de sua amplitude, sendo complexo entender o fenômeno “(...) sem a correspondente oposição entre as perspectivas políticas dos magistrados e dos titulares das demais esferas de poder.” (LIMA, 2014, p. 148).

A afirmação de que juízes podem ser atores políticos em determinadas ocasiões e circunstâncias, todavia, não significa que eles ocupem um espaço equivalente ao dos representantes das instâncias majoritárias ou que decidam livremente conforme vontades ocasionais, sem vínculo necessário ou constrangimento em relação aos textos legais. Quer dizer, tão somente, que diante do texto constitucional de 1988, é ingênuo trazer à tona a ideia de um “dever ser” demasiadamente apegado a uma ideologia que a própria norma suprema não sustenta – nem normativamente nem prescritivamente – e que o centro do debate, por sua vez, deve ocorrer para além do acerto ou o erro de mérito constitucional ou moral das decisões judiciais, pois, na realidade, ativismo é uma noção relacional, de modo que as interações e trocas entre as instâncias majoritárias e o Poder Judiciário constituem um ponto fundamental de sua essência.

Uma decisão judicial pode até configurar, de fato, uma aplicação claramente correta de uma regra ou princípio da Constituição – e, portanto, acertada em seu mérito – mas ainda assim ser rotulada de “ativista” e dividir opiniões no que concerne à sua legitimidade. Decisões criativas, que estendem os significados do texto constitucional para interferir nas escolhas prévias do legislador, não necessariamente representam uma postura contrária à Constituição. Mas, não obstante a validade

de seu mérito, ainda assim serão ativistas (CAMPOS, 2012, p. 190), pois posturas institucionais e mérito de decisões são coisas distintas. Vale destacar, ainda nesse seguimento, que a origem da expressão surgiu para fazer referência ao estudo do papel do Judiciário e da Suprema Corte norte-americana no sistema político americano e não para expressar uma concordância ou objeção subjetiva ao mérito de uma determinada decisão²².

Discutir ativismo, portanto, não é discutir se determinada decisão é correta ou não, porque a contingência e subjetividade são as maiores características desse tipo de debate pautado por “achismos”, ideologias e falta de argumentos concretos ou até falta de entendimento acerca das reais questões que deveriam ser investigadas²³. Além de nada revelarem sobre a correção ou não das decisões em seu mérito, a expressão “ativismo judicial”, a priori, nada diz sobre a legitimidade ou ilegitimidade da atuação jurisdicional (salvo em seu desdobramento antidialógico), pois tal equiparação seria vincular o sentido da expressão à de “arbítrio judicial” ou “decisão autorreferenciada.”

Discutir ativismo de forma científica é, portanto, reconhecer sua multidimensionalidade e avaliá-lo a partir de suas facetas, buscando entender: 1) o quanto de autoridade constitucional e epistêmica um juiz ou uma corte tem para tomar uma determinada decisão; 2) o porquê dessa autoridade; 3) se alguma das facetas do ativismo pode ser interessante a determinadas pautas sociais e políticas e, se sim, quais são essas facetas e quais os seus limites.

2.14 O ativismo dialógico como possível caminho para a construção de decisões coparticipativas

Ao contrário daquilo que pode imaginar-se quando o dilema da justiciabilidade dos direitos sociais está em questão, existe uma alternativa da qual o Poder Judiciário pode se utilizar ao invés de apostar na autocontenção/autorrestrição ou no “ativismo antidialógico”: O ativismo dialógico (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 230).

O ativismo dialógico, é preciso ressaltar, consiste em um tipo ideal de postura judicial que pode, em maior ou menor grau, ser condizente com a realidade. É, portanto, um conceito artificial e normativo, visto que a realidade em si é hipercomplexa e sujeita a subjetividades que dificilmente conseguem ser mapeadas. Entretanto, funciona como tipo ideal weberiano (ALBUQUERQUE; SERAFIM, 2020, p. 648) e foca em determinadas características da realidade – que podem ou não

²² “O primeiro registro do termo ativismo judicial é creditado a uma reportagem de 1947, da revista de variedades *Fortune Magazine*, denominado “The Supreme Court: 1947”. No texto, o historiador democrata Arthur Schlesinger Jr., após descrever as relações pessoais, simpatias e inimizades entre os membros da corte, traça uma distinção entre os juízes “ativistas” e os campeões da “autorrestrição.” (LIMA, 2014, p. 164).

²³ “Dentre os juristas, os critérios de avaliação da ocorrência de ativismo ou autocontenção são contingentes e espelham uma determinada concepção ou um conjunto de ideias sobre a interpretação das questões constitucionais vigentes num dado momento, certamente sujeitos às distintas e cambiantes compreensões sobre seus contornos.” (LIMA, 2014, p. 329).

estar presentes – em detrimento de outras, para facilitar a compreensão de uma alternativa ponderada aos extremos do “ativismo antidialógico” e da autorrestrrição judicial.

Ainda nesse sentido, vale destacar que tanto o termo “ativismo” puro e simples, quanto a expressão “autocontenção”, são nomenclaturas subjetivas para descrever comportamentos judiciais que, na prática, fogem do modelo fidedigno de “juiz ativista”/“juiz deferente” e envolvem subjetividades, que podem fazer com que o adjetivo trivial utilizado pelo crítico não corresponda diretamente à integralidade da postura judicial. Um juiz pode ser ativista ao adotar uma postura deferente, por questões óbvias e por questões que dificilmente poderiam ser listadas por um observador externo.

O ato de escolher não decidir ou de decidir que determinada matéria não é de sua alçada, pode refletir, na realidade, uma manobra política do magistrado, uma ação de proteção institucional, uma preferência pessoal ou, em contrapartida, pode significar que, de fato, aquele juiz acredita que não deve interferir naquele assunto por falta de expertise e/ou legitimidade democrática. Essa linha de raciocínio é desenvolvida, no Brasil, pela jurista Flávia Santiago (2014), que mescla elementos políticos e jurídicos para testar a hipótese – confirmada ao final do livro – de que, ativismo e autocontenção, ao fim e ao cabo, são expressões contingentes.

Nesse mesmo sentido, Carlos Alexandre de Azevêdo Campos (2016, p. 15) demonstra que o “(...) ativismo judicial não pode ser considerado aprioristicamente ilegítimo, pois sua legitimidade depende de diferentes fatores (...) e da dimensão decisória manifestada”, de forma que somente a dimensão dita “antidialógica”, para o autor, seria ilegítima. O fato é que podem existir tantas concepções e ideias acerca do ativismo e de autocontenção quantos forem os autores que escreverem sobre a temática, não parecendo haver empecilhos para trabalhar, no presente estudo, uma nomenclatura de um protótipo ideal de comportamento judicial para um manejo adequado de litígios estruturais que são judicializados.

Ultrapassada essa preliminar, a primeira vantagem do chamado “ativismo dialógico” é a não incorrência da atuação judicial nas clássicas objeções à função contramajoritária: a falta de legitimidade dos magistrados de interferirem em matérias políticas e a ausência de expertise destes atores em tratar quesitos que não são naturais à sua função típica (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 225). Ele impede, assim, que o Poder Judiciário tome medidas autorreferenciadas e que pouco ou nada influenciarão na realidade prática e, ao mesmo tempo, evita que o Poder Judiciário adote uma postura tão deferente que esvazie o conteúdo normativo dos DESC, deixando-os dependentes da discricionariedade das instâncias majoritárias (ALBUQUERQUE; SERAFIM, 2020, p. 651).

O “ativismo dialógico”, assim, implica que: 1) o Poder Judiciário, diante da inafastabilidade da jurisdição e da consequente responsabilidade de atuar para promover a efetividade dos dispositivos constitucionais – e, sobretudo, dos direitos fundamentais, vai agir e não se isentar do

mister que lhe foi constitucionalmente atribuído; e 2) mas que vai fazer isso sem interferir, injustificadamente, em matérias que fogem de sua expertise ou substituir decisões políticas e técnicas tomadas pelas instâncias majoritárias²⁴.

Assim, a postura adotada no “ativismo dialógico” deve ser a de definir as metas e os caminhos para a implementação de políticas públicas e acompanhar e monitorar o progresso do cumprimento de sentença sem tomar para si as decisões mais importantes que devem ser atribuídas às agências governamentais. O foco desse tipo de ativismo é o de fomentar o diálogo institucional para que os entes estatais responsáveis atuem conforme as suas atribuições típicas e dentro dos limites orçamentários disponíveis, buscando construir soluções coparticipativas que permitam a atuação dos envolvidos dentro de suas esferas tradicionais de competência.

Decisões dialógicas apontam o erro e chamam os responsáveis para iniciar um debate, regido pelo Poder Judiciário, a fim de que se construa um plano capaz de reverter ou mitigar a situação vigente que dá ensejo à violação de direitos. Para garantir que esse plano será cumprido, o Poder Judiciário mantém a supervisão e o monitoramento da execução da sentença, podendo ajustar pontos que não são mais condizentes com a realidade. Importante frisar que até a revisão do plano inicial deve ser feita de modo a permitir a participação dos interessados e os pontos de vista das instituições violadoras, viabilizando uma maior reflexão e compreensão do problema enfrentado e evitando que o Poder Judiciário imponha medidas pouco eficientes ou deficitárias em detrimento de sua não correspondência com a realidade. Decisões judiciais rígidas e unilaterais podem comprometer por completo a eficiência de todo o processo estrutural. O diálogo, em contrapartida, abre margem para um espaço no qual as possibilidades são apresentadas e as medidas são tomadas, mas, quando necessário, são constantemente rediscutidas.

É claro que a adoção dessa postura dialógica nem sempre garante o sucesso completo ou parcial da demanda, mas é uma postura que demonstra um maior comprometimento com os setores políticos e um maior cuidado com a solução do processo estrutural, uma vez que, sozinho, o Poder Judiciário não possui a espada ou a chave do cofre, como afirmado por Hamilton no Federalista, número 78. Apresentar o “ativismo dialógico” enquanto possível postura adequada de atitude judicial para o tratamento de questões estruturais não é uma panaceia ou uma solução milagrosa para problemas demasiadamente complexos; é, tão somente, uma maneira de tentar conciliar uma realidade posta – o controle jurisdicional de políticas públicas – com o “dever ser”, de modo a encontrar uma terceira via para questões que só são vistas a partir de vieses binários (autocontenção

²⁴ A presente pesquisa apresentará o conceito e os desdobramentos do ativismo dialógico em litígios estruturais, por questões de tempo, espaço e objetividade. Isso não quer dizer, entretanto, que esta faceta não possa ser adotada em casos que não dizem respeito a problemas estruturais, mas, tão somente, que o recorte aqui utilizado poderá ser melhor trabalhado se houver o direcionamento desta faceta aos litígios que, efetivamente, constituem o objeto de estudo.

ou ativismo solipsista).

2.15 Conclusões parciais do capítulo 1

Conclui-se, dessa forma, que talvez mais frutífero que discutir a quem cabe “a última palavra” – ainda que provisória – sobre a guarda de direitos sociais, seja pensar em formas coparticipativas de atuação entre instituições públicas e a sociedade civil organizada, por mais difícil que esse procedimento possa parecer na prática (tendo em vista os interesses políticos, econômicos e sociais que fazem parte, naturalmente, dessas relações). Talvez a preocupação dos estudiosos do direito constitucional, no momento, devesse ser a de investigar uma maneira de fomentar práticas dialógicas, ao invés de focar em quem deveria dar andamento à luta por transformações sociais (ou “que órgão seria competente para dar-lhes andamento”).

Isso posto, o presente estudo, que foca na atuação do Poder Judiciário em litígios estruturais de interesse público, buscará demonstrar uma variedade de possibilidades no que concerne às decisões dos juízes em demandas desse cariz. Vale a observação, nesse sentido, de que não defende-se que os tribunais são – a partir de uma perspectiva ideal – o local adequado à resolução de impasses que, necessariamente, envolvem a alocação de recursos. Entretanto, tendo em vista não só a judicialização da política como a politização da justiça no cenário pátrio (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 115), entende-se, atualmente, pela inevitabilidade de uma mudança cultural imediata de uma “sociedade órfã” que adotou o Judiciário como seu superego (MAUS, 2000).

Dessa forma, de agora em diante, o presente estudo parte das seguintes premissas:

- 1) As instâncias majoritárias são, de uma perspectiva normativa, as instituições mais legítimas para tratarem problemas estruturais que envolvem direitos socioeconômicos e culturais e, portanto, políticas públicas;
- 2) Apesar da crença de que direitos sociais são direitos caros e de que direitos individuais são direitos fáceis de serem garantidos, demonstrou-se existir uma imbricação de interesses entre os direitos de primeira, segunda e terceira geração, de modo que a violação de direitos ditos “sociais”, automaticamente, viola, também, direitos e liberdades individuais;
- 3) Assim, a inércia, omissão ou falta de interesse das instâncias majoritárias em resolver problemas sistêmicos que violam direitos fundamentais como um todo dão ensejo a quadros que rompem, automaticamente, com as promessas constitucionais e relegam a proteção de garantias mínimas, que asseguram a dignidade da pessoa humana;
- 4) Diante da perpetuação desse cenário caótico, não raramente, o Poder Judiciário é provocado (uma vez que é regido pelo princípio da inércia e, portanto, não age de ofício) a interferir em questões que envolvem a alocação de recursos públicos, tendo em vista a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos e culturais;

- 5) As decisões do Judiciário acerca dessas demandas, pelo menos em um primeiro momento, possuem limitações em virtude da microvisão do referido Poder para tratar de problemáticas que dizem respeito à alocação de recursos;
- 6) Apesar das limitações próprias à prestação jurisdicional, o cenário pátrio denuncia uma intensa judicialização das relações sociais, que só poderia ser revertida por meio de uma mudança cultural no sentido de fazer com que os indivíduos não recorressem com tanta frequência ao Poder Judiciário ou com a promulgação de uma nova Constituição, que não positivasse tantos aspectos da vida social em seu texto e que não atribuísse tantas prerrogativas ao Poder Judiciário;
- 7) Sendo assim, diante da realidade posta, é necessário pensar em soluções que atendam às peculiaridades do país e, portanto, operem dentro de um cenário de intensa judicialização da política e das relações sociais, entendendo que debates pautados no “dever ser”, muitas vezes, não encontram respaldo na realidade material;
- 8) Assim, apesar das críticas que o Poder Judiciário enfrenta, por parte de alguns acadêmicos, para lidar com direitos de cunho social, as objeções de ordem democrática e de falta de *expertise* não parecem ser empecilhos suficientes para limitar a judicialização dos DESC no Brasil;
- 9) Ademais, essas críticas não parecem ser suficientes para comprovar que benefícios não podem ser extraídos de decisões judiciais que dizem respeito aos DESC;
- 10) Isso porque, desde que os juízes adotem um “ativismo dialógico” ao invés de posturas autorreferenciadas ou solipsistas, sua participação na proteção dos direitos socioeconômicos e culturais pode ser capaz de desestabilizar o *status quo* vigente e contribuir, consequentemente, na superação de estados de coisas violadores de direitos;
- 11) Por fim, além da adoção de uma postura dialógica por parte dos juízes, é necessário, que haja aderência das instâncias majoritárias ao enfrentamento do problema que se pretende superar, pois dificilmente o Poder Judiciário, sozinho, conseguiria transformar a realidade social;
- 12) Dessa forma, passa-se, agora, ao estudo dos litígios estruturais de interesse público, temática que tem ganhado espaço nos debates acadêmicos de processualistas e estudiosos do direito constitucional comparado, uma vez que o processo estrutural apresenta-se enquanto possível ferramenta para o enfrentamento de demandas que exigem, para o seu enfrentamento, esforços conjuntos dos três Poderes, do sistema de justiça e da sociedade civil organizada.

3 LITÍGIOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS

Apesar de tratarem de questões relativas à alocação de bens escassos (justiça distributiva), a judicialização dos direitos sociais, econômicos e culturais (DESC), frequentemente, é feita de maneira individualizada, atomizada²⁵. Isso porque, apesar de serem direitos de todos, são, também, direitos de cada um. Sob este último enfoque, eles possuem estrutura de direito subjetivo e, portanto, uma vez violados, podem ser exigidos judicialmente a cada um de seus titulares. É o que garante, também, o direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição (art 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988).

O amplo acesso à justiça – garantido pelo referido dispositivo – permitiu o surgimento da contradição intrínseca entre o tratamento atomizado dos direitos sociais e sua necessária e essencial universalização, dando ensejo a algumas consequências. A primeira delas é que as múltiplas decisões concessivas de direitos sociais, próprias de uma sociedade em massa, podem vir a interferir no planejamento e execução de uma política pública em curso, na medida em que obrigam sua revisão e/ou adaptação para o cumprimento das ordens judiciais. A segunda é que o tratamento individualizado dessas questões, via de regra, não permite a discussão da política pública como um todo, mas somente da situação particular do autor, o que pode dar ensejo a decisões distantes da realidade do Poder Público, não passíveis de universalização, bem como transformar o Poder Judiciário em um gerador de desigualdades – como, por exemplo, aquelas que, baseando-se no direito constitucional à saúde, concedem aos autores de ações individuais medicamentos e insumos de alto valor que não constam nas listagens pré-estabelecidas pela Administração Pública com o intuito de atender à população –. Assim, ao invés de promover a fruição, por todos, de bens coletivos, as decisões atomizadas privilegiam aqueles que, por uma outra razão, vêm ao Judiciário demandar de forma individual a concretização do seu direito.

A discussão sobre a possibilidade de judicializar temas políticos no Brasil, dessa forma, talvez não seja tão importante como a discussão acerca das melhores formas de promover essa judicialização e superar as adversidades políticas, sociais e institucionais que comprometem o gozo efetivo dos DESC por seus titulares. As objeções suscitadas²⁶ acerca da (i) legitimidade desse

²⁵ Ações individuais que tratam de problemas estruturais lidam com pequenas frações de problemas multidimensionais, enfocando somente em suas consequências mais aparentes. Decisões individuais são tomadas de maneira não racionalizada, fazendo com que o problema em questão, ao longo do tempo, não seja resolvido ou sequer atenuado. Nos casos, por exemplo, de judicialização da saúde – muito comuns no cenário brasileiro – definir que medicamentos ou tratamentos serão fornecidos pelo SUS não é um problema que diz respeito somente a um indivíduo: é um problema que interessa à coletividade como um todo e, portanto, precisa ser analisado de forma holística. Afinal, ao contrário da aparente simplicidade mascarada na tipologia individualística, as questões supracitadas demandariam modificações nas alocações orçamentárias, nos critérios científicos que são utilizados para a incorporação de novas tecnologias etc. (VITORELLI, 2020, p.65).

²⁶ No Brasil, percebe-se que o início desse problema ocorre da contradição entre a ideia de que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (artigo 1º, parágrafo único da CF 1988) e o vasto catálogo de direitos, consubstanciados em normas abstratas, cuja concretização a própria Constituição afirma ser imediata (art. 5º, inciso 1º) e a inafastabilidade do Poder Judiciário.

exercício, apesar de importantes – se analisadas a partir de uma perspectiva normativa –, não fomentam debates mais relevantes que aqueles preocupados em compreender os limites e possibilidades, fáticos, da decisão judicial que busca concretizar direitos fundamentais, nem daqueles que buscam propor atuações dialógicas entre o sistema de justiça e a sociedade civil, pois enquanto as primeiras estão preocupadas com o “dever ser”, os segundos procuram achar soluções imediatas, pautadas nas variáveis que a realidade impõe (e que, nem sempre, coadunam-se com o funcionamento ideal dos Poderes e demais atores sociais), bem como nas reais disposições dos atores envolvidos de cooperarem, sobretudo, tendo em vista que a curva ascendente de judicialização de políticas públicas, no cenário pátrio, é um fato que dificilmente será revertido em curto prazo (VALLE, 2018, p. 423)²⁷.

O impacto da judicialização dos direitos sociais no processo, dessa forma, é um importante fator a ser estudado. Isso porque a possibilidade de sua tutela pela via jurisdicional levou essa espécie de direito material, que possui determinadas especificidades, ao processo civil, interferindo diretamente em técnicas processuais tidas como adequadas, principalmente, quando se vislumbra a possibilidade do enfrentamento dos chamados “litígios estruturais”.

A decisão acerca dos referidos litígios, sobretudo quando se enquadram enquanto “de interesse público”, possui uma intrínseca natureza política, na medida em que envolve escolhas sobre alocação de recursos escassos e, dessa maneira, não pode se desenrolar da mesma forma que se desenvolvem os conflitos subjetivos privados. Ainda nesse sentido, envolvem problemas complexos e policêntricos²⁸, que demandam um alto grau de experimentalismo e inviabilizam a previsão exata dos impactos sociais que serão causados a partir das medidas tomadas no processo.

O presente capítulo busca explicar as ideias de “litígio” e “processo” estrutural, bem como compreender seus desdobramentos e implicações.

²⁷ As duas principais objeções à intervenção judicial em políticas públicas giram em torno da falta de legitimidade e falta de *expertise* (capacidade institucional) do Poder Judiciário. Importante ressaltar, todavia, que as limitações do processo precisam ser avaliadas à luz das alternativas existentes, e não no vácuo (VITORELLI, 2020, p.108). Isso porque, na grande maioria dos casos, a alternativa ao processo é a “manutenção do *status quo* vigente. Ainda nesse sentido, não obstante as críticas que baseiam-se na teoria das capacidades institucionais defenderem que o Poder Judiciário deveria assumir uma postura autocontida, a teoria desenvolvida por Vermeule e Sunstein (2003) parte de uma premissa diferente. É o que defendem Diego Arguelhes e Fernando Leal (2011, p.22) ao demonstrarem que o verdadeiro significado do termo está atrelado à ideia de que as capacidades das diferentes esferas do governo, na tomada de decisões, deve ser averiguada de forma empírica, e não de maneira abstrata. Assim, não se pode presumir que determinados assuntos devem ser sempre tratados pelas mesmas instituições. É preciso verificar, num cenário concreto, quais são as habilidades e limitações institucionais disponíveis e relevantes.

²⁸ William Fletcher (1982, p. 645), ao trabalhar o conceito de policentria, argumenta que é característica dos problemas complexos, ter inúmeros centros problemáticos subsidiários, cada um dos quais relacionado com os demais, de modo que a solução de cada um depende da solução de todos os outros. O autor utiliza-se, ainda, da metáfora da “teia de aranha”, originalmente apresentada por Lon Fuller (1978, p. 398), para explicar a imbricação inerente a problemas policêntricos: a intervenção em apenas um fio da teia acarreta a redistribuição de tensão em toda a estrutura, impactando a teia como um todo. Problemas policêntricos, portanto – típicos de litígios estruturais – perpassam toda a sociedade, atingindo seus integrantes de forma qualitativa e quantitativamente distintas, tendo, portanto, vários centros de interesse juridicamente protegidos (VITORELLI, 2020, p. 57), de forma que dificilmente conseguem ser resolvidos por técnicas processuais tradicionais.

3.1 Por que trazer aspectos do direito processual civil ao trabalho?

A adjudicação de litígios estruturais de interesse público traz a necessidade de releitura do papel exercido pela jurisdição em sua feição tradicional de *dispute resolution* (FISS, 2003, p. 51) e o entendimento de que o processo pode desempenhar objetivos diversos e com maior repercussão no espaço social, saindo de sua lógica clássica. É o caso, por exemplo, do debate acerca do controle jurisdicional de políticas públicas, tarefa cuja concretização traz consigo novas balizas de julgamento para o intérprete do direito (ARENHART; OSNA, 2019, p. 20).

Nessa nova onda ideológica, ao referir-se ao percurso histórico estadunidense, Fiss (1979) afirma ser possível observar o exercício jurisdicional (que ele intitula de “*adjudication*”) sob duas óticas: a primeira seria afeita ao pensamento clássico, que deposita na jurisdição a função exclusiva de resolução de conflitos. O segundo, por sua vez, seria a “reforma estrutural”, vista pelo autor como mais compatível com o papel do Judiciário em um cenário marcado pela prevalência da força normativa constitucional.

Para melhor delinear o raciocínio, Fiss, nesse mesmo trabalho, destaca, inicialmente, que o processo teria como finalidade última a concretização dos valores públicos, cabendo ao julgador atuar ativamente nesta empreitada. Não obstante, a estrutura de algumas instituições seria um óbice para que esses valores se materializassem, sendo o papel do juiz o de levar a cabo a “reforma estrutural” necessária para inverter o cenário e viabilizar as alterações desejadas (FISS, 1979, p. 49).

Sob essa perspectiva, por exemplo, caberia aos magistrados a função de readaptar toda a estrutura de um espaço público para evitar uma negativa de acesso infundada a determinado cidadão. Atribui-se, assim, um maior peso na atividade pública do processo, recompondo sua dimensão (ARENHART; OSNA, 2019, p. 27). É nessa medida em que se faz necessária a junção de aspectos constitucionais e processuais, dando enfoque na efetividade material da atuação do Poder Judiciário e fazendo que o processo civil assumira importante papel nesse contexto.

Assim, em última instância, tanto a teoria de Fiss quanto o potencial diálogo entre a jurisdição e o desenvolvimento convergem para uma observação mais abrangente relativa a um dos temas atualmente mais debatidos não apenas no âmbito processual como na própria teoria geral do direito: a intervenção judicial em aspectos relacionados à aplicação, controle e gestão de políticas públicas (ARENHART; OSNA, 2019, p. 29).

O debate em torno de litígios estruturais de interesse público, dessa forma, deve passar tanto pelo plano da legitimidade quanto da factibilidade. No que concerne ao primeiro, situam-se elementos como o cotejo entre a visão clássica de democracia e a força normativa da constituição, além da “potencial duplicidade entre crise contramajoritária e função contramajoritária” (ARENHART; OSNA, 2019, p. 29). No que diz respeito ao segundo, o “(...) tema se põe devido à complexidade inerente à deliberação relacionada à política pública, não raramente importando em

escolhas trágicas e colocando em xeque aspectos pendentes da valoração com um viés (também) bastante técnico.” (ARENHART; OSNA, 2019, p. 29).

O fato é que, na realidade brasileira, acertadamente ou não, a participação do Poder Judiciário em Políticas Públicas já ocorre (ARENHART; OSNA, 2019, p. 29). A questão capaz de mitigar os prejuízos que essa atuação poderia vir a causar é delimitar seus limites e possibilidades, evitando debates que giram em torno somente do “dever ser”. Isso porque, teorias complexas – que são excelentes para criar bases fortes na filosofia do direito deixam de levar em consideração problemas relacionados ao procedimento de interpretação e concretização do direito pelas múltiplas instituições estatais que compõem o mundo real e, sobretudo, as nuances do contexto brasileiro, que precisa de estudos voltados aos mecanismos processuais, sociais, institucionais e ao *modus operandi* do sistema de justiça e (não) atuação da sociedade civil do país. Não se exclui, no presente trabalho, o debate doutrinário e nem visões pautadas no “dever ser”, pois acredita-se que essas são essenciais na expectativa de construção de uma sociedade mais justa e democrática. Entretanto, no mundo dos fatos, a judicialização das políticas públicas é uma realidade crescente, sem previsão de término e que precisa ser enfrentada não só no campo constitucional como no processual, instrumento disponível para a tentativa de transformação social por meio do Poder Judiciário.

Debater os limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas sem ter em mentes as finalidades para as quais se pretende inclinar o exercício jurisdicional representa um caminho de constante flerte com a abstração (ARENHART; OSNA, 2019, p. 19). Por isso, é preciso, a partir da realidade, pensar em contribuições capazes de albergar essa nova perspectiva da função jurisdicional, pois o maior risco que o controle jurisdicional de políticas públicas em litígios estruturais de interesse público corre, contemporaneamente, é a de apresentar um processo marcado por promessas de materialização inviável (ARENHART; OSNA, 2019, p. 32).

Nessa perspectiva, destaca-se que as limitações estruturais e orçamentárias do Judiciário são um ponto importante, bem como “o custo dos direitos” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000), pois a assistência judiciária, por mais bem-intencionada que seja, não é absoluta. O ente estatal é obrigado a arcar com as despesas provenientes das ordens judiciais e da efetivação normativa (ARENHART; OSNA, 2019, p. 33). Assim, cada escolha adotada no processo acarretará prejuízos e sacrifícios, não havendo forma de fugir desse parâmetro limitativo.

Por fim, entende-se que trazer aspectos processuais ao trabalho simboliza a preocupação do presente estudo em aliar teoria e prática, aspecto que importa e interessa mais diretamente aos indivíduos que podem se beneficiar dos resultados obtidos com as decisões estruturais.

3.2 Ações pseudoindividuais x direitos sociais: o Poder Judiciário como gerador de desigualdades?

O processo judicial, via de regra, é pensado como uma controvérsia privada e episódica entre autor e réu, abstratamente conformada na fórmula da “relação jurídica processual”, na qual se contrapõem dois interesses unitários, diametralmente opostos, a serem decididos numa lógica de que “o vencedor leva tudo” (CHAYES, 1976, p. 1282).

Esse tipo tradicional de litígio clássico pode ser anetodizado da seguinte forma: suponha-se um episódio em que duas pessoas, no Estado de natureza, disputem um determinado bem e, uma vez que atingem o impasse, decidem delegar a um terceiro imparcial a solução do litígio. As cortes, nesse sentido, seriam a institucionalização desse terceiro e a jurisdição, consequentemente, o meio pelo qual a tarefa resolutive se exerce (FISS, 2003, p. 51). Apesar desse tipo de raciocínio servir razoavelmente bem às lides tradicionais – de caráter eminentemente individuais e patrimoniais – existem sérias dúvidas de que esse modelo seria capaz de abarcar a totalidade de problemas policêntricos contemporaneamente sindicados, sobretudo, no campo das políticas públicas.

Um exemplo claro dessa insuficiência pode ser imaginado ao hipotetizar um problema que envolva a falta de vagas em uma creche pública de um determinado município. Diante de demandas levadas ao Judiciário pleiteando a abertura de mais vagas, algumas “soluções” poderiam ser:

a) cada indivíduo demanda, em uma ação individual, a sua vaga. Nessa hipótese, as respostas judiciais poderiam ser:

- i) a de declarar a improcedência da ação, por entender que o demandante não é titular do direito pretendido – e essa resposta, talvez, à luz da Constituição, não seja a melhor alternativa, pois o direito à educação é uma garantia fundamental que não pode esperar –;

- ii) a concessão da tutela antecipatória, determinando a criação de vagas imediatamente, para que as crianças não tivessem seu direito fundamental prejudicado de forma alguma – neste caso, apesar de resolver o problema de uma única criança, cujos pais tiveram a oportunidade de judicializar o pleito, o julgador poderia estar formulando uma resolução inadequada, pois sua decisão “furaria a fila” de outros indivíduos que encontram-se na mesma situação e, necessariamente, precisariam de um tratamento igual, mas não foram buscar a tutela jurisdicional por falta de informação, proatividade ou quaisquer outros motivos, que não justificam, de toda forma, a proteção desigual de um mesmo direito;

- Ou iii) a concessão de uma tutela antecipatória determinando que o Estado pague a estadia daquela criança (em específico), em uma escola particular. Essa solução, todavia, a longo prazo, não teria sustentabilidade, pois pode não haver disposição orçamentária para tanto (sobretudo se, depois disso, mais ações individuais fossem judicializadas e o Estado tivesse que arcar com a mensalidade de todas as crianças cujos pais buscaram, também, a tutela jurisdicional) e, também, não haveria como igualar o regime dispensado aos litigantes e aos não litigantes.

b) Outra hipótese possível poderia ser todos os pais demandarem, em conjunto, através de litisconsórcio ou ação coletiva-bipolarizada (FERRARO, 2015). Nessa hipótese, as respostas judiciais poderiam ser:

- i) improcedência da demanda, de forma que os resultados práticos seriam incongruentes com o compromisso constitucional pelas mesmas razões descritas anteriormente;
- ii) a procedência do pedido em litisconsórcio, hipótese na qual o magistrado, ainda assim, priorizaria aqueles que foram a juízo o que poderia dar ensejo a injustiças e tratamento desigual a indivíduos que se encontram numa mesma situação;
- iii) a procedência da ação coletiva, situação na qual poderia ser possível que houvesse, por parte do Judiciário, uma determinação genérica para que o Estado providenciasse vagas para todos os sujeitos naquela situação de forma imediata, mas sem que fosse estabelecida uma base sólida para o cumprimento da medida, o que pouco transformaria a realidade, uma vez que a saída priorizaria uma solução momentânea, olvidando que problemas referentes à educação são perenes. A probabilidade de que os mesmos dissídios voltassem a ocorrer, no médio-longo prazo, seria considerável.

É inegável que esse gênero de demanda não comporta grande dilação probatória apriorística. Em regra, a decisão que solucionará o caso será pautada em cognição parcial e sumária – concedida a limitar, o caso estará, na prática, resolvido. Denegada a tutela provisória, o caso também estará resolvido.

O caso hipotético apresentado poderia ser substituído, sem maiores problemas e sem comprometer a lógica e propósitos centrais da história, por: demandas de medicamentos perante o Sistema Único de Saúde (SUS)²⁹; superlotação carcerária (como, inclusive, já ocorreu no famoso caso da ADPF 347 e na FUNDAC, em primeira instância, no estado do Rio Grande do Norte); falta de vagas em creches públicas (como no caso da judicialização das vagas em creche no município de Campinas/SP³⁰); demandas por leitos em hospitais públicos e tantas outras que assolam o cenário pátrio. Independentemente da circunstância, o fato é que o arquétipo adjudicatório bipolarizado não

²⁹ Barroso, ao tratar sobre a judicialização de políticas públicas e suas falhas argumenta que: “exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos” (BARROSO, 2017 p. 13)”.

³⁰ Nesse sentido: “Há vários casos que exemplificam a necessidade de adoção de um novo modelo para os litígios irradiados. Por exemplo, apenas em 2014, o município de Campinas matriculou em creches 3.068 crianças em cumprimento de determinações judiciais proferidas em ações individuais. Essas milhares de ordens são apenas a continuidade de um fenômeno que já dura anos, sendo registradas 1.692 liminares em 2013, 1.547 em 2012 e 1.742 em 2011. Em quatro anos, portanto, o Poder Judiciário do estado de São Paulo foi sobrecarregado com mais de 8 mil processos idênticos e proferiu decisões para que crianças fossem matriculadas em estabelecimentos educacionais, independentemente de avaliação das estruturas disponíveis. O resultado, ao final do período, é a superlotação das salas de aula e a redução da qualidade do serviço prestado” (VITORELLI, 2016. p. 559).

consegue tratar os revezes sociais em sua integralidade e, muitas vezes, até cria novos problemas ou exacerba os existentes.

Uma demanda que pretende a inserção de um determinado indivíduo em uma vaga em uma instituição de educação pública, em nada corresponde a um interesse puramente particular. O mesmo pode ser observado em demandas sobre políticas públicas em geral: há interesses que exorbitam a relação processual limitada aos dois polos.

Assim, quanto ao direito à educação, pensando no caso hipotético retratado, poderia ser cogitado que a situação fosse diversa daquela que aconteceria se o juiz “somente” determinasse que uma criança fosse matriculada e pudesse frequentar o estabelecimento educacional, isto é, não haveria maiores gastos, pois o estabelecimento educacional “já está em funcionamento de qualquer forma.” Esse raciocínio, entretanto, não parece proceder, especialmente por duas razões: a primeira é que, apesar da escola já estar funcionando, nada garante que a matrícula de novas crianças não vá causar impactos significativos. A remuneração dos professores, muito provavelmente, não vai ser alterada por haver mais um aluno (e ainda assim eles terão mais trabalho). As despesas com a merenda escolar também serão impactadas e, se não houver, de imediato, o aumento de recursos para tanto, isso pode causar uma diminuição da quantidade de merenda para cada um dos alunos, por exemplo.

Talvez, se o raciocínio se limitar, de fato, somente a uma criança, o impacto no orçamento público e funcionamento adequado da escola pode não ser significativo, mas esse é justamente o problema da análise fragmentada. A falta de vagas em escolas públicas pode figurar como um problema perene na sociedade brasileira. E, se assim o for, haverá a judicialização de outras demandas nesse mesmo sentido. Partindo dessa perspectiva, o que aconteceria se fosse determinada a matrícula de duas crianças? E de 10? E de 20? E de 50? Dificilmente não existiriam problemas com o número de alunos por sala, a possível carga de trabalho que os professores teriam, a diminuição da merenda por cabeça até que fosse destinado mais orçamento público para esta finalidade, a possível falta de estrutura física da escola para receber todos os novos alunos, a possível falta de bancas e cadeiras – de forma que, talvez, muitos alunos ficassem desconfortáveis –, a falta de material escolar e muitos outros. Será que esse tipo de situação, a longo prazo, é sustentável?

Não há, de fato, uma solução simples para o problema. Kazuo Watanabe (2006) defendeu a ideia de não haver cabimento de ações individuais que pleiteiem a reparação a direitos individuais que sejam reflexo de uma lesão coletiva. Para o autor, em qualquer circunstância em que não se possa conceder o pedido individual sem ensejar a desigualdade vedada em lei, a pretensão deve ser resolvida apenas coletivamente, resolvendo o problema de forma sistêmica. O problema dessa visão é que ela soa pouco compatível com a cláusula de acesso à justiça, pois, a partir da leitura do art. 5º, XXXV, da Constituição, não se pode inferir que este dispositivo não contempla o direito de acesso

individual à jurisdição, no caso em que o jurisdicionado pertence à sociedade envolvida em um litígio coletivo (VITORELLI, 2020, p. 313).

Uma hipótese semelhante vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): a suspensão obrigatória das ações individuais, ao aguardo do julgamento da ação coletiva. Nesse sentido, Vitorelli (2020, p. 312) expõe que:

Embora o artigo 104 do CDC mencione uma suspensão facultativa, a critério do autor, o STF chegou a essa interpretação por analogia ao sistema de precedentes vinculantes: se é possível suspender compulsoriamente todos os processos, para aguardar a formação de um precedente vinculante em incidente de resolução de demandas repetitivas, recurso especial ou extraordinário repetitivos e em repercussão geral, seria possível suspender as ações individuais também para aguardar uma ação coletiva.

Ocorre, todavia, que o resultado prático dessa suspensão, para a parte, é similar à hipótese de “não cabimento da ação individual”, uma vez que ela deverá aguardar a resolução pela via coletiva. A parte não poderá se valer da solução mais rápida, que seria conferida pela ação individual, nem poderá receber algo que a coletividade também não receba, pelo menos em um primeiro momento (VITORELLI, 2020, p. 313). Vista por essa perspectiva, a posição do STJ pode ser o que Vitorelli (2020, p. 314) intitula de “versão insincera” da tese de Watanabe³¹.

Seja qual for o caminho escolhido, uma coisa é certa: o problema da compatibilização entre o processo estrutural e a multiplicidade de processos individuais é extremamente complexo e tormentoso, tanto do ponto de vista jurídico quanto de uma perspectiva prática (VITORELLI, 2020, p. 317). Juridicamente, a cláusula de acesso à justiça incorpora uma ideia abrangente de acesso ao Judiciário, embora o CPC preveja e a jurisprudência aceite que processos individuais sejam suspensos em benefício da formação de um precedente que valha para todos (VITORELLI, 2020, p. 316). Pragmaticamente, a solução estrutural “pode ser frustrada pelo ajuizamento de ações individuais, mas estas são, da perspectiva exclusiva do indivíduo, o caminho mais eficiente para a tutela do seu próprio direito material” (VITORELLI, 2020, p. 317).

No campo do direito constitucional já se defende que ações coletivas são o mecanismo mais idôneo para tutelar os direitos econômicos, sociais e culturais (BILCHITZ, 2008, p. 11). Decisões fragmentadas, que buscam atender a demandas meramente individuais não viabilizam uma tutela adequada do direito em questão de um ponto de vista geral, incorrendo-se no risco *ad infinitum* de não se alcançar uma solução pensada à luz da complexidade do problema, mas, tão somente, a partir de uma perspectiva imediatista. Descartar a tutela coletiva em prol da individual, a fim de que o

³¹ Apesar de ter adotado essa postura, Vitorelli (2020, p.314) destaca que “(...) o STJ tem pelo menos um julgado afirmando que, ainda que haja um acordo coletivo, o cidadão não está vinculado às suas cláusulas e não poderia ser impedido de ingressar em juízo para obter tutela de seu direito. Embora não mencione a possibilidade de suspensão da demanda, essa decisão, ainda que bem-intencionada, compromete a solução estrutural de controvérsias, uma vez que a agilidade inerente ao processo individual, caso deferida a tutela provisória, sempre será mais interessante para o cidadão do que esperar que os seus problemas sejam resolvidos juntamente com os demais. Além disso, parece no mínimo curioso que uma ação individual possa ser suspensa na pendência de uma ação coletiva, mas a sua tramitação não possa ser obstada enquanto se cumpre um acordo coletivo nela firmado”.

titular alcance o que é mais benéfico para ele somente em termos individuais, é esquecer que a efetivação desse direito pode afetar muitos outros indivíduos que se encontram em situação semelhante.

3.3 Características do modelo processual tradicional

Um dos marcos teóricos na temática dos litígios estruturais é Abraham Chayes. Na obra “*The role of judge in public law litigation*” (1976), o autor identifica cinco características de “concepções tradicionais de adjudicação”, quais sejam: a) a bipolarização; b) a preocupação retrospectiva; c) a interdependência entre direito e remédio; d) a atuação episódica; e e) o controle das partes sobre o processo. Embora seus estudos dirijam-se ao ordenamento jurídico norte-americano, os aspectos por ele destacados apresentam correspondência, em grande medida, com a estrutura adjudicatória do ordenamento pátrio.

3.4 A bipolarização no processo

Uma ação civil, a priori, é pensada como uma controvérsia privada entre autor e réu, de forma que a arquitetura jurídica é formulada a partir de dois interesses unitários, diametralmente opostos, a serem decididos a partir de uma lógica na qual “o vencedor leva tudo” (CHAYES, 1976, p. 1282). Não obstante a existência da possibilidade de terceiros interferirem no processo a fim de protegerem seus interesses, tais intercessões são uma verdadeira exceção à regra, tratadas pelos juízes e partes como algo, até mesmo, indesejado (SHAPIRO, 1968, p. 721). A base desse modelo é o pensamento de linhas individualistas e patrimonialistas nas quais vigoram os princípios da liberdade, propriedade privada e segurança jurídica (MITIDIERO, 2012, p. 182), entendendo o procedimento civil como mero assunto privado entre as partes (VENTURI, 2007, p. 27).

A adjudicação, dessa forma, é pensada com o intuito de administração e disposição de patrimônio individual, despreocupada com a tutela de ordem social e metaindividual (MITIDIERO, 2007, p. 184). Esse tipo de raciocínio cultiva uma abstração polarizada das relações sociais e pressupõe que os interesses das partes são diametralmente opostos, que é necessário decretar um “vencedor” e um “perdedor” e que os interesses possíveis de consideração são somente aqueles trazidos ao processo.

Ao se tratar de uma demanda que envolve políticas públicas, como no caso hipotético formulado no tópico anterior, numa relação entre “A” e “B”, adentra-se no risco de ignorar os interesses adjacentes (de terceiros e do próprio Estado enquanto conjunto) e criar consideráveis contradições entre diversas decisões. Ainda que se trate de uma demanda coletiva, é necessário que ela não seja uma mera declaração da “vitória” de uma coletividade vencedora em face do Estado, a fim de que haja uma efetiva tutela dos direitos provenientes de litígios estruturais de interesse

público.

3.5 A essência retrospectiva e episódica da tutela

O modelo adjudicatório foi construído, em essência, para ser reativo, ou seja, a resposta jurisdicional é superveniente à violação e atua estritamente sobre ela (não obstante a tutela inibitória prevista no parágrafo único do artigo 497 do Código de Processo Civil). Se o autor individual ou coletivo tem sua pretensão julgada procedente, há uma compensação (através de um equivalente pecuniário ou uma performance específica do réu), e se o réu prevalece, nada muda. O foco da adjudicação, dessa forma, é retrospectivo.

A atuação jurisdicional, nesse sentido, busca retomar o *status quo* anterior, partindo da presunção de que havia, previamente, uma ideia de “situação anterior justa”. Isso pode gerar alguns aspectos problemáticos, como a insustentabilidade das medidas particularistas a longo prazo; a repetição de demandas idênticas ante a falta de preocupação prospectiva e não episódica da tutela jurisdicional; o foco nas consequências das decisões ao invés das causas e a impossibilidade da formulação de decisões com respostas criativas e efetivamente adequadas à concretização dos valores constitucionais.

3.6 A interdependência entre direito e tutela

Existe uma lógica entre violação e reparação que substantia o modelo processual tradicional. O autor obtém do réu o equivalente ao que este viola. Nem mais, nem menos. A tutela jurídica, dessa maneira, tem um encargo compensatório. No campo das políticas públicas, entretanto, é insuficiente que se busque reparar as causas do problema com estritas vistas aos limites da transgressão pontual. A ofensa imediatamente vislumbrada, não raro, encobre violações sistemáticas, de proporções consideravelmente mais amplas.

3.7 O controle das partes sobre o processo

O modelo processual tradicional é iniciado e controlado primordialmente pelas partes. O julgador, idealmente, é um “árbitro neutro”, que decide segundo a lei (“juiz boca da lei”). No cenário do controle judicial de políticas públicas, todavia, a atuação jurisdicional sobrepuja os limites da estrita “declaração da lei” (o aqui já trabalhado “ativismo metodológico”). Neste contexto, ganham relevo os direitos fundamentais, em especial os de caráter social, que impõem ao julgador uma postura criativa no da tutela dos direitos constitucionais.

3.8 Conclusões parciais sobre as características dos processos tradicionais (bipolares)

O processo civil brasileiro possui uma forte tradição liberal, tendo seu ideário sido construído para lidar com direitos subjetivos pertencentes atômica e isoladamente a um só indivíduo (ARENHART; OSNA, 2019, p. 51). Pensar em direitos coletivos – que envolvem problemas estruturais ou não – rompe com dogmas liberais e implica no reconhecimento da insuficiência de algumas de suas principais premissas, pois a lógica individualista não consegue suportar problemas policêntricos, que impõem outra racionalidade aos sujeitos processuais.

Nesse cenário em que vigora o modelo de processo bipolarizado, exigir que cada afetado busque a tutela individual de seu direito ainda é a solução que continua a preponderar. Suas consequências, todavia, sobretudo, quando envolvem o controle jurisdicional de políticas públicas, tendem a agravar o problema, seja porque, para guardar a qualidade das decisões não será possível a análise de todas as controvérsias ou porque, para dar conta das demandas, a prestação jurisdicional será sacrificada qualitativamente (ARENHART, 2014, p. 150-151).

Ademais, a via individual é excludente: o acesso à justiça pela via individual se torna tanto mais árdua quanto maior a hipossuficiência cultural e econômica do sujeito (PICOLI, 2018, p. 56). Isso porque elas concedem, em geral, privilégios àqueles que já se encontram em situação “menos desfavorável”, priorizando-se os que primeiramente exercitam o direito de ação. Outro problema, ainda nesse diapasão, é que o Poder Judiciário se vê obrigado a responder a uma demanda geometricamente³² crescente, o que acaba por impor medidas voltadas à quantidade ao invés de qualidade, exigindo um enorme investimento – por parte do Estado – e um ciclo sem fim de problemas, incapaz de acompanhar as constantes exigências sociais. Por fim, destaca-se que a judicialização de diversas demandas individuais podem gerar contradições decisórias e possíveis arbitrariedades nas decisões tomadas pelo Judiciário, sobrelevando as irracionalidades nas deliberações políticas, principalmente, dos pontos de vista financeiro e organizacional.

Demandas individuais tendem a tentar transformar um problema grave em uma discussão singela, como, por exemplo “o direito à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a um indivíduo determinado?”. Nesse caso, limita-se a lide a um conflito entre o direito fundamental à vida (daquele que precisa do medicamento para sobreviver) versus o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor). Visto dessa perspectiva, a discussão mascara o real problema: a política pública de saúde nacional, disfarçando o fato de que

³² “(...) na verdade, é inútil inflar a estrutura judiciária, na tentativa de acompanhar o crescimento geométrico da demanda por justiça, na medida em que essa estratégia leva, ao fim e ao cabo, a oferecer mais do mesmo (mais processos – mais crescimento físico da máquina judiciária), pondo em risco o equilíbrio com os demais Poderes e minando a desejável convivência harmoniosa entre eles: com o Executivo, assoberbado com as incessantes requisições de verbas orçamentárias para o crescente custeio da justiça estatal; com o Legislativo, acuado ante a diminuição de seu espaço institucional, por conta dos avanços do ativismo judiciário em áreas tradicionalmente reservadas à chamada reserva legal” (MANCUSO, 2009, p. 27).

aquilo que está em jogo, de fato, é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país.

Demandas individuais como essas, como por um passe de mágica, convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado? Ou, em outros termos, reduz o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) versus o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor). Sob esse ângulo, a discussão parece muito simples e sua solução, evidente. Porém, o que na realidade esse processo individual faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional. Realmente, esse tipo de demanda obscurece o fato de que, aquilo que está em jogo nessa causa, é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país (ARENHART, 2015, p. 3).

Entende-se que a tomada de medidas paliativas e particularizadas, que preocupam-se apenas em combater as consequências das violações estruturais, são incapazes de sanar as verdadeiras causas do problema. E isso traz à baila o seguinte: ou se assume que a jurisdição não é o locus próprio para o desenho e implementação de políticas públicas, ou se concebe que, embora padeça de limitações, a função jurisdicional não pode mais ser afastada da concretização dos valores públicos. As conclusões do presente estudo filiam-se à segunda possibilidade.

Existem decisões judiciais, no âmbito da tutela coletiva, que possuem uma solução mais complexa que aquela que envolve o acolhimento ou rejeição da pretensão inicial. Esse tipo de decisão faz com que a sentença do Judiciário passe por um processo que prescinde uma maior abertura dialógica, por meio da qual os afetados pelo problema e os atores responsáveis – direta e indiretamente – pelo mesmo contribuíssem com a formação do provimento e seu contínuo aprimoramento. Ao invés de um processo guiado por uma imposição unilateral do magistrado, esse transformaria-se num ambiente de negociações e debates prospectivos, buscando uma regulação razoável (ARENHART; OSNA, 2019, p. 122).

Fala-se, nesse sentido, em “processo estrutural”, que possui como sua arena mais típica a esfera pública, pois, em geral, envolve interesses e valores que dizem respeito à coletividade como um todo. Isso não quer dizer, todavia, que restrinjam-se a essa seara, sendo possível que desenvolvam-se também na esfera privada (não obstante ser uma hipótese mais rara) (ARENHART; OSNA, 2019, p. 122). Demandas desse cariz exigem a implementação de medidas gradativas, orientadas para o futuro e que têm como escopo central a resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em um problema maior do que o litígio que foi examinado. Na linha do oportunamente descrito, destaca-se, ainda, que questões estruturais (sobretudo, às de interesse público) envolvem valores amplos da sociedade, não se falando somente de vários interesses concorrentes em jogo, mas, também do fato de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial, sendo frequentemente comuns na tutela dos direitos fundamentais traduzida no desenho, implementação ou correção de políticas públicas.

Por isso mesmo, a decisão judicial deverá levar em consideração as contingências e as

necessidades do caso e das partes, adequando-a àquilo que seja concretamente viável. Em decisões contra o Poder Público, por exemplo, faz-se necessário ponderar qual a efetiva condição da Administração Pública em realizar o comando judicial, em que tempo e de que modo (ARENHART; OSNA, 2019, p. 143). Provimentos que impõem um fardo maior do que aquele que o réu pode suportar podem ter como consequência a inviabilidade do atendimento à determinação judicial.

Uma opção viável, nesse sentido, é que o magistrado dite à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe, entretanto, a escolha dos meios e preservando sua discricionariedade. A especialização de certos órgãos do poder público pode fazer deles ambientes mais apropriados que o dos tribunais para a especificação das prestações específicas a serem realizadas ou mesmo para a avaliação da suficiência das medidas adotadas para a proteção do direito tutelado. Além disso, o foco judicial deve concentrar-se naquilo que é importante: a visão geral do problema, deixando aspectos pontuais e ocasionais à atividade daqueles que possuem maior *expertise*.

Como o próprio título indica, o presente trabalho insere-se no campo da tutela jurisdicional coletiva. De maneira mais específica, faz parte do universo das “*structural injunctions*” (decisões estruturais) que buscam reformar instituições, uma vez que o modo através do qual operam, em razão de suas políticas e dinâmicas, acarretam a violação de direitos. O caso paradigmático, nesse sentido, é o de *Brown v. Board of Education*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1954 e 1955, cujo intuito central residia em reformar o sistema público de educação estadunidense – que baseava-se na doutrina do “*separate but equal*”, objetivando o fim da segregação racial.

A perspectiva adotada adiante busca não somente trazer conceitos abstratos ou identificar decisões que sejam estruturantes, mas pensar no processo como um todo, sem dar enfoque exclusivo na atuação jurisdicional. Acredita-se que a centralização de soluções complexas na figura do juiz não é adequada para superar problemas que, para serem resolvidos, demandam uma verdadeira “mobilização interinstitucional”, sendo importante entender, assim, que o processo estrutural encampa um modelo participativo e cooperativo de jurisdição, pois o aumento da complexidade normativa que impera na atualidade ressalta o argumento de que soluções estruturais não podem partir somente dos juízes, mas sim de todos aqueles envolvidos – direta ou indiretamente – no processo. Pensa-se, assim, em um modelo processual aberto ao diálogo e à cooperação, com a aplicação do princípio do contraditório à luz do policentrismo e da participação. O viés interdependente e auxiliar entre os sujeitos processuais garante a influência de todos os interessados e afetados na formação e satisfação das decisões e evita o depósito de cargas de responsabilidade muito altas sobre quaisquer um deles.

3.9 Brown v. Board of Education: o fim da doutrina “separados, porém iguais” (*separate but equal*)

Enquanto gênero de litígio constitucional, a reforma estrutural tem suas raízes nos anos 1950/1960, do século passado, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos estava sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren e realizou-se um esforço considerável para executar a decisão de *Brown v. Board of Education*. A partir do caso mencionado é que o Judiciário norte-americano passou a assumir a tarefa de impor a reforma estrutural de várias instituições sociais, o que exigiu das cortes estaduais (em *Brown II*) uma transformação radical do *status quo* e da realidade social, pois tiveram que superar uma intensa resistência e, concomitantemente, reestruturar organizações de grande porte, os sistemas de educação pública. A finalidade das medidas adotadas em *Brown* era a de fazer valer os valores constitucionais, mormente, os referentes à igualdade, de forma que a decisão da Corte consagrou o período histórico denominado de “*the civil rights era*.”

Brown era um caso de interesse público cujo pleito central se voltava à cessação da segregação étnica nas escolas públicas do país, em larga medida autorizada pela doutrina do “separados, porém iguais” (*separate but equal*) sustentada pela Suprema Corte, em 1896, no caso “*Plessy v. Ferguson*” (JOBIM, 2013, p. 76). É certo que a superação de uma doutrina enraizada na cultura do país não seria simples e demandaria uma série de medidas a serem realizadas a longo prazo, bem como a reestruturação do sistema público de ensino como um todo.

Em 1954, dessa forma, a questão da segregação racial foi novamente levada à Suprema Corte norte-americana, através do já supramencionado caso *Brown*. Na oportunidade, o julgamento levou à conclusão de que a admissão de estudantes em escolas públicas do país com base na etnia, segregando afrodescendentes, seria inconstitucional. Diante da declaração de inconstitucionalidade, um problema recorrente surgiu no caso: se as escolas públicas estavam, até então, estruturadas a partir do sistema segregacionista, como fazer com que elas adequassem-se ao mandamento constitucional? Afinal, se a tutela do direito material é o fim último do processo, não seria suficiente a mera “declaração”. Seria necessário tornar concreta a medida.

Importante notar que o julgamento de *Brown* foi precedido por outros casos semelhantes, julgados a partir de 1938, como os precedentes firmados em *Missouri ex rel Gaines v. Canada*, *Sipuel v. University of Oklahoma* e *Mclaurin v. Oklahoma*, nos quais a Suprema Corte dos EUA garantiu o direito à educação de crianças negras em escolas para brancos em virtude da ausência de escolas e universidades com o mesmo grau de investimento e iguais condições (DANTAS, 2019, p. 206). Isso demonstra que já existiam mobilizações por parte da sociedade civil ligadas à defesa dos direitos dos negros nos EUA para a superação do precedente firmado em *Plessy v. Ferguson* e a paulatina relativização daquele precedente pela Suprema Corte, cujo estopim se deu em 1954, podendo-se classificar *Brown*, inclusive, como um caso não só estrutural como de litigância estratégica, que visava, de uma vez por todas, reconhecer expressamente que a existência de um sistema individual de educação violava o direito à igualdade de oportunidades, gerando nas crianças negras um sentimento

de inferioridade em relação ao seu status na comunidade, o que poderia afetar seus corações e suas mentes de uma forma que jamais poderia ser desfeita (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1954, p. 5). Para a Corte, esse impacto era ainda mais negativo se cancelado pela lei, razão pela qual decidiu que o precedente de Plessy não poderia ser aplicado ao sistema público de educação.

Nesse sentido, a complexidade da decisão de Brown era enorme. Sua efetividade dependia diretamente da mudança de hábitos, pensamentos, cultura e *modus operandi* de toda uma sociedade, o que demandaria tempo. Brown exigia nada menos que a transformação dos “sistemas duais de escolas” com escolas separadas para negros e para brancos em “sistemas unitários de escolas não-raciais”, o que trazia à baila a inadiabilidade de uma reforma organizacional profunda. Em outros termos, essa mudança implicaria em novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes para acomodar novas rotas e novas distâncias; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; a revisão de programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização etc. (FISS, 1979, p. 121).

O fim da segregação social era um processo de transformação total, no qual os juízes teriam que assumir um papel importante na reconstrução de uma instituição social existente. A erradicação do lema “*separate but equal*” exigia uma revisão de concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas normas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direito e medidas judiciais. De início, não existia um projeto detalhado especificando como erradicar o sistema de castas embutido na burocracia do Estado ou como a tentativa iria transformar o modo de prestação judicial. Um ano depois da primeira decisão, após diversas queixas de instituições públicas acerca das dificuldades operacionais de implementar a política de não-discriminação, a Suprema Corte voltou a examinar a questão em Brown v. Board of Education II.

Na ocasião, observada a resistência de diversos estados em atender à reforma de suas estruturas segregacionistas, determinou-se a implementação de ordens não-segregativas através da adoção progressiva de medidas eliminatórias das disfunções institucionais (ARENHART, 2014, p. 372). Essas medidas deveriam ser expressas em planos de ação, cuja execução deveria ser acompanhada pelo Poder Judiciário³³ local, de forma a viabilizar a aderência às peculiaridades de cada região.

³³ No que concerne aos sistemas prisionais, importante notar os casos Hutto v. Finney e Brown v. Plata, ambos nos Estados Unidos. No primeiro, as cortes federais declararam a existência de uma situação calamitosa no sistema carcerário do estado do Arkansas, uma vez que, não obstante a superlotação de diversas unidades, estas continuavam a receber um significativo número de prisioneiros, os quais ficavam sujeitos a punições que incluíam o isolamento por um longo período de tempo. Os presos submetidos a esse castigo ingeriam apenas mil calorias por dia para alimentação e eram controlados pelos guardas com a utilização de bastões e cassetetes, além de sofrerem outras práticas cruéis. A corte local, ao enfrentar essa situação, impôs várias medidas, como a limitação do número de prisioneiros alojados em cada cela, o fornecimento de cama própria para cada prisioneiro, a eliminação da dieta de mil calorias e a limitação das penas de isolamento por um período de 30 dias. Mais tarde, o caso chegou na Suprema.

Após receberem da Suprema Corte seus mandatos para agirem, os juízes federais das instâncias mais baixas descobriram o que a tarefa exigia e ajustaram as formas de procedimentos tradicionais para atender às necessidades existentes. O compromisso com a efetivação prática da decisão e, conseqüentemente, com a igualdade racial, motivou a inovação procedimental, constituindo a justificativa para os distanciamentos da tradição (FISS, 1979, p. 122).

Essa prática foi considerada por muitos como o ponto inicial das medidas de caráter estruturante, tendo influenciado decisões estruturais voltadas a sistemas prisionais, moradias populares, departamentos de política, entre outros. Dessa forma, além de ampliar o debate acerca da segregação racial, o caso confrontou o modelo tradicional de adjudicação e suas “respostas” às demandas. Como destaca Owen Fiss, a efetivação da medida impôs a revisão das concepções formadas acerca do processo em sua formação tradicional, pois a partir da decisão experimentou-se, no ordenamento norte-americano, uma nova forma de adjudicação: o modelo de *structural reform*³⁴, da qual pode-se extrair algumas lições iniciais no que concerne à adequada instrumentalização da ingerência judicial sobre estruturas socialmente completas (FISS, 1979, p. 127).

Michael Klarman (2005, p. 183) destaca que a decisão de Brown teve diversas conseqüências. Por um lado, incentivou o movimento dos direitos civis a acreditar que mudanças sociais eram possíveis e que elas poderiam ser obtidas através da litigância judicial. Por outro lado, o *backlash* da decisão fez com que houvesse forte resistência dos brancos sulistas às transformações no sistema de educação pública, o que gerou reações violentas às pautas favoráveis ao fim da mesma. A resistência da opinião pública e dos agentes públicos responsáveis pelas transformações necessárias corroboram as dificuldades que foram enfrentadas para a implementação de decisão, que foi proferida em um ambiente de disputa e de mudanças que exigiam reformas na estrutura do sistema público de ensino e a transformação do *status quo*.

Nesse sentido, sob a perspectiva dos efeitos simbólicos, Brown produziu opiniões divergentes. A primeira é que a decisão deu origem a uma forte e precipitada oposição ao fim da segregação social nos EUA, sendo a causa das reações enérgicas e violentas que ocorreram no sul (DANTAS, 2019, p. 206). Desse olhar, poderia-se extrair que as decisões judiciais seriam inefetivas para promoverem grandes mudanças sociais, de forma que os tribunais deveriam evitar decidir casos polêmicos e conflituosos, deixando que essas mudanças fossem realizadas através do processo político ordinário.

É o caso de Michael Klarman (1994, p. 90), para quem a decisão de Brown não conseguiu

³⁴ “The structural injunction as we know it achieved its first prominence in the civil rights era. Federal courts used injunctions to desegregate schools. (...). In the late 1960s and 1970s, the courts transferred their school - desegregation experience to prisons and jails, public housing, residential institutions, and police departments. During the 1970s, the structural injunction emerged as the most prominent and controversial exercise of modern equity”. (RENDLEMAN, 2009, p.45).

acabar com a segregação racial ou sequer inspirar o movimento de direitos civis, tendo dado causa apenas a um forte *backlash* contra mudanças raciais no sul, que, de tão forte, acabou por gerar uma revolta na população do norte, que passou a lutar de maneira mais incisiva pelo fim da segregação racial nos sistemas de educação pública, o que contribuiu significativamente para a obtenção de mudanças sociais. Dessa forma, seria mais interessante que as instituições políticas promovessem as mudanças necessárias em espaços de negociação que são típicos da política, evitando reações violentas que ocorrem quando essas questões são levadas aos tribunais pelos demandantes e decididas por juízes sem os debates e as negociações necessárias.

Em oposição a essa linha de pensamento, existe o entendimento de que Brown foi um importante símbolo da luta dos negros pelo direito à igualdade nos EUA. Nessa linha de raciocínio, Benjamin Kinzer (1967, p.5 apud DANTAS, 2019, p. 207) destaca que esse precedente foi citado em mais de 300 casos julgados pelas cortes federais, bem como pelos tribunais estaduais – inclusive do sul –. Houve também um aumento dos apoiadores de Brown com o passar do tempo, ocorrendo uma relação de causalidade entre a alteração da opinião pública sobre questões de igualdade racial e o precedente então firmado (DANTAS, 2019, p. 207).

Embora, de fato, Brown tenha gerado conflitos sociais em virtude de sua temática controvertida, demandas por direitos, em vários casos, inevitavelmente, geram reações contrárias por parte da sociedade – principalmente, quando envolvem questões polêmicas – mas que existiriam ainda que esses direitos fossem reconhecidos através do processo político, sobretudo, quando desafiam o *status quo* de elites hegemônicas e almejam a implementação de medidas transformativas de grande porte. Ou seja: em tese, a demora para o início da implementação da decisão, bem como os movimentos contrários ao fim do regime de educação segregacionista, aconteceriam ainda que as instâncias majoritárias resolvessem ter tomado partido na luta contra o sistema dual de ensino público.

Entende-se, dessa maneira, que a Suprema Corte norte-americana teve que lidar com um contexto que não era favorável à adoção imediata das medidas estruturantes propostas. Logo, por depender da colaboração dos agentes públicos e do apoio popular para ver cumprida suas decisões, e antevendo a significativa resistência que resultaria na determinação do fim imediato da segregação racial nas escolas, ter optado por passos lentos ao invés de medidas drásticas e solipsistas, pode, de fato, ter sido a melhor estratégia a ser utilizada pelos *justices*.

Outro ponto importante, ainda nesse sentido, é que o caso envolvia situações complexas e variáveis, que impossibilitavam a adoção unilateral de medidas executivas pela Suprema Corte, sem a previa oitiva e participação de todos os envolvidos. Nesse ponto, Eduardo Dantas (2019, p. 209) destaca que a própria Suprema Corte reconheceu essa situação ao julgar o caso Brown I. O acórdão redigido pelo Justice Warren afirma expressamente que a ampla aplicação dessa decisão e as grandes

variedades das condições locais davam causa a problemas de considerável complexidade na elaboração de ordens executivas, razão pela qual o Tribunal tentou obter a “ampla participação das partes na formulação das medidas executivas” (DANTAS, 2019, p. 209) e decidiu que a elaboração das mesmas seria submetida a nova apreciação da Corte após a oitiva das partes e dos interessados (DANTAS, 2019, p. 209).

Mesmo ao decidir o caso *Brown II*, em 1955, e determinar que a segregação racial fosse eliminada nos distritos escolares o mais rápido possível, o que a Suprema Corte buscava era ganhar tempo, tanto que, por vários anos, não foi adotada nenhuma medida para exigir o cumprimento concreto dessas ordens. Apenas a partir de meados de 1960 é que os litigantes passaram a elaborar planos mais específicos de dessegregação escolar. Nesse ínterim, os tribunais passaram a implementar essas ordens e a promover a efetiva dessegregação. (DANTAS, 2019, p. 209)

O fato dos efeitos da decisão de *Brown* terem sido produzidos somente depois de 15, ou 20 anos da decisão resalta uma característica importante do processo estrutural e que precisa ser levada em consideração quando o que estiver em pauta forem demandas desse cariz: a demora. Grandes mudanças sociais levam tempo e isso precisa ser observado pelos participantes desse processo. É até por isso que algumas medidas afirmativas precisam ser tomadas: para garantir que os indivíduos cujos direitos fundamentais estão sendo violados – que não podem esperar – não sejam demasiadamente prejudicados, pois, de fato, o passar do tempo consolida violações irreparáveis.

Em meados dos anos 1970, todavia, na *Burger Court*, a possibilidade do Judiciário realizar reformas estruturais foi consideravelmente reduzida.

Por volta dos meados e final dos anos 1970, contudo, a Suprema Corte tinha uma nova composição, liderada por Warren Burger, o juiz-presidente; um forte bloco de juízes, algumas vezes obtendo apoio interno na Corte, procurou reverter os processos que ainda tramitavam em instâncias de grau inferior. Ironicamente, o maior ataque ocorreu em casos de segregação de meados dos anos 1970. Em outros casos, em áreas de conflito racial, entre outras, a linha das decisões foi variada: em um caso policial a *Burger Court* criticou severamente a reforma estrutural; em um caso de prisão deu-lhe, todavia, grande apoio; e assim por diante. Na maioria das vezes, a Corte ficava bastante dividida; mesmo quando a reforma estrutural sobreviveu, ainda havia divergências marcantes. O contra-ataque da *Burger Court* – que enfraqueceu os posicionamentos anteriores – não fechou as portas para a reforma estrutural, mas mudou nossa visão. Durante a era da *Warren Court*, as inovações procedimentais implícitas na reforma estrutural eram quase imperceptíveis. Os avanços eram pequenos e incrementais; tudo parecia inquestionavelmente correto. Agora, isso é passado e temos um entendimento bastante claro dos anos 1960. O mencionado contra-ataque trouxe à luz as mudanças na adjudicação que ocorreram durante aquela época e, acima de tudo, as questionaram. Temos sido forçados, como talvez devêssemos, a examinar a legitimidade de tais mudanças. (FISS, 2018, p. 122-123).

O referido período trouxe à tona uma necessidade que permanece até os dias atuais, qual seja, a de examinar a legitimidade – bem como os limites e possibilidades – da intervenção judicial em reformas estruturais, de forma que a oscilação de posturas extremas do Tribunal entre os períodos de ápice e queda das mesmas foi importante na conscientização de que mudanças substanciais não podem depender somente do Judiciário. A reforma estrutural coloca as cortes na posição de emitir diretivas para os demais órgãos estatais (FISS, 1979, p. 127), o que não significa, automaticamente,

que elas possuem o monopólio da interpretação constitucional ou que estejam em uma posição privilegiada em detrimento do Executivo e do Legislativo.

Nesse sentido, uma lição que pode ser tirada do caso é que a adequada tutela de um direito expresso em um litígio estrutural de interesse público não se limita a uma atuação episódica, demarcada no tempo e no espaço. Demanda, outrossim, que haja uma constante relação entre o Judiciário e as instituições sociais. Isso porque esse tipo de demanda não é sustentado por uma simples sanção, mas sim por uma relação que se desenvolverá a longo prazo entre o juiz e os demais atores envolvidos na demanda.

A necessidade de intervenção judicial em casos de reforma estrutural ocorre, sobretudo, pelo fato desses casos envolverem burocracias nas quais a política é determinada por jogos internos de poder e os juízes, nesse sentido, gozam de alguma independência, o que destaca não que devam se pronunciar de maneira inflexível e final mas, tão somente, que exercem uma função imprescindível – porém limitada – em casos estruturais que demandam a atribuição de significado a um valor constitucional.

(...) não existe uma conexão perceptível entre o majoritarismo e o significado de um valor constitucional. As cortes podem encontrar dificuldades para dar a um valor constitucional o seu significado correto, como também ocorreria com os demais poderes. A história está repleta de erros tanto do Legislativo e do Executivo quanto do Judiciário. A adjudicação, pode-se admitir, terá suas inclinações profissionais e de classe, pelo fato dos juízes serem investidos de muito poder, porém os processos executivo e legislativo terão suas próprias inclinações: riqueza, dinastias e carisma. Não é fácil aferir qual o conjunto de inclinações que provocará o maior distanciamento da verdade. (FISS, 2018, p. 132).

É possível que alguns sejam tentados a invocar o ideal democrático para resolver esse conflito e, ainda assim, permaneçam longe da solução, pois as críticas suscitadas nesse sentido, em geral, partem de pressupostos teóricos e deixam de lado a realidade fática e as limitações, vontades e deficiências das instituições estatais. Assim, todos os envolvidos podem ajudar na busca de um significado para os valores constitucionais. As reformas estruturais, como qualquer outra forma de litígio constitucional, não exigem que as cortes tenham a única ou “última palavra” (MENDES, 2010), mas que possam se pronunciar e o façam com certa autoridade, a fim de pôr em marcha medidas capazes de, quando necessário, desbloquear o sistema político e fazer valer os direitos constitucionais.

Uma outra lição valiosa que o caso proporciona é a de que decisões judiciais que afetam escolhas políticas de importante relevância não podem ser tratadas sem a correspondente consciência do encargo assumido. Sentenças ou decisões interlocutórias que concedem vagas em sistemas públicos de saúde ou remédios custeados pelo Estado, vagas em creches ou escolas públicas, leitos em hospitais e manicômios, entre outros, não afetam somente as partes, num cenário episódico, mas todo o sistema de modo perene. Essa atividade, portanto, deve ser realizada com prudência, visando à exequibilidade efetiva da operação institucional (LIMA; FRANÇA, 2020, p. 357).

Por isso, justifica-se que demandas desse cariz sejam tratadas, preferencialmente, no âmbito coletivo. Ações individuais dificilmente enfrentam a complexidade de problemas estruturais enraizados numa determinada localidade ou sequer atentam aos problemas enfrentados por grupos sociais menos favorecidos que precisam da derrocada de determinadas doutrinas, culturas ou práticas societárias – muitas vezes, perpetuadas há décadas – para ver os seus direitos efetivamente tutelados.

3.10 Analisando conceitos importantes: adjudicação, reforma estrutural, processos estruturais e *injunctions*

Owen Fiss (1979, p. 17), um dos principais acadêmicos que discutem a temática dos litígios estruturais, argumenta que uma das características centrais associadas ao processo estrutural é o afastamento das demandas desse cariz de uma forma ideal/tradicional de tutela jurisdicional, caracterizada pelo modelo privado e individualista de resolução de disputas, que envolve as partes e o juiz em uma relação triangular. Nesse modelo tradicional, de um lado situam-se os autores, do outro, os réus e, no meio, o juiz, teoricamente imparcial e equidistante das partes com o poder de dizer quem está certo, quem está errado e qual é o direito aplicável ao caso (FISS, 1979, p. 17).

A tutela tradicional, dessa forma – como já ressaltado no presente capítulo – foca em um ato ou fato específico que alegadamente provocou a violação de um direito. Nesses casos, os indivíduos são as partes do processo e realizam as suas próprias defesas, diretamente ou através de seus representantes (FISS, 1979, p. 18-19). A presunção desse sistema, portanto, é que o indivíduo é plenamente capaz de se defender, de forma que o vencedor da ação é aquele que atua de maneira mais eficiente, aquele que tiver a maior capacidade de demonstrar os argumentos pelos quais a sua pretensão deve ser acolhida (FISS, 1979, p. 19).

Enquanto isso, na tutela de direitos que são violados por situações que envolvem litígios estruturais, a vítima não é um indivíduo, mas um grupo, e o conceito de partes é pulverizado, pois existe uma ampla gama de pessoas, grupos, associações, agentes públicos e políticos com interesse na causa e que são diretamente ou indiretamente afetados pela decisão (FISS, 1979, p. 19). Os objetos do processo não são incidentes ou negócios jurídicos praticados somente no passado, mas sim as condições da vida social, a proteção ou a concretização de direitos fundamentais e o papel que as organizações que atuam em larga escala têm e devem desempenhar na proteção ou promoção desses direitos (CHAYES, 1976, p. 1298). As demandas estruturais, dessa forma, não buscam compensar ou indenizar por fatos ocorridos no passado, mas sim, ajustar o comportamento futuro dos órgãos públicos. Assim, os fatos ocorridos no passado não constituem o objeto principal do processo. Eles são, tão somente, provas do padrão de violação institucionalizada de direitos fundamentais, fatos que deram origem à judicialização do litígio estrutural (FISS, 1979, p. 18).

Ademais, a proteção dos direitos fundamentais dos grupos representados nessas ações

envolve problemas policêntricos compostos por diversas variáveis, tais quais a alocação de recursos financeiros escassos, as diretrizes de uma determinada política pública, o impacto da decisão sobre o restante da sociedade e a (im)possibilidade do cumprimento da decisão pelos órgãos públicos. Ainda nesse sentido, o policentrismo faz com que o processo estrutural seja submetido a um procedimento complexo, contínuo e progressivo de implementação das ordens judiciais e demanda um considerável grau de envolvimento e acompanhamento por parte do órgão jurisdicional responsável, sem, contudo, ser recomendável que este atue de maneira antidialógica.

Entende-se, no presente estudo, que litígios estruturais de interesse público envolvem: violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais; omissão ou negligência das instâncias majoritárias ou a ação de instituições públicas ou privadas no sentido de violar direitos fundamentais de um grupo de pessoas ou da coletividade como um todo; a urgência do caso e os consequentes riscos de danos irreparáveis; a complexidade da demanda – em detrimento do policentrismo desta; e a necessidade de desenho, ajuste ou implementação de uma determinada política pública. Não obstante envolverem, a partir de um olhar imediato, a tutela de direitos sociais, entende-se que os casos podem (e muito provavelmente irão) violar direitos de primeira e terceira geração também. Assim, enquanto as ações individuais, em geral, envolvem a comprovação de uma violação retrospectiva, praticada ou ocorrida no passado, ações estruturais denunciam violações e ameaças que estão ocorrendo de forma reiterada em relação aos direitos fundamentais.

Antes de prosseguir, faz-se interessante apresentar alguns conceitos acerca dos processos estruturais. O primeiro deles é o conceito de “adjudicação”, que consiste no “processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos” (FISS, 1979, p. 7). O termo “*adjudication*” é usual na literatura de língua inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. No Brasil, o termo “adjudicação” é mais utilizado nas relações de posse e propriedade (ex: adjudicação compulsória), mas a sua extensão para o mesmo sentido utilizado na língua inglesa é correta. O juiz, ao decidir um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – ou seja, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão.

A reforma estrutural, por sua vez, é um tipo de adjudicação, cujos caracteres distintivos são a natureza constitucional dos valores públicos discutidos e o específico escopo do juiz é o de tentar dar significado concreto aos valores constitucionais através da reestruturação de burocracias estatais (FISS, 1979, p.8). Ao dispor acerca desse conceito, o autor parte da premissa de que a operacionalidade de grandes organizações – e não apenas atos isolados de indivíduos dentro ou fora dessas estruturas – podem afetar a vida social de diversas maneiras e que, em determinadas ocasiões, direitos fundamentais não podem ser adequadamente assegurados sem que haja uma intervenção direta em arranjos institucionais (FISS, 1979, p. 9). A definição apresentada pelo autor, dessa forma,

encontra-se amplamente relacionada àqueles litígios estruturais que são de interesse público.

O processo judicial de caráter estrutural é “aquele no qual o juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes” (FISS, 1979, p. 9). A morfologia do processo estrutural, dessa forma, pode ser definida da seguinte forma: 1) estrutura policêntrica das partes; 2) preocupação prospectiva da tutela; 3) objeto do processo construído pelas partes e pelo juiz; 4) participação contínua dos magistrados no processo de desenvolvimento e implementação da medida³⁵. Seu enfoque, nesse seguimento, se desloca da reparação de violação pontual do direito à reestruturação do estado de coisas transgressivo.

A função dos processos estruturais, portanto, é a de desestabilizar o *status quo* vigente, operando como um marco inicial na direção de um novo estado de coisas, trazendo a público o debate sobre a violação de direitos existente e gerando o empoderamento da sociedade envolvida no litígio com a prolação da decisão estrutural. Vale ressaltar, ainda nesse contexto, que não obstante a aparente superlativização do papel do magistrado, a eficiência do processo (o seu êxito), bem como as expectativas que são criadas em torno dele, não devem partir de maximizações irrealistas, mas de análises realísticas diante da conjuntura sociopolítica em que se insere o processo.

Não existem remédios milagrosos que permitam a uma corte, um tribunal ou a um juiz de primeira instância, por exemplo, transformar a realidade através de uma atuação unilateral, sobretudo, porque a concretização de direitos fundamentais exige um procedimento contínuo de aprimoramento que envolve tanto o sistema de justiça, quanto as instâncias majoritárias e a sociedade civil organizada. O processo estrutural é um instrumento que viabiliza acertos, mas abre a possibilidade para erros também, e isso não deve ser visto de forma negativa. No caso das políticas públicas, por exemplo, o ideal é que estas sejam planejadas, com limites espaciais e temporais, para que os resultados sejam experimentados e que o juiz opere dentro de um colóquio contínuo com os demais participantes.

Ainda nesse sentido, se por um lado o potencial transformador do processo estrutural é diretamente proporcional às condições sociopolíticas em que está inserido, por outro, nenhuma

³⁵ O conceito exato daquilo que Chayes prevê é: “The public law litigation model portrayed in this paper reverses many of the crucial characteristics and assumptions of the traditional concept of adjudication: (1) The scope of the lawsuit is not exogenously given but is shaped primarily by the court and parties; (2) The party structure is not rigidly bilateral but sprawling and amorphous; (3) The fact inquiry is not historical and adjudicative but predictive and legislative; (4) Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees; (5) The remedy is not imposed but negotiated; (6) The decree does not terminate judicial involvement in the affair; its administration requires the continuing participation of the court; (7) The judge is not passive, his function limited to analysis and statement of governing legal rules; he is active, with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping the litigation to ensure a just and viable outcome; (8) The subject matter of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of a public policy (CHAYES, 1976, p. 1302).

eficácia será obtida da passividade institucional. Afinal, frequentemente, a necessidade de decisões estruturais decorre das ações ou omissões violadoras de direitos fundamentais advindas dos próprios Poderes públicos, circunstância na qual, em regra, a única alternativa possível será a via judicial (que pode impulsionar e mediar o debate).

A *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas (FISS, 1979, p. 9). A palavra “*injunction*” não possui um correspondente exato no sistema brasileiro, mas pode ser traduzida como “medidas estruturantes”. No direito norte-americano, ela consiste em uma medida judicial que proíbe o réu de praticar ou determina que ele pratique determinado ato²⁷. Usualmente, tal medida judicial possui um caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros.

3.11 Características dos Litígios e Processos Estruturais

Demandas de caráter estrutural e público lidam com problemas que não são pontuais ou passageiros, porém que estão interconectados com a estrutura do sistema público, comprometendo o seu funcionamento. Pode-se estar falando, nesses casos, de educação, saúde, meio ambiente, moradia, segurança pública, entre outros. Os campos são diversos e, não raramente, entrelaçam-se. São problemas complexos, mas que não necessariamente são assim compreendidos e, conseqüentemente, podem não estar recebendo o tratamento adequado quando são judicializados.

Enquanto litígios individuais, quando judicializados, pressupõem a “demanda de uma parte (autor) em frente à outra (réu)” (FERRARO, 2015, p. 6), os litígios estruturais, nessa mesma condição, assumem características diferentes, principalmente, pelo fato da sentença estrutural impactar, necessariamente, a vida de terceiros alheios ao processo.

Ainda nesse sentido, enquanto o processo decorrente da judicialização de um litígio individual foca em conceder à parte que teve o seu direito violado uma prestação capaz de reparar o dano, os processos estruturais não partem desta mesma lógica de “vencedor/perdedor”. Mais que conceder a tutela a um ou alguns indivíduos, a preocupação é a de reestruturar o sistema através, geralmente, do desenho, implementação ou ajuste de uma determinada política pública.

De maneira exemplificativa, pode se pensar, por exemplo, em um indivíduo que demanda contra a União, estado ou município a obtenção de um determinado medicamento ou uma mulher grávida que está presa e pede para que seja disponibilizado o acompanhamento pré-natal, que não é oferecido no estabelecimento prisional no qual se encontra. É possível sintetizar essas demandas à “pretensão de um determinado direito” *versus* “obrigação (ou falta de obrigação) de concessão do mesmo por parte do ente”? É claro que existe a possibilidade dos dois problemas hipotéticos serem, de fato, falhas pontuais, ou seja: é possível que haja uma política pública mas que, por alguma razão em específico, não se está conseguindo efetivá-la em relação a determinada pessoa, ocasião na qual

seria possível identificar possíveis causas ou sujeitos responsáveis pelo entrave no atendimento devido e corrigir a situação. Nesses casos, de fato, a concessão da tutela individual por determinação do Judiciário não seria objeto de maiores questionamentos.

Mas poderia ocorrer – e acontecem, de fato – dessas demandas não consistirem em condutas isoladas, e sim em problemas mais complexos, problemas estruturais. Portanto, em casos nos quais identifica-se que existe uma falha de maior dimensão, que vigora em um cenário no qual existem padrões institucionais que levam, repetidamente, ao mesmo tipo de violação de direitos – e, portanto, dizem respeito não só a quem judicializou a demanda, como, também, a um maior grupo de pessoas – a situação precisa ser tratada através de uma outra perspectiva. Afinal, além do interesse particular, estão em jogo também o interesse, bem-estar e direitos de outras pessoas, mesmo que por motivos financeiros e/ou culturais estas não tenham judicializado uma demanda similar.

As violações de direitos, dessa forma, podem resultar de práticas ou omissões de instituições públicas e/ou privadas e contemplarem, de maneira genérica, uma pluralidade de polos de interesse, que não deveriam ser ignorados. Assim, visualizar esse topo de cenário por meio de lentes individuais, pode ser consideravelmente problemático, porque acaba-se não percebendo que a adoção de uma medida particularizada (e, muito provavelmente, paliativa), não é suficiente, sendo necessário eliminar as próprias causas que deram ensejo à violação de direitos. Não levar em consideração o interesse coletivo pode trazer consequências ainda mais graves para o cenário público de saúde, moradia, educação ou qualquer outro em que uma determinada demanda esteja inserida.

O processo, dessa forma, deve levar em consideração o tipo de problema com o qual está lidando, sob o risco de ser completamente ineficaz ou gerar efeitos colaterais indesejáveis e/ou mais sérios que aqueles que se pretendia resolver. É preciso, assim, saber, em linhas gerais, quais são as suas características, de maneira que seja possível vislumbrar qual seria a forma mais adequada de atuação judicial para enfrentá-lo. Não é raro que não se perceba a dimensão do problema e, em consequência, não haja preocupação em averiguar quais seriam as implicações práticas da decisão, bem como verificar a efetividade de seu resultado.

Ainda que em um caso individual o autor possa ter realmente satisfeitas as suas necessidades, na perspectiva macro, o problema não estará sendo resolvido ou sequer amenizado, pelo menos não se esta análise for realizada através de um cálculo proporcional (número de indivíduos x número de indivíduos que encontram-se em situação semelhante, mas não judicializaram).

Imagine-se – mais uma vez, hipoteticamente – que são questionadas as condições de encarceramento de um determinado indivíduo com a impetração de um habeas corpus, alegando-se que sua permanência na prisão representaria uma violação à Constituição por submetê-lo a tratamento desumano. Uma vez que a ordem seja concedida, determinando, por exemplo, que ele seja transferido

para uma cela que esteja em melhores condições dentro do mesmo estabelecimento ou que ele seja solto, para este – e somente ele – indivíduo, de fato, o remédio seria efetivo. Mas o mesmo não poderia ser afirmado em relação às demais pessoas – talvez até algumas das que se encontram no mesmo estabelecimento prisional – que permaneceriam em situação degradante.

Esse tipo de “inefetividade global” – qual seja, “aquela na qual não se altera o contexto (*background*) em que a situação individual aconteceu, possibilitando a ocorrência de outras semelhantes” (FERRARO, 2015, p. 10) –, atrelada ao caráter estrutural do problema, dá ensejo à resolução da demanda individual sem que as reais causas do problema sejam tratadas e a efeitos colaterais que podem agravar o problema (como, por exemplo, comprometer o orçamento público para prover dipirona (ou qualquer outro medicamento básico) para milhares de pessoas porque se concedeu um determinado remédio caro para um único indivíduo.

3.12 Policentria e a metáfora da “teia de aranha” criada por Lon Fuller

A ideia de policentria – muito usada para fazer referência aos litígios estruturais – no âmbito do processo judicial, usualmente, é utilizada em menção aos escritos de Lon Fuller, sobretudo, ao seu trabalho de publicação póstuma “*The forms and limits of adjudication*”. Fuller utiliza-se da metáfora da “teia de aranha” para desenvolver a ideia de policentria e caracterizar cenários nos quais existem diferentes pontos de influência que interagem entre si, de forma que uma alteração tem impactos completos e não necessariamente previsíveis na realidade prática (FULLER, 1958, p. 385).

Assim, na anedotização da teia de aranha, entende-se o seguinte: se algum dos fios (da teia) é puxado, isso repercute na teia como um todo; se essa ação (de puxar um fio) tiver uma intensidade dobrada, não só as tensões se espalharão igualmente com intensidade duplicada, como haverá, necessariamente, uma distribuição diferente destas. Aplicar essa metáfora no âmbito do processo judicial, dessa forma, significa que uma determinada decisão pode ter repercussão não só interpartes, mas por toda a rede, interferindo nos pontos em que os fios (diferentes interesses imbricados) se encontram.

Assim, em demandas relacionadas, por exemplo, à proteção do direito à saúde através do fornecimento de médicos, medicamentos, tratamentos ou leitos em hospitais públicos, o Judiciário analisa, via de regra, sob uma ótica micro (não enxerga as repercussões de sua decisão no resto da teia, mas somente em um determinado fio), sem averiguar o cenário a partir de uma perspectiva macro. A análise de uma determinada política pública, nesse seguimento, pode levar à conclusão de que não é devida a entrega isolada de um remédio, de um leito ou de um determinado tratamento, pois sua concessão poderia violar o princípio da igualdade ou causar outros danos ao sistema como um todo.

Dessa maneira, a ideia de policentria é útil para demonstrar a complexidade que os

problemas estruturais de interesse público apresentam e demonstrar a necessidade de que sejam tratados em demandas coletivas, não individuais. Se a análise de questões estruturais for feita de forma fragmentada, isto pode acabar gerando irracionalidades, posto que precisam ser manejadas de forma adequada.

Determinadas violações a direitos – especialmente, os fundamentais – para cessarem, exigem reformas institucionais na estrutura, e não medidas pontuais ou medidas que restrinjam-se a trabalharem somente com fatos isolados, que são antes consequência do que causa. Nesse sentido, para Owen Fiss, a atuação jurisdicional ganhou novos contornos com a transformação da realidade social, marcada pela existência de organizações burocráticas (FISS, 1979, p. 36). A análise do autor dá enfoque nas burocracias estatais, mas aqui, entende-se que as violações de direitos podem ocorrer também em detrimento da atuação ou omissão de instituições particulares, a exemplo do que aconteceu na ACP do Carvão.

Essas demandas, ditas “estruturais de interesse público”, possuem as seguintes características: 1) as violações de direitos não são pontuais e isoladas – são dinâmicas e estão em curso –; 2) os indivíduos, cujos direitos estão sendo violados podem não fazer parte do processo judicial diretamente, mas serão afetados pelas consequências da sentença; 3) o centro de preocupação desse tipo de demanda não são condutas específicas que inobservaram direitos, porém o próprio contexto em que acontecem; 4) mais importante que determinar quem é responsável pela atuação/omissão que viola direitos é pensar em como a situação pode ser resolvida e como os esforços para que isso aconteça podem ser subdivididos (na hipótese de haver mais de uma instituição que esteja causando o dano/violação); 5) a reparação do dano não ocorre pela simples concessão (no caso do pleito ser julgado procedente) de uma determinada prestação, pois a causalidade do problema é complexa e não existe um “natural stopping point”, sendo necessário que, de fato, o juiz exerça um papel de articulador e mediador a fim de que o problema possa ser resolvido. Isso se dá porque diferentes atos, práticas, políticas e omissões podem não configurar um ilícito ou ter consequências específicas previstas no ordenamento jurídico, mas, se combinadas, podem dar ensejo a uma violação massiva de direitos fundamentais (FERRARO, 2015, p. 16).

Um exemplo disso é: o indivíduo “x” pode ter sido vítima de um tratamento abusivo por um policial “y”, mas na hipótese de haver um conjunto de práticas e dinâmicas da instituição policial como um todo que dão margem à mesma situação, há um distanciamento do evento particular (olhando para além dele, mesmo que a partir dele) (FISS, 1979, p. 22). Isso acontece porque as fontes das violações não são episódicas, mas sim estruturais³⁶.

³⁶ “The concept of wrongdoer is highly individualistic. It presupposes personal qualities: the capacity to have an intention and to choose. Paradigmatically, a wrongdoer is one who intentionally inflicts harm in violation of an established norm. In the structural context, there may be individual wrongdoers, the police officer who hits the citizen, the principal who turns away the black child at the schoolhouse door, the prison guard who abuses the inmate; they are not, however, the target of the suit. The focus is on a social condition, not incidents of wrongdoing, and also on the

3.13 Causalidade complexa

As causas de uma demanda estrutural de interesse público são diversas, bem como múltiplas serão as soluções possíveis e as consequências de determinada “tensão” na configuração policêntrica³⁷. Pode ocorrer a violação estrutural de direitos fundamentais como resultado de um conjunto de práticas e dinâmicas institucionais. É o que Marcela Ferraro intitula de “abstrativização” da figura do agente que pratica o ilícito, ou seja: como o problema, de fato, não é algo pontual e marcado no tempo, mas de uma condição que acaba por perdurar, torna-se difícil ponderar a contribuição de cada sujeito envolvido, sendo mais importante focar na solução do problema (FERRARO, 2015, p. 18).

Assim, para além de procurar um viés sancionatório punitivo (ou retributivo), faz-se mais importante focar na solução, ainda que se trabalhe com agentes identificados. O foco está no futuro no sentido de tentar procurar modificar a situação de violação de direitos. Isso porque muitos casos estruturais trazem incertezas empíricas, não somente relativas à contribuição de cada um, mas também quanto aos meios que serão realmente efetivos para solucionar o problema.

3.14 Prospectividade: solução para o futuro ao invés de compensação para o passado

Os litígios estruturais de interesse público têm um caráter prospectivo: ou seja, busca-se alcançar uma solução para o futuro, afastando a lógica da “culpabilização” e utilizando-se de um eixo de abordagem “não retributivo”. É uma lógica diferente daquela aplicada aos processos tradicionais, na qual procura-se fazer uma equivalência entre remédio judicial e o direito da parte com razão, objetivando restaurar o *status quo* anterior. Essa lógica parte de uma concepção individualista da estrutura das partes, de uma compreensão transacional da causalidade e de uma perspectiva reparativa dos remédios (FERRARO, 2015, p. 25).

Nos casos estruturais de interesse público pode, inclusive, não ser interessante a restauração do estado anterior, mas a sua reestruturação a fim de chegar a uma nova realidade. Afinal, esses casos envolvem situações de violação massiva a direitos fundamentais, que se prolongam no tempo, havendo a necessidade não só de lidar com os efeitos de práticas passadas/presentes, mas também buscar assegurar que práticas ilícitas não tenham continuidade ou sejam repetidas.

bureaucratic dynamics that produce that condition.” (FISS, 1979, p. 22).

³⁷ “It is difficult to tell the genesis of racial imbalance in a school system. Was it discrimination over the years? Private choices unrelated to governmental action? Some mixture?” (EASTERBROOK, 1991, p. 104). “The courts will usually be assessing the cumulative effects of the discriminatory actions of individuals and institutions over a considerable period of time. The path of consequences will usually be complex and will include many interactive effects. Moreover, the court must sort out those conditions caused by factors unrelated to discrimination.” (GEWIRTZ, 1986, p. 784).

3.15 Imbricação de interesses

Casos estruturais de interesse público trazem à tona um cenário complexo e que envolve problemas policêntricos, dando ensejo a uma imbricação de interesses. Isto posto, o foco mais pertinente, nessas ocasiões, não é o da maximização dos direitos e sim do balanceamento de interesses³⁸.

3.16 Factibilidade e participação

Casos estruturais de interesse público alteram situações concretas e, dessa forma, devem atentar-se às próprias circunstâncias fáticas, ou seja, a decisão buscará modificações reais e isso impõe que se leve em consideração a factibilidade das medidas estruturantes adotadas³⁹.

As altas complexidades dos casos estruturais, muitas vezes, impedem a adoção de uma solução imediata (não existe como alterar determinadas situações ou cenários de violações consolidadas no tempo da “noite para o dia”. É necessário, para tanto, abrir espaço para que, aos interessados seja garantida uma ampla participação, a fim de que dialoguem e/ou negociem uma solução palpável. Ademais, pelo fato da fase executiva demandar, potencialmente, um procedimento demorado, a viabilidade do diálogo torna a adesão das instituições violadoras.

Uma proposta de participação que parece particularmente interessante aos processos estruturais é a de David Shapiro (1968, p. 721-722). O autor propõe que o valor das posições dos subgrupos seja definida pela análise do quanto os interessados têm em jogo em relação ao resultado do processo e o quanto suas intervenções podem contribuir com a instrução, admitindo-se, no processo, somente os intervenientes cuja contribuição seja superior ao ônus que sua participação acarreta. Nesse sentido, Vitorelli (2020, p. 293) argumenta que:

É preciso compreender as diferentes posições existentes nos subgrupos, ponderá-las pela posição que o subgrupo ocupar no contexto do litígio e submetê-las à discussão, em eventos participativos (reuniões, audiências etc.). Isso permitirá que essas posições sejam apuradas progressivamente, até que se reduzam a algum tipo de denominador comum, mais passível de ser manejado. Ponderadas as posições, pode ser que, em algum momento, um subgrupo precise fazer opções. Nesses casos, uma alternativa majoritária pode ser cogitada. Isso deve ser feito com cautela, para evitar que perspectivas minoritárias dentro do próprio grupo sejam simplesmente sufocadas. É preciso que, em qualquer escolha majoritária, as opções sejam desenhadas com cuidado.

Além do escopo democrático, a participação no processo estrutural se impõe, também, por razões pragmáticas. Isso porque se o juiz não escuta as vítimas cujos direitos estão sendo violados, ele

³⁸ “[...] the role of the court is not to determine where fault lies; it is to develop a plan that fairly and effectively realises the rights not only at the time of the case but in future as well.” (MBAZIRA, 2009, p. 115).

³⁹ “Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees.” (CHAYES, 1976, p. 1.302).

está mais sujeito a orientar de modo equivocado a sua atuação.

3.17 Primeiro passo para a formulação de uma petição inicial com pedido estrutural: participação e transparência

O pedido de qualquer petição inicial estrutural é fazer com que uma determinada realidade seja transformada, de forma que o problema nela narrado seja solucionado e, se possível, superado (VITORELLI, 2020, p. 296). Mesmo que isto não esteja escrito com todas as letras no texto, essa é a única interpretação possível segundo o autor. Nesse sentido, Lucan et al. (2006, p. 184-199) afirmam que “(...) em se tratando de processos coletivos, se o autor formula o pedido de modo inadequado, restará sempre aberta ao juiz a via interpretativa para garantir o direito que é assegurado à coletividade”. Os autores argumentam que isso ocorre porque o juiz é o guardião da indisponibilidade do direito material coletivo, de maneira que não faria sentido exigir que o magistrado concorde com uma leitura do pedido que ele mesmo reputa violadora dos direitos materiais que o processo pretende proteger.

A importância de uma petição inicial com pedido estrutural é a seguinte: ao invés de tentar resolver os problemas como se juízes tivessem uma “varinha de condão”, reconhece-se a complexidade do problema e a necessidade de que suas causas sejam conhecidas e remediadas ao longo do tempo com a providência de provimentos estruturais (VITORELLI, 2020, p. 302). Um pedido estrutural faz com que o magistrado averigue a possibilidade de determinar um plano para resolver o litígio, ao invés de simplesmente impor que a solução seja alcançada (VITORELLI, 2020, p. 302). Vale ressaltar que o pedido estrutural não garante uma condução estrutural do processo; esta dependerá, fundamentalmente, do juiz. Se o magistrado não considerar conveniente conduzir o processo de forma estrutural, não há como forçá-lo (VITORELLI, 2020, p. 302).

O primeiro passo para a formulação de uma petição inicial que trata sobre um litígio estrutural é definir quem são os indivíduos relevantes a serem ouvidos, pois este ponto dialoga diretamente com a definição do pedido. Esses indivíduos são pessoas que podem ser atingidas – e, muito provavelmente, serão – pela reestruturação que se pretende. Por mais que nem todos os detalhes estejam claros de início, é possível ter uma ideia geral das vítimas, o que não impede, todavia, que outros grupos possam ser ouvidos no decorrer do processo para agregar pontos de vista interessantes e importantes à resolução do conflito (VITORELLI, 2020, p. 220).

Uma das formas que isso pode acontecer é por meio de audiências públicas, ferramenta que permite a participação direta dos cidadãos no Supremo Tribunal Federal, sendo um mecanismo que viabiliza uma aproximação entre o Tribunal e a população e, portanto, abre um canal de comunicação entre a sociedade e os grupos interessados. Aumentam, assim, a publicidade, a transparência e, de

certa forma, a própria legitimidade do processo decisório.

Essa ferramenta pode ser interessante, sobretudo, no momento de definição dos contornos do litígio, de forma a auxiliar na identificação dos subgrupos afetados e na identificação de seus representantes (VITORELLI, 2020, p. 227). É importante, ainda nesse sentido, que reserve-se, nessas oportunidades, tempo de qualidade para a exposição do litígio, para que os participantes tenham noção da dimensão do problema em questão, bem como das medidas que precisarão ser tomadas para enfrentá-lo.

A partir dos informes colhidos na audiência pública, será possível desenvolver outras atividades participativas, que aprofundem as discussões e deliberações sobre a propositura e os contornos da ação futura, bem como de um eventual acordo. Esses outros eventos terão como objetivo fomentar um diálogo cooperativo entre os membros do grupo e destes para com o legitimado coletivo, na intenção de produzir consensos, ainda que parciais, sobre o litígio. O envolvimento da sociedade é importante para que a reforma estrutural seja bem-sucedida (VITORELLI, 2020, p. 228).

Essa técnica de democratização do processo permite que o Poder Judiciário decida de forma mais ponderada e realística, na medida em que aproxima-o das reais necessidades do caso concreto e permite que leve em consideração a voz de grupos marginalizados que, dificilmente, teriam voz no processo político.

3.18 Segundo passo para a formulação de petição inicial com pedido estrutural: o pedido

Apesar do artigo 322 do CPC determinar que o pedido deve ser certo e o 324 deste mesmo código, que ele deve ser determinado, ambos os dispositivos estabeleceram exceções à regra, demonstrando que, por vezes, essas normas podem ser flexibilizadas quando existirem situações que não permitam que o pedido atenda aos dois caracteres preferenciais (VITORELLI, 2020, p. 239)⁴⁰.

Assim, o pedido deve ser tão certo e tão determinado quanto for possível, conforme as circunstâncias dos litígios permitam (VITORELLI, 2020, p. 239). Em um processo estrutural parece difícil que o pedido seja certo e determinado de antemão, pois o litígio é fluido e mutável. Isso não quer dizer que a petição inicial de um litígio estrutural parte de pressupostos anarquistas, mas tão somente, que “As exigências de determinação do pedido devem ser orientadas pelas características do direito material litigioso, não definidas fora de contexto” (VITORELLI, 2020, p. 239).

É importante que o pedido esclareça ao réu aquilo de que ele precisa se defender e, ao juiz, aquilo que ele deve julgar e sentenciar (VITORELLI, 2020, p. 240). Portanto, desde que esses dois requisitos sejam cumpridos, não há que se falar de deficiência ou insuficiência daquilo que foi

⁴⁰ Art. 324. O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. § 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção. Art. 325. O pedido será alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo. Parágrafo único. Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo.

pleiteado.

Assim, um pedido que vise uma reforma estrutural não necessita especificar precisamente quais são as providências para que a mudança ocorra, porém tão somente, que requeira a elaboração, implementação e fiscalização de um plano que viabilize a mudança considerada necessária pelo autor a partir daquilo que foi demonstrado na inicial (VITORELLI, 2020, p. 241).

O crucial é que o resultado geral seja especificado, bem como metas temporais para a sua concretização e a atribuição de responsabilidades financeiras e executivas necessárias para tanto. Isso porque, apesar de nem tudo estar exatamente especificado inicialmente, é possível que, ao longo do processo, esses pontos se tornem mais claros (VITORELLI, 2020, p. 241). Não faz sentido, em nome do formalismo, exigir do autor que elabore um pedido com características que a realidade material inviabiliza (VITORELLI, 2020, p. 241).

Em suma, o importante é que o autor pleiteie, na inicial, a elaboração e implementação de um plano que torne viável as mudanças estruturais pretendidas.

3.19 Fases do processo estrutural: diagnóstico do problema, elaboração de um plano, supervisão e monitoramento

O processo estrutural trabalha com problemas cuja modificação implica, não raramente, grandes esforços institucionais, para os quais deve ser direcionada muita energia (VITORELLI, 2020, p. 144). O ciclo do litígio estrutural segue a seguinte formatação: diagnóstico do problema, elaboração de um plano, supervisão e monitoramento.

A fase de diagnóstico do problema exige que o litígio seja conhecido profundamente, pois “(...) não existem soluções simples para problemas complexos” (VITORELLI, 2020, p. 168). Quanto mais empenho para obter informações realísticas se tiver nesta fase, mais fácil será averiguar com precisão a dimensão da questão e mais eficazes serão as medidas adotadas. A grande maioria dos litígios estruturais envolvem escolhas trágicas e, portanto, a fase de diagnóstico precisa ser construída com cautela e atenção.

Outro ponto seguramente importante é a participação dos terceiros envolvidos no litígio no diagnóstico do problema. Isso porque as informações fornecidas pelas instituições violadoras podem não ser suficientes para retratar todas as dimensões do litígio estrutural em questão. Ouvir e conceder espaço para indivíduos que estão sendo afetados pelo litígio – partindo daqueles que estão na linha de frente do problema – é fundamental para que se possa formular o modo de proceder e calcular os impactos daquilo que se pretende.

Na segunda fase, de elaboração do plano, é preciso que o plano seja rigoroso o suficiente para garantir seu cumprimento e proporcionar melhorias concretas na realidade existente, mas

flexível o bastante para se ajustar às alterações que forem verificadas ao longo do tempo (VITORELLI, 2020, p. 169). As medidas adotadas no plano precisam representar, de fato, um ganho social em termos de funcionamento da estrutura. Elas precisam equilibrar, dentro do possível, aquilo que é preciso dentro das restrições orçamentárias, administrativas, legais e estruturais com aquilo que é necessário para atender às necessidades do direito material (VITORELLI, 2020, p. 169).

Nesse sentido, Vitorelli (2020, p. 169) aponta que a melhor forma de construir as cláusulas de um plano estrutural é a partir do estabelecimento de índices/indicadores de resultados, que possam ser controlados periodicamente. Assim, por exemplo:

(...) a reforma estrutural em um hospital pode ser avaliada a partir do número de pacientes que atende, do tempo de espera, do aumento da capacidade instalada etc. A reforma de um sistema educacional pode ser medida pelo crescimento do número de vagas, ao longo de determinados períodos. A reforma de sistemas prisionais, pela redução da superlotação, melhoria da capacidade de atendimento médico, social, jurídico, laborativo aos detentos, dentre outros” (VITORELLI, 2020, p. 169).

O plano pode envolver, além da estipulação das metas a serem atingidas, os prazos de execução ou cronograma, a previsão de receitas e despesas de cada etapa e até mesmo a obrigação de apresentar, ao final de cada período avaliativo, relatório de execução do projeto, contendo uma comparação entre as medidas propostas com os resultados propostos e a prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados (VITORELLI, 2020, p. 169-170).

O último ponto importante, no que concerne ao plano, é a hierarquização de metas, pois “(...) o excesso de metas e a falta de prioridades são causas da não implementação ou má implementação de diversos acordos”, de forma que em litígios estruturais é importante que “(...) as metas sejam hierarquizadas de modo a atender, prioritária e antecipadamente, aos subgrupos mais afetados, ainda que à custa de outros subgrupos também lesados, mas de maneiras menos significativas” (VITORELLI, 2020, p. 170).

Por fim, a supervisão e o monitoramento são quesitos essenciais no processo estrutural. Isso porque, em detrimento do foco prospectivo do processo, as medidas adotadas inicialmente podem se tornar absolutas à medida que a realidade é modificada. Logo, a promoção de mudanças estruturais demanda um olhar cuidadoso para o futuro, sendo inviável focar somente no passado. Em suma: a realidade é dinâmica e, por isso, a ordem judicial corre o risco de se tornar inútil ou incongruente com o novo cenário, o que pode acabar até sendo prejudicial ao grupo ou ao direito que se pretendia beneficiar (VITORELLI, 2020, p. 177).

Uma das alternativas mais interessantes para a fiscalização das metas no processo estrutural é a nomeação de um *special master*. A figura é importada do direito norte-americano e possibilita que o juiz seja auxiliado por um profissional com grande *expertise* na área de conhecimento, que pode auxiliá-lo com informações realísticas sobre o desenrolar da execução estrutural, evitar a maquiagem do cumprimento de metas pelo compromissário que esteja de má-fé e até mesmo relatar dificuldades

legítimas do cumprimento das metas estabelecidas.

O *special master*, em geral, é remunerado com verbas pagas pelo réu, mas é certo que a utilização dessa figura encontra, no campo orçamentário, um obstáculo. Se a falta de capital já é um argumento utilizado para limitar as medidas que serão tomadas no processo estrutural, a remuneração de um terceiro qualificado para acompanhar o desenrolar do procedimento pode ser mais um gasto complicador nesse aspecto. Entretanto, se superada essa questão, sua participação pode trazer diversas vantagens ao processo, inclusive a produção de relatórios impessoais, por meio dos quais é possível renegociar as metas estabelecidas inicialmente de forma que sejam condizentes com a nova realidade posta (VITORELLI, 2020, p. 181-184).

Owen Fiss (2018, p. 31-56) faz uma ressalva importante relativa à utilização do *special master*: eventuais erros ou desvios desses profissionais devem recair sobre as costas do juiz que os designaram. Portanto, a fiscalização do magistrado sobre essa figura deve ser constante, “(...) evitando-se que o caráter técnico da tarefa sirva para alienar do seu desenvolvimento as pessoas que têm responsabilidade decisória” (VITORELLI, 2020, p. 184).

No caso de não haver a possibilidade de nomeação de um *special master*, por questões orçamentárias ou por falta de profissional qualificado o suficiente para entender as nuances do problema e com disponibilidade de acompanhar a integralidade dos atos realizados pelo compromissário, sugere-se que essa fiscalização seja feita pelo juiz. Nessa hipótese, os relatórios devem ser elaborados pelas partes processuais e levados ao magistrado na data acordada. O juiz, portanto, avaliará os relatórios e poderá realizar audiências públicas, a fim de colher relatos congruentes com a situação do caso em concreto e entender as reais necessidades dos destinatários primários do direito em questão.

3.20 O experimentalismo e os “direitos de desestabilização”: a teoria e Sabel e Simon para os processos estruturais

Sabel e Simon, autores norte-americanos que desenvolveram um dos textos mais emblemáticos no campo dos processos estruturais, argumentam que a litigância de interesse público, nos Estados Unidos, mudou consideravelmente ao longo dos anos. Se antes apostava-se no modelo “comando e controle”, que funciona por meio de ordens judiciais mais fortes, atualmente aposta-se no modelo “experimentalista”, que foca na negociação contínua entre as partes processuais, na revisão constante das medidas estruturais prolatadas e na transparência (SABEL; SIMON, 2004, p. 1016).

Os autores, assim, defendem a imprescindibilidade do experimentalismo para a resolução de litígios de interesse público e argumentam que sua utilização pode mitigar muitas das críticas que são direcionadas à atuação judicial em casos estruturais (objeções focadas, quase sempre, numa suposta

atuação judicial que violaria a teoria da separação de poderes) (SABEL; SIMON, 2004, p. 1016).

A ideia central de “*how public law litigation succeeds*”, portanto, é a de que casos que envolvem a litigância de interesse público (ou de “litígios estruturais”) funcionam como uma forma de “desestabilizar” uma instituição que tem, sistematicamente, deixado de cumprir suas obrigações e permanecido imune a qualquer forma de *accountability* político, razão pela qual o reconhecimento judicial do problema, bem como as ordens voltadas à proteção do direito que está sendo violado, podem contribuir na indução de um melhor cumprimento das obrigações legais por parte dessas instituições violadoras (SABEL; SIMON, 2004, p. 1016).

Por ser muito amplo, o efeito desestabilizador engloba efeitos mais específicos, dele decorrentes. Sabel e Simon (2004, p. 1074-1075) elencam seis efeitos específicos, mas é importante dar uma atenção especial para dois deles. O primeiro é chamado pelos autores de efeito do véu (SABEL; SIMON, 2004, p. 1074-1075). Em processos estruturais conduzidos sob a ótica experimentalista, os planos de ação podem ser constantemente revistos e modificados para se adequar às necessidades do caso, e o Judiciário pode supervisionar todas essas mudanças. À vista disso, as partes não vão lutar apenas pelos seus interesses, pois estão sob um véu de ignorância. Não sabem o que pode acontecer se não colaborarem com o plano a ser desenvolvido, então ficam mais abertas ao diálogo. A incerteza limita o egoísmo e, conseqüentemente, há uma maior abertura ao diálogo e ao aprendizado mútuo.

Os autores também apontam para o efeito *status quo*: o remédio estrutural reverte a presunção em favor do *status quo*, rompendo com as limitações mentais dos gestores para considerar alternativas até então ignoradas (SABEL; SIMON, 2004, p. 1075-1076). Aqui, os autores fazem referência ao chamado viés do *status quo*⁴¹, que pode ser compreendido como a preferência de um indivíduo por manter seu estado atual, mesmo que a alteração de suas condições proporcionasse um aumento de bem-estar (SAMUELSON; ZECKHAUSER, 1988, p. 7-9). Indivíduos que atuam sob esse viés muitas vezes escolhem opções predefinidas, mesmo que outras melhores estejam à disposição. Como os processos estruturais questionam um estado de coisas já consolidado, o *status quo* não é mais a opção mais fácil, uma vez que está estigmatizada, favorecendo a mudança das instituições.

Apresentados os aspectos gerais da obra, parece importante desenvolver algumas ideias de forma mais detalhada. Nesse sentido, um dos primeiros pontos relevantes que merece uma abordagem minuciosa são as três características centrais do experimentalismo, que podem contribuir com a compreensão precisa da teoria no enfrentamento de litígios estruturais. A primeira delas é a

⁴¹ Os juízes podem ser influenciados pelos mais diversos vieses no momento de decidir um caso, sendo o viés do *status quo* apenas um exemplo. Vitorelli ressalta a importância de analisar o impacto dos vieses cognitivos no julgamento de processos estruturais, afirmando que “Nesse tipo de cenário, o juiz está mais exposto à contaminação de seus processos heurísticos por vieses cognitivos, que merecem estudos mais detidos.” (VITORELLI, 2017, p. 385).

negociação entre as partes interessadas. O momento de negociação consiste numa oportunidade que as partes têm de barganharem a formulação de um plano que vise superar o estado de coisas violador de direitos. Outros terceiros interessados, bem como grupos afetados pelo problema, também podem participar dessa etapa, mesmo não sendo partes formais do processo (SABEL; SIMON, 2004, p. 1068).

As negociações podem ser guiadas por um *special master*⁴² ou por um mediador escolhido pelo tribunal, que ajudará as partes e os demais indivíduos interessados no processo a dialogarem de forma organizada, a partir de uma agenda que definirá a prioridade e a ordem dos assuntos que serão abordados nessas discussões (SABEL; SIMON, 2004, p. 1068). Esse procedimento ocorre por meio de um processo deliberativo, no qual os participantes devem, em tese, escutar uns aos outros de boa-fé e permanecer abertos ao aprendizado mútuo. Assim, para que o debate seja pautado em premissas realísticas, é necessário que os participantes forneçam informações relevantes e condizentes com as necessidades do caso em concreto (FRANÇA; SERAFIM; ALBUQUERQUE, 2021, p. 12).

O objetivo da negociação é o consenso, por mais que nem sempre ele seja alcançado. A própria tentativa de atingi-lo, entretanto, é interessante no sentido de não permitir que o plano seja formulado de qualquer jeito, sem que grande parte das variáveis que têm o potencial de interferir nele sejam minuciosamente averiguadas. Obter o consenso é difícil, mas colocá-lo como meta faz com que haja um esforço maior por parte dos participantes e do *special master* (ou terceiro designado pelo juiz) para formularem propostas sólidas e para que as negociações não sejam encerradas de forma prematura, garantindo, assim, um processo que respeita a pluralidade de interesses (SABEL; SIMON, 2004, p. 1068).

A segunda característica do experimentalismo é que este garante um regime de regras rotativas, que emergem da negociação feita entre os partícipes e são provisórias. Essas regras (ou medidas estruturais) incorporam um processo de reavaliação e revisão com participação contínua das partes interessadas, pois entende-se pela impossibilidade de estabelecer regras fixas e específicas. Isso ocorre porque a complexidade dos problemas enfrentados não permite que as medidas adotadas sejam imutáveis, pois por mais que no momento elas pareçam adequadas, as necessidades futuras trazidas pela contingencialidade das circunstâncias que assolam o caso concreto são incertas e, portanto, dificilmente conseguem ser antecipadas com exatidão.

A terceira característica importante ao experimentalismo é a transparência, que estabelece que as medidas estruturais e o próprio procedimento deliberativo sejam explícitos e públicos. Mais

⁴² Uma das alternativas mais interessantes para a fiscalização das metas no processo estrutural é a nomeação de um *special master*. A figura é importada do direito norte-americano e possibilita que o juiz seja auxiliado por um profissional com grande *expertise* na área de conhecimento, que pode auxiliá-lo com informações realísticas sobre o desenrolar da execução estrutural, evitar a maquiagem do cumprimento de metas pelo compromissário que esteja de má-fé e até mesmo relatar dificuldades legítimas do cumprimento das metas estabelecidas (VITORELLI, 2020, p. 203).

ambiciosamente, a transparência significa que deve haver parâmetros para avaliar as medidas acordadas e sua eficácia, e que esses parâmetros devem ser disponibilizados para o público (SABEL; SIMON, 2004, p. 1071). A transparência é tanto um fator de *accountability* quanto um dispositivo que garante a aprendizagem. Seu escopo é o de facilitar o aferimento dos resultados de forma a avaliar se o processo deliberativo, bem como as medidas estipuladas, partiram de perspectivas adequadas.

Percebe-se que, no experimentalismo, as regras estipuladas no processo deliberativo são gerais e expressam objetivos abertos que devem ser alcançados pelas partes, deixando uma margem de discricionariedade considerável para que essas escolham como atingirão as metas estabelecidas. Essa flexibilidade que é assegurada pelo referido modelo parece ser o motivo pelo qual Sabel e Simon (SABEL; SIMON, 2004, p. 1021) argumentam que, nos últimos anos, nas áreas mais comuns sobre as quais as demandas estruturais incidem nos Estados Unidos – educação, saúde mental, sistema carcerário, polícia e moradia – houve uma transição do modelo “comando e controle” para o modelo experimentalista.

O “comando e controle”, segundo os autores, possui três características: um esforço considerável de antecipar e expressar todas as ordens diretivas necessárias à mudança que se pretende (num plano quase que inflexível de atuação); a avaliação do cumprimento dos termos do réu em conformidade com aquilo que foi especificado no plano de atuação – de forma que esse plano já dita a conduta como meio para atingir as metas objetivadas ao invés de estabelecer normas para aferir o desempenho institucional no cumprimento dessas metas –; e um forte papel diretivo para o tribunal ou um *special master* na formulação de normas corretivas (SABEL; SIMON, 2004, p. 1022).

Esse modelo, entretanto, ao longo dos anos, foi sendo desprestigiado. Uma das razões para isso é que os juízes perceberam que eles não têm *expertise* o suficiente para ditar medidas estruturais inflexíveis. Ainda nesse sentido, ordens desse cariz geravam mais resistência no que concerne ao seu cumprimento por parte dos réus (SABEL; SIMON, 2004, p. 1068).

A participação dos juízes em um processo estrutural que adota o experimentalismo, portanto, ocorre mais em razão da necessidade de que o cumprimento das medidas estruturais seja monitorado e que as medidas sejam reajustadas (caso necessário), por meio de um processo de participação contínua no qual o magistrado atua como um mediador. O papel exercido por esses atores, dessa forma, refuta posturas solipsistas ou autorreferenciadas, não havendo espaço para um controle rígido e unilateral das medidas estruturais (SABEL; SIMON, 2004, p. 1020).

O momento de escolha acerca de quais remédios devem ser utilizados no caso estrutural não é simples, pois não basta simplesmente executar um direito já positivado, é preciso, a partir do entendimento daquilo que seria o seu núcleo essencial, adequá-lo ao litígio em questão. Isso faz com que o papel do juiz mude. Não basta que ele julgue o mérito do caso, ele precisa atuar enquanto

facilitador da deliberação e da negociação entre as partes processuais. Até porque esse processo de troca de informações é importante para que medidas mais condizentes com a realidade sejam prolatadas, mesmo sabendo que, no futuro, possivelmente, elas serão ajustadas. A falha parcial das medidas implementadas não implica, tão somente, em um percalço passível de superação. É imprescindível entender que a imprecisão faz parte da natureza do processo estrutural, sendo necessário, dessa forma, aprender com os erros do passado para ir moldando o futuro. O foco é sempre prospectivo e resultados significativos não devem ser esperados no curto prazo.

A judicialização de casos estruturais pode servir para provocar um efeito desestabilizador de direitos⁴³, capaz de desobstruir as burocracias estatais que permanecem fechadas a problemas sociais calamitosos até que eles sejam reconhecidos efetivamente como um problema de direitos. A desestabilização pode provocar mudanças significativas no *modus operandi* de determinadas burocracias (instituições públicas, privadas ou programas de ação governamental) (SABEL; SIMON, p. 1020), de forma que essas não mais poderão negar que suas ações ou omissões possuem uma intrínseca relação com a fonte geradora da violação a direitos (SABEL; SIMON, 2004, p. 1062). O juiz, portanto, cumpre a função de dar o pontapé inicial no efeito dominó, reconhecendo a necessidade de uma reforma estrutural para que determinado problema seja superado.

Assim, o processo estrutural deve ser todo dialogado e negociado pelas partes, a fim de que seja formulado um plano capaz de atender às especificidades do caso em questão. Esse diálogo e negociação, entretanto, dificilmente ocorreriam sem que houvesse o envolvimento do Poder Judiciário, que intervém para declarar a insustentabilidade e urgência do problema que se pretende superar (SABEL; SIMON, 2004, p. 1056).

3.21 A postura do magistrado no processo estrutural

Diante de cenários calamitosos que infringem direitos fundamentais e comprometem a vida digna dos destinatários primários das promessas constitucionais, a provocação da jurisdição por meio de um pedido estrutural aparece enquanto possível alternativa aos cenários de bloqueio político, à inércia das instâncias majoritárias e à manutenção do *status quo* vigente. Nesse sentido, serão apresentadas duas propostas de posturas que podem (e devem) ser adotadas pelos magistrados quando estes são provocados a enfrentar petições com pedidos estruturais. A primeira é a da jurista Susan Sturm, que defende a participação, o respeito à teoria da separação dos poderes, a

⁴³ “(...) não obstante as críticas no sentido de que o ativismo viabiliza uma interferência judicial na esfera de atuação do Executivo e do Legislativo (que são eleitos popularmente), são frequentes os casos em que as burocracias e os sistemas políticos das democracias contemporâneas entram em situações de estancamento estrutural, o qual acaba por frustrar a realização dos direitos constitucionais. Nessas circunstâncias, de bloqueios institucionais ou inexistência de políticas públicas (...) as cortes são o local adequado para dar andamento ao funcionamento do Estado e promover a proteção dos direitos (...) esse tipo de intervenção judicial fortalece a democracia ao invés de enfraquecê-la, como muitos sugerem.” (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 231).

imparcialidade, a fundamentação adequada das decisões e a remediação. A segunda é a da professora Susana Henriques da Costa, que argumenta ser necessário que o magistrado aja de maneira consequentialista, estratégica e mediadora.

3.22 Consequentialismo, estratégia e mediação na função judicante

A decisão judicial sobre litígios estruturais de interesse público, por todos os fatores vistos anteriormente, amplia o ônus de argumentação do julgador, que deve, segundo Susana Henriques da Costa (2018, p. 415), de maneira consequentialista, estratégica e mediadora, além de utilizar uma estrutura argumentativa racional, clara e voltada não somente ao convencimento das partes ou das instâncias superiores, mas, também, à própria legitimação pública do teor do julgado.

A postura consequentialista pode ser entendida como aquela na qual o magistrado pondera sobre os efeitos materiais de sua decisão na sociedade. O juiz que decide, por exemplo, acerca de políticas públicas, não pode ser alheio aos impactos, complexidades e dificuldades da execução de sua decisão. Existem limites fáticos (como, por exemplo, os de cunho orçamentário e operacional) que podem vir a impedir a eficácia do mandamento contido na sentença ou que dificultem o cumprimento de ordens judiciais em prazos exíguos, e esses quesitos precisam ser levados em consideração pelo magistrado, de maneira a equilibrar os valores em questão e buscar um equacionamento mais adequado do conflito (COSTA, 2018, p. 415).

Ainda acerca do consequentialismo, importante destacar o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dispõe que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Assim, a LINDB fez com que a antecipação das consequências futuras se transformasse em causa para a adoção ou não de um ato (VITORELLI, 2020, p. 103). Desse raciocínio, extrai-se, portanto, que a referida lei adotou um parâmetro para a concretização dos valores abstratos contidos no ordenamento jurídico: as consequências práticas da decisão⁴⁴ (VITORELLI, 2020, p. 104). Logo, ao se deparar com direitos e princípios abstratos, o julgador deve projetar as consequências de sua decisão para o futuro, visando sempre a produção de melhores resultados sociais.

Uma outra questão a ser observada é a postura estratégica que pode ser adotada pelo juiz. Isso porque decisões acerca de litígios estruturais de interesse público estão quase sempre

⁴⁴ Nesse sentido, ao explicitar o pragmatismo jurídico de Charles S. Peirce, a jurista Flavianne Nóbrega (2006, p.16) destaca que “A possibilidade de se superar a obscuridade das idéias em torno de um determinado conceito é apresentada pelo método de clarificação conceitual pragmatista (...) Peirce critica as teorias de significação existentes, propondo um método no qual seriam consideradas as consequências práticas para compor a concepção que se tem de determinado objeto. Esta é a máxima do pragmatismo”.

relacionadas à implementação ou correção de uma política pública, de forma que até que essa seja concretizada ou ajustada, haverá muito a se decidir. Para que se chegue ao escopo objetivado, o juiz deve traçar uma estratégia, um plano de atuação, de forma a incluir a participação das partes envolvidas no conflito.

Exigir que o executado simplesmente cumpra o teor da decisão em determinado prazo (postura demasiadamente formalista), sem acompanhar esse cumprimento e os percalços que podem ser encontrados no caminho, torna menores as chances de êxito da execução, que precisa ser pensada a partir de medidas específicas, porém flexíveis. É necessário que exista um equilíbrio entre a especificidade e o generalismo. O plano não pode ser genérico a ponto de que as diretrizes gerais para o seu funcionamento não consigam ser estabelecidas e nem tão específico não admita mudanças a depender das circunstâncias em questão. O juiz deve acompanhar as contingências processuais, bem como o cumprimento dos planos e dos prazos, atuando de forma estratégica.

Por fim, o juiz deve atuar enquanto mediador não somente das partes como, também, das instituições envolvidas. Afinal, a definição e a implementação de políticas públicas dependem, necessariamente, da atuação de mais de um dos Poderes do Estado de forma concatenada e na busca de um mesmo objetivo. O Judiciário, dessa forma, quando funciona enquanto *locus* de debate e resolução de litígios estruturais de interesse público, atua enquanto mediador dessa transformação, possibilitando uma interlocução entre as instituições envolvidas, o Ministério Público e a sociedade civil.

3.23 Teoria desenvolvida por Susan Sturm para sentenças estruturais dialógicas

A fim de estabelecer diretrizes normativas para a utilização de uma sentença estrutural dialógica, Susan Sturm desenvolveu uma teoria normativa que envolve os seguintes pontos: participação, respeito à teoria da separação dos poderes, imparcialidade, fundamentação adequada das decisões e remediação (STURM, 1991, p. 1392).

A participação diz respeito ao fato de que os grupos afetados pelo litígio estrutural devem ter a oportunidade de influenciar as discussões travadas acerca do litígio em questão, de forma que seus pontos de vista interfiram diretamente nas medidas proferidas para a implementação da sentença (STURM, 1991, p. 1410). Os propósitos da participação, para a autora, são: assegurar a dignidade das partes atingidas pelo problema estrutural – uma vez que serão consideradas “parceiras” na construção das soluções negociadas –, e engajar o público afetado na efetivação do remédio estrutural (STURM, 1991, p. 1392).

Para evitar desequilíbrios no processo de barganha que podem inviabilizar a participação dos grupos mais vulneráveis, a autora sugere que estes segmentos sejam auxiliados por instituições tecnicamente capacitadas, com *expertise* na defesa dos direitos fundamentais que estão sendo

violados no litígio. Sturm aponta, ademais, a imprescindibilidade de que os referidos representantes atuem com *accountability*, de maneira que não só prestem satisfação de suas ações à comunidade representada como, também, que defendam da forma mais fidedigna possível os interesses dos representados (STURM, 1991, p. 1410).

Outro quesito importante é que o Poder Judiciário adote formas de intervenção capazes de fomentar a cooperação e o consenso, fugindo da lógica adversarial, tipicamente incorporada nos processos bipolares (STURM, 1991, p. 1410). O referido Poder também exerce um papel importante para a equalização da discussão, assegurando um processo deliberativo justo e equitativo, não permitindo a simples imposição das vontades de uma parte sobre a outra (SCOTT; STURM, 2006, p. 565-566).

No que concerne ao respeito à teoria da separação dos poderes, Sturm (1991, p. 1410) argumenta que as decisões judiciais que envolvem litígios estruturais devem ter atenção às competências típicas das instituições governamentais envolvidas no processo. Se o Poder Judiciário respeitar a integridade dos órgãos públicos, as críticas envolvendo a legitimidade democrática de sentenças estruturais poderia ser mitigada, argumenta a autora (STURM, 1991, p. 1405). A questão, dessa forma, volta-se para “como” o Poder Judiciário deve construir as decisões estruturais e não para “se” este Poder deveria ou não tomar essas decisões. Não é que o “dever ser” não seja importante, mas ele pouco contribui com a mudança da realidade. Pensar em como melhorar a realidade, a partir do que ela é e não daquilo que ela deveria ser, é a chave fundamental para mudanças promissoras.

O terceiro fator apontado por Sturm (1991, p. 1397-1398) é que os juízes devem ter cautela ao prolatarem sentenças estruturais, buscando sempre a imparcialidade e a objetividade na formulação da decisão. A parcialidade do juiz é perigosa pois pode comprometer, em algum grau, a efetividade e transparência da participação pública, uma vez que o magistrado pode querer impor às partes as soluções que julgar serem mais adequadas.

Vitorelli (2017, p. 384-385), ao tratar sobre a temática, apresenta a possível influência que os vieses cognitivos podem acarretar no discernimento do juiz que decide acerca de um litígio estrutural. O viés cognitivo – ou “heurística” – consiste numa espécie de atalho mental que pode comprometer a racionalidade do julgador, ocorrendo quando este cria padrões, baseado em experiências técnicas, que condicionam os julgamentos futuros do indivíduo. Dessa forma, funcionam como atalhos mentais que viabilizam a redução da complexidade e permitem que decisões sejam tomadas de forma mais rápida (ALBUQUERQUE; SERAFIM, 2020, p. 657-658).

Em suma, essas pré-concepções e visões de mundo podem enviesar a interpretação do juiz, facilitando a sua preferência e consequente adesão aos interesses de cada uma das partes no litígio (VITORELLI, 2017, p. 384-385). Os processos estruturais são complexos por natureza e comportam

uma diversidade de interesses, de forma que a interferência dessas heurísticas pode ser prejudicial (ALBUQUERQUE; SERAFIM, 2020, p. 658). O magistrado, portanto, precisa estar ciente desse risco e também das técnicas que podem ser utilizadas para diminuir a influência dos diferentes vieses (VITORELLI, 2017, p. 390-391).

O quarto ponto apresentado por Sturm é a necessidade de que a decisão seja bem fundamentada, de forma a justificar as medidas estruturais que foram prolatadas. Os magistrados devem listar os motivos que os influenciaram na hora da tomada de decisão e essas razões devem ter bases empíricas e levar em consideração circunstâncias do caso concreto, bem como disposições normativas e precedentes judiciais, capazes de demonstrar a adequação jurídica da escolha (STURM, 1991, p. 1411). Essas observações contribuem com a ideia de imparcialidade judicial e auxiliam o Poder Judiciário na construção de melhores decisões estruturais no futuro, que tratem de casos similares (STURM, 1991, p. 1411).

Por último, a autora sustenta a remediação, que significa que a sentença estrutural deve estar apta a propiciar a proteção dos direitos fundamentais violados. Em suma, é importante que a decisão aponte, de forma explícita, quais são os direitos fundamentais violados no caso em questão, quais as obrigações das partes e por que o remédio escolhido é o mais preciso diante dos interesses imbricados e, muitas vezes, conflitantes (STURM, 1991, p. 1399). A autora também ressalta a importância de que os juízes fixem critérios para avaliar as medidas que serão implementadas e que o façam em diálogo com as partes.

3.24 Distinções terminológicas necessárias para delimitar o debate: Litígio Estrutural enquanto problema e Litígio Estratégico enquanto ferramenta

As expressões “litígios estruturais” e “litígio estratégico” têm ganhado espaço no debate brasileiro e internacional, especialmente nas discussões sobre controle jurisdicional de políticas públicas, sendo empregados, não raramente, enquanto sinônimos. Via de regra, são apresentados como temáticas que envolvem a proteção de direitos fundamentais e, em algum grau, a intervenção do Poder Judiciário em estruturas sociais complexas, a fim de protegê-los. Tornar as ideias claras em torno desses conceitos (NÓBREGA, 2007, p. 15) pode obstar que suas más compreensões prejudiquem a defesa de direitos fundamentais, evitando uma aplicação inadequada e desatenta às implicações práticas.

O presente tópico apresenta o conceito e desdobramentos de litígio estratégico e sua distinção para o litígio estrutural, analisando-os a partir de seus efeitos práticos concebíveis (PEIRCE, 2003, p. 232), fazendo uso do método pragmático hipotético-abduutivo desenvolvido por Charles S. Peirce em “*How to make our ideas clear*” (1966). A abdução – também chamada de hipótese por Peirce – é um método científico adequado para tornar claras as ideias e superar possíveis

obscuridades e confusões em torno de determinados conceitos (NÓBREGA, 2007, p. 15). A escolha justifica-se, portanto, no intuito de eliminar a vagueza que perpassa os debates suscitados acerca dos dois institutos para, assim, extrair contribuições que possam auxiliar no fortalecimento de lutas sociais, que precisam estar alinhadas com estratégias específicas de defesa de direitos fundamentais.

No Brasil, além do preconceito enfrentado por temas que envolvem direitos humanos e fundamentais, as organizações da sociedade civil que se empenham em colocar estes temas na agenda política e, assim, virar a pirâmide de privilégios e exclusões de cabeça para baixo (DORA, 2016, p. 11), enfrentam sérias limitações de ordem orçamentária e organizacional, que atrasam, em certa medida, os avanços que poderiam ser obtidos caso esses déficits não existissem. A ponderação entre urgência e impactos de longo prazo (típicos de transformações sociais que envolvem o enfrentamento de problemas multifacetados e arraigados por décadas em sociedades marcadas por extrema desigualdade social) já é uma equação que comporta, naturalmente, variáveis complexas; a indeterminação de conceitos importantes na seara desses direitos, nesse sentido, não pode ser mais uma delas, sob pena de causar ainda mais prejuízos irreversíveis às vítimas.

3.25 Litígio Estratégico: conceito e características

A partir da redemocratização dos países latino-americanos, na segunda metade do século XX, algumas organizações da sociedade civil adotaram a litigância estratégica como ferramenta para fortalecer as lutas pela ampliação de direitos, sobretudo, dos direitos fundamentais, interagindo com o que se denomina de judicialização das relações sociais. O litígio estratégico consiste numa prática voltada para a transformação da realidade social, tendo como escopo veicular temas constitucionais aos quais não foi dado o devido tratamento pelo poder público, buscando conferir visibilidade ao objeto de reivindicação e alcançar o reconhecimento ou a ampliação do conteúdo do direito pelas vias ordinárias próprias. Utiliza o Poder Judiciário como *locus* de deliberação política e convida os demais atores constitucionais e a sociedade, ao diálogo.

Através de casos emblemáticos, escolhidos estrategicamente por grupos da sociedade organizada (que buscam ver seu direito reconhecido), provoca-se a atividade jurisdicional do Estado com o intuito de alcançar um efeito significativo nas políticas públicas, na legislação e/ou na sociedade. Gera, dessa forma, um impacto no sistema de justiça em geral a partir de um caso concreto e possibilita a interferência de uma ampla gama de atores no processo, uma vez que as demandas são de interesse público (NÓBREGA; FRANÇA, 2019, p. 1153). Entende-se, dessa forma, ser uma prática voltada a tutelar direitos fundamentais e reivindicar a reorganização de instituições que provocam violações aos direitos dos indivíduos em virtude de falhas estruturais e da má *performance* no exercício de suas atribuições.

Sumariamente, a prática resume-se a: 1) primeiramente, escolhe-se um caso de alto impacto, cujo direito violado, geralmente, tem cariz coletiva; 2) posteriormente, judicializa-se de forma estratégica o caso em questão, apostando no valor simbólico do Poder Judiciário enquanto arena de deliberação e na tomada de decisões cujos impactos transcendam os efeitos *inter-partes* e criem precedentes para casos similares; 3) por fim, aguarda-se uma sentença que atenda aos objetivos esperados, que oscilam a depender da demanda, podendo variar entre: formulação ou reforma de políticas públicas; reformas legais; conscientização social; empoderamento de grupos vulnerabilizados; denúncia de violações massivas de direitos fundamentais, entre outros (NÓBREGA; FRANÇA, 2019, p. 1152). O litígio estratégico gera, dessa forma, um impacto no sistema de justiça em geral a partir de um caso concreto e possibilita a interferência de uma ampla gama de atores no processo, uma vez que as demandas são de interesse público.

O diferencial, que permite categorizar o litígio enquanto “estratégico”, decorre do fato de que a judicialização do caso emblemático nem sempre almeja, necessariamente, a vitória associada à procedência total do pedido. Nesses casos, a provocação judicial já pode ser considerada bem-sucedida quando o assunto venha a produzir algum tipo de impacto na sociedade, independentemente de acolhimento da pretensão pelo Judiciário. Ou seja: é estratégico porque objetiva, primariamente, impulsionar o diálogo acerca do tema controvertido e, circunstancialmente, refletir no direito positivo uma nova visão de mundo (VALLE, 2016, p. 23).

Assim, num primeiro momento, o *strategic litigation* redireciona determinadas reivindicações sociais (mormente, aquelas de elevado desacordo moral) para o Judiciário, a fim de que este atue enquanto um agente articulador do debate público para, num segundo momento, devolver o debate aos canais democráticos. Entende-se, portanto, que o papel desempenhado pelos juízes nesse cenário é o de catalisar pautas que não estão recebendo o devido tratamento pelo Poder Público. Afinal, não raramente, por questões de conveniência, dificuldades operacionais e/ou orçamentárias, ou, ainda, por falta de consenso para a formação da maioria necessária à deliberação específica, as instâncias políticas preferem assumir o custo da inércia ao invés do ônus da deliberação, por acreditarem que aquele é mais vantajoso que este.

Ainda acerca de suas características, vale salientar que essa ferramenta pode ser utilizada de maneira preventiva ou corretiva. Na primeira, é utilizada como uma medida de precaução para prevenir ou evitar danos contra os direitos humanos, especialmente quando não existem dados científicos que comprovem as consequências de uma determinada ação. A maneira repressiva, por sua vez, é utilizada como veículo corretivo, ou seja, quando uma determinada violação a direitos humanos já existe e o que se busca é a reparação integral pelo dano causado. Não obstante a existência desse instituto nas duas modalidades apresentadas, frisa-se que, até quando utilizado de maneira repressiva, o litígio estratégico visa reparar não só a lesão ocorrida no passado, mas,

também, eliminar a ameaça contínua a direitos fundamentais.

Explora, portanto, a interação entre cidadãos e agentes políticos e constitucionais, trazendo para o cotidiano da vida coletiva a luta pela aplicação do texto constitucional. Aposta na mobilização dos cidadãos e dos movimentos sociais para a transformação da realidade social e permite a incorporação de grupos vulnerabilizados no debate constitucional.

Assim, enquanto litigar estrategicamente é uma ação, o litígio estrutural é um objeto de adjudicação, proveniente de uma realidade concreta. Em geral, apesar da denominação ser utilizada para descrever problemas de caráter público, litígios estruturais não se restringem a esta esfera, possuindo também desdobramentos na esfera privada. O presente trabalho, entretanto, fará menção somente aos “litígios estruturais” de interesse público, pois entende-se que somente quando assume esta característica é que possui pontos em comum com o “litígio estratégico”.

3.26 Diferenciação de litígio comum para o litígio estratégico

É importante que haja uma delimitação das hipóteses de utilização do litígio estratégico, a fim de evitar a falsa impressão de que sua prática pode ser aplicada de qualquer forma e a qualquer caso, o que contribuiria para a má compreensão e vulgarização do instituto, prejudicando o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. Essa ferramenta não deve ser utilizada em casos que podem ser decididos através de uma decisão judicial simples, mas, tão somente, quando se estiver diante de demandas complexas – sobretudo, aquelas de cariz estruturante –, que por sua natureza, envolvem diversas variáveis e requerem a atuação de uma ampla gama de atores sociais. São demandas de interesse público, que clamam por mudanças complexas, gradativas e prolongadas, tornando o trâmite do processo judicial ainda mais demorado e caro.

Classifica-se, portanto, como uma ação de proteção social, embora nem toda ação de proteção social possa ser considerada litígio estratégico, pois este foca no avanço político-jurídico de um tema constitucional que interessa a determinados grupos sociais, atuando no exercício de campanhas de mobilização de cunho educativo e persuasivo em torno dos direitos colocados em pauta. Por isso a intervenção judicial individual, em favor de um jurisdicionado “X”, não é capaz de apontar os equívocos do agir administrativo (NÓBREGA; FRANÇA, 2019, p. 1155). O cunho transformativo buscado pelo litígio estratégico – de efeito corretivo da matriz de ação, extensível para outras situações individuais – só se mostra possível a partir de uma intervenção estrutural no modo de agir da Administração, que só é viável em casos emblemáticos (BRINKS; FORBATH, 2010, p. 1945) capazes de denunciar um quadro de violação massiva a direitos fundamentais.

Dessa forma, não obstante a existência de outros mecanismos e instrumentos de proteção social, as ações individuais, na grande maioria das vezes, não colocam em questão tão acentuadamente conteúdos de incidência política que normalmente são estruturais (BRINKS;

FORBATH, 2010, p. 1950), enquanto casos emblemáticos, por sua vez, permitem a fixação de posições, a reversão de determinados precedentes dos tribunais, e o rompimento de paradigmas, alcançando soluções coletivas e, muitas vezes, estruturantes.

As chances de concretização de direitos de cunho coletivo, dessa forma, tais quais os direitos socioeconômicos, são maiores com o litígio estratégico, pois as providências necessárias para a transformação social, em geral, envolvem realidades revestidas de alta complexidade, cujo enfrentamento exige engenho e arte, bem como significativos recursos.

Não obstante o importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário nesse processo, destaca-se também a relevância da atuação dos advogados que, buscando alcançar soluções alternativas de disputa, enxergam na mídia ferramentas e apostam na jurisdição constitucional como caminho frutífero para alcançar as transformações almejadas. Dessa forma, os advogados que litigam nessa seara devem ser capazes de identificar as antinomias e lacunas do ordenamento jurídico interno e encontrar soluções que ultrapassem a fronteira do direito positivo.

O litígio estratégico não utiliza-se da advocacia *client-oriented*, própria de demandas individuais; utiliza-se da advocacia *issue-oriented*, voltada para o avanço político-jurídico de um tema constitucional de interesse de um determinado grupo social, que atua no exercício de campanhas de cunho persuasivo em torno de um determinado tema de direitos fundamentais (CARDOSO, 2011, p. 41-42). Nesse sentido, o litígio estratégico também apresenta um potencial informativo e de sensibilização da sociedade em geral.

3.27 Por que e quando litigar estrategicamente?

A importância de litigar estrategicamente pode ser percebida quando observa-se que, no espaço público, muitos indivíduos reivindicam seus direitos, mas essas reivindicações não são organizadas, estruturadas, e muito menos judicializadas ou pendentes de reforma legislativa (NÓBREGA; FRANÇA, 2019, p. 1156). O litígio estratégico, por sua vez, traz esses pleitos à pauta pública, rememorando os atores constitucionais de seus papéis e funções na concretização dos compromissos constitucionais. Problemas sociais prescindem da intervenção de várias entidades, num conjunto complexo e coordenado de ações. É importante, pois combate a invisibilidade de determinadas questões sociais e opera em favor da democracia e da efetivação de direitos fundamentais.

Não é utilizado para todo e qualquer caso de forma indistinta, pois nem todos prescindem desse tipo de ferramenta para alcançar o pleito pretendido. Deve ser reservado para situações graves, sendo necessário ter em mente o que objetiva-se com a prática desse instituto, pois seus propósitos são variáveis e vão desde uma reforma legal ou modificação/criação de políticas públicas, até a criação de uma cultura de direitos humanos que ajude na construção de um verdadeiro Estado

Democrático de Direito. Assim, antes de dar início ao processo, é interessante que reflita-se acerca: 1) dos objetivos a serem perseguidos; 2) da viabilidade do caso escolhido ocasionar os impactos desejados (o caso precisa ser de interesse público, denunciar falhas estruturais do Estado e ter potencial de provocar consequências positivas); 3) do tipo de recurso a ser utilizado; 4) do posicionamento dos juízes em torno do direito sobre o qual versa o litígio (DUQUE, 2014, p. 15).

É importante que a academia brasileira debata o litígio estratégico a fim de que advogados e grupos sociais conheçam melhor os alcances desse instituto e utilizem-se dessa ferramenta a fim de entender quais demandas relativas aos direitos fundamentais podem ser exploradas e trabalhadas nesse tipo de litígio. É um meio inovador e promissor de dar visibilidade a questões que não estão recebendo o devido tratamento pelo poder público, confiando no potencial transformador do direito para mudar a realidade social. De sua utilização, pode-se obter como resultados: o despertar de novas consciências, o empoderamento de grupos e movimentos sociais, a inclusão de temas nas agendas públicas que, num primeiro momento, não eram priorizadas, e o fortalecimento substancial dos direitos humanos e fundamentais.

3.28 Como tornar clara a diferenciação entre litígio estratégico e litígios estruturais pode, na prática, contribuir para a defesa de direitos fundamentais?

A partir da exposição acerca das características e conceitos dos litígios em questão, obteve-se o resultado de que litígios estruturais de interesse público e litígio estratégico são diferentes. Isso porque enquanto o primeiro é um problema complexo, arraigado e que demanda, para a sua solução, o desenho, ajuste ou implementação de uma política pública, o segundo é um tipo de litigância que visa a superação de um determinado estado de coisas violador de direitos fundamentais através da judicialização de um caso emblemático.

Conhecer as peculiaridades dos institutos em questão, pode contribuir na defesa de direitos fundamentais pois: a) um manejo adequado e consciente de litígios estruturais pode colaborar para mitigar a litigância errática e individualizada de problemas sociais e, conseqüentemente, dar enfoque à tutela coletiva; b) a percepção da complexidade e policentria dos litígios estruturais denuncia falhas nas políticas públicas e possíveis omissões das instâncias majoritárias em ajustá-las ou inércia em implementá-las; c) o enfrentamento de litígios estruturais, por mais custoso que possa parecer em um primeiro momento, cumpre com o escopo da Constituição de 1988 no sentido de buscar que transformações sociais saiam do papel; d) a litigância estratégica pode ser ensejo a uma sentença judicial com efeitos materiais, simbólicos, diretos ou indiretos (RODRÍGUEZ; FRANCO, 2010, p. 15); e) a utilização de casos paradigmáticos para tentar causar uma mudança na jurisprudência ou políticas públicas pode chamar a atenção para um problema grave que, anteriormente, era imperceptível ou negligenciado pela população, contribuindo para um melhor direcionamento nas

lutas sociais; f) o problema judicializado estrategicamente pode transformar-se em um “problema de direitos humanos” e, portanto, ser observado com mais cautela pelas instâncias majoritárias, pela sociedade como um todo e ter repercussões internacionais – como, por exemplo, um ajuizamento de demanda na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que daria um destaque ainda maior ao problema em questão –; g) a litigância estratégica é uma ferramenta capaz de empoderar a sociedade civil para que esta demande a consolidação de seus direitos, sobretudo, tendo em vista que os violadores de direitos fundamentais estão “cada vez mais bem assessorados por advogados e preparados para encabeçar o conflito em várias frentes” (ARAÚJO, 2016, p. 8).

Ainda nesse sentido, vale ressaltar que a prática de litigância estratégica para denunciar litígios estruturais pode ser uma técnica importante na superação de problemas que violam – massiva e reiteradamente – direitos fundamentais. Saber quais são as características dos litígios estruturais é importante para poder descrever sua complexidade e desdobramentos em petições iniciais a fim de demonstrar ao juiz que o problema em questão é urgente e precisa ser tratado, bem como para que juristas e acadêmicos interessados na temática direcionem seus esforços no sentido de produzir pesquisas voltadas ao reconhecimento, denúncia, identificação de consequências e possíveis soluções que podem ser adotadas a fim de superá-lo. Em contrapartida, estudar o momento correto, as condições institucionais e políticas favoráveis, bem como o caso emblemático que pode, de fato, impactar a ótica pela qual uma situação que viola direitos fundamentais vem sendo enfrentada, pode ser decisivo na superação de falhas estruturais e na provocação de avanços que poderiam não ser obtidos durante anos, caso continuassem a depender do interesse das instâncias políticas.

Os pontos acima expostos não olvidam do fato de que ambos os institutos parecem apostar demasiadamente no papel do Poder Judiciário, sendo necessário que este possua um grau considerável de independência e acessibilidade para que litigâncias estratégicas tenham seu pleito atendido e litígios estruturais sejam, de fato, resolvidos através de sentenças. A temática do controle jurisdicional de políticas públicas, como sustentado anteriormente, está sempre em pauta nas discussões doutrinárias e acadêmicas que perpassam os litígios objetos de estudo.

Assim, não raramente, decisões judiciais tornaram-se capazes de antecipar questões que deveriam receber soluções coletivas pelas vias legislativas, relegando os procedimentos parlamentares tendentes à tomada de decisões públicas, os quais, visto demandarem a formação de majorias cuja composição não é singela, são, necessariamente, mais vagarosos (FONTE, 2017, p. 34). Logo, diante dos desvios aos quais o processo político está sujeito, cortes possuem, de fato, a prerrogativa de funcionarem como canalizadoras e catalisadoras de importantes debates envolvendo a proteção de direitos fundamentais de grupos ditos “vulnerabilizados”.

Vale a ressalva, entretanto, de que a eficiência do processo (o seu êxito), bem como as expectativas que são criadas em torno dele, não devem partir de maximizações irrealistas, mas de

análises pragmáticas da conjuntura sociopolítica em que se insere. Tanto o ato de litigar estrategicamente quanto a superação de litígios estruturais envolvem, imprescindivelmente, práticas políticas – visto implicarem, quase sempre, em escolhas trágicas no direcionamento de orçamento público – sendo necessário considerar não apenas o papel que o juiz exerce no procedimento, mas também o papel de todos os envolvidos direta ou indiretamente no caso *sub judice*.

Dessa forma, o enfrentamento de litígios estruturais por meio de litigância estratégica tem o potencial de fomentar práticas dialógicas entre os Poderes e a sociedade civil organizada, uma vez que a complexidade de problemas policêntricos, na maioria das vezes, denota a necessidade de atuações coparticipativas, não sendo suficiente a prestação jurisdicional isolada. Assim, tribunais podem desempenhar um papel catalisador em cenários de bloqueios institucionais (VALLE, 2016, p. 15), fazendo com que problemas antes negligenciados passem a ser problemas considerados urgentes, principalmente, por envolverem violações massivas a direitos fundamentais.

Depois do pontapé inicial, todavia, é preciso que os juízes busquem abrir espaço para a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como para a sociedade civil organizada, por meio, por exemplo, de audiências públicas e do instituto do *amicus curiae* (ALMEIDA, 2019, p. 700). É o que denomina-se de “ativismo dialógico” (RODRÍGUEZ, 2016, p. 15), postura judicial mais atenta às consequências da decisão e à necessidade de inserção, no processo, de atores indispensáveis às transformações sociais, tendo em vista a insuficiência do direito e da atividade judicial solipsista para tratar de questões que envolvem políticas públicas. Essa codependência e ciência de que da tarefa de guarda da Constituição é uma responsabilidade de todos (FISHER, 1988, p. 23), pode trazer resultados e transformações sociais em menor tempo e de forma mais precisa, uma vez que cada participante atuaria conforme a sua *expertise*.

Ademais, a litigância em âmbito judicial pode oferecer melhores resultados quando articulada com outras táticas políticas, sendo compreendida como parte de uma estratégia coordenada que ganha sentido, sobretudo, fora do sistema de justiça, em espaços societários que precisam ser fortalecidos (OSORIO, 2019, p. 587). As ações dos tribunais, dessa forma, são “(...) apenas um dos muitos tipos diferentes de recursos e constrangimentos que moldam os termos das lutas de poder entre grupos em conflitos” (MCCAN, 1994, p. 13). O desafio para a sociedade civil e para as entidades do sistema de justiça – que atuam junto aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – é definir o melhor conjunto de ferramentas capazes de maximizar resultados na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais – inclusive na fase pré-processual. Sob outro enfoque, a questão reside em saber como a politização da lei e do Judiciário nas democracias contemporâneas pode contribuir para que o litígio e a mobilização por direitos sejam, além de uma ferramenta legal, uma ferramenta política para a mudança social.

Não existem remédios milagrosos que permitam a uma corte, um tribunal ou a um juiz de

primeira instância, por exemplo, transformar a realidade através de uma atuação monocrática – nem quando essa demanda chega por meio de uma litigância estratégica ou através da prolação de uma sentença que denuncie litígios estruturais de interesse público –, sobretudo, tendo em vista que a concretização de direitos fundamentais exige um procedimento contínuo de aprimoramento que envolve tanto o sistema de justiça, quanto as instâncias majoritárias e a sociedade civil organizada. Transformações sociais só são viáveis através de esforços compartilhados entre uma ampla gama de atores, sem os quais a decisão judicial, muito provavelmente, teria um cunho meramente declaratório.

3.29 Outras terminologias: Litígio de interesse público, Estado de Coisas Inconstitucional e “manifestações de ativismo judicial”

Apesar de reconhecer a multiplicidade de denominações que são utilizadas – tanto em âmbito interno quanto no direito internacional – para fazer referência àquilo que o presente trabalho intitula de “litígios estruturais”⁴⁵ –, entende-se que este não se confunde com “litígio de interesse público”, “Estado de Coisas Inconstitucional” ou simplesmente “manifestações de ativismo judicial” provenientes da expansão de uma cultura neoconstitucional” (expressões utilizadas com denotação similar). Investir na diferenciação entre os institutos, dessa forma, pode auxiliar numa melhor compreensão e utilização destes e abrir margem para reflexões acadêmicas acerca da delimitação de conceitos que envolvem a temática.

A primeira nomenclatura que merece enfrentamento é “litígio de interesse público”, considerando que o termo vem sendo utilizado por parte da doutrina brasileira – com frequência – como sinônimo de “litígios estruturais”. De fato, tanto os litígios de interesse público quanto os litígios estruturais podem ser resolvidos através do processo individual – mediante a criação de um precedente obrigatório, na via do controle abstrato de constitucionalidade – ou de processos coletivos.

Litígios estruturais, todavia, demandam a reestruturação de instituições, o que traz à tona a

⁴⁵ “Los juristas califican a estos casos de distintos modos: estructurales, colectivos, sistémicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, acciones de clase, casos de interés público, litigios públicos, demandas de derechos de segunda y tercera generación, litigio de derechos sociales, o simplemente, manifestaciones de un activismo judicial en ciernes, el que es producto de la expansión de la ideología neoconstitucional.” (PUGA, 2014, p.5). A autora, todavia, discorda da classificação e explica, em ensaio detalhado sobre os litígios estruturais, que estes não se confundem com as outras denominações adotadas pela doutrina. Nesse sentido: “No debe confundirse al litigio estructural con conceptos como el de “litigio estratégico”, en cuanto esta última acepción propone un enfoque político sobre un evento judicial. La idea de litigio estructural, en cambio, propone un enfoque jurídico sobre un evento judicial.”; El concepto del litigio estructural, por lo mismo, tampoco es asimilable al llamado “litigio de impacto” o “de interés público”, porque estas últimas acepciones tiende a iluminar lo que sucede en los hechos pre-jurídicos que rondan un caso judicial, mientras que la primera se concentra en iluminar la lógica interna de hechos jurídicos que dan forma al caso judicial; El litigio estructural no es asimilable tampoco al concepto jurídico de “proceso colectivo”. Este último está definido a partir de reglas de trámite procesal, en tanto el litigio estructural se define a partir de la configuración del caso judicial o *litis*”. (PUGA, 2014, p.5).

necessidade de alteração concreta de vários segmentos de agentes públicos ou privados, sendo seu plano de ação desenvolvido, mais comumente, por meio do processo coletivo (VITORELLI, 2018, p.11).

A expressão “interesse público” diz respeito à “implementação de direitos que estão sob responsabilidade do Estado, não apenas para as partes, mas para todos os indivíduos que integram a sociedade de destinatários daquela prestação” (VITORELLI, 2018, p. 11). O termo, dessa forma, tem por objetivo chamar a atenção para uma característica que não é do processo em si, mas do tipo de interesse que passou a ser objeto de adjudicação a partir de uma demanda que atinge a coletividade. Essa denominação busca distinguir as lides nas quais a prestação jurisdicional recai sobre interesses individuais de outras, nas quais o escopo central do processo é uma decisão sobre um interesse público.

Nesse sentido, em contrapartida, os litígios estruturais nem sempre acontecem na esfera pública, havendo hipóteses de casos que são, de fato, estruturais, mas afetam somente a esfera privada, como nos casos, por exemplo, de processos de recuperação falimentar de empresas. Assim:

(...) a recuperação judicial de empresas é um processo estrutural, uma vez que envolve interesses policêntricos, de classes diferentes de credores (trabalhadores, fornecedores, o fisco, credores com garantia real e quirografários), do devedor e da sociedade como um todo, relativamente à preservação da atividade empresarial e ao pagamento das suas dívidas. O processo se desenvolve com o objetivo de reestruturar a empresa, por intermédio da negociação das dívidas, consubstanciado em um plano, cujo objetivo é permitir que ela cumpra seus compromissos e continue existindo. Apesar do caráter estrutural, seria difícil denominar esse processo de interesse público, sem adulterar consideravelmente os elementos do conceito original. Uma recuperação judicial se volta à reorganização de uma esfera de interesses predominantemente privados, ainda que, perifericamente, públicos. Um processo de interesse público, portanto, se volta para a transformação da esfera público-governamental: criação ou implementação de direito novo ou de conduta estatal nova, pela via dos precedentes obrigatórios, do controle de constitucionalidade ou do processo coletivo, em favor de toda a sociedade (VITORELLI, 2018, p. 12-13).

Malgrado muitas serem as semelhanças entre o que a Corte Constitucional Colombiana intitula de “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) e os “litígios estruturais”, a divergência central entre os dois institutos consiste no fato do primeiro só poder ser declarado em sede de controle concentrado, quando uma determinada questão é apreciada pela Corte do país. Os litígios estruturais, em contrapartida, não só são apreciados pelas instâncias inferiores como tendem a ser mais bem-sucedidos nestas, podendo-se citar, no Brasil, a “ACP do Carvão”, o caso das creches no município de São Paulo e, por fim, uma decisão da 3ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Natal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte sobre a intervenção judicial na Fundação Estadual da Criança e do Adolescente (FUNDAC). O ECI, assim, pode ser entendido como uma espécie de litígio estrutural.

Por fim, no que concerne à comparação entre litígios estruturais e manifestações de ativismo judicial, observa-se que não obstante os primeiros demandarem, em certa medida, uma espécie de proatividade do Poder Judiciário na resolução de situações que dão ensejo a violações massivas de

direitos fundamentais, seu conceito não diz respeito a um determinado modo de atuação ou postura adotada por juízes. Litígios estruturais são problemas que podem ou não ser enfrentados em âmbito judicial e, se o forem, os magistrados podem ou não adotar uma atitude ativista⁴⁶.

3.30 Conclusões parciais sobre o capítulo 2: é possível transformar a realidade social apostando no protagonismo do Poder Judiciário e no potencial transformativo do processo estrutural?

Não obstante o reconhecimento da importância e até mesmo inevitabilidade da atual intervenção judicial em políticas públicas, conferir maior efetividade a direitos fundamentais negligenciados implica um prévio conhecimento metodológico e senso crítico sobre os modelos explicativos em matéria de criação, execução e monitoramento de resultados das políticas públicas (ou sobre as razões de sua inexistência), seus desdobramentos e especificidades. Mais que isso, implica observar com cautela as diversas variáveis presentes ao longo desse processo, sem as quais a fiscalização extrajudicial e a intervenção jurisdicional, movidas exclusivamente pelo ideário de se fazer justiça nos casos concretos, incorrem no sério risco de descambar para a irracionalidade metodológica ou para o excesso de voluntarismo, prejudiciais ao próprio objeto que se pretendia tutelar, a saber, a plena efetividade dos direitos fundamentais sociais coletivamente considerados (ÁVILA, 2016, p. 25).

Os agentes da judicialização e os juristas, em geral, analisam a temática apenas com as lentes oculares do direito, sob a roupagem quase exclusiva das teorias da efetividade dos direitos fundamentais sociais, econômicos e sociais, muitas vezes ignorando a plêiade de complexidades que sua efetivação envolve. É certo que as políticas públicas constituem, elas próprias, instrumentos ou meios adequados para a plena realização de alguns dos mais valiosos direitos fundamentais, sobretudo, os sociais. Ou seja: em áreas comuns a demandas estruturais de interesse público, tais como: saúde, educação, segurança, existência digna, proteção aos grupos vulneráveis, meio ambiente, transporte público, dentre tantos outros, a proteção do direito, em geral, está atrelada a algum aspecto de uma política pública. Dessa forma, os destinatários das normas constitucionais – principalmente, das de caráter prestacional – são legítimos credores de um direito fundamental de caráter implícito ou inerente, de natureza instrumental, aos adequados planejamento e execução de políticas públicas eficazes e efetivas, voltadas ao atendimento, na maior medida e intensidade possíveis, do conteúdo de cada um desses direitos.

A capacidade do direito de coordenar as interações sociais, assim como as relações políticas e econômicas, nesse seguimento, precisa ser analisada com cautela, pois a enunciação e/ou reconhecimento de direitos e princípios pelo Poder Judiciário não implica em sua automática implementação e nem garante uma imediata (ou sequer qualquer) transformação da realidade social.

⁴⁶ Em qualquer uma de suas facetas.

Uma postura deferente do Poder Judiciário, em determinadas ocasiões, pode evitar a prolação de sentenças com conteúdo genérico, ilíquio e demasiadamente indeterminado; sentenças meramente simbólicas e retóricas, que, do ponto de vista prático, pouca coisa mudarão no mundo real, contribuindo apenas para a manutenção do *status quo ante*. Esse aspecto é preocupante na medida em que pode haver a proliferação de ordens e comandos judiciais que sejam sistematicamente descumpridos pelos administradores públicos – visto que, não raro, podem ser impraticáveis ou desestruturantes de políticas em curso para aquele determinado setor – o que conduziria, a passos largos, a um caminho de verdadeiro descrédito no Poder Judiciário.

Apesar disso, dissociar o Poder Judiciário do controle de políticas públicas, atualmente, mostra-se uma tarefa árdua pois, como afirma Garapon (2008, p. 107-108), a judicialização da política – fenômeno já identificado no Brasil por diversos autores – demonstra um claro indicativo de que o Judiciário assumiu a condição de “último refúgio de um ideal democrático desencantado”, realidade que, muito provavelmente, há de permanecer por mais alguns anos. Além disso, a interferência da função jurisdicional do Estado em alguns aspectos das políticas públicas pode ter seu valor na medida em que a busca por uma solução política, usualmente, será polêmica e estará sujeita a uma extensa gama de pressões conflitantes e de perspectivas e abordagens alternativas, frustrando os esforços de se considerar sistematicamente as opções políticas de maneira racional ou maximizadora. Diante de rivalidades organizacionais, competição e lutas por espaço no âmbito institucional, o razoável a se fazer depende do contexto em que as demandas estão inseridas.

Isso posto, a primeira problemática concreta que surge no que concerne ao controle jurisdicional de políticas públicas no âmbito dos litígios estruturais de interesse público é que as políticas públicas, ainda que bem planejadas e estruturadas, configuram uma mera tentativa de solução estrutural de problemas presentes numa sociedade (problemas esses que, muitas vezes, estão presentes há mais de décadas e necessitam de transformações mais profundas que a simples implementação das mesmas), e não necessariamente podem ser erigidas à condição de garantia de solução perfeita – sobretudo, em decorrência das variáveis ao longo de todo o ciclo político e administrativo de sua elaboração e execução –.

Assim, ainda que a relação de interação entre o sistema de justiça e a sociedade civil fosse capaz de dar margem à formulação ou implementação de uma política pública de maneira dialógica, deferente e consequencialista, o sucesso da mesma dependeria diretamente do cenário em que a determinada violação a direitos fundamentais estivesse acontecendo. O direito implícito aos adequados planejamento e execução de políticas públicas eficazes não corresponde diretamente à pretensão, sempre subjetiva, a uma política pública infalível, mas, tão somente, a um direito de caráter instrumental a um ordenado planejamento e uma eficiente execução de semelhante política, dentro das possibilidades e previsões objetivamente aferíveis ao tempo de sua elaboração.

Uma outra problemática no que tange aos processos estruturais é a fase de execução. A efetividade da execução, no Brasil, já é baixa em processos individuais, nas quais o credor não precisa lidar com as complexidades presentes no processo coletivo (VITORELLI, 2017, p. 403). Além disso, uma outra dificuldade na execução de demandas estruturais é o fato de que, no Brasil, a execução se protai no tempo e costuma ser iniciada anos depois da prolação da decisão, principalmente, em decorrência da demora do sistema recursal. Isso faz com que a realidade levada em conta na decisão não seja a mesma da realidade na qual a execução terá início. Em suma: o passar do tempo pode fazer com que haja a necessidade de reconfiguração da decisão, com o intuito de atualizar os remédios pleiteados e obtidos em um primeiro momento.

Soluções dialógicas, como a realização de audiências públicas, inspeções *in loco*, pesquisas qualitativas e quantitativas com a sociedade civil e engajamento cooperativo do sistema de justiça com os demais envolvidos no processo, portanto, mostram-se não somente interessantes quanto necessárias. Afinal, nenhum dos participantes do processo estrutural tem a capacidade de, sozinho, transformar realidades complexas e multifacetadas e, conseqüentemente, atender da melhor forma às necessidades de um vasto número de indivíduos. O potencial para a obtenção de resultados sociais significativos é consideravelmente menor com atuações isoladas, que não levam em consideração aspectos práticos da demanda.

É possível transformar a realidade social através do processo estrutural? Uma resposta ponderada coaduna-se com um estudo empírico realizado por Rosenberg (1991), um dos doutrinadores que se ocupou da temática. De acordo com o autor, é ingênuo achar que o Judiciário seja capaz de resolver, sozinho, problemas políticos e econômicos que os outros poderes não solucionaram, mas também é inegável que, em alguns casos, os tribunais foram capazes de atuar na promoção de mudanças sociais significativas, razão pela qual o resultado de demandas estruturais pela via do processo coletivo depende da situação em concreto e das circunstâncias nas quais elas acontecem. Em suma, mesmo que todos os cuidados decisórios e executivos sejam observados, o processo coletivo dificilmente produzirá transformações sociais significativas se estiver:

(...) lidando com situações nas quais seja limitada a possibilidade de embasar as providências de reforma estrutural em normas jurídicas, não em debates políticos, nas quais seja necessário o comprometimento do orçamento público e a participação de autoridades que não estão dispostas a colaborar e que não haja apoio social suficiente em favor da causa. Por outro lado, se houver a cooperação de atores externos dispostos a impor custos para o descumprimento – cooperação esta que pode e deve ser desenvolvida ao longo do processo – se as providências de implementação da decisão puderem ser deixadas a cargo do mercado, sem a necessidade de atuação direta dos controladores da entidade reformada ou se houver autoridades de boa vontade, que entendam o valor da reforma e utilizem a decisão como um catalisador para realizá-la, as evidências empíricas demonstram claramente a possibilidade de se alterar, e muito, a realidade, por intermédio do processo, tanto em países desenvolvidos, quanto em países em desenvolvimento. A questão é que é difícil antever se essas condições estarão ou não presentes, em cada litígio. O melhor é que os atores processuais busquem desenvolver o processo no sentido de criá-las ao longo do tempo (VITORELLI, 2017, p. 419).

É pouco provável que se consiga comprovar, em abstrato, que os juízes estão em posição melhor que os agentes políticos para perceber e responder aos anseios da sociedade. Isso porque sua legitimidade para realizar transformações na realidade prática repousa somente sobre o resultado da atividade e, se o resultado for pior do que o esperado, o povo dispõe de poucos instrumentos para responsabilizar o juiz ou alterar a decisão, dada a formação da coisa julgada (VITORELLI, 2017, p. 420).

Isso não significa, todavia, que a reforma estrutural pela via processual não deva ser levada em consideração como uma possível ferramenta para viabilizar a resolução de demandas desse cariz. Significa, tão somente, que ela representa um risco do qual todos os envolvidos devem estar cientes. A ideia de que o resultado desse tipo de procedimento sempre vai lograr êxito (total ou parcial) e tornar melhor algo que antes era pior é falsa, pois pode ser que ocorra exatamente o contrário (VITORELLI, 2017, p.421). Os métodos de incremento de participação, uma interação cooperativa por parte do sistema de justiça, o reconhecimento da falibilidade judicial e a consequente necessidade de diálogos institucionais, sugeridos no presente estudo, podem contribuir para a remediação, pelo menos parcial, desse problema.

As garantias, todavia, são limitadas (VITORELLI, 2017, p.429), razão pela qual faz-se interessante manter as esperanças em um nível modesto, a fim de evitar frustrações. Ao mesmo tempo, é importante acreditar na possibilidade de implementar mudanças sociais pela via do processo, afinal, a boa técnica processual atrelada a algum idealismo, produziu resultados que poderiam ter levado décadas para ocorrer pelos caminhos tradicionais. Assim, nem sempre a reforma estrutural precisa ser bem-sucedida para legitimar a tentativa (VITORELLI, 2017, p.429). Por fim, é preciso reconhecer também que não obstante o apego dos juristas brasileiros aos temas filosóficos e à teoria, estes não são suficientes quando o que está em jogo prescinde de pesquisas empíricas de grande envergadura.

4 MODELOS DE DECISÃO JUDICIAL ESTRUTURAL: APRENDIZADOS DA EXPERIÊNCIA SUL-AFRICANA E COLOMBIANA

Passa-se, agora, à análise dos possíveis modelos de decisão judicial para processos estruturais, a partir das experiências sul-africana e colombiana.

Inicialmente, serão apresentados os posicionamentos de dois marcos teóricos do trabalho: David Landau e Mark Tushnet, com o intuito de delinear as bases teóricas acerca do “*weak-form-review*” e do modelo estrutural de decisão judicial.

Posteriormente, adentra-se na análise de dois casos exemplificativos dos modelos decisórios “fraco” e “compartilhado”, quais sejam: Grootboom e a Sentencia T-25/04, respectivamente.

4.1 Como os tribunais que exercem a função de Corte Constitucional, no Sul Global, protegem os direitos socioeconômicos e culturais? Uma análise das classificações formuladas por David Landau

Um posicionamento interessante, sobretudo, por ser advindo de um dos maiores estudiosos sobre o papel institucional dos tribunais que exercem a função de Corte Constitucional no Sul Global, é o “*dynimic role*” e a utilização das “*structural injunctions*” defendidos por David Landau enquanto mecanismos mais adequados à proteção dos direitos socioeconômicos e culturais. Para o autor, ao invés da tradicional questão acerca de “como tornar as decisões judiciais acerca dos direitos socioeconômicos legítimas”, as cortes e a comunidade acadêmica deveriam engajar-se num diálogo com o escopo central de descobrir quais são as melhores estratégias para empoderar a sociedade civil e difundir os valores constitucionais. Esse papel dinâmico, dessa forma, seria mais facilmente executado se os juízes utilizassem um modelo mais “forte” de intervenção⁴⁷.

Nesse sentido, embora muitos acadêmicos tenham estudado as causas da independência judicial em ambientes difíceis, quase nenhum deles considerou os efeitos do ativismo judicial de diferentes tipos (LANDAU, 2012, p.15). Uma concepção dinâmica do papel judicial coloca essa questão em primeiro lugar, pois exige que juízes e estudiosos enfrentem a questão de como intervenções judiciais de diferentes tipos podem impactar a evolução das instituições democráticas. Exige, portanto, que os juízes considerem as duas questões: a plausibilidade e a eficácia de suas decisões. A plausibilidade diz respeito às estratégias viáveis em diferentes contextos políticos, ao passo que a eficácia diz respeito a que tipos de intervenções judiciais têm impactos positivos e não

⁴⁷ O professor norte-americano dispõe que direitos sociais (tais quais o direito à saúde, moradia e alimentação) são frequentemente levados a juízo em países do Sul Global, e que não existe razão para questionar se estes deveriam ou não ser positivados nas constituições, pois já o são quase que automaticamente. A questão central repousa, dessa maneira, em pensar como assegurar esses direitos e torná-los efetivos (LANDAU, 2012, p. 1).

negativos no desenvolvimento democrático⁴⁸ (LANDAU, 2014, p. 15).

Em seu artigo “*The Reality of Social Rights Enforcement*”, Landau apresenta quatro formas de “como” o Poder Judiciário (e, sobretudo, as Cortes Constitucionais) podem assegurar os direitos sociais e econômicos. São eles: a) ações individuais (*individual actions*); b) injunções proibitivas (“*negative injunctions*”); c) determinações “fracas” de políticas públicas (“*weak-form review*”); e d) por decisões estruturais (“*structural injunctions*”). Os dois últimos, para o autor, mostram-se como os mais adequados para assegurar os DESC para a população menos favorecida. Isso porque as duas últimas formas de adjudicação – e, sobretudo, as *structural injunctions* – possuem efeitos capazes de beneficiar a coletividade, envolvendo litígios mais complexos e difusos. Enquanto no *weak-form review* (modelo fraco), os tribunais afirmam a necessidade de elaboração de certa política pública destinada a impedir violações de direitos fundamentais, mas deixam de adentrar no mérito administrativo e não designam especificamente de que forma tal política deve ser concretizada, nas *structural injunctions* os tribunais prolatam sentenças de execução complexas, que buscam realizar alterações sistêmicas em instituições burocráticas do Estado.

Obviamente, esse tipo de remédio expande consideravelmente a zona de atuação das cortes constitucionais, mas eles podem ter efeitos mais positivos – quantitativamente e qualitativamente – que as *negative injunctions* e o *individualized model* (LANDAU, 2012, p. 7). O *weak-form review*, por sua vez, parece ser mais apropriado para democracias consolidadas, típicas de países desenvolvidos, pois os questionamentos acerca da (i)legitimidade do *judicial review*, segundo o autor, não têm sentido em países cujas democracias são, ainda, imaturas e em desenvolvimento⁴⁹. Discutir os limites e possibilidades de atuação institucional, assim, é um problema que mascara (e, conseqüentemente, tira a atenção) as verdadeiras falhas a serem superadas: os problemas sociais, econômicos e democráticos enfrentados por esses países. Ademais, a forma fraca de intervenção

⁴⁸ “Finally, a dynamic theory is flexible, consistent with a range of specific judicial tasks. Its main value is in suggesting a somewhat different set of questions for evaluating exercises of judicial power. Take, for example, a structural injunction case involving the right to food, like the massive and ongoing case in India. Constitutional theory tends to ask a stock set of questions about these interventions. For example, a key question would generally be whether the intervention is justified by extraordinary circumstances, such as if it benefitted a minority group wholly excluded from the political process. But such a question may make little sense in a poorly-functioning political system, where the popular assumption is that the government serves most groups badly, including middle- class groups that would normally be expected to have a voice. Constitutional theorists would also ask whether the court is extralimiting by taking on essentially legislative tasks, reaching beyond its capacity and legitimacy. But this assumption of fixed differences between legislative and judicial roles again may make little sense to judges and citizens in many new democracies, because it suggests that courts should defer to institutions that are themselves functioning poorly. A dynamic perspective would instead focus on a set of questions that may prove more useful, or at least that might supplement those found in conventional theory. Aggressive interventions like those involved in the Indian case might be justifiable if they help to build up the strength of civil society, the density of constitutional culture, and the capacity of the bureaucracy. On the other hand, they would be harder to justify if they tended to slow or reverse improvements in the quality of political institutions through time, perhaps by diverting citizens’ attention and resources away from representative institutions and towards courts. The point is not that anything is justifiable from a dynamic perspective, but that the reasons why a given intervention might or might not make sense are somewhat different from those found in conventional constitutional theory.” (LANDAU, 2014, p.1538).

⁴⁹ Que é o caso, segundo Landau, dos países do Sul Global.

judicial implica em decisões inovadoras e criativas, características que não são próprias das cortes de países em desenvolvimento⁵⁰. Os modelos de proteção judicial dos direitos socioeconômicos e culturais, bem como seu conceito e casos concretos serão apresentados a seguir, com o intuito de investigar quais as contribuições do estudo de David Landau para o presente trabalho.

4.2 Insuficiência da prestação individual

Em “*The reality of socioeconomic rights enforcement*”, David Landau retoma um debate que já foi muito presente em alguns países acerca da positivação ou não dos DESC nas cartas constitucionais. Assim, apesar dos países chamados pelo autor de “em desenvolvimento” terem adotado, após o período da Segunda Guerra, listas extensas de direitos socioeconômicos e culturais, muitos teóricos do direito comparativista, ao longo dos anos, continuaram sustentando considerável rejeição à possibilidade de positivação constitucional desses direitos e à viabilidade dos mesmos serem garantidos pelo Poder Judiciário (LANDAU, 2012, p. 403).

Os argumentos mais utilizados baseavam-se em fundamentos de que os direitos socioeconômicos e culturais eram direitos positivos e, portanto, envolveriam o direito de seus destinatários receberem uma determinada prestação estatal, ao invés de exigir somente que o Estado não atrapalhasse o gozo de direitos que já o pertencem por natureza. A proteção dos DESC, dessa forma, exigiria que o juiz ordenasse ao Estado que providenciasse uma determinada prestação a fim de que a população estivesse bem assistida, o que daria margem a um cenário – em tese – no qual os juízes decidiriam acerca dos mais diversos assuntos políticos, sobretudo, os referentes ao aumento de impostos e à escolha de como deveria ser gasto o dinheiro público. Assim, essa atuação jurisdicional na proteção dos DESC daria ensejo às já mencionadas críticas acerca da revisão judicial, uma vez que cortes não teriam a legitimidade ou a capacidade de decidir sobre problemas policêntricos (LANDAU, 2012, p. 404).

Esses argumentos foram rebatidos por estudiosos que acreditavam que os DESC não seriam muito diferentes dos direitos individuais e, portanto, não só poderiam como deveriam ser protegidos pelas cortes. Nessa linha, enquadrariam-se: Malcon Langford (2009), Víctor Abramovich e Christian Courtis (2002), bem como outros estudiosos do direito comparativista. Para os referidos autores, direitos sociais não seriam muito diferentes dos direitos individuais e, portanto, não só poderiam como deveriam ser protegidos pelas cortes. Isso porque os DESC teriam dimensões negativas tanto quanto dimensões positivas, uma vez que a proteção judicial dos mesmos poderia exigir que juízes determinassem às instâncias majoritárias que não tomassem medidas capazes de atrapalhar o efetivo

⁵⁰ Inclusive, o autor salienta que cortes pertencentes à tradição do common law (como Índia e África do Sul) tendem a ser mais criativas na criação de remédios para a proteção dos DESC que cortes pertencentes a países com tradição do civil law (não obstante a Corte Constitucional Colombiana ser uma das mais inovadoras cortes do mundo). (LANDAU, 2012, p. 10).

gozo dos direitos de segunda geração (por exemplo: o desenvolvimento de uma indústria que ameaçasse o direito à saúde ou evicções compulsórias de moradores de favelas que violassem o direito à moradia). Esses acadêmicos, além disso, também argumentariam que a proteção de direitos civis e políticos poderiam demandar prestações positivas do Estado, com alto custo operacional (por exemplo, o direito ao devido processo legal demandaria uma disposição orçamentária significativa de recursos públicos) (LANDAU, 2012, p. 405).

Ainda dentro do debate, no que concerne às objeções ao *judicial review*, argumentam que a proteção dos direitos de primeira geração também poderia envolver a adoção, por parte do Judiciário, de medidas complexas – como no caso da dessegregação racial no sistema público de ensino e as reformas prisionais nos Estados Unidos – e que as cortes poderiam desenvolver, ao longo do tempo, a capacidade para lidar com problemas policêntricos. Por fim, sustentam que cortes podem proteger direitos sociais sem a necessidade de adoção de medidas complexas – quando, por exemplo, garantem a concessão de medicamento a um determinado indivíduo e essa prestação acaba por denunciar a insuficiência de uma determinada política pública de saúde no país (LANDAU, 2012, p. 405).

Landau, após análise profícua, aponta que a proteção judicial dos DESC, a partir de determinados modelos ou em determinados casos, nem sempre é tão diferente da proteção dita “negativa” por parte do Estado. Esse *insight* é particularmente importante, pois ressalta um ponto que passa despercebido nos debates acerca da proteção judicial dos direitos socioeconômicos e culturais: foca-se mais na discussão teórica acerca do impacto que a justiciabilidade desses direitos teriam no orçamento público (bem como nas dificuldades operacionais de garanti-lo) e nas objeções à atividade jurisdicional de caráter democrático e falta de *expertise* que na experiência empírica, que revela, na prática, como as cortes efetivamente protegem os DESC. Essa observação é valiosa na medida em que, a partir da utilização de determinados modelos decisórios – como, por exemplo, o individual – as cortes asseguram os DESC de forma muito similar àquela que protegem direitos “mais tradicionais”, fugindo dos pontos centrais dos embates acadêmicos e deixando lacunas imperceptíveis (em um primeiro momento) nos problemas sociais.

É o que ocorre, por exemplo, quando o Judiciário brasileiro decide casos que envolvem o direito à saúde e concedem medicamentos caros aos indivíduos que possuem condições culturais e econômicas melhores que as camadas mais baixas da população, interferindo, muitas vezes, nas receitas destinadas a garantir medicamentos de base a milhares de outras pessoas, sobretudo, às que encontram-se na linha ou abaixo da linha da pobreza (LANDAU, 2012, p. 413).

Dados de julho de 2017, em matéria publicada pela Folha de São Paulo, demonstram que, dentre 118,6 mil decisões que condenavam o estado ao fornecimento de medicamentos, apenas 474 foram descumpridas, denotando um baixíssimo índice de descumprimento e revelando uma atuação,

talvez, pouco criteriosa na adjudicação de direitos prestacionais face ao Estado (FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p. 222), que não considera, sobretudo, dois aspectos negativos: a) o impacto econômico da concessão de provimentos prestacionais; b) a falta de capacidade da medida de realmente resolver o problema da saúde no país; c) a violação ao princípio da igualdade, uma vez que, não obstante a situação do autor da demanda ser semelhante a de outros indivíduos, somente aquele que judicializou terá a oportunidade de ver o seu direito tutelado. A tomada de medidas paliativas e particularizadas, que preocupam-se apenas em combater as consequências das violações sistêmicas a direitos fundamentais, são incapazes de sanar as verdadeiras causas do problema.

Em outras palavras: enquanto discute-se possíveis sequelas orçamentárias e operacionais acerca da proteção dos DESC pelas cortes, juízes protegem direitos sociais, na grande maioria das vezes, através da concessão de remédios individuais, gerando uma espécie de desencontro entre o que é discutido na teoria e o que acontece na prática. A proteção que vem sendo feita denota um quadro no qual a garantia desses direitos beneficia somente parte da população, pouco (ou nada) fazendo pela coletividade ou pela tentativa de erradicar as fontes dos problemas.

A proteção efetiva de tais direitos, em escala capaz de proteger a dignidade mínima de vida aos seus destinatários, envolve, necessariamente, a criação, implementação ou reajuste de uma determinada política pública. De fato, a tarefa de intervir num programa estatal é difícil de ser performada pelas cortes, uma vez que envolve um processo de articulação política, aprendizado, tentativas (bem como erros) e, portanto, um verdadeiro desafio se comparada com as atividades tradicionais da jurisdição, o que pode fazer com que essas instituições apresentem certa resistência diante do enfrentamento de demandas desse cariz.

Isso tudo significa, ao fim e ao cabo, que, na prática, as cortes protegem os direitos socioeconômicos e culturais por meio de formas menos dinâmicas, mais tradicionais (que serão apresentadas mais adiante), uma vez que são fórmulas menos custosas – de um ponto de vista político, financeiro e operacional –. O desafio, portanto, é tentar entender qual o modelo decisório que permite às cortes proteger esses direitos de forma coletiva sem que: a) suas decisões não gozem de efetividade prática (o que compromete, em certa medida, a credibilidade dessas instituições); b) interfiram de forma exacerbada na discricionariedade das instâncias majoritárias (tornando inviável o cumprimento da decisão); e c) restrinjam essa proteção às classes média e alta (e, portanto, comprometam os direitos sociais das camadas mais pobres).

Se uma das funções primordiais dos direitos sociais é a de diminuir a desigualdade social existente, talvez essa proteção judicial, em certos aspectos, não esteja sendo efetiva, mas, tão somente, agravando os quadros de desigualdade existentes. Landau (2012, p. 403) lança, dessa forma, a hipótese de que: cortes podem estar atuando ativamente para proteger direitos socioeconômicos e, ainda assim, estarem contribuindo minimamente com transformações sociais.

Apesar de concentrar seu foco no estudo da Corte Constitucional Colombiana (CCC) – que o autor argumenta ser uma corte que, em tese, tem uma rica jurisprudência e vasta experiência na proteção dos DESC, mas cujo compromisso com a população marginalizada é mais teórico e ideológico que prático –, estende sua hipótese de pesquisa a alguns outros tribunais do Sul Global, tais quais: a Corte Constitucional da África do Sul e o Supremo Tribunal Federal, tribunais de países nos quais acredita que a proteção dos DESC seguem a mesma lógica (LANDAU, 2012, p. 403).

Isso acontece, segundo o autor, por dois fatores: o primeiro deles é pelo que Landau intitula de “natureza do Judiciário”, ou seja, apesar de, em tese, as cortes serem atores essencialmente contramajoritários, a realidade denuncia que, em muitas circunstâncias, elas são, na verdade, atores pro-majoritários, ou, ainda mais, atores “populistas”, quando, por exemplo, asseguram direitos sociais a grupos da classe média a fim de garantir suporte político (LANDAU, 2012, p. 403). Assim, ainda que suas decisões fossem criticadas pelas instâncias majoritárias, seriam apoiadas por classes da população que têm considerável vez e voz no cenário político pátrio.

O segundo fator é que as cortes estariam propensas a escolher remédios protetivos que não fossem alvo (fácil) de contestações, mas que, em contrapartida, seriam inefetivos em proteger direitos sociais dos seus supostos destinatários primários (os grupos marginalizados). Isso ocorreria, em tese, porque esses remédios gerariam menos questionamentos acerca da (i)legitimidade da revisão judicial e causariam, partindo de um olhar simplista e pouco aprofundado, menos impacto no orçamento público. Dessa forma, gerariam menos controvérsias e seriam mais facilmente cumpridos, o que faria com que as decisões judiciais gozassem de mais efetividade prática e que a credibilidade institucional das cortes permanecesse intacta.

Diante desse quadro, autor estabelece, enquanto propósito, o de sugerir bases teóricas acerca de como essa proteção judicial dos DESC deveria acontecer, bem como apresenta a opinião de autores como Mark Tushnet (2012) e Cass Sunstein (2001) sobre a temática, que acreditam em uma forma “fraca” de revisão judicial (*weak form review*) ou “dialógica” (empregada como sinônimo da primeira) – na qual as cortes simplesmente apontam as falhas políticas das instâncias majoritárias, mas deixam a escolha dos métodos a serem adotados para superar as violações a direitos fundamentais a cargo das mesmas – como a mais adequada para contrabalancear a necessidade de proteger direitos sociais com os limites de legitimidade e capacidade (*expertise*) das cortes de protegê-los. Landau (2012, p. 404) expõe, de antemão, sua visão contrária a esse método que, segundo o autor, só foi utilizado na África do Sul, na famosa sentença de “*Grootboom*”, não tendo repercutido efeito em outros ordenamentos alienígenas ou conseguido atingir resultados empíricos significativos nas políticas públicas habitacionais do próprio país no qual a sentença foi proferida. O insucesso de *Grootboom*, para Landau, se deu em virtude de bloqueios institucionais nas instâncias majoritárias, indicando que o método fraco (ou dialógico) tem baixa probabilidade de êxito na

realidade de “países em desenvolvimento” (expressão utilizada pelo autor).

4.3 *Weak-form review* em *Grootboom* e *Meaningful engagement* em *Johannesburg*: uma análise sob a perspectiva de David Landau

Nesse sentido, Landau segue sua exposição falando do caso *Grootboom*, que denunciou a inércia das instâncias políticas em oferecer uma política pública habitacional de qualidade aos mais necessitados e em situação de moradia degradante, como a autora, Irene Grootboom. Apesar do reconhecimento da falha dessas instâncias, que dava ensejo à situação violadora de direitos, a Corte sul-africana recusou-se a conceder um remédio individualizado à autora, emitindo, por exemplo, uma ordem no sentido de que o Estado providenciasse uma casa de imediato para Irene Grootboom (autora da ação) (LANDAU, 2012, p. 409).

A Corte também não estabeleceu as diretrizes que deveriam ser adotadas pelo Estado a fim de superar as falhas sistêmicas concernentes ao direito à moradia ou, muito menos, tentou elaborar um plano sozinha. A instituição simplesmente alegou que as instâncias majoritárias tinham a obrigação de estruturar e implementar um programa Estatal coerente e coordenado e que uma parte razoável do dinheiro público – destinada à moradia – deveria ser direcionado àqueles que encontravam-se em situação de “*desparate need*” (necessidade emergencial), precisando de uma moradia. A decisão foi amplamente celebrada por estudiosos do direito constitucional comparativista e inaugurou, para Tushnet (2002), o modelo “fraco” de revisão judicial, que era capaz de conciliar a garantia dos direitos sociais pelo Judiciário, ao mesmo passo que resguardava a discricionariedade das instâncias majoritárias de escolherem as medidas que deveriam ser tomadas a fim de superar o estado de coisas violador de direitos. Apesar disso, com o passar do tempo e as poucas mudanças nas condições de habitação da população, acadêmicos sul-africanos e norte-americanos argumentaram que o *weak-form review* não foi capaz de fazer com que as legislaturas formassem o plano requerido pela Corte e, portanto, teria sido ineficaz (LANDAU, 2012, p. 405).

Uma outra técnica da Corte sul-africana na tentativa de proteger os DESC foi a do “*Meaningful engagement*” (compromisso significativo), utilizada no caso paradigmático de “*Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and others*” consistindo, em suma, numa estratégia judicial que busca fomentar a celebração de um acordo detalhado entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados, buscando uma solução compartilhada para o litígio em questão, sob a supervisão do Poder Judiciário (VIEIRA JUNIOR, 2015, on-line).

No caso supramencionado, mais de 400 ocupantes de prédios na Cidade de *Johannesburg* se voltaram contra a desocupação ordenada pela Cidade, que alegava razões de segurança e de saúde. A Corte emitiu uma ordem provisória a fim de que a Cidade e os ocupantes estabelecessem um

compromisso significativo no sentido de: i) resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição; ii) aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis; e iii) reportar os resultados do compromisso (VIEIRA JUNIOR, 2015, on-line).

O compromisso significativo aparenta dar ensejo a uma relação de parceria entre o Poder Judiciário, os Poderes Políticos e os indivíduos e comunidades envolvidos no caso, que atuariam conjuntamente no processo de tomada de decisões, de forma que as medidas finais fossem formuladas em conjunto.

Em outros termos, o *meaningful engagement* parece ser uma estratégia de postura judicial respeitosa para com os representantes eleitos pelo público e uma forma de privilegiar a participação democrática. Landau, entretanto, apresenta um certo ceticismo quanto à mesma, uma vez que, segundo o autor, o remédio não funcionou em casos subsequentes à *Johannesburg* (LANDAU, 2012, p. 410).

4.4 Negative injunctions, individualized model e structural injunctions

Além do modelo fraco, existem outros três modelos que, segundo o professor norte-americano, as cortes utilizam ou podem utilizar para proteger direitos sociais, quais sejam: 1) o individual (*individualized model*); 2) o das injunções negativas (*negative injunctions*); e 3) o estrutural (*structural injunctions*). O primeiro e o segundo seriam os mais utilizados pelas cortes. Isso porque, no individual, as mesmas concederiam uma única prestação a um único indivíduo – o que, como exposto anteriormente, é mais simples – do ponto de vista operacional – que a intervenção judicial, por exemplo, em uma política pública –. No segundo, por sua vez, os tribunais restringiriam-se a negar cortes a determinados benefícios ou leis que buscassem baixar ou prejudicar benefícios sociais concedidos a uma determinada camada da população (classe média, em geral). Um exemplo de *negative injunction* seria o seguinte: suponha-se que o governo tente cortar o benefício de pensão recebida por um grupo de indivíduos ou os salários de servidores públicos. O tribunal pode compreender que a medida viola determinadas garantias constitucionais e, conseqüentemente, ordenar que o governo mantenha esses benefícios. Ao contrário dos casos individuais, esse tipo de *injunction* seria capaz de afetar um grande número de pessoas ao mesmo tempo e, portanto, teria um impacto ainda maior no orçamento público; apesar disso, envolveria um exercício de revisão judicial menos controverso, possuindo, dessa forma, as mesmas facilidades que o modelo individualístico.

Para as Cortes, ambos os modelos apresentam vantagens, pois são relativamente fáceis de serem utilizados e justificados, considerando que afastam questionamentos quanto à invasão na esfera de atuação dos demais poderes. Proporcionam, dessa forma, decisões alinhadas às expectativas quanto ao papel dos magistrados numa concepção tradicional da teoria da separação de poderes. O problema da utilização do *individualized model* e das *negative injunctions*, entretanto, é que ambos

são tendenciosos e acabam por beneficiar as camadas economicamente mais altas da sociedade – que têm maior conhecimento de seus direitos e condições financeiras de arcar com os custos processuais – causando pouco ou nenhum impacto na realidade dos mais pobres e necessitados. Além disso, pouco contribuiriam em cenários de bloqueio institucional, pois não seriam capazes de gerar incentivos suficientes para que houvesse a mudança de postura por parte das instâncias majoritárias.

Nesse sentido, o autor constrói o argumento de que modelos inovadores – tal qual o estrutural –, que pendem para a tomada de medidas mais “fortes” de revisão e monitoramento (manutenção da jurisdição sobre o caso concreto), são mais efetivas na proteção dos DESC. Além disso, medidas estruturais possuem a capacidade de, em determinados cenários, fortalecer a atuação da sociedade civil (ou, no caso do Brasil, a própria organização da mesma⁵¹), bem como de desobstruir canais políticos nos quais vislumbra-se inércia, omissão ou negligência por parte do Poder Público.

Apesar da clara preferência do autor pela adoção do modelo estrutural (no qual são proferidas medidas estruturantes (mais interventivas, por natureza, que as medidas tomadas nos outros três modelos reconhecidos por Landau), o autor ressalta, oportunamente, que este não é a resposta certa para todas as circunstâncias nas quais as cortes se deparam com demandas que envolvem a proteção dos DESC. Os outros três modelos, em determinadas situações, podem ser suficientes ou mais factíveis que o estrutural. Afinal, em muitos cenários políticos as medidas estruturantes estão fadadas a falhar, e o custo orçamentário a fim de garanti-las operacionalidade será muito alto, o que pode deixar as cortes em posições desconfortáveis, suscetíveis a sofrerem críticas não só pela falta de legitimidade e *expertise*, mas, também, de verem suas decisões serem descumpridas, o que, a longo prazo, poderia ser um fator capaz de diminuir a credibilidade institucional (LANDAU, 2012, p. 413).

Mesmo diante da possibilidade de falha, o autor argumenta que, se possível – e, principalmente, se as circunstâncias do cenário político não forem um completo empecilho – é preferível a tentativa de implementação do modelo estrutural, tendo em vista a urgência de inovação em métodos que protejam os DESC nos cenários democráticos nos quais pretende-se que esses direitos saiam do papel e viabilizem transformações sociais, conferindo credibilidade às promessas constitucionais. Assim, apesar de nem sempre alcançar os objetivos desejados (ou alcançá-los de forma imediata) – pois depende massivamente do cenário político no qual estará inserido –, às vezes, a utilização das *structural injunctions* conseguem atingi-los; e isso, para Landau (2012, p. 458), já seria suficiente para adotá-lo enquanto modelo mais adequado de proteção dos DESC.

4.5 Contribuições de David Landau para o enfrentamento judicial de litígios estruturais

⁵¹ Acréscimo nosso.

Landau finaliza seu argumento sugerindo que a maioria dos juízes se sente confortável em trabalhar com remédios que não dão margem para questionamentos acerca da legitimidade de sua atuação. E isso não significa que esses remédios (como os individuais e as *negative injunctions*) não sejam intrusivos, mas que sua utilização se assemelha mais aos modelos recorrentes de decisão judicial. Assim, sentem-se mais respaldados em conceder um determinado medicamento caro, por exemplo, a um único indivíduo – e não pensar nos efeitos sistêmicos (provavelmente negativos) daquelas decisões –, que assumir o encargo de promover verdadeiras reformas estruturais.

A *weak-form review* (revisão judicial fraca), apesar de demandar que os juízes deixem de lado uma postura tradicional de atuação, pareceria mais aceitável na concepção de divisão das funções estatais, já que sua atuação restringir-se-ia a apontar as falhas das instâncias majoritárias, mas não adentraria em campos mais específicos, próprios de outras instituições. Remédios complexos, como as *structural injunctions*, apostariam mais no papel dos juízes para supervisionar e expedir ordens capazes de combater a burocracia administrativa, tendo um custo político mais alto com o qual, nem sempre, os tribunais estariam dispostos a arcar.

O autor completa seu argumento apresentando a ideia que, em democracias frágeis, o foco dos debates e discussões acerca do papel das cortes deve buscar aferir os efeitos práticos da justiciabilidade dos direitos sociais. Ou seja: ao invés de questionar os limites de atuação judicial, a preocupação central reside em responder a outros questionamentos, tais quais: como a atuação das cortes pode, a longo prazo, fortalecer democracias ainda em desenvolvimento? As cortes estão ajudando a construir uma cultura constitucional e, conseqüentemente, fazendo cidadãos e políticos mais interessados em dar andamento a programas de caráter transformativo a fim de concretizar os preceitos constitucionais? Estão desempenhando algum papel relevante no fortalecimento da sociedade civil? Ou estão enfraquecendo-a? Responder a essas perguntas, na visão do professor norte-americano, parece ser crucial para a formulação de teorias acerca da função jurisdicional em países cujo sistema de controle de constitucionalidade foi recentemente introduzido ou fortalecido (LANDAU, 2012, p.460).

Alguns trabalhos acadêmicos recentes, ocuparam-se de apontar os impactos de uma atuação dinâmica por parte de determinados tribunais constitucionais em democracias emergentes. O primeiro deles foi um trabalho focado na atuação das cortes de países como Índia, Turquia e África do Sul, que enfatizou a importância da atuação judicial em assegurar a estabilidade democrática desses países (LANDAU, 2012, p. 460), enquanto outro ensaio sobre a aplicação dos direitos socioeconômicos em democracias ainda frágeis, argumentou que os tribunais devem ter como objetivo desempenhar um "papel catalítico", em particular com foco na capacitação de grupos da sociedade civil em contextos onde historicamente têm sido fracos (LANDAU, 2012, p. 460).

Em seu papel dinâmico, as cortes constitucionais, em democracias ainda frágeis, devem dedicar parte de sua energia ao aprimoramento da performance de determinadas instituições democráticas ao longo do tempo. Essa proposição, apesar de parecer simples, implica em uma rica agenda e ampla variedade de tarefas, além de atribuir um encargo pedagógico às cortes constitucionais. O diferencial da teoria desenvolvida por Landau, portanto, está em repensar a função contramajoritária⁵² e, em seguida, construir novos tipos de questionamentos acerca do papel judicial (LANDAU, 2014, p. 1520).

Ao comparar os casos de Grootboom (África do Sul) e dos deslocados internos (Colômbia), argumenta que as *structural injunctions* obtiveram resultados mais exitosos na decisão da Corte Constitucional Colombiana que na da Suprema Corte da África do Sul, visto que a utilização do modelo fraco de decisão por este último órgão jurisdicional fez com que a fase de execução da sentença não obtivesse resultados satisfatórios, apesar da ideia subjacente à decisão ter sido correta. Landau acredita que a Corte sul-africana deveria ter sido mais enfática e interventiva ao invés de deferente à vontade da Administração Pública. O autor acredita, ainda, que ordens genéricas não são o melhor meio para alcançar os resultados objetivados, pois cortes constitucionais são atores importantes no processo de transformação social em democracias emergentes, não sendo interessante que deixem matérias relativas a direitos socioeconômicos à mercê das instâncias políticas (LANDAU, 2012, p. 198). Dessa forma, estratégias judiciais “mais agressivas e não convencionais”⁵³ se apresentariam, para o autor, mais efetivas na resolução de casos que envolvem direitos prestacionais (LANDAU, 2012, p. 198). Nesse sentido:

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 a utilização de remédios estruturais – podem produzir melhores resultados na busca pelos direitos sociais dos mais pobres. Ademais, essas estratégias podem ser mais eficazes para fortalecer grupos da sociedade civil e induzir mudanças importantes na burocracia estatal (LANDAU, 2012, p. 192).

⁵² “(...) la labor académica existente está mal equipada para construir una teoría del rol judicial que sea apropiada para las nuevas democracias porque no empieza con el análisis de las instituciones políticas domésticas.” LANDAU, 2011, p.16).

⁵³ Interessante notar um ponto de divergência entre Dixon e Landau, não obstante ambos atribuírem um importante papel ao Poder Judiciário na transformação de realidades sociais. Devido aos “pontos cegos” (blind spots) e à inércia das instâncias majoritárias (inertia) que obstaculizam a concretização dos direitos socioeconômicos, a autora dispõe que parece natural questionar por que, em casos de violações massivas a direitos fundamentais (tal qual o caso Grootboom), as cortes não deveriam adotar modelos “fortes” (*strong-form review*) de atuação. Responde afirmando, todavia, que partindo-se de uma perspectiva dialógica, a resposta para esta pergunta será imediata: Pelo fato de que as cortes, assim como os legisladores, estão propensas a falhar (ainda que o que esteja em pauta sejam direitos constitucionais justiciáveis) (DIXON, 2007, p.406). Assim, se se parte do pressuposto de que as cortes constitucionais possuem a “última palavra” acerca de quesitos constitucionais (*strong-form review*), a relação entre democracia e controle de constitucionalidade tornar-se-á duvidosa, porque o processo de intervenção judicial terá o potencial de causar “encargos reversos de inércia”, assim como será incapaz de combater a inércia legislativa (DIXON, 2007, p.407). Para a autora, a atuação judicial ideal consiste em um modelo “moderado”, no qual as cortes podem alternar entre “direitos fracos e remédios fortes” (*weak rights/strong remedies*) ou “direitos fortes e remédios fracos” (*strong rights/weak remedies*).

É perceptível, assim, que Landau aposta em intervenções judiciais mais fortes⁵⁴, pois acredita que problemas referentes à possibilidade de um corpo de juízes não eleitos poderem invalidar normas editadas por um órgão que goza de legitimidade popular (a já citada “dificuldade contramajoritária”), não é (ou, pelo menos, não deve ser) o cerne das discussões em países do Sul Global, pois estes possuem questões mais importantes – de ordem social, econômica e institucional – que precisam ser resolvidas. Assim, para o autor, em cenários marcados por passados autoritários e uma história institucional de extrema instabilidade, as cortes não só podem como devem exercer um papel dinâmico, catalisador da democracia⁵⁵ e, quando necessário, interventivo, visando envolver a sociedade civil e os demais atores capazes de, juntos, construir democracias sólidas. Landau não perde de vista, entretanto, que as *structural injunctions* devem ser utilizadas com cautela, pois apesar das cortes não carecem completamente de *expertise* para tratar de problemas sociais, as mudanças nos padrões de atuação política para a superação de quesitos que envolvem a violação massiva a direitos fundamentais depende de forma significativa das especificidades do ambiente político no qual as suas decisões serão implementadas⁵⁶.

As ideias do autor podem ser sintetizadas na seguinte tabela:

Tabela 1 – Modelos de Intervenção judicial para David Landau

Ações Individuais (<i>Individual Actions</i>)	
Conceito	Ocorre quando um determinado tribunal ordena, por exemplo, que um tratamento em particular ou que um medicamento caro, ou uma determinada habitação, etc., seja(m) assegurado(s) a um indivíduo em específico – aquele que pleiteou o direito em juízo –.

⁵⁴ “Experience in both Colombia and India has shown that more aggressive, unconventional enforcement strategies—especially the judicious use of structural injunctions—can more effectively target social rights’ interventions towards the poor. Moreover, these strategies may be more effective at strengthening civil society groups and at inducing important changes in the bureaucracy. The conclusion is not that structural injunctions are the right answer to all social rights problems; they will fail in many political contexts, and the resource costs that they will place on courts may be too high to pay in many circumstances. It is that there is a desperate need to innovate with aggressive remedies if social rights are to live up to their transformative promise.” (LANDAU, 2012, p. 192)

⁵⁵ Dixon (2007) dispõe que as teorias do constitucionalismo cooperativo nem sempre apostam num papel mais proativo do Poder Judiciário no sentido de atribuírem a esses órgãos a responsabilidade de combater a inércia ou mora legislativa e/ou administrativa. Num entendimento dialógico, por outro lado, os “pontos cegos” e as “inércias” legislativa afetam de forma tão profunda a legitimidade do sistema constitucional como um todo, que existe uma necessidade urgente de identificar maneiras pelas quais outras instituições sociais e governamentais – incluindo as cortes – podem mitigar esses bloqueios. Além disso, em contraste com outras teorias do constitucionalismo cooperativo, as teorias dialógicas afirmam que, uma vez que os tribunais estejam envolvidos na revisão judicial de alguma forma, eles têm a responsabilidade direta de usar suas habilidades comunicativas e coercitivas ao máximo, a fim de combater os “pontos cegos” e as “inércias” (DIXON, 2007, p. 405). O entendimento oferecido pela autora coaduna-se, em parte, com o defendido por Landau. Ambos apostam na responsabilidade judicial para combater a inércia e omissão de instituições democráticas que encontram-se em situações burocráticas ou de bloqueio.

⁵⁶ “The lesson, perhaps, is that the structural remedy may be an effective tool for courts enforcing social rights and for targeting this enforcement towards more marginalized social groups, but it is one that must be used sparingly and carefully. Courts are not nearly so incompetent at handling social problems or politically detached as theoretical literature sometimes claims, but courts’ abilities to build up civil society, to spur public debate, and to alter political patterns will depend significantly on the specifics of the political environment that they are entering” LANDAU, 2012, p. 192)

Vantagem	Relativamente fácil de ser utilizada pelos magistrados, pois não suscita questionamentos acerca do controle de constitucionalidade de estar sendo invasivo e adentrando na esfera de atuação dos demais poderes. É uma decisão, assim, mais facilmente justificável e alinhada com aquilo que se espera dos magistrados dentro da tradicional concepção da teoria da separação de poderes.
Desvantagem	→ Acentua a dicotomia entre a reserva do possível e a justiciabilidade dos direitos sociais, sobretudo pelo fato de que demandas individuais não são capazes de responder a falhas sistêmicas, que seriam melhor atendidas através da tutela coletiva de interesses metaindividuais. Logo, são casos capazes de causar efeitos antidemocráticos e seletivos. → Beneficia somente as classes alta e média.
Grau de Efetividade	Baixo.
Exemplo	Casos isolados de judicialização da saúde.
Injunções Proibitivas (<i>Negative Injunctions</i>)	
Conceito	Ocorrem quando um determinado tribunal declara a inconstitucionalidade de uma determinada conduta do governo.
Vantagem	Relativamente fácil de ser utilizada pelos magistrados, pois não suscita questionamentos acerca do controle de constitucionalidade de estar sendo invasivo e adentrando na esfera de atuação dos demais poderes. É uma decisão, assim, mais facilmente justificável e alinhada com aquilo que se espera dos magistrados dentro da tradicional concepção da teoria da separação de poderes.
Desvantagem	Acentua a dicotomia entre a reserva do possível e a justiciabilidade dos direitos sociais, sobretudo pelo fato de que demandas individuais não são capazes de responder a falhas sistêmicas, que seriam melhor atendidas através da tutela coletiva de interesses metaindividuais. Logo, são casos capazes de causar efeitos antidemocráticos e seletivos. → Impactos negativos piores que os das <i>individual actions</i> . → Beneficia somente as classes alta e média.
Grau de Efetividade	Baixo.
Exemplo	Suponha-se que o governo tente cortar o benefício de pensão recebida por um grupo de indivíduos ou os salários de servidores públicos;

	a corte constitucional pode dispor que este “corte” viola determinados preceitos/ga-rantias constitucionais e, conseqüente-mente ordenar que o governo mantenha esses benefícios.
Determinação Judicial Fraca (<i>weak-form Review</i>)	
Conceito	Os tribunais afirmam a necessidade de elaboração de certa política pública destinada a impedir violações de direitos fundamentais, mas deixam de adentrar no mérito administrativo e não designam especificamente de que forma tal política deve ser concretizada.
Vantagem	É um modelo de intervenção judicial mais condizente com a tradicional teoria da separação de poderes, pois aposta numa atividade mais fraca do Poder Judiciário.
Desvantagem	Difícilmente é capaz de causar mudanças significativas.
Grau de Efetividade	Baixo ou moderado.
Exemplo	Grootboom.
Decisões estruturais (<i>structural injunctions</i>)	
Conceito	Os tribunais prolatam sentenças de execução complexas, que buscam realizar alterações sistêmicas em instituições burocráticas do Estado. Há uma maior determinação de prazos e das medidas que devem ser adotadas pelos agentes públicos.
Vantagem	Aparenta ter efeitos mais positivos – quantitativamente e qualitativamente – que as <i>negative injunctions</i> e os individualized models.
Desvantagem	Encontra uma maior resistência, tanto por parte das cortes – que temem as críticas no sentido de que estariam sobrepujando suas competências – quanto dos acadêmicos, que alegariam a falta de legitimidade e <i>expertise</i> dos juízes para atuar de forma mais incisiva na proteção dos direitos.
Grau de Efetividade	Alto.
Exemplo	Sentencia T-025/04.

Fonte: A autora (2021)

Apresenta-se, no presente estudo, a possibilidade de judicialização de demandas estruturais enquanto ferramenta de mobilização política, com potencial de ensejar desbloqueios nas instâncias majoritárias, mudanças de comportamento institucional e a correção de falhas e omissões nas políticas públicas, sendo portanto, uma ferramenta disponível tanto ao magistrado – através da escolha do mesmo em dar andamento a um processo judicial estrutural –, como aos legitimados para a proposição de ações coletivas – que exercem um papel imprescindível não só no momento de

litigância estratégica e na fase de conhecimento, como também no estágio de execução da sentença –. As demandas de caráter estrutural, dessa forma, surgem, sobretudo, como resposta à insuficiência da tutela jurisdicional individual e à necessidade de ampla articulação entre os Poderes, a sociedade civil e as demais instituições públicas.

Apesar da inevitabilidade de participação judicial quando se fala de um “processo estrutural”, será debatido, ainda neste tópico, a insuficiência da interferência desse Poder – a partir de uma atuação solo – de garantir políticas públicas de qualidade, de forma que a sugestão do processo estrutural para a melhor garantia dos DESC faz parte de uma construção mais abrangente, que será concluída posteriormente.

Por fim, destaca-se que a contribuição de Landau para o presente estudo, além de destacar a importância das *structural injunctions* na proteção dos DESC, é a de: a) demonstrar que cortes podem atuar enquanto atores pró-majoritários a depender das circunstâncias dos cenários nos quais estão inseridas, não obstante seu aparente caráter contramajoritário; b) subsidiar os argumentos já expostos neste ensaio no sentido de denunciar a insuficiência das ações individuais para resolver problemas sociais de caráter estrutural, que envolvem os direitos socioeconômicos e culturais e, em geral, precisam ser traduzidos em políticas públicas; c) demonstrar que o modelo individualístico beneficia mais às camadas altas da sociedade que à população pobre; e d) que em determinadas circunstâncias as cortes podem assumir um papel mais dinâmico que aquele que lhes é atribuído tradicionalmente com o intuito de tentar promover transformações sociais; e) o modelo ideal para a adoção de uma postura dinâmica pelas cortes é o estrutural.

4.6 Modelo “fraco” ou “dialógico” apresentado por Mark Tushnet

Em sentido contrário, tem-se o pensamento de Mark Tushnet (2006, p. 2), que prioriza um modelo de atuação judicial no qual os juízes estão notadamente mais abertos às interferências legislativas⁵⁷, adotando, dessa forma, uma postura mais deferente e dialógica. O modelo “fraco” – *weak-form review* – segundo o autor, seria capaz de mitigar a já apontada crítica acerca da “dificuldade contramajoritária”, pois permitiria que as cortes e as legislaturas construíssem um entendimento acerca das garantias constitucionais através de um processo de trocas recíprocas a ser desenvolvido ao longo do tempo.

Tushnet (2006, p. 4) dispõe que em um sistema de “*strong-form review*” (como ele afirma ser o sistema norte-americano⁵⁸), as decisões judiciais acerca de quesitos constitucionais são

⁵⁷ “I call weak-form judicial review, a form of judicial review in which judges' rulings on constitutional questions are expressly open to legislative revision in the short run.” (TUSHNET, 2006, p. 6).

⁵⁸ “The U.S. system of judicial review, which I call strong-form review, insists that the courts' reasonable constitutional interpretations prevail over the legislatures' reasonable ones. Courts exercise strong-form judicial review when their interpretive judgments are final and unrevisable.” (TUSHNET, 2009, p. 21).

vinculantes para as instâncias majoritárias e são também consideradas “finais”. Ter a “última palavra”, todavia, não significa que o posicionamento da corte vai durar para sempre ou que o congresso não conseguirá revertê-la dentro de um determinado espaço de tempo, principalmente, pelo fato de existirem mecanismos constitucionais que podem (e são) utilizados pelas instâncias majoritárias com a finalidade de reverter determinados posicionamentos dos juízes. O que ocorre no modelo “forte”, todavia, é que a decisão judicial não pode ser revertida num curto espaço de tempo e, portanto, reverbera seus efeitos até que os poderes eleitos pelo princípio democrático sejam capazes de reformá-la.

De um modo mais geral, para o autor, se os tribunais têm a possibilidade de emitir a “última palavra” sobre a constituição – mesmo que por um determinado lapso temporal fadado ao término, como acontece com a revisão de forma forte –, o povo incorre no risco de perder a sua capacidade de autogovernar-se. A revisão de forma fraca, em contrapartida, oferece uma solução para este problema. Tribunais têm a oportunidade de explicar por que um determinado estatuto contestado é inconstitucional. Tendo feito isso, eles se afastam e deixam o legislativo responder. Na medida em que os tribunais têm alguma vantagem sobre os legisladores na interpretação constitucional, e que os legisladores reconhecem a existência de tal vantagem, as deliberações legislativas serão informadas, mas não controladas pelo que os tribunais disserem (uma espécie de “discrecionabilidade informada”). No final, se a decisão política for a de anular ou reverter a decisão judicial, a revisão de forma fraca permite que os representantes diretos do povo detenham a “última palavra”, respeitando a soberania popular e agindo dentro dos limites estabelecidos pela constituição. O *weak-form review*, dessa forma, atenua a tensão entre judicial review e soberania popular, pois garante o posicionamento final às instâncias majoritárias⁵⁹ (TUSHNET, 2009, p. 23). O defeito da *weak-form review*, todavia, reside no fato dele viabilizar que o Poder Legislativo torne efetivas determinadas decisões que não possuem fundamentos constitucionais, problemática que só pode ser aprofundada, segundo o autor, com uma pesquisa empírica. Diante disso, defende que o modelo fraco de intervenção judicial só não deve ser priorizado quando estiver diante de direitos e garantias individuais, pois estes dizem respeito à capacidade dos indivíduos de se autogovernarem (TUSHNET, 2006, p. 11).

Em suma, Tushnet defende que um modelo fraco de atuação judicial viabiliza formas mais dialógicas de decidir, pois, além de sua natureza “interativa” (*iterative nature*) (TUSHNET, 2012, p. 61), proporcionam uma maior participação de atores constitucionais que possuem mais *expertise* e legitimidade que o Judiciário para interferir em questões de cariz coletivo, que impactam – direta ou indiretamente – no orçamento público. Assim, as decisões obteriam – pelo menos teoricamente –

⁵⁹ Weak-form systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance, while acknowledging that constitutionalism requires that there be some limits on self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appointment processes.” (TUSHNET, 2009, p. 23).

maior aderência da classe política, pois passariam, primeiramente, por uma fase de tentativa de implementação da decisão judicial; secundamente, por um período de observação no qual seus êxitos e falhas seriam observados; e, nesse seguimento, por uma fase de reavaliação judicial na qual, se necessário, determinados aspectos da decisão judicial seriam alterados (TUSHNET, 2012, p. 61). A partir desse modelo, dessa forma, seria alcançado um maior equilíbrio entre o dever judicial de proteger os direitos socioeconômicos e o imperativo democrático de separação de poderes.

Em ensaio posterior, Tushnet retoma a discussão trazida por Landau em “*The Reality of Socioeconomic Rights Enforcement*”, concordando que as *structural injunctions* e o *weak-form review* seriam os meios mais adequados de proteger os direitos sociais. Isso porque, assim como Landau, o autor acredita que as “*negative injunctions*” têm um impacto social muito pequeno e as ações individuais tendem a beneficiar somente aqueles que têm uma melhor “*support structure*” (EPP, 1998, p.3) – melhores condições econômicas e estruturais para entrar com uma ação em juízo e suportar o trâmite do processual –.

No entanto, no que concerne à diferenciação entre a “*weak-form injunctions*” e as “*structural injunctions*” feitas por Landau, Tushnet discorda da alegação de que as segundas seriam mais eficazes que as primeiras. Isso porque o autor norte-americano acredita que a diferença entre esses dois institutos é consideravelmente tênue. Apesar de argumentar que as medidas estruturantes (*structural injunctions*) são substancialmente mais detalhadas e prescritivas que o modelo fraco (ou “dialógico – variação terminológica utilizada pelo autor –) de intervenção judicial – e, por isto, num primeiro momento, seria possível enxergá-los como institutos diferentes –, o autor argumenta – baseando-se na experiência norte-americana, – que as *structural injunctions*, em geral, iniciam-se com um “*weak-form injunctions*”, adaptando-se, com o passar do tempo, às “*structural injunctions*” (TUSHNET, 2012, p. 59).

O autor dispõe que esta mudança ocorre por dois fatores. O primeiro é o fato de que a resistência política às decisões judiciais leva à frustração da eficácia prática das mesmas, o que faz com que os juízes aumentem a especificidade das medidas que precisam ser tomadas a fim de concretizar os fins constitucionais objetivados no caso em questão, tornando a supervisão jurisdicional e o monitoramento dos resultados práticos da decisão mais fáceis. O segundo, por sua vez, insere-se numa lógica interessante: os juízes, no decorrer do processo estrutural, observam como as suas decisões têm sido implementadas e aprendem estratégias que podem ser utilizadas e aprendem também sobre aquelas que são falhas. Quanto mais o tempo passa, mais os magistrados adquirem experiência na temática trabalhada no caso concreto e mais as decisões dos mesmos tornam-se detalhadas (TUSHNET, 2012, p. 59).

Nesse seguimento, Tushnet ratifica seu argumento de que a *weak-form injunction* seria o modelo mais adequado para problemas que envolvem direitos socioeconômicos, uma vez que as

negative injunctions e as ações individuais não seriam capazes de causar impactos consideráveis na realidade social e as *structural injunctions* gerariam, de imediato, resistência política (ao menos em um primeiro momento).

O *weak-form injunction*, por sua vez, buscaria encorajar os atores políticos a superarem questões burocráticas que, a priori, não estariam na pauta de prioridades em suas agendas (TUSHNET, 2012, p. 59). Uma outra vantagem seria o fato de que essa forma de atuação judicial viabilizaria a resolução dos problemas estruturais em questão dentro das condições e limitações que as instituições responsáveis pela violação a direitos possuem de atuar. O modelo representaria uma postura mais deferente às escolhas da Administração Pública, do Poder Legislativo e dos demais atores envolvidos, que se percebem obrigados a mudar uma determinada realidade, mas dispõem de maior discricionariedade para desenvolver e executar um plano de ação. Um último aspecto interessante, ainda destacado pelo autor, seria o fato de que a *weak-form injunction* possui uma natureza “interativa”, que viabilizaria a observação, ao longo do tempo, do cumprimento da decisão, fazendo com que seus sucessos e falhas fossem devidamente levados em consideração no momento de reavaliação judicial, o que permitiria que os magistrados modelassem as suas ordens de acordo com as demandas específicas que fossem surgindo no caso concreto.

Ao final do ensaio, Tushnet reforça a ideia de similaridade entre o que Landau chama de “*structural injunctions*” e “*weak-form injunctions*”, apontando, ademais, que o (in)sucesso da utilização desses dois modelos está mais atrelado ao cenário e às condições políticas, sociais e institucionais de uma determinada localidade, que à escolha de atuação judicial por uma forma mais “forte” ou mais “dialógica” de decidir. Ademais, ao iniciar uma decisão impondo limites mais bem delineados à atuação dos demais envolvidos, os juízes podem pular uma fase importante, a fase de “aprendizados” acerca do problema. Uma estratégia mais moderada, como a *weak-form*, faz com que os magistrados acompanhem a problemática e, com o decorrer do tempo, adquiram maior *expertise* para utilizar medidas mais interventivas.

Assim, a diferenciação entre as *structural injunctions* (medidas mais fortes de intervenção judicial) e a *weak-form review* (medidas fracas de atuação jurisdicional) são irrelevantes pois, com o passar do tempo, as primeiras acabam aproximando-se consideravelmente das segundas. Antes de adentrar no mérito desse argumento, todavia, faz-se interessante entender a diferença entre esses dois modos de proteção judicial de direitos fundamentais. Nas palavras de Tushnet:

Considero que a diferença entre injunções de forma fraca e estrutural é que as últimas são substancialmente mais detalhadas e prescritivas que as primeiras. O remédio utilizado em Grootboom disse ao governo: “Elabore um plano para garantir que aqueles que estão precisando desesperadamente de uma moradia sejam alocados de forma relativamente rápida”. Esse é um remédio de forma fraca. Se a ordem fosse “Elabore um plano para construir (um número específico de) unidades habitacionais no próximo ano fiscal para aqueles que precisam desesperadamente”, seria mais uma injunção estrutural. Ou até mesmo “Construa essas unidades habitacionais próximo ano”. O grande lapso temporal para o cumprimento dessas decisões é o que as distingue das *individual actions* e *negative*

injunctions; o grau de generalidade ou de especificidade é o que distingue a *weak-form* e a *structural injunctions* (TUSHNET, 2012, p. 58, tradução nossa).

Em suma, injunções estruturais viabilizam, desde a primeira sentença prolatada, a prescrição de ordens específicas e detalhadas acerca do problema colocado em pauta, deixando uma margem de discricionariedade menor aos outros atores constitucionais e sociais de atuarem na construção de soluções. As injunções que preconizam o modelo fraco, todavia, permitem, como já exposto no presente trabalho, que a prolação da sentença estrutural, num primeiro momento, tenha um caráter simbólico, chamando atenção para problemas sociais que, por diversas circunstâncias, não estão sendo resolvidos como deveriam. Assim, inauguram uma “chamada” para que as instituições envolvidas e afetadas direta e indiretamente pelo problema posto em pauta, colaborem para a construção de um projeto de transformação coparticipativo⁶⁰. Não obstante a *weak-form review* ser, de início, menos interventiva, as situações provenientes do decorrer do processo, assim como o descumprimento de determinados postulados da sentença, podem (e provavelmente irão) demandar uma atuação judicial mais forte, fazendo com que os magistrados recorram, sob pena de verem suas decisões não gozarem de efetividade a medidas mais fortes (*structural injunctions*).

Assim, apesar de, teoricamente, existirem diferenças entre os modelos apontados acima, Tushnet (2012, p. 59) defende que as *structural injunctions*, em geral, começam como uma decisão “fraca” (*weak-form*), na qual as cortes não se preocupam – ao menos em um primeiro momento – em especificar detalhes, para depois evoluírem para um modelo mais “forte” de intervenção judicial. Para o autor, a resistência política leva à frustração judicial na medida em que os tribunais enxergam que suas decisões estão enfrentando dificuldades de aderência e implementação. Diante disso, percebem a necessidade de aumentar a especificidade de suas ordens a fim de viabilizar um monitoramento mais fácil e efetivo da decisão. Logo, observam como seus decretos estão sendo implementados e sob quais aspectos estão sendo falíveis para produzirem estratégias que funcionem melhor naquele determinado contexto, de forma que, com o passar do tempo e com a experiência adquirida, tornam-se capazes de, gradativamente, emitir decisões com maiores graus de detalhamento acerca do caso em questão.

Conclui defendendo a utilização dos *weak-form remedies* em casos que envolvam direitos socioeconômicos, pois acredita que enquanto uma *structural injunction* já se inicia sofrendo uma certa resistência burocrática, a forma fraca tenta, primeiramente, desbloquear as instituições que encontram-se inertes ou apresentam resistência à resolução de determinado problema social, o que

⁶⁰ “(...) a colaboração das partes – e, de modo mais amplo, dos atingidos pela decisão – e sua participação na formação da(s) decisão(ões) judicial(is) são imprescindíveis. Somente com a mais completa satisfação do contraditório pode-se ter a mais exata dimensão do problema – e das consequências da decisão judicial – e, assim, tomar a providência mais adequada. Por isso, a adoção de audiências públicas, a permanente manutenção do diálogo entre os interessados e outras medidas de participação no processo devem ser práticas estimuladas no campo da tutela coletiva.” (ARENHART, 2013, p. 14).

não aconteceria por vontade própria desses atores. Ademais, demonstram uma certa deferência para com as escolhas administrativas, pois:

Uma liminar estrutural pode “funcionar” para melhorar a prestação de assistência médica da burocracia, mas sua implementação pode consumir recursos que os políticos preferem dedicar à política de habitação, e do ponto de vista dos direitos sociais e econômicos a saúde não tem prioridade óbvia sobre a habitação. Os casos que envolvem remédios fracos mantêm essas dificuldades em mente. Com um pouco de exagero pode-se dizer que os remédios de forma fraca são projetados para inverter a resistência burocrática e política e fazer com que os políticos apoiem uma política planejada pelo tribunal. Assim, por exemplo, um remédio de forma fraca visa melhorar a operação de um sistema burocrático em seus próprios termos. Isto é, garantindo que ele opere de acordo com políticas racionais dentro da própria estrutura da burocracia. (TUSHNET, 2012, p. 60, tradução nossa).

Em suma, defende que o *weak-form review* constitui uma forma mais “dialógica” de decidir, pois além de sua natureza “interativa” essas decisões têm mais capacidade de obter – pelo menos teoricamente – maior aderência da classe política, pois passam, primeiramente, por uma fase de tentativa de implementação da decisão judicial; secundamente, por um período de observação no qual as suas falhas e êxitos serão observados; e, em seguida, por uma fase de reavaliação judicial na qual, se necessário, determinados aspectos da decisão judicial serão alterados (TUSHNET, 2012, p. 61). O exposto pelo autor coaduna-se com o fato dos conflitos que envolvem problemas estruturais possuírem as características peculiares de serem altamente mutáveis e fluidos, de forma que a decisão judicial deve considerar as contingências e as necessidades do caso concreto em um determinado momento, estando a par de que, muito provavelmente, as necessidades de proteção em outra ocasião serão diferentes. O lapso temporal entre a prolação inicial da sentença e o desenrolar do processo, dessa forma, pode ir moldando o grau de intervenção judicial no problema, podendo variar entre “fraco” e “forte” a depender daquilo que seja necessário para a efetivação do direito fundamental ora em questão⁶¹.

Owen Fiss (1979, p.49-50) destaca que essa gradual implementação⁶² das decisões judiciais é uma característica inerente aos litígios estruturais. Assim, somente na medida em que a sentença é implementada e ganha contornos próprios é que se terá a noção exata de eventuais problemas que precisam ser enfrentados e de outras particularidades que o caso requer, de forma que: “(...) a complexidade da causa implicará, comumente, a necessidade de se tentar várias soluções para o problema. Essa técnica de tentativa-erro-acerto é que permitirá a seleção da melhor técnica e do

⁶¹ Nesse sentido: “Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto.” (ARENHART, 2013, p. 12).

⁶² “O fundamental, em relação às decisões estruturais, é perceber que elas foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas. Por isso, seu papel não é apenas o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade se dirige exatamente à reestruturação dessa relação burocrática, de modo a alterar substancialmente a forma como as interações sociais se travam. Por isso, são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma simples decisão do Estado.” (ARENHART, 2013, p. 12).

resultado ótimo para o caso.” (ARENHART, 2013, p. 12). Esse caráter “experimentalista” das determinações estruturantes propõem, dessa forma, um modelo deliberativo no qual as partes envolvidas negociam a melhor solução possível sob condições de provisoriedade e transparência. Isso impede que os juízes tenham a “última palavra”⁶³ no planejamento das medidas de reparação. Em retorno, as partes envolvidas têm a oportunidade de modular as medidas e “participar com voz ativa e votos, reforçando a legitimidade democrática da intervenção judicial” (THEODORO JÚNIOR et al., 2013, p. 131) em ações de interesse público.

4.7 Landau x Tushnet: o que se pode aprender?

Percebe-se, assim, que decisões iniciadas com o “*weak-form review*” podem se mostrar mais adequadas à resolução de demandas estruturais, pois são mais flexíveis e dialógicas em um primeiro momento. A utilização de medidas mais fortes, todavia, (“*structural injunctions*”) pode ser de grande valia em momentos posteriores, sobretudo, diante da perpetuação de condutas que obstam o cumprimento da decisão. Faz-se necessário salientar, todavia, que tanto no *weak-form* quanto nas *structural injunctions*, as cortes devem adotar uma postura dialógica, pois decisões judiciais que não encontram aderência na realidade fática, não são capazes de causar transformações sociais.

Defende-se, dessa forma, que a atuação jurisdicional em casos estruturais deve ser contingente, iniciando-se, todavia, com declarações mais “abertas”, deixando espaço, num primeiro momento, para que o “alerta” acerca da “obrigação de fazer” ou da obrigação de “não fazer” seja levado a sério pelas instituições responsáveis pela violação de direitos. Através do acompanhamento e do monitoramento do (des)cumprimento da sentença estrutural⁶⁴, os magistrados podem utilizar medidas mais “fortes” ou “fracas”, sempre privilegiando, todavia, o diálogo constitucional, entendendo que a eleição dos mecanismos a serem empregados para chegar ao objetivo central depende de uma ampla gama de atores, responsáveis diretamente pela materialização daquilo que foi estipulado na sentença. Em harmonia com o exposto por Landau, entende-se que as cortes podem desempenhar um papel importante no fortalecimento da sociedade civil e na consolidação das democracias em países do Sul Global. Entretanto, não podem atuar de forma completamente apartada daquela para a qual foram instituídas, sendo necessário que foquem na visão geral do problema, mas deleguem aspectos pontuais e ocasionais a outros órgãos também comprometidos com o direito

⁶³ Termo utilizado a título exemplificativo. Entende-se que não existe “última palavra” no que concerne a quesitos constitucionais; é possível falar, todavia, em “última palavra provisória”. Sobre a temática ver (MENDES, 2011).

⁶⁴ Entende-se que, no Brasil, na fase de cumprimento da decisão estrutural, o Tribunal de Contas exerceria um papel essencial, sobretudo, pelo fato da Constituição Federal da República atribuir ao referido órgão a missão de proteger valores constitucionais na realização de políticas públicas dos entes, órgãos e entidades. A Corte de Contas poderia ser um órgão interessante para a realização desta tarefa, pois detém uma visão global sobre a situação do ente político sobre o qual recairá a decisão – sobretudo, no âmbito orçamentário e financeiro –, além de dispor de um corpo técnico com formação multidisciplinar e ter sua atuação voltada a interesses de repercussão metaindividual (atuação voltada a beneficiar à coletividade). (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 153).

tutelado.

Ademais, entende-se ser necessária a adoção de decisões consequencialistas, com escopos palpáveis e condizentes com a realidade. Nesse sentido, o próprio diálogo contribui para com uma percepção mais objetiva das cortes em relação ao problema, pois a contribuição dos atores envolvidos direta ou indiretamente no conflito trazem aspectos que não podem ser deduzidos, imaginados ou aferidos pelos juízes, pois existe um limite intransponível entre aquilo e a experiência daqueles que vivenciam o problema (realidade fática), e a capacidade de aproximação de um observador externo, por mais engajado que este esteja na causa. Por mais que o magistrado se esforce, existem questões técnicas, financeiras e até mesmo burocráticas que ele não domina e que precisam ser consideradas quando da definição de “como” e “quando” determinados quesitos (como, por exemplo, a implementação de uma política pública) precisam ser tratados (THEODORO JÚNIOR et al., 2013, p. 146). Assim, se a decisão judicial for subsidiada por elementos que o juiz, solitariamente, não teria acesso e sem os quais, muito provavelmente, adotaria medidas que não gozariam de eficácia na prática, possui mais chances de causar impactos positivos na superação do problema⁶⁵.

Litígios estruturais enfrentam problemas demasiadamente complexos – que não se restringem à procedência/improcedência do pedido, mas adentram em campos como a escassez de recursos, a discricionariedade alocativa, a inexistência de programas estabelecidos em lei, falhas provenientes de décadas de omissão pública, dificuldades de implementação de políticas públicas⁶⁶ etc. –, de forma que não podem ser tratados sem que haja uma observância das consequências e impactos dos remédios utilizados na realidade social⁶⁷. Além disso, lidam, não raramente, com problemáticas sociais arraigadas, cuja solução não é alcançada por meio de medidas simples, mas sim através da mudança de paradigmas da sociedade como um todo ou da adoção de mecanismos que levam mais de uma geração para surtir efeitos. Dessa forma, independentemente das intenções do julgador que exarou a medida tendente a afastar violação constitucional, resultados empíricos dependem também, em algumas circunstâncias, de uma mudança de mentalidade e conscientização da população sobre o respeito, na prática, dos direitos e valores constitucionais.

⁶⁵ “Compreende-se, nesses termos, que uma abordagem jurisdicional tradicional, limitada à análise solitária pelo juiz de temáticas (especialmente, de políticas públicas), sem um contraditório mais dinâmico, não possui o condão de analisar com menores riscos a imposição de comandos que inúmeras vezes terão pouca possibilidade de gerar impactos efetivos no auferimento de direitos fundamentais.” (THEODORO JÚNIOR et al, 2013, p. 141).

⁶⁶ “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” (BUCCI, 2006, p. 39). Através do conceito de “políticas públicas”, percebe-se que estas não são uma categoria criada pelo direito e sim “um conjunto de arranjos complexos que o direito tenta explicar ou mesmo regular” (COSTA, 2015, p. 209), o que torna o exercício do controle jurisdicional de políticas públicas uma prática complexa, pois corresponde à intervenção de um órgão diverso daqueles pensadores originalmente para planejar e executar programas do Estado.

⁶⁷ Uma espécie de “discricionariedade informada”, expressão cunhada por William Fletcher (1982, p. 654-657).

Pensar em diálogos institucionais⁶⁸, enquanto ferramenta de auxílio ao processo estrutural, mostra-se de importante relevância, pois além de mitigar as críticas formuladas acerca das funções “tradicionais” dos poderes – que talvez não sejam tão pertinentes em democracias ainda não consolidadas de países em desenvolvimento (LANDAU, 2014) –, viabiliza a construção de soluções coparticipativas e com maiores chances de impactar significativamente a realidade social. Destaca-se que os diálogos não implicam em consenso, mas sim num processo de “dar e receber”⁶⁹ em que os atores envolvidos estão aptos a transparecer fraquezas, experimentar estratégias e produzir resultados palpáveis e condizentes com as circunstâncias que permeiam o caso. A virtude reside em achar o ator mais apropriado para cada aspecto da demanda, entendendo que a materialização do texto constitucional só ocorrerá com esforços múltiplos.

4.8 Modelo Deferente: uma análise da experiência sul-africana em “*Government of the Republic of South Africa v Grootboom*”

O processo de redemocratização da África do Sul e a criação da Corte Constitucional do país não podem ser dissociados. Isso porque não se pode compreender a atuação desse órgão sem averiguar o contexto do período pós-apartheid (SERAFIM, 2021, p. 60).

Em janeiro de 1994 entrou em vigor, no país, a Constituição interina, estabelecendo “(...) o arcabouço institucional que promoveria a unidade nacional, a reestruturação dos órgãos governamentais durante o futuro processo constituinte e 34 princípios constitucionais que deveriam orientar a constituição definitiva da África do Sul” (SERAFIM, 2021, p. 60).

O texto constitucional, ademais, instituiu a Corte Constitucional do país, composta por 11 juízes, que tem a competência de:

(...) decidir acerca das disputas entre órgãos estatais, poderes e funções constitucionais; deliberar sobre a constitucionalidade de projeto de lei parlamentar ou provincial quando o presidente da África do Sul ou o primeiro ministro de uma província tiver dúvidas e encaminhar o projeto para a análise da Corte; definir a constitucionalidade de ato do Parlamento ou da legislatura provincial, mediante a provocação de membros da Assembleia Nacional ou Provincial; dispor sobre a constitucionalidade de emenda à Constituição; examinar se o Parlamento ou o presidente não cumpriram uma obrigação constitucional; e, por fim, certificar uma Constituição Provincial (SERAFIM, 2021, p. 60).

Podem ser apontadas, ainda nesse sentido, três características importantes do Tribunal Constitucional do país. A primeira é seu notável nível de estabilidade, que possibilitou que a instituição construísse uma identidade própria e facilitou o surgimento de uma cultura de confiança

⁶⁸ “In very general terms, however, the experiences of the various countries indicate that the courts are most engaged and most effective when they act in dialogue with political, bureaucratic, and civil society actors. Public interest litigation arises when (a) the existing policy infrastructure fails to provide answers to deeply felt needs and (b) the courts appear as an even minimally viable mechanism for pressing claims.” (GAURI; BRINKS, 2008, p. 306).

⁶⁹ “I suspect that the relationship between the branches in the constitutional domain - in giving meaning to the non-

entre o Poder Judiciário e os poderes políticos. A segunda é que o Tribunal decide cerca de 20 a 30 casos por ano, de modo que procurou desenvolver mecanismos de decisão que “(...) resultassem em provimentos efetivos, para que não tivesse que se manifestar novamente sobre uma questão já judicializada. Além disso, a Corte decidiu não intervir diretamente em decisões políticas, não atraindo para si competências próprias do Executivo.” (SERAFIG, 2021, p. 62). A terceira característica é que os pronunciamentos do Tribunal não representam a posição de cada juiz individualmente, e sim a opinião do Tribunal em si (SERAFIG, 2021, p. 62).

Além dessas características, a Constituição interina dispôs acerca de uma atribuição inovadora à Corte: a tarefa de validar o texto final da Constituição sul-africana, que era fundamental para que esta obtivesse força vinculante (SERAFIG, 2021, p. 62). Durante o processo, o Tribunal teve que enfrentar objeções à inclusão dos direitos socioeconômicos e culturais, sob a alegação de que estes deveriam ser limitados a princípios diretivos para evitar o constranger às novas instituições democráticas e para impedir que o Poder Judiciário fosse além de sua competência e *expertise* (SERAFIG, 2021, p. 62). A resposta do Tribunal, entretanto, foi a de que os DESC estavam alinhados com os princípios estabelecidos na Constituição interina e que estes eram, em algo grau, juridicamente exigíveis, de modo que o Tribunal Constitucional poderia atuar em prol de sua efetivação (SERAFIG, 2021, p.62).

A validação ocorreu em dezembro de 1996, e a nova Constituição assumiu a tarefa de provocar uma profícua transformação social com a democracia, igualdade e proteção dos direitos fundamentais (SERAFIG, 2021, p. 62). Assim, na atual Constituição sul-africana, os DESC são estruturados de modo a refletir “o compromisso do processo democrático em reparar as injustiças que o apartheid criou” (SERAFIG, 2021, p. 63), atribuindo uma preferência à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo em sua garantia sem, contudo, retirar o papel de supervisão judicial, a fim de que as promessas constitucionais sejam observadas.

Assim, a abordagem do Tribunal quando do enfrentamento de demandas que dizem respeito à alocação de recursos públicos e/ou implementação de políticas públicas, revela uma preferência pela deferência para com as escolhas políticas, de modo a apontar a inconstitucionalidade de atuações do Poder Público sem, entretanto, determinar unilateralmente o conteúdo das políticas públicas que devem ser realizadas (SERAFIG, 2021, p. 63).

O modelo deferente, portanto, pode ser identificado com clareza na jurisprudência do Tribunal Constitucional da África do Sul. Em suma, o referido modelo confere às partes e ao Poder Público o protagonismo na reforma estrutural que se objetiva para que haja a superação do estado de coisas violador de direitos.

Um caso notável de decisão judicial capaz de retratar o modelo deferente foi “*Government of the Republic of South Africa v Grootboom*”, julgado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul

em 2000, que é um dos processos estruturais mais conhecidos pelos estudiosos de direito comparado, de modo que alguns autores chegaram a afirmar que sua importância para os juristas sul-africanos equivale à de *Brown v. Board of Education* para os acadêmicos norte-americanos (SERAFIM, 2021, p. 66). O contexto no qual inseria-se o litígio era de grave violação a direitos fundamentais, pois centenas de pessoas estavam vivendo em abrigos improvisados depois de terem sido despejadas da área particular que antes ocupavam. Assim, as vítimas reivindicavam ao Estado a garantia imediata de moradias adequadas. Nesse sentido:

Em Grootboom, uma comunidade de 900 pessoas que viviam em barracos foi expulsa de uma propriedade privada após terem se candidatado à moradia de baixo custo do governo. Com a expulsão, eles ocuparam um campo de esportes nas proximidades e montaram instalações improvisadas. A maior parte dos membros do grupo eram pobres, com quase nenhuma renda, e muitos já estavam na fila para moradias de baixo custo há 7 anos, mas a cidade ainda não havia providenciado essas residências. Tendo em vista a violação ao seu direito à moradia, Irene Grootboom e outros membros da comunidade ajuizaram uma ação contra as autoridades municipais e federais, requerendo que providenciassem moradias temporárias e outros serviços básicos (SERAFIM, 2021, p. 67).

O Tribunal Constitucional da África do Sul, entretanto, ao apreciar a demanda, entendeu que não era possível assegurar individualmente o acesso à moradia. Em contrapartida, reconheceu que as políticas públicas habitacionais existentes possuíam grandes deficiências, pois não incluíam medidas emergenciais, focadas em pessoas que se encontravam em situação de carência desesperadora (*desperate need*). Nesse sentido, argumentou, ainda, que a Constituição não só exigia um plano a longo prazo para que fosse fornecido abrigo à população de baixa renda mas também um sistema para assegurar, em curto prazo, ajuda àqueles que não tinham onde viver (PORFIRO, 2018, p. 137).

(...) não existem políticas públicas voltadas ao acesso a abrigo temporário para pessoas que não possuem um teto sobre suas cabeças, para as pessoas que vivem em condições intoleráveis e para pessoas que estão enfrentando crises resultantes de desastres naturais, como enchentes e incêndios, ou em virtude de seus lares enfrentarem ameaça de demolição. (...) O programa nacional de habitação falha no cumprimento das obrigações impostas ao governo nacional na medida em que não reconhece que o Estado deve providenciar assistência para aqueles que estão em situação de carência desesperadora (ÁFRICA DO SUL, 2000, p. 23).

Diante disso, o Tribunal determinou que a política estatal sobre moradias fosse reformulada pelo governo, de forma a incluir medidas capazes de proteger imediatamente as pessoas que se encontravam em situação de extrema vulnerabilidade. Ainda nesse sentido, afirmou que a Constituição do país obrigava o Estado a agir positivamente e a desenvolver e financiar um programa formulado para garantir abrigo a pessoas em situação de emergência.

Apesar disso, não definiu quais providências deveriam ser adotadas pelas autoridades públicas e se recusou a fixar prazos e condições estritas para o cumprimento de sua ordem. Recusou, ademais, definir qual o montante de recursos que deveria ser destinado para remediar a situação, reconhecendo que, não obstante a necessidade de que boa parte do orçamento habitacional nacional

fosse dedicado a esse fim, a decisão precisa sobre a alocação de recursos era, essencialmente, da competência do governo nacional.

Na parte dispositiva da sentença, argumentou haver a necessidade de criação de um amplo e coordenado programa que estabelecesse medidas razoáveis para a superação do estado violador de direitos (PORFIRO, 2018, p. 139). A fim de viabilizar uma fiscalização mais adequada da implementação da decisão, atribuiu a um órgão técnico independente – *Human Rights Comission* – a tarefa de supervisionar a elaboração e execução do novo programa, reportando-se ao Tribunal.

A decisão teve grande repercussão na doutrina comparativista (PORFIRO, 2018, p. 139). Segundo Mark Tushnet (2008, p. 242-244), promoveu a técnica dos diálogos institucionais e fez surgir o modelo “fraco” (aqui intitulado de “deferente”) de intervenção judicial em políticas públicas, capaz de mitigar as críticas ao déficit de *expertise* do Poder Judiciário para avançar nesse campo. David Landau (2012, p. 197), entretanto, em conjunto com outros acadêmicos sul-africanos, afirmou acreditar que a decisão não contribuiu em nada para a proteção do direito à moradia. Nesse sentido:

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 o Tribunal solicitou, e o caso não gerou praticamente nenhum avanço na proteção do direito à moradia. Muitos desses acadêmicos argumentaram que Grootboom tinha a ideia certa, mas que precisava ser intensificada: o remédio precisava ser menos “fraco” para ser eficaz. (LANDAU, 2012, p. 196-198).

Nesse seguimento, o autor destaca a inefetividade inerente a decisões que delegam às autoridades públicas o dever de promover uma determinada política pública sem, contudo, empregar meios coercitivos para tanto (LANDAU, 2012, p. 197-198). Critica, ainda, o fato do Tribunal não ter retido a jurisdição sobre o caso durante a fase de execução da sentença e ter delegado seu acompanhamento a um órgão técnico independente, que não possuía qualquer poder coercitivo para fazer cumprir a decisão.

Grootboom, de fato, é um caso que gera opiniões controversas e a doutrina divide-se entre aqueles que apoiam a prolação de remédios “fracos” e os que condenam esse modelo à completa inefetividade (PORFIRO, 2018, p. 141). Vale a observação, nesse sentido, de que Irene Grootboom, autora da ação, morreu em 2008, em um barraco, ainda esperando que o governo da África do Sul protegesse o seu direito constitucional a uma casa (PORFIRO, 2018, p. 142).

Alguns pontos positivos podem ser extraídos desse modelo, quais sejam: i) mitigar as objeções à falta de *expertise* e legitimidade democrática do Judiciário no controle de políticas públicas (afinal, a delegação do plano de reestruturação às partes ou às instituições violadoras reduz o grau de interferência jurisdicional sobre a atividade legislativa e executiva, remetendo-se aos órgãos com maior legitimidade e capacidade a tarefa de remodelar sua conduta); ii) maior imparcialidade do juiz.

Os pontos negativos do modelo deferente, todavia, são os seguintes: a) conseguir fazer com

que haja cooperação das partes, visto que nem sempre a instituição violadora estará comprometida com a cessação da violação massiva a direitos fundamentais e tampouco existe garantia de que os grupos afetados estarão interessados na autocomposição. Nas hipóteses em que delega-se o plano ao agente violador, usualmente, são utilizados métodos indutivos de colaboração (como, por exemplo, a designação de multa cominatória). No que concerne à tentativa de estabelecimento de acordos entre as partes, é possível a utilização de audiências de conciliação ou a submissão do litígio a órgãos de conciliação e mediação. Ainda assim, em nenhuma dessas opções, existe garantia de cooperação dos interessados.

O segundo obstáculo, por sua vez, é: b) uma atuação deferente tende a limitar a capacidade do juiz em averiguar a justiça das medidas propostas bem como sua congruência com as dificuldades que o caso revela, o que reduz a aptidão do órgão jurisdicional em cooperar para que bons resultados sejam assegurados.

4.9 Modelo compartilhado: um estudo da Sentencia-T25/04 sobre o deslocamento forçado de pessoas na Colômbia

A principal referência da Constituição Colombiana a um direito habitacional encontra-se em seu artigo 51, que dispõe que cada colombiano tem o direito à moradia adequada, de modo que caberá ao Estado estabelecer as necessárias condições para fazer esse direito eficaz e promover, ademais, políticas sociais orientadas a proporcionar habitação, sistemas adequados de financiamento de longo prazo, e formas associativas de execução desses programas habitacionais.

É interessante notar, entretanto, que o direito à moradia não está previsto no rol de direitos que contam com eficácia imediata enunciados no artigo 85 da Constituição do país. Não obstante essa constatação, sua adjudicação perante a Corte Constitucional Colombiana (CCC) não tardou a acontecer.

A construção da percepção de que o direito à moradia deveria vincular estatais compatíveis com a busca de sua concretização, entretanto, demandou um processo gradual de superação de entendimentos jurisprudenciais. Isso porque, inicialmente, com a Sentencia T-251/95, a CCC declarou a ausência de eficácia imediata do referido direito, argumentando que este estava sujeito à cláusula do desenvolvimento progressivo e, portanto, vinculado a uma espécie de condição viabilizadora cuja implementação caberia somente ao Poder Executivo (VALLE; GOUVEA, 2014, p. 221).

O primeiro avanço na proteção do direito à moradia ocorreu, quando a CCC reconheceu existir um vínculo intrínseco entre a moradia digna e os direitos positivados no rol do artigo 85. A expressão utilizada pela Corte fazia referência a uma tutela de direitos “por conexão”, extraindo uma relação simbiótica entre um direito socioeconômico (moradia) e um direito à liberdade, de modo que a

violação ao primeiro implicaria, necessariamente, uma violação ao segundo (VALLE; GOUVEA, 2014, p. 222).

Em decisões posteriores, a CCC declarou o dever do Estado de providenciar acesso a programas de habitação, tendo em vista o interesse público no enfrentamento do déficit habitacional e na proteção da dignidade humana, que poderia ser comprometida pela condição de desabrigado. Esse entendimento firmou-se nas *Sentencias* T-495/95 e T-791/04, com a sinalização, por parte da Corte, de que se fazia necessária a construção de uma política pública capaz de viabilizar o acesso à moradia, fosse através da entrega de unidades habitacionais ou pela facilitação do financiamento destas (VALLE; GOUVEA, 2014, p. 224).

A grande virada jurisprudencial, entretanto, ocorreu com a prolação da *Sentencia* T-985/01, na qual a CCC realizou uma divisão entre dois níveis distintos do direito à moradia: 1) um no qual se observava um claro viés de justiça distributiva; 2) e outro que poderia ser compreendido nas iniciativas públicas concretas de planejamento e oferta de planos e políticas que permitem a fruição plena do referido direito por todos os colombianos, planos esses já anteriormente tidos como exigíveis da Administração (VALLE; GOUVEA, 2014, p. 224).

Assim, enquanto o segundo nível poderia ser subordinado, em alguma medida, aos recursos estatais disponíveis e outras variáveis, o primeiro seria revestido de eficácia imediata. Através desse entendimento, distinguiria-se o núcleo essencial do direito à moradia e uma zona subsidiária, que estaria sujeita à implementação progressiva (VALLE; GOUVEA, 2014, p. 224).

Essa divisão levantou a possibilidade e a discussão acerca de como identificar as situações que poderiam ser acobertadas pela cláusula de eficácia imediata e as que não poderiam. Logo, ao invés de ocupar-se de definir o direito à moradia em si, a Corte passou a realizar a tarefa de designar as situações nas quais este merecia proteção por meio do entendimento de aplicabilidade imediata.

A *Sentencia* T-25/04, nesse sentido, tratou sobre uma grave crise humanitária: a situação das vítimas do deslocamento forçado na Colômbia, que ensejava a violação, dentre outros, do direito à moradia de diversas famílias colombianas, que em detrimento dos conflitos armados internos, tinham que se deslocar de suas casas a fim de preservar sua sobrevivência (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 227).

Há aproximadamente 30 anos, o país enfrenta um quadro de violência generalizada proveniente de disputas pelo poder envolvendo o governo, organizações paramilitares de extrema direita e esquerda, narcotraficantes, microtraficantes e criminosos (COLOMBIA, 2004, p. 54), que tem surtido efeitos negativos, sobretudo, na população mais pobre e vulnerável.

Os motivos por trás dos deslocamentos eram, em geral: crimes e ameaças, violência física e sexual, assassinatos, recrutamento forçado para organizações criminosas, extorsão e tomada de terras e residências à força (DANTAS, 2019, p. 222). Esse mal-estar e clima de violência faz com que os colombianos – até hoje – abandonem, não raramente, suas casas, empregos, famílias e amigos, pois

não têm outra opção se quiserem preservar suas vidas.

Esse cenário, conseqüentemente, gerava um alto número de pessoas refugiadas, desabrigadas e em condições degradantes, que viviam, em sua maioria, em situações de indigência e mendicância, abaixo da linha da pobreza⁷⁰. Os dados divulgados pela ACNUR demonstravam que a Colômbia contava com 5.289.753 pessoas desalojadas de suas residências, número superior ao Sudão, Iraque, Afeganistão e Somália, países que seguem na ordem decrescente do ranking do número de vítimas deslocadas. Entre a população atingida, vale ressaltar, destacavam-se grupos historicamente vulneráveis, tais quais mulheres chefes de família, idosos, crianças e minorias indígenas e afrodescendentes (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 228).

As estatísticas registradas na época demonstravam uma situação de miséria e total violação de direitos, de forma que: 1) 92% da população deslocada tinha suas necessidades básicas insatisfeitas e 80% da mesma encontrava-se em situação de indigência; 2) 63,5% vivia em condições inadequadas de moradia e 49% não contava com serviços idôneos; 3) em 57% das famílias deslocadas havia uma deficiência nutritiva, o que significa, em outras palavras, que somente 43% das famílias deslocadas consumiam os níveis de calorias recomendados pelo Programa Mundial de Alimentos da ONU (PMA); 4) 25% das crianças entre seis e nove anos não frequentavam uma escola, e essa proporção, para pessoas entre 10 a 25 anos era de 54%; 5) ainda, no que concerne à saúde das vítimas do deslocamento forçado, a taxa de mortalidade da população deslocada era seis vezes superior à média nacional (COLOMBIA, 2004, p. 55).

O contexto acima exposto deu gênese a um grupo de vítimas que sofria para superar um déficit de pertencimento, uma vez que as guerras internas forçavam seu deslocamento arbitrário de locais nos quais suas raízes socioafetivas estavam arraigadas, bem como obrigavam essa população a integrar novos ambientes que não lhes eram familiares e nem desejados (VALLE; GOUVEA, 2014, p. 227).

Somava-se a esse quadro a situação da população deslocada que ia morar nas ruas ou daqueles que ocupavam edificações irregulares e em áreas de risco, tudo isto em decorrência da falta de uma política pública coordenada para a solução do problema de moradia desses indivíduos (VALLE; GOUVEA, 2014, p. 227).

A situação calamitosa atrelada à reiterada violação de direitos fundamentais e constante omissão do poder público na proteção das vítimas deslocadas fez com que as mesmas ajuizassem ações de tutela diretamente ou através de associações representativas, a fim de que fossem superadas as falhas e a inércia no atendimento a seus direitos, especialmente os relacionados à vida, moradia, trabalho, saúde e educação (COLOMBIA, 2004, p. 30-31).

⁷⁰ Os verbos são utilizados no passado pois fazem referência à situação calamitosa no país no período de tempo da prolação da sentença. Entretanto, o fenômeno do deslocamento interno ainda é uma realidade na Colômbia.

Nas instâncias ordinárias algumas ações foram denegadas com embasamentos como: a ausência de legitimidade das associações para representar as vítimas do deslocamento, a inadequação da ação de tutela ante a existência de outro remédio jurídico cabível (a ação de cumprimento), a não demonstração da violação concreta de direitos ou da omissão estatal sem justa causa, o longo prazo de decurso entre os pedidos administrativos e o ajuizamento das ações, a usurpação das atribuições de outros poderes, a impossibilidade fática de cumprimento das decisões, entre outros (COLOMBIA, 2004, p. 34-37).

Ao analisar esses processos, a Corte Constitucional Colombiana superou os óbices processuais e analisou o mérito dessas ações, reconhecendo a existência desse grave “problema humanitário”, “tragédia nacional” ou, mais especificamente, “estado de coisas inconstitucionais” que, segundo a Corte, contrariava a racionalidade implícita ao constitucionalista e caracterizava a violação, dentre outros, aos direitos socioeconômicos e culturais (DESC) (COLOMBIA, 2004, p. 86-87).

Assim, o tribunal reconheceu o dever do Estado de proteger os direitos fundamentais, a partir da perspectiva do mínimo existencial e dos DESC. Argumentou, com base no artigo 13 da Constituição colombiana, que o Estado deveria promover as condições para que a igualdade fosse real e efetiva, bem como deveria adotar medidas em favor dos grupos discriminados ou marginalizados, protegendo, especialmente, aqueles que, por sua condição econômica, física ou mental se encontrassem em circunstâncias de debilidade manifesta (COLOMBIA, 2004, p. 86-87). Em seguida, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que possui como fundamento a violação repetida e constante de direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas e cuja solução requer a intervenção de distintas entidades para atender problemas de ordem estrutural (COLOMBIA, 2004, p. 72).

Após o reconhecimento do ECI, se pronunciou no sentido de que as autoridades estavam obrigadas, pelos meios que achassem interessantes, a corrigir as desigualdades sociais, a facilitar a inclusão e a participação dos setores frágeis, marginalizados e vulneráveis da população na vida econômica e social da nação e a estimular um melhoramento progressivo das condições materiais de existência dos setores mais hipossuficientes da sociedade (COLOMBIA, 2004, p. 5).

No que concerne aos deveres do Estado, dispôs que este deveria adotar e implementar políticas, programas ou medidas positivas para efetivar uma igualdade real de condições e oportunidades entre os associados e, ao fazê-lo, dar cumprimento às suas obrigações constitucionais de satisfação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais básicas da população – em consonância com o que a jurisprudência constitucional vinha denominando de “cláusula de erradicação das injustiças atuais” –. E, por outra, que deveria abster-se de avançar, promover ou executar políticas, programas ou medidas ostensivamente regressivas no campo dos direitos

econômicos, sociais e culturais, que levassem clara e diretamente a agravar a situação de injustiça, exclusão ou marginalização que se pretendesse correto, sem impedir gradualmente e progressivamente o progresso em direção ao pleno gozo de tais direitos (COLOMBIA, 2004, p. 6).

Por tratar de falhas graves e profundas do Estado, a decisão é classificada por Garavito e Franco como uma macrosentença e como uma das mais emblemáticas tentativas judiciais de implementação decisória. Durante os seis anos em que os autores acompanharam o decorrer do processo, a CCC manteve jurisdição sobre o caso, a fim de garantir o cumprimento de suas ordens, através de 84 decisões de seguimento e 14 audiências públicas, nas quais analisou o trabalho do governo e ditou novas ordens para impulsionar a proteção dos direitos dos deslocados internos (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 15).

As ordens ditadas pelo Tribunal não visaram especificar os detalhes⁷¹ das medidas que as autoridades públicas deveriam tomar para atender à população dos deslocados internos (como já havia acontecido em outras sentenças, tal como na *Sentencia C-700 de 1999*). Visaram, tão somente, expedir ordens de procedimento que fossem capazes de envolver a participação do Estado e da sociedade civil na elaboração e aplicação de programas para enfrentar a crise que afetava os direitos fundamentais do grupo vulnerabilizado em questão. Garavito e Franco apontam, nesse sentido, que a combinação de ordens gerais (não específicas) com mecanismos de seguimentos públicos (tais quais as audiências públicas), criou espaços de deliberação que ofereceram alternativas inovadoras e com potencial democrático para a aplicação judicial dos direitos constitucionais. Nesse mesmo sentido, Paul Rouleau e Linsey Sherman (2009, p. 182) afirmam que as “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória” têm mais chances de obter resultados exitosos que ordens detalhadas e inflexíveis.

Ao dispor acerca das referidas medidas, a Corte afirmou que sua atuação não implicaria numa violação à separação de poderes prevista na Constituição de 1991 e nem interferiria na atuação das demais autoridades no cumprimento de seus deveres. Pelo contrário, o Tribunal, levando em consideração os instrumentos legais que desenvolveriam a política de atenção à população deslocada, bem como o desenho da política e os compromissos assumidos pelas diferentes entidades, apelou ao princípio constitucional da colaboração harmoniosa entre os diferentes ramos do poder, com o intuito de garantir o cumprimento dos deveres de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes no território nacional. Essa, para a referida instituição, é a competência do juiz constitucional de um Estado Social de Direito em relação aos direitos que têm uma clara dimensão prestacional.

Reconhecendo as magnitudes do problema dos deslocamentos na Colômbia, assim como a natureza limitada dos recursos disponíveis para o Estado para cumprir essa tarefa, a Corte declarou

⁷¹ “La mayoría de órdenes en esta fase inicial estaba redactada en términos generales. Ordenaban el diseño, la implementación y la aplicación de una estrategia para superar cuellos de botella puntuales de la política pública, pero no entraban a determinar el contenido específico de cada política o el número mínimo de programas necesarios.” (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 12).

ser obrigatório aceitar que, no momento de planejar e implementar uma determinada política pública de proteção da população deslocada, as autoridades competentes deveriam realizar um exercício de ponderação e estabelecer áreas prioritárias nas quais seria prestada a atenção oportuna e eficaz para essas pessoas. Portanto, dispôs que a dimensão de desempenho de todos os direitos constitucionais de toda a população deslocada não poderia ser satisfeita concomitantemente e ao nível máximo possível, dadas as restrições materiais e as dimensões reais da evolução do fenômeno de deslocamento (COLOMBIA, 2004, p. 7)

Apesar de ainda ter o maior número de pessoas deslocadas do mundo (CAMPOS, 2015, online), uma vez que o contexto de violência urbana ainda não foi superado pelo Poder Executivo nacional, desde a adoção das medidas proferidas pela Corte Constitucional, a maior parte da população deslocada não está completamente desassistida e nem sofrendo a violação massiva de seus direitos fundamentais como outrora. Entretanto, o deslocamento forçado de pessoas ainda é um fenômeno presente na realidade colombiana, o que leva a concluir que existe a necessidade da adoção de novas medidas na esfera política e pelos agentes públicos responsáveis, sobretudo, para que retrocessos não aconteçam (DANTAS, 2019, p. 230).

O caso possibilitou uma melhora no gozo efetivo dos direitos da população *desplazada* e “uma redução no volume de novos casos, especialmente de *desplazados* em massa de uma mesma localidade” (CARDOSO, 2019, p. 543). Ainda acerca dos efeitos materiais da decisão, pode-se dizer que houve: a formulação e a implementação de novas normas e políticas públicas por parte das autoridades às quais estão dirigidas as ordens da sentença; a inclusão das ONGs litigantes nas audiências públicas e nos processos de seguimento; e a melhoria do financiamento e da prestação de alguns serviços aos demandantes da ação (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 24). Ademais, além dos efeitos materiais, a prolação da sentença teve efeitos simbólicos. Garavito e Franco (2010, p. 24) apontam, nesse sentido, que o enfrentamento judicial da situação dos deslocados internamente contribuiu para mudar a percepção pública sobre a urgência e a gravidade do deslocamento forçado na Colômbia.

A *Sentencia* T-25/04, assim, pode ser enquadrada no modelo de decisão judicial que aqui se convencionou chamar de “compartilhado”, consistindo este em um processo decisório no qual o juiz está comprometido em fazer concessões e, ao mesmo tempo, assumir responsabilidades num processo “dialógico” e coparticipativo. Nessa hipótese, busca-se fomentar a interação de forma ampliada entre a(s) instituição(ões) violadora(s) e a sociedade impactada, bem como com órgãos administrativos e/ou legislativos.

Garavito (2013, p. 12) dispõe que no julgamento da T-025, a CCC emitiu três ordens principais. A primeira foi que o governo deveria formular um plano de ação coerente para lidar com a emergência humanitária dos deslocados internos e superar a situação inconstitucional. A segunda, foi

que a administração que calculasse o orçamento necessário para implementar um plano de ação como explorasse todas as formas possíveis de investir na prática o valor calculado para os programas endereçados aos deslocados internos. A terceira e última, por sua vez, foi no sentido de que o governo garantisse pelo menos a proteção do núcleo essencial da maioria dos direitos fundamentais dos deslocados internos (ou seja: alimentação, educação, saúde, moradia e terra). Todas essas ordens foram endereçadas diretamente aos órgãos públicos relevantes, incluindo entidades administrativas nacionais e autoridades locais.

Afirma, ainda, que a sentença T-025/04 teve alguns efeitos principais. O primeiro (e mais imediato) foi o “efeito de desbloqueio” (classificado como um efeito material direto). Para o autor, a prolação da sentença viabilizou um “desbloqueio” das burocracias estatais que obstaculizavam a prestação de medidas que fossem capazes de atender os deslocados internos por parte do Estado. A CCC, ao ordenar ao governo que realizasse uma política coerente para proteger os direitos dos deslocados internos e estabelecesse prazos para avaliar o progresso, usou o Direitos Sociais e Econômicos como “direitos desestabilizadores”: como pontos de apoio para romper a inércia institucional e impulsionar a ação governamental. Ademais, monitorou as ações governamentais através de ordens e reuniões de seguimento, exercendo um certo controle sobre as medidas tomadas pelo governo (GARAVITO, 2013, p. 12)

O segundo foi o “efeito de coordenação”. Para o jurista colombiano, as falhas estruturais nas políticas públicas que visavam atender aos problemas dos deslocados internos eram frutos não só da inércia das instituições competentes como também da falta de coordenação entre elas. Ao ordenar que essas instituições colaborassem no desenho, financiamento e execução de uma política pública unificada para os deslocados internos, a CCC promoveu um tipo de coordenação, tanto entre os órgãos administrativos diretamente responsáveis pela decisão quanto entre os órgãos indiretamente relacionados ao caso (GARAVITO, 2013, p. 14).

O terceiro efeito foi o “efeito de política pública”. Segundo Garavito (2013, p. 14), o julgamento T-025 teve efeitos notáveis no desenho de uma política nacional de longo prazo para os deslocados internos e também no estabelecimento de mecanismos para implementá-las, financiá-las e supervisioná-las. De fato, um ano após a prolação da sentença, como resposta direta a primeira ordem do Tribunal, o governo aprovou um Plano Nacional de Assistência Integral à População Deslocada pela Violência. É interessante notar que, embora essa novidade seja aparentemente um efeito material direto, ela também revela as consequências simbólicas da sentença, uma vez que o governo adotou explicitamente a linguagem e o quadro jurídico da abordagem de direitos neste e nos documentos e regulamentos de políticas públicas administrativos subsequentes.

O quarto efeito levantado pelo autor é o “efeito participativo”. O processo de acompanhamento do julgamento T-025 abriu procedimentos judiciais e a criação de políticas públicas

para uma ampla variedade de participantes governamentais e não-governamentais. Esse efeito material crucial foi em parte uma consequência direta da sentença e em parte uma consequência indireta e inesperada da sentença. Desde o início, as ordens do CCC envolveram não apenas os principais órgãos administrativos responsáveis pela situação dos deslocados internos, mas também outros órgãos com responsabilidades nas esferas internacional, nacional e local (GARAVITO, 2013, p. 15).

O quinto e último efeito da decisão da Corte Constitucional Colombiana foi o “efeito de enquadramento”, que representa uma reconfiguração simbólica cujos efeitos vão além daqueles interpartes. Na sentença T-025 e por meio do processo de acompanhamento, a CCC ajudou a enquadrar o problema do deslocamento forçado, que era considerado, no passado, uma sequela do conflito armado, como um problema de direitos humanos, problema este que demandava um agir imediato por parte das autoridades públicas. Essa é uma consequência indireta da sentença, pois diz respeito a sujeitos que vão além daqueles classificados como “deslocados internos”, a exemplo da mídia, das organizações internacionais de direitos humanos e da opinião pública como um todo (GARAVITO, 2013, p. 17).

A decisão compartilhada também mitiga críticas no sentido de que juízes seriam muito generalistas e de que seu conhecimento seria, de modo exclusivo ou, preponderantemente, jurídico, o que tornaria os magistrados inaptos a decidir questões técnicas que não lhe seriam familiares⁷². Isso não quer dizer que as ações estruturais não demandam um maior esforço do magistrado e de toda a equipe do órgão judiciário – além de outros integrantes da estrutura maior, como oficiais de justiça –, mas a ampla participação no processo de tomada de decisão caminha no sentido de buscar superar o déficit técnico do Judiciário para lidar com questões distributivas (e, mais especificamente, àquelas que envolvem o orçamento público e as escolhas alocativas de recursos).

Horowitz (2008, p. 38), nesse sentido, argumenta que existem duas questões com as quais os juízes estão acostumados a lidar: a) se uma parte (autor) tem ou não um direito; b) se a outra (réu) tem ou não um dever. Em contrapartida, para um planejador, da esfera legislativa ou executiva, surge a questão de saber quais seriam as alternativas viáveis. Assim, para o autor, o foco dos magistrados no direito os impediria de levar em consideração os respectivos custos, porque, a princípio, os direitos existiriam independentemente dos custos, isto é, se alguém tem um direito, isso seria a qualquer custo (ou, ainda, se direitos existem, eles não são limitados por considerações de custos). Assim, de fato, pelas características e funções típicas do Judiciário, o processo decisório dos juízes, a

⁷² “That judges are generalists means, above all, that they lack information and may also lack the experience and the skill to interpret such information as they may receive. [...] Judges are the likely to be doubly uninformed, on particulars and on context. This makes the process by which they obtain information crucial, for social policy issues are matters far from the everyday experience of judges” HOROWITZ, D. L. *The courts and social policy*, p. 38.

priori, pautaria-se em princípios e direitos, não ocorrendo da mesma forma que o processo político⁷³.

Os casos estruturais de interesse público, entretanto, trazem à tona a necessidade de que as situações em concreto sejam enxergadas com lentes realísticas. Existem outros argumentos que precisam ser levados em consideração para que a decisão judicial não seja apenas uma decisão declaratória e não factível ou dê ensejo a consequências mais negativas do que se o direito não tivesse sido reconhecido. O reconhecimento de que decisões que adotam um ativismo antidialógico em questões estruturais de interesse público dificilmente gozam de efetividade prática deve ser visto não como uma forma de, em caráter excepcional, recorrer-se ao Judiciário, mas, tão somente, como um reconhecimento de que o isolamento institucional, se já foi, não é mais viável em decisões desse cariz.

Litígios estruturais de interesse público precisam levar em consideração o custo dos direitos, pois pensar em transformações sociais sem levar o orçamento que os viabiliza em consideração seria utópico. A perspectiva compartilhada, nesse sentido, possibilita a ampla participação através de discussões que levam em consideração um amplo contraditório e caminham com base na técnica de erros e acertos, a partir de uma perspectiva experimental e participativa. Assim, o processo é construído não somente pelo magistrado, mas também por outros participantes relevantes à solução da lide. É nessa interação que se redesenharão os contornos do caso, de acordo com as informações que serão obtidas, os experimentos que serão testados e os acertos e erros que forem sendo verificados.

Ainda nesse sentido, por mais ampla que seja a participação, faz-se necessário entender que casos desse tipo são complexos e, conseqüentemente, não há como imaginar que situações de violação a direitos sejam superadas de uma hora para a outra. Trabalhar com litígios estruturais de interesse público requer que os atores envolvidos no procedimento estejam cientes das dificuldades deles decorrentes. Não raras vezes, pensar em uma solução total é pensar em algo utópico. As soluções vão sendo testadas e, por meio delas, informações vão sendo adquiridas e determinadas medidas tomadas.

O trâmite desse processo compartilhado, que abre espaço para erros e acertos, não deve considerar as falhas como fracasso, e sim, como aprendizados e oportunidades de aprimoramento. Até que o resultado “final” não seja concretizado de imediato, salienta-se que a publicização da questão, por si só, pode ter o potencial de mobilizar diversos setores sociais ou governamentais, que, de certa forma, já podem ser considerados como um efeito positivo, representando um “desbloqueio” da discussão e dando visibilidade a determinados direitos que, até então, eram desconsiderados ou

⁷³ “The rights-and-principles tradition argues that judicial decisionmaking is strongly differentiated methodologically from other forms of public decisionmaking. To a unique extent, judges must reason prescriptively from authority, rather than instrumentally with reference to goals. And the judge’s isolation from other officials and her relative lack of accountability for the practical effects of her decisions is sometimes praised as a key element of the judicial ‘independence’ that is a key feature of the rule of law.” (SIMON, 2004, p. 7).

relegados⁷⁴.

O fato é que, no modelo compartilhado, é mais fácil de enxergar que o sucesso do processo não depende exclusivamente do juiz e, talvez, sequer preponderantemente dele. A concretização das medidas encontram várias dificuldades e dependem de diferentes atores – em larga medida, da atividade e colaboração dos órgãos legislativos e administrativos –. Pode haver resistência ou negligência por parte de determinadas instituições no cumprimento de suas obrigações, por exemplo. Mas isso faz parte da dinâmica dos casos estruturais e precisa ser levado em consideração nas decisões e negociações. Sobretudo, quando se considera a quase inevitabilidade do prolongamento do processo, observá-lo apenas em um momento não significa saber se foi ou não possível alcançar uma solução positiva, sendo provável a ocorrência de vários ciclos, de maior ou menor grau de sucesso.

Michael Rabell (1999, p. 1528) trabalhou de forma empírica com “casos de sucesso” de reformas estruturais nos Estados Unidos, que versavam sobre a igualdade de oportunidades na educação, com as cortes estaduais. O autor defende o sucesso de alguns em diferentes sentidos. Argumenta, nesse diapasão, que somente o ajuizamento de determinadas ações já foram suficientes para proporcionar mudanças em alguns estados, como a elaboração de leis. O autor também fez menção a casos em que as cortes serviriam de catalisadoras ou mediadoras, trabalhando em conjunto com os órgãos executivos.

A utilização de casos concretos para sustentar o fracasso ou o sucesso dos litígios estruturais de interesse público corrobora-se com o entendimento de Susan Sturm no sentido de que, embora essa análise possua aspectos interessantes às pesquisas acerca da temática, não se pode olvidar que em litígios que envolvem inúmeras variáveis com capacidade de interferir nos resultados, nem sempre os estudos conseguirão fazer uma ligação clara entre variáveis e resultados. Assim, as avaliações desses processos podem variar de acordo com, por exemplo, as expectativas do pesquisador e os critérios de efetividade por ele adotados, além de terem uma conexão com o contexto e as estratégias judiciais utilizadas.

A avaliação do sucesso das medidas adotadas, bem como do processo, não é simples e não pode ser feita de forma superficial. O risco de fracasso sempre existirá, pois existem diversos fatores capazes de influir na equação e a maior parte deles sequer é controlável pelo juiz⁷⁵. Ademais, vale lembrar que problemas estruturais de interesse público representam diretamente o fracasso de outras instituições, de modo que não se faz cabível pensar somente em insucesso do Judiciário. Existem problemas estruturais de interesse público que são seríssimos no contexto brasileiro, como, por

⁷⁴ Sobre os diferentes efeitos que podem ser gerados pelos litígios estruturais, para além da efetivação da “decisão propriamente dita”, v. (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2013, p. 1.676-1.688).

⁷⁵ “O êxito pode ser mais raro ou obtido com menor perfeição em um processo judicial estrutural, porém o sucesso estrutural, ainda que parcial, pode superar todos os êxitos da solução individual de controvérsias. Pode, outrossim, reduzir consideravelmente a necessidade da solução de controvérsias por meio da eliminação das condições que favorecem atos ilícitos e podem até mesmo compensar todas as suas falhas”. (FISS, 1979, p. 70).

exemplo, na saúde, na educação e no sistema carcerário. Esses problemas não poderiam ser considerados como um fracasso de instituições ou do Estado como um todo? O que, de fato, assegura que, mesmo sem o Judiciário, não se continuará fracassando ou se fracassará ainda mais?⁷⁶

Os aspectos negativos do modelo, em contrapartida, são os seguintes: 1) esse modelo decisório demanda a utilização de mais recursos públicos quando comparado aos modelos anteriores, uma vez que quanto mais agentes envolvidos – tanto para a formulação quanto o controle das medidas –, mais dinheiro precisará ser disponibilizado; 2) o modelo depende, necessariamente, da disponibilidade do juiz em acompanhar o feito, o que nem sempre será viável, uma vez que muitas são as demandas que chegam diariamente ao Judiciário brasileiro (VITORELLI, 2016, p. 525-526); 3) um processo dialógico na tomada de decisão judicial prescinde de mais tempo, a fim de que seja garantida a manifestação e a participação do máximo de atores envolvidos.

A decisão compartilhada assemelha-se ao experimentalismo defendido por Sabel e Simon (2004). Os autores propõem que, em casos estruturais, os direitos invocados funcionem como “direitos desestabilizadores”, que articulam um incômodo na instituição que não está satisfazendo os padrões mínimos de desempenho. O processo, assim, desestabiliza as expectativas iniciais das partes por intermédio de efeitos de diferentes naturezas (políticas, cognitivas, psicológicas etc.) e abre margem para uma colaboração experimentalista (SABEL; SIMON, 2004, p. 1062). As características centrais do modelo experimentalista, nesse sentido, seriam a ampla participação dos interessados e a possibilidade de negociação entre eles (pois o processo não é fechado nem hierarquizado); objetivos gerais (ao invés de ordens detalhadas) que focam mais na solução que efetivamente na indicação de como os objetivos visados serão atingidos (sem a imposição de condutas específicas); a flexibilidade (que permite o ciclo tentativa -> acerto/erro -> ajuste) e revisão contínua (que é mais efetiva para a garantia de que as medidas estão sendo cumpridas que a mera imposição de ordens demasiadamente

⁷⁶ Nesse sentido, Gerald Rosenberg acredita que os processos estruturais, em geral, são ineficazes, pois o Judiciário tem uma capacidade limitada para promover mudanças sociais. Falta-lhe poder para implementar a sua própria decisão. Assim, para o autor, os casos estruturais só lograriam êxito quando tivessem o apoio do Executivo, do Legislativo e da opinião pública (ou, pelo menos, baixa oposição da opinião pública), de forma que a mudança social não estaria vinculada diretamente à determinação judicial, mas sim, à disposição dos outros poderes em efetivá-la ou não. ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: Can courts bring about social change?**. Chicago: University of Chicago Press, 1991, p. 53-56. A crítica de Rosenberg é rebatida por Susan Sturm, que argumenta que Rosenberg ignora a interdependência existente entre Judiciário, Executivo e Legislativo. Afinal, ao alegar que as transformações sociais só ocorreram por causa da aderência dos poderes eleitos pelo princípio majoritário, o autor não leva em consideração o papel que o Judiciário desempenha em exortá-los. STURM, Susan. The legacy and future of corrections litigation. **University of Pennsylvania Law Review**, v.142, n.2, p.641-735, dez.1993, p. 656-657. Ainda nesse sentido, em outra oportunidade, a autora salienta que, no caso *Holt v Sarver*, o Legislativo apresentou uma considerável resistência em destinar recursos à reforma prisional, uma vez que muitos parlamentares não queriam vincular-se à ideia de proteção de direitos de criminosos. Afinal, a postura abstencionista não interferiria no rendimento dos mesmos nas urnas, uma vez que os presidiários não teriam direitos políticos e que parte da população apoiava esse tipo de conduta. STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: Strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, v.138, n.3, p. 807-910. jan.1990, p.840. Destaca-se, ainda na mesma obra, a nota de rodapé nº 148, na qual a autora transcreve trechos de argumentos que foram utilizados em entrevistas nas quais alguns parlamentares criticam o Comissário de Correções do Mississippi por ser “frouxo com o crime” (*soft on crime*) e destacando que a população gostaria de uma resposta firme por parte do Legislativo (“*people at home want us to get tough*”).

detalhadas, pois os procedimentos vão sendo alterados conforme os problemas vão surgindo); e, por fim, a transparência, visando garantir que as normas, ainda que genéricas e provisórias, devem ser explícitas e públicas.

A ideia dos autores é que a primeira decisão seja “desestabilizadora” e genérica. Depois, vem a definição – não necessariamente judicial – do que deve ser objetivado e realizado para alterar o *status quo* de violação de direitos. Assim, a tendência é que haja o que Owen Fiss intitula de “ciclo de decisões” ou o que Sérgio Arenhart intitula de “provimentos em cascata”, sendo necessário pensar em um processo que trabalhe com a verificação da eficiência das ordens emitidas e/ou acordos estabelecidos.

Esse processo, por ser contínuo, exige flexibilidade. Se esta não existir, não é possível que o processo de aprendizagem com a experiência ocorra. Essa flexibilidade leva em consideração a complexidade e o desafio epistêmico dos litígios estruturais de interesse público, principalmente, com o desenho e com a configuração do próprio procedimento, que envolve, em geral, o desenho, implementação ou correção de uma determinada política pública. Assim, para abarcar situações concretas que exigem revisibilidade, responsividade, ajustabilidade e uma reconstrução constante, é pouco interessante pensar em um procedimento rígido.

O tipo de abordagem apresentada pelos autores parece ser positiva, pois não ignora as dificuldades, complexidades e variantes do trâmite do processo estrutural de interesse público, permitindo, ainda, um aprimoramento da capacidade institucional do Judiciário sem, contudo, atribuí-lo um papel hercúleo – sobretudo, porque nenhuma instituição, pública ou privada – tem habilidade o suficiente para enfrentar problemas desse cariz sozinha.

Pensar em um modelo compartilhado de decisão é entender que instituições tendem a falhar juntas (e que, talvez, violações estruturais de direitos fundamentais sejam um reflexo direto disso), e que entender os pontos fortes e fracos de cada uma delas pode potencializar a proteção de direitos na tutela coletiva. Os poderes, como um todo, são responsáveis pela tutela dos objetivos constitucionais, de forma que a realização da Constituição é uma tarefa de todos.

Apesar disso, exercem funções distintas, que devem ser estrategicamente posicionadas no modelo de decisão compartilhada a fim de que se extraia o máximo de vantagens possíveis de cada um desses atores. É certo que, por questões inerentes ao jogo democrático, podem exigir cenários de bloqueios institucionais em determinadas instituições (públicas ou privadas), razão pela qual o debate acerca de determinadas políticas públicas podem ter início no Poder Judiciário. Isso, entretanto, não desconfigura ou desnatura o processo de tomada de decisão, mas, tão somente, garante que num cenário no qual as melhores alternativas não estão disponíveis, as alternativas subsequentes podem servir como um “pontapé inicial” em questões que dizem respeito diretamente à violação de direitos fundamentais.

Um outro ponto interessante acerca do modelo compartilhado é que ele, naturalmente, não olvida a fase de implementação da sentença e das dificuldades e obstáculos que a mesma pode encontrar na realidade fática, pois tenta conciliar interesses com o intuito de garantir a viabilidade das medidas adotadas. Em geral, os estudos que envolvem as temáticas de direitos fundamentais e jurisdição constitucional dão grande ênfase na análise do conteúdo dos direitos fundamentais ou da legitimidade e competência do órgão judicial para a prolação de determinada decisão, o que pode fazer com que se defenda, a princípio, o modelo forte ou deferente, a depender do posicionamento do observador.

Estudos acerca dos mecanismos de implementação dessas decisões são mais escassos (DANTAS, 2019, p. 124), o que ocorre, além de pelas razões já expostas, pelo caráter normocêntrico e juriscêntrico próprio do ensino jurídico no país, no qual a norma sempre ocupa o lugar de destaque e o juiz é visto como o principal ator no que concerne à aplicação da lei (DANTAS, 2019, p. 124). Não é comum aos juristas a percepção da insuficiência do direito para tratar de questões interdisciplinares, como as políticas públicas que, necessariamente, prescindem de outras áreas e de outros agentes para que gozem de efetividade prática. O direito, nas políticas públicas, é importante mas, sozinho, não é suficiente.

É preciso pensar para além da formação da decisão judicial (ou da possibilidade do órgão judicial decidir acerca de políticas públicas); é preciso estender a preocupação voltada a questões normativas para problemas práticos, para a fase de implementação desses julgados, bem como de seus efeitos e impactos na realidade social e orçamento público. É necessário atentar, por fim, para a falta de efeito prático das decisões judiciais quando impõem medidas irrealistas ou impraticáveis à administração pública, investigando, ademais, como o direito pode unir esforços com o processo político a fim de resolver problemas graves como os estruturais de interesse público.

Tabela 2 – Modelos de decisão judicial

Tipo de Modelo	Deferente
Caso Principal	Grootboom (África do Sul)
Características	O Poder Judiciário atribui o protagonismo decisório às partes envolvidas, podendo ocorrer, por exemplo, através da delegação da formulação do plano de reestruturação à própria instituição e grupos afetados e a partir da deferência para com as escolhas administrativas e legislativas.
Vantagens	a) mitigar as objeções à falta de <i>expertise</i> e legitimidade democrática do Judiciário no controle de políticas públicas (afinal, a delegação do plano de reestruturação às partes ou às instituições violadoras reduz o grau de interferência jurisdicional sobre a

	atividade legislativa e executiva, remetendo-se aos órgãos com maior legitimidade e capacidade a tarefa de remodelar sua conduta); b) maior imparcialidade do juiz, visto que este não se envolve na formulação do plano de superação do estado de coisas violador de direitos e nem mantém a jurisdição sobre o caso.
Desvantagens	a) conseguir fazer com que haja cooperação das partes, visto que nem sempre a instituição violadora estará comprometida com a cessação da violação massiva a direitos fundamentais e tampouco existe garantia de que os grupos afetados estarão interessados na autocomposição; b) uma atuação deferente tende a limitar a capacidade do juiz em averiguar a justiça das medidas propostas bem como sua congruência com as dificuldades que o caso revela, o que reduz a aptidão do órgão jurisdicional em cooperar para que bons resultados sejam assegurados.
Tipo de Modelo	Compartilhado
Caso Principal	Sentencia T-25/04 (Colômbia)
Características	O processo decisório no qual o juiz está comprometido em fazer concessões e, ao mesmo tempo, assumir responsabilidades num modelo “dialógico”, buscando fomentar a interação de forma ampliada entre a instituição violadora e a sociedade impactada, bem como aos órgãos administrativos e/ou legislativos.
Vantagens	a) mitiga, em certa medida, as críticas referentes à falta de <i>expertise</i> do Poder Judiciário para interferir em políticas públicas, uma vez que as medidas estruturantes prolatadas partirão da construção de um plano de reestruturação cooperativo; b) confere maior transparência ao processo decisório e facilita a obtenção de resultados eficazes, uma vez que haverá participação dos grupos cujos direitos fundamentais foram violados e dos demais atores políticos e sociais importantes à superação das falhas sistêmicas; c) não isenta o Poder Judiciário de proteger os direitos que são justiciáveis, mas permite que este interfira por meio de um “ativismo dialógico”; d) permite o desenvolvimento do ciclo “tentativa-> erro -> tentativa -> acerto”, que é crucial no que toca ao ajuste, formulação ou implementação de uma política pública; e) viabiliza que a intervenção judicial foque na fonte do problema, e não numa solução pontual e paliativa (como a que acontece, por exemplo, por meio das ações individuais de proteção aos DESC).

Desvantagens	a) esse modelo decisório demanda a utilização de mais recursos públicos quando comparado aos modelos anteriores, uma vez que quanto mais agentes envolvidos – tanto para a formulação quanto o controle das medidas – mais dinheiro precisará ser disponibilizado; b) o modelo depende, necessariamente, da disponibilidade do juiz em acompanhar o feito, o que nem sempre será viável, uma vez que muitas são as demandas que chegam diariamente ao Judiciário brasileiro; c) um processo dialógico na tomada de decisão judicial prescinde de mais tempo, a fim de que seja garantida a manifestação e a participação do máximo de atores envolvidos.
--------------	--

Fonte: A autora (2021)

4.10 Técnicas de implementação das decisões judiciais: medidas judiciais coercitivas, acordos judiciais e extrajudiciais e elaboração de planos sobre os pontos necessários à resolução do litígio

A fase de implementação das decisões estruturais, como dito anteriormente no presente capítulo, é de suma importância. Seu cumprimento, entretanto, demanda tempo, recursos financeiros que viabilizem a garantia dos direitos fundamentais violados e comprometimento dos atores envolvidos, sendo, de fato, mais complexo que a própria formulação da decisão. Existe, nesse sentido, um extenso arsenal de técnicas que podem ser utilizadas para potencializar a obtenção de resultados, bem como uma variedade de posturas que podem ser adotadas pelo Poder Judiciário para buscar, de forma estratégica, fazer com que haja aderência por parte dos demais atores à sentença estrutural, bem como para coordenar esforços no sentido de superar o estado de coisas violador de direitos.

Não existe – como também já argumentado anteriormente – um modelo decisório ou uma postura judicial aplicável a todo e qualquer caso. As soluções devem ser ponderadas à luz das peculiaridades e do contexto de cada caso. Apesar de haver, de fato, uma preferência por medidas dialógicas e negociadas, isso não exclui a possibilidade da imposição de ordens judiciais coercitivas em casos nos quais as mesmas se mostrarem necessárias. Algumas questões como a complexidade do caso, a ausência de informações suficientes para a emissão de uma única ordem abrangente e a necessidade de diálogo e inclusão de uma ampla gama de participantes no processo de implementação, tornam preferível a utilização de medidas mais abertas, negociadas e flexíveis. Mas cenários de descumprimento deliberado e não justificado das ordens judiciais pelas instituições públicas ou privadas pode ensejar a necessidade de adoção de medidas mais fortes.

Essas técnicas podem ser consideradas como instrumentos concretamente utilizados para a

efetivação dos comandos decisórios. A primeira delas é a emissão de ordens judiciais a serem cumpridas de forma coercitiva pelas partes, com a imposição de sanções caso haja descumprimento das mesmas. É uma ferramenta típica do modelo tradicional de adjudicação, sendo recorrente quando o juiz tem ao seu dispor todas as informações necessárias à emissão de ordens executivas claras, objetivas e específicas. Essa técnica pode ser utilizada também num contexto de insucesso das demais medidas implementadas a partir de uma decisão deferente ou compartilhada, caracterizando-se como medida última e excepcional.

No caso do processo estrutural, todavia, a prolação de medidas fortes não deve ser a regra, pois dificilmente o Judiciário possuirá ao seu dispor todas as informações necessárias para a emissão de ordens executivas, visto que questões que envolvem políticas públicas lidam, necessariamente, com incertezas e variáveis, de forma que medidas fortes poderiam gozar de pouca ou nenhuma eficácia prática, comprometendo, inclusive, a autoridade do Poder Judiciário.

A possível rigidez e desproporcionalidade de algumas dessas medidas poderia levar à implementação (ou tentativa de implementação) de ordens excessivamente invasivas e de difícil ou impossível cumprimento. Essas medidas são caracterizadas por uma formulação de ordens unilaterais e não negociadas e levam em consideração, tão somente, o posicionamento judicial.

As sanções, nesse sentido, podem variar entre a imposição do pagamento de multas e aumento dos custos processuais até medidas mais fortes, como a prisão de agentes que descumprirem as ordens judiciais⁷⁷.

Colin Diver (1979, p. 100) destaca o dilema estratégico pelo qual os juízes passam no que toca à utilização de sanções, que é saber quando e como utilizar a ameaça como instrumento para induzir determinado comportamento. O juiz, segundo o autor, deve estar comprometido a levar a ameaça adiante, caso o outro ator envolvido no processo não adote o comportamento exigido. Por outro lado, todavia, o juiz deve manter o máximo de flexibilidade possível para a aplicação da sanção, com o intuito de evitar ações excessivamente danosas caso o outro *player* não adote a conduta esperada.

É por essas razões, segundo o autor, que os tribunais evitam realizar ameaças que os levem a adotar medidas desse cariz, pois podem perder a credibilidade no caso de não cumprimento das sanções. Para Diver (1979, p. 94), nos Estados Unidos, a maioria das cortes opta, em demandas estruturais, apenas pela sanção de elevação dos custos processuais com o pagamento de honorários advocatícios. Dessa forma, a sanção funcionaria melhor como instrumento de pressão psicológica,

⁷⁷ Colin Diver (1979, p. 100) sustenta, também, a possibilidade da destituição ou afastamento das funções de agentes públicos como exemplos de medidas interventivas mais fortes, mas essas opções não são sequer consideradas no presente estudo, razão pela qual não foram levadas ao corpo do texto. Menciona-se o exemplo, tão somente, com o objetivo de manter a integridade das ideias apresentadas pelo autor, aproveitando a oportunidade para dizer que o mesmo compartilha da opinião de que o fechamento de uma instituição é uma opção surreal, em virtude das graves consequências e distorções que produz.

pela possibilidade de sua incidência, do que como efetivo instrumento de implementação da decisão, de forma que sua aplicação teria cabimento somente em casos extremos, quando houver o insucesso de todas as demais medidas e técnicas de implementação e restar caracterizada a evidente atuação desidiosa e de má-fé dos agentes (públicos ou privados) envolvidos.

A segunda técnica utilizada em litígios estruturais de interesse público, são os acordos judiciais ou extrajudiciais realizados pelas partes, que buscam otimizar a atuação do demandado e proteger os direitos dos demandantes. Os acordos podem ser vantajosos, ademais, na medida em que economizam os já escassos recursos judiciais e possuem um alto grau de efetividade, uma vez que decorrem da aquiescência das partes.

No caso de demandas estruturais, essas vantagens são ainda mais potencializadas em detrimento desses casos exigirem um alto consumo de recursos judiciais, como o tempo e a participação das cortes, tanto na fase de julgamento como no amplo e extenso processo de supervisão de implementação das medidas prolatadas (DANTAS, 2019, p. 154).

Assim, a realização de acordos nos processos estruturais retiram do magistrado a tarefa de coordenar a reestruturação, implementação ou desenho, em detalhes, da política pública em questão ou das medidas exatas que precisam ser adotadas pelas instituições públicas ou privadas para mitigar ou erradicar com a situação violadora de direitos, diminuindo o grau de participação e envolvimento judicial em questões técnicas e complexas.

A realização de acordos também incentiva os participantes do processo de implementação a cooperarem entre si, principalmente, no que concerne aos interesses que possuem em comum no que toca aos pontos mencionados no parágrafo anterior, demonstrando suas posições sobre os assuntos em questão e compartilhando as informações que possuem.

De acordo com Diver (1979, p. 96), ao aplicar-se a teoria dos jogos⁷⁸ ao processo de implementação das decisões em ações estruturais, pode-se constatar que esse processo não se enquadra, em todas as hipóteses, no conceito de conflito puro, de jogo do tipo “soma zero”, no qual sempre que um jogador ganha o outro tem que perder.

O procedimento de implementação das decisões em litígios estruturais envolve uma ampla gama de participantes e, por isso, pode ser caracterizado como um jogo multiplayer, *mixed-motive* ou *bargaining game* (jogo de negociações), no qual o interesse de algum ou de todos os participantes,

⁷⁸ “A teoria dos jogos foi criada por matemáticos para o estudo de situações estratégicas onde os envolvidos realizam suas escolhas racionais nas interações com os demais jogadores a partir das regras preestabelecidas e da antecipação do comportamento dos demais players, com o objetivo de maximizar o seu retorno ou a sua vantagem. Ela busca analisar o comportamento humano nas relações sociais, em ambientes como as relações de troca que ocorrem no mercado ou em situações de guerra. Essa teoria vem sendo desenvolvida e aplicada a outros ramos como Economia, Ciência Política, Ciências Militares, Ciências da Computação (...) e Direito”. (DANTAS, 2019, p. 155). Uma das obras mais importantes nesse sentido é o livro *Theory of Games and Economic Behavior* (1953), de John Von Neumann e Oskar Morgenstern. Os autores descrevem os diversos tipos de jogos existentes, como os jogos competitivos, cooperativos, de soma zero entre duas pessoas e entre várias pessoas, jogos simples etc.

em determinados casos, são idênticos ou parecidos.

A total obtenção do objetivo central do processo estrutural por meio de acordos é algo que, sob uma ótica pragmática, nem sempre vai acontecer (ou que dificilmente vai acontecer), pois em relação a determinadas questões, diferenças irreconciliáveis surgirão, sejam por divergências ideológicas, filosóficas, políticas, corporativas ou até mesmo institucionais. Na existência de impasses, dessa forma, o juiz deve decidir sobre os pontos de controvérsia, fortalecendo a posição daquele participante que apresentar a proposta mais compatível com o direito fundamental e as variáveis institucionais envolvidas (DANTAS, 2019, p. 158).

É importante, ademais, que os magistrados averiguem com cautela as medidas definidas a partir de acordos entre as partes, uma vez que nem sempre o consenso significa um resultado justo para todos os interesses envolvidos, em especial para os interesses dos verdadeiros titulares dos direitos fundamentais violados.

Outra técnica de implementação de decisões que envolve negociações e adoções de acordos judiciais ou extrajudiciais é a elaboração de planos sobre os pontos necessários à resolução do litígio, com o estabelecimento de todas as medidas que serão adotadas, os prazos para a sua implementação e um cronograma factível e realista. A utilização desses planejamentos permite o aproveitamento de toda a *expertise* e capacidade institucional do Poder Público, uma vez que, em geral, os tribunais concedem prazos para que o demandado apresente esse plano geral de implementação.

Uma das críticas que podem ser suscitadas acerca desses acordos é o fato deles concederem, em maior ou menor escala, uma nova oportunidade para que o Poder Público ou os agentes particulares envolvidos na violação de direitos retarde a reestruturação da política pública em questão e, conseqüentemente, a efetivação dos direitos dos indivíduos, tendo em vista o tempo necessário à apresentação e definição desse plano (DANTAS, 2019, p. 156).

Apesar disso, planos de ação aparecem enquanto ferramentas interessantes e importantes na superação de litígios estruturais, sobretudo, porque abrem margem para diálogo, acordos e equilíbrio no que concerne aos posicionamentos das partes envolvidas no processo (sejam eles antagônicos ou não). Assim, apesar da demora e ademais dificuldades que, de fato, podem surgir no decorrer do processo, a elaboração de planos que contenham todos os aspectos referentes ao desenho, implementação ou ajuste de uma determinada política pública devem ser estabelecidos a partir de um cronograma ou planejamento realista de sua concretização, ajudando na delimitação do debate deliberativo entre os participantes e a estabelecer uma agenda de pautas claras, com o potencial de atingir resultados previsíveis, realistas e consequencialistas.

Importante ressaltar que os acordos devem conter escopos palpáveis e, necessariamente, privilegiar a discricionariedade administrativa (quando as instituições violadoras de direitos em decorrência da ação ou omissão das mesmas forem públicas, e não privadas), pois não existem

direitos onde não há orçamento que os viabilize. Ademais, apesar da importância da ampla participação nesses acordos, as proposições de atores envolvidos no processo mas que, ao fim e ao cabo, não terão que cumprir com os objetivos acordados não podem ser absolutas. Ou seja: é importante ter atenção para que não sejam feitas sugestões que, apesar de ideais, não sejam viáveis, de forma que abrir espaço para que as instituições públicas (e/ou privadas, nesse caso) que irão ter que cumprir com as medidas, argumentem e contribuam de forma significativa para a construção de um acordo palpável, faz-se não só interessante como necessário.

Os exemplos utilizados no presente estudo não são taxativos, mas, tão somente, elucidativos e propositivos. Nesse sentido, as últimas ferramentas apresentadas são as audiências públicas e as decisões de seguimento, que constituem espaços diretos de diálogo com os tribunais e permitem uma avaliação substantiva do trabalho realizado para implementar as ordens emitidas, com a possibilidade de revisão e readequação.

As audiências viabilizam a participação de diversos atores distintos, como entidades estatais, organizações não governamentais e outras espécies de associações e fundações que podem contribuir com a apresentação de informações e questões técnicas indispensáveis à avaliação e revisão dos resultados obtidos.

Consistem, dessa forma, em instrumentos deliberativos e democráticos, por meio dos quais o poder público e as instituições privadas podem prestar contas ao Judiciário e à sociedade no que toca às reformas realizadas visando a superação dos litígios estruturais e as consequentes melhorias nas políticas públicas envolvidas, com a discussão dos resultados e a avaliação dos obstáculos que devem ser enfrentados e superados para a contínua e gradual implementação das decisões.

Essas duas ferramentas possibilitam a participação da sociedade nas discussões que lhe dizem respeito. De fato, o engajamento da sociedade nessas ações não é tarefa fácil, mormente, no Brasil, país no qual a desigualdade social, a má distribuição de renda e a falta de uma estrutura adequada dificultam o fortalecimento de grupos organizados da sociedade civil que atuem de forma estratégica através das ações judiciais. Ademais, um alto número de participantes pode dificultar o trâmite do processo e atrasar ou, num cenário mais trágico, prejudicar a tomada de medidas estruturantes pela busca do consenso, que é mais difícil de ser alcançado em uma deliberação que envolve uma ampla pluralidade de indivíduos.

Por outro lado, mitigam as críticas em torno da legitimidade democrática do Poder Judiciário – uma vez que a decisão seria assistida por representantes do povo – e falta de *expertise* do mesmo, uma vez que o acesso à informação e ao interesse das partes ocorreria de maneira mais fácil.

As decisões de seguimento, por sua vez, podem ser utilizadas para solicitar dados ou informações necessárias à reavaliação das medidas estruturantes, agendamento de audiências públicas e para a comunicação de informações relevantes. Assim, tanto as audiências públicas quanto

as decisões de seguimento podem funcionar enquanto instrumentos de democracia deliberativa, debate, prestação de contas e reavaliação de políticas públicas, com a inclusão de múltiplos atores sociais e das próprias vítimas das violações de direitos.

4.11 Conclusões parciais sobre o capítulo 3: modelo compartilhado, diálogos institucionais e consequencialismo

Problemas estruturais que, ao mesmo tempo, são de interesse público, não são alheios ao Judiciário e, frequentemente, são adjudicados por meio de demandas individuais, desafiando políticas públicas existentes ou desvelando a necessidade de sua criação. Ainda que haja um anseio dos magistrados em fazer valer esses direitos, o modo individualístico como essa proteção vem sendo efetivada não tem dado resposta à fonte dos problemas, mas, somente, figurado como medidas paliativas (FERRAZ, 2010, p. 1643). Esse tratamento individual pode dar margem: a) a uma atuação antidialógica por parte do magistrado; b) à violação da isonomia, uma vez que cada magistrado, muito provavelmente, decidirá de forma diferente acerca de uma mesma questão; c) a privilégios, porque somente aqueles que têm acesso à justiça serão beneficiados (e esses não são, necessariamente, aqueles que mais precisam); d) a prejuízos nas políticas públicas eventualmente existentes.

Nesse sentido, destacou-se que uma das principais características dos ditos “litígios estruturais de interesse público” é a acentuada intervenção judicial no monitoramento e regulação dos sujeitos envolvidos no processo – sejam eles particulares ou públicos (DIDIER JR; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p.48). – o que desperta, recorrentemente, os já muito trabalhados questionamentos acerca dos limites e das possibilidades do *judicial review*⁷⁹. Em contrapartida, apontou-se o modelo decisório “compartilhado” enquanto possível solução normativa para a superação parcial tanto da suposta falta de legitimidade democrática quanto da hipotética falta de *expertise* do Judiciário, uma vez que permitiria a participação de atores sociais, políticos e constitucionais envolvidos direta ou indiretamente na *litis*, tornando o procedimento de superação das falhas estruturais um espaço colaborativo e plural.

⁷⁹ “(...) as principais críticas levantadas acerca de uma atuação mais proativa do Poder Judiciário giram em torno das objeções referentes ao déficit democrático do Poder Judiciário quando interfere no agir dos poderes compostos a partir do princípio representativo e das deficiências funcionais (falta de *expertise*) para a implementação ou redirecionamento das políticas públicas. O primeiro argumento invoca problemas teóricos, como a “origem” antidemocrática dos juízes e o fato de que suas interferências em questões que deveriam estar sendo resolvidas pelas instâncias majoritárias contrariam os pilares da democracia (legitimidade eleitoral e separação de poderes). (...) O segundo argumento versa no sentido de que, ainda que os juízes gozassem de legitimidade democrática, as cortes não possuem *expertise* para formular políticas públicas apropriadas e implementar sentenças que propiciem reformas sociais significativas. Em decorrência da própria natureza da instituição, os tribunais têm conhecimentos limitados sobre assuntos de política pública e dependem dos outros ramos do poder público para que suas decisões sejam cumpridas. Portanto, segundo a referida crítica, carecem de uma visão “macro”; da habilidade de planejar a longo prazo; de informações técnicas e de poder coercitivo para resolver problemas coletivos. Em suma, carecem de *expertises* próprias da administração pública.” (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 214-215).

As ações estruturais não se limitam a ser um movimento jurisdicional, pois envolvem, imprescindivelmente, práticas políticas (SCHLANGER, 1999, p. 30). Apesar das cortes, muitas vezes, funcionarem enquanto canal inicial de debate nesses casos, o fato de continuarem ou não a serem arenas de discussão no processo, bem como os fracassos ou sucessos advindos da sentença não se limitam somente à sua atuação, pois envolvem objetivos, recursos, disponibilidade e ações de muitos grupos e atores, que são igualmente responsáveis pelo progresso ou regresso na superação do estado de coisas violador de direitos. Dessa forma, é importante que, ao analisar esses casos, pesquisadores, juristas, cientistas políticos e demais interessados, necessariamente, atentem não apenas ao papel que o juiz deve desempenhar, mas também ao papel que todos os envolvidos – direta ou indiretamente no caso sub judice – precisam assumir, bem como ao conjunto de fatores históricos, políticos e sociais que afligem o cenário no qual a decisão se insere.

No que concerne ao engajamento de diversos atores, há que se levar em consideração o desafio de encontrar o equilíbrio entre a ampla participação e a operacionalidade do processo, ou seja, é necessário ter atenção para que o aumento da quantidade de indivíduos/instituições envolvidos (as) não inviabilize o funcionamento adequado do processo. É necessário, dessa forma, estabelecer parâmetros que sirvam como filtros que dizem respeito à possibilidade ou não de participação, verificando se eles são representativos do interesse que alegam, assim como se terão condições de envolverem-se adequadamente no processo. Se não houver prejuízo, é interessante a ampla participação, uma vez que esta diminui as barreiras de acesso ao debate.

Importante destacar, nesse sentido, a figura do *amici curiae*, sendo compreendido como aqueles que “têm um interesse específico no debate institucional da matéria que é objeto de determinado processo judicial” (FERRARO, 2015, p. 161). A participação desses atores, entretanto, não restringe-se a uma atuação desinteressada, no sentido de que a participação visaria apenas o incremento do debate e à tomada de decisões informadas. Sua participação pode viabilizar diferentes pontos de vista e defesas de diversos interesses e informações, assumindo aí também contornos instrutórios. Podem ser chamados ao processo tanto para viabilizar ou ampliar a representação de determinado interesse quanto para trazer informações úteis ao processo. Nessa segunda possibilidade, enquadram-se, por exemplo, órgãos públicos capazes de apresentar informações técnicas, entidades da sociedade ou a própria academia. De toda forma, até os *amici curiae* que não estão interessados no processo, podem (e devem) auxiliar no fornecimento de informações.

Ademais, entende-se que um dos pontos-chaves na apreciação dos referidos casos é a prolação de decisões consequencialistas, com escopos palpáveis e condizentes com a realidade⁸⁰.

⁸⁰ “Uma vez que as decisões estruturantes podem provocar mudanças institucionais de grande importância, é fundamental que o julgador leve em consideração os mais diversos fatores envolvidos, inclusive as consequências sociais, políticas e econômicas que podem advir da decisão. Para tanto, torna-se fundamental a valorização do contraditório, o amplo diálogo e a cooperação entre os envolvidos para que se possa ter uma decisão realmente

Nesse sentido, o diálogo – próprio do modelo compartilhado – contribui para com uma percepção mais objetiva das cortes em relação ao problema, uma vez que a contribuição dos atores envolvidos direta ou indiretamente no conflito trazem à pauta decisória aspectos que não poderiam ser deduzidos, imaginados ou aferidos de ofício pelos juízes, posto que existe um limite intransponível entre a experiência daqueles que vivenciam o problema (realidade fática) e a capacidade de aproximação de um observador externo, por mais engajado que este esteja na causa.

Ainda que o magistrado se esforce, existem questões técnicas, financeiras e até mesmo burocráticas que ele não domina e que precisam ser consideradas quando da definição de “como” e “quando” determinados quesitos precisam ser tratados (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2013, p. 146). Assim, se a decisão judicial for subsidiada por elementos que o juiz, solitariamente, não teria acesso e sem os quais, muito provavelmente, adotaria medidas que não gozariam de eficácia prática, possui mais chances de causar impactos positivos na superação do problema.

Litígios estruturais de interesse público enfrentam problemas demasiadamente complexos – que não se restringem à procedência/improcedência do pedido, mas adentram em campos como a escassez de recursos, a discricionariedade alocativa de orçamento público, a inexistência de programas estabelecidos em lei, dificuldades de implementação de políticas públicas etc. – de forma que não podem ser tratados sem que haja uma observância das consequências e impactos dos remédios utilizados na realidade local. É necessária a realização de um juízo pragmático acerca das reais capacidades existentes para resolver o litígio estrutural de interesse público ou, sobre como, se inexistentes, gerá-las. Afinal, não existe uma “receita de reforma institucional que esteja aguardando na gaveta do funcionário público para ser utilizada ou que o juiz conhece e a administração ignora ou resiste” (PUGA, 2013, p. 283).

Além disso, lidam, não raramente, com problemáticas sociais arraigadas, cuja solução não é alcançada por meio de medidas simples, mas sim através da mudança de paradigmas da sociedade como um todo ou da adoção de mecanismos que levam mais de uma geração para surtir efeitos. Dessa forma, independentemente das intenções do julgador que exarou a medida tendente a afastar violação constitucional, resultados empíricos dependem também, em algumas circunstâncias, de uma mudança de mentalidade e conscientização da população sobre o respeito, na prática, dos direitos e valores constitucionais.

A compreensão da formatação dos litígios estruturais de interesse público – bem como do modelo decisório que melhor os contempla na perspectiva normativa – é importante para o reforço da premissa de que transformações sociais só são viáveis através de esforços compartilhados entre uma ampla gama de atores, sem os quais a decisão judicial, muito provavelmente, teria um cunho meramente declaratório. Nesse sentido, no modelo compartilhado, não é possível escolher,

isoladamente, entre especificar o que precisa ser feito ou adotar uma postura deferente. A mudança que se pretende não pode acontecer de maneira imediata e nem se dará de forma simples, razão pela qual a participação do juiz é essencial, mas não pode (e nem deve) ofuscar à dos demais atores. A decisão compartilhada é como uma obra em andamento, que prescinde de arquiteto, engenheiro, pedreiro, eletricitista, gesso, pintor e muitos outros participantes que, sozinhos, não poderiam executar a construção, mas que, caso a construção deixasse de contar com algum deles, correria sérios riscos de fracassar. São, portanto, participantes imprescindíveis, mas não autossuficientes.

Acredita-se, ainda nessa senda, que o modelo compartilhado adequa-se, inclusive, com o próprio ciclo das políticas públicas, até porque sua fase de cumprimento pode demandar a criação, redesenho e até a implementação dessas políticas, sendo um procedimento que não é estanque e exige uma dose de experimentalismo. A jurisdição, nessas hipóteses, pode figurar como um “pontapé inicial”, com, posteriormente, ciclos de negociação entre os juízes e demais envolvidos. É possível pensar em um processo colaborativo, no qual objetivos são estabelecidos a partir de critérios viáveis, estipulados de forma conjunta, sendo os resultados revisados e reformulados a partir da eficiência (ou falta dela) das medidas adotadas.

Assim, no modelo compartilhado, o ideal é que o posicionamento do juiz seja no sentido de desestabilizar o *status quo* violador de direitos, fixando uma obrigação de agir sem efetivamente estabelecer uma obrigação de fazer em específico, definindo os contornos da tutela ao longo do desenrolar do processo. A efetividade do direito, dessa forma, é garantida através da revisibilidade. Dessa maneira, garante-se um processo coletivo estrutural de interesse público compartilhado e pragmático.

Por outro lado, partindo de uma perspectiva pragmática, é relevante ressaltar que, conforme as circunstâncias fáticas é que as estratégias de atuação judicial devem ser estabelecidas. Isso porque, tendo em vista o amplo leque de possibilidades na correção das violações de direitos, mais importante que defender uma forma específica de decisão judicial, é utilizá-las estrategicamente de maneira contingente, a depender do caso concreto.

Kent Roach e Geoff Budlender (2005, p. 333-335), nesse sentido, apresentam ser possível que uma determinada decisão judicial esteja inserida em cenários divergentes, tais quais aqueles em que: a) sabe-se, de antemão, que não haverá cumprimento da ordem judicial ou que não seria adequado o tribunal supor que haveria cumprimento de pronto – por existirem situações anteriores que corroborem isso –; b) as consequências do descumprimento podem ser demasiadamente danosas – e até mesmo irreparáveis –, ainda que o responsável pela adoção das medidas em concreto esteja de boa-fé, de forma que o tribunal, com antecedência, busca garantir o seu cumprimento através da supervisão – ou seja, os juízes não esperam o descumprimento da decisão para depois tomar as medidas que busquem efetivá-la; e c) não é possível saber o que deve ser hipótese, hipótese na qual

são designadas ordens abertas genéricas, ficando o encargo de apresentar um plano ao tribunal nas mãos do órgão responsável (que devem, também, dar publicidade ao que será implementado).

Dessa maneira, observam-se as reais capacidades existentes para resolver a situação violadora de direitos constitucionais ou, se inexistentes, formula-se uma saída para gerá-las, podendo-se, a partir da perspectiva pragmática, utilizar os modelos forte, fraco ou deferente de acordo com o caso *sub judice*. Assim, uma ferramenta interessante pode ser a utilização de medidas graduais. Ou seja: pode ser que a primeira decisão judicial tenha caráter meramente declaratório, visando delimitar as obrigações do Poder Público e ressaltar a situação de urgência que desencadeia a violação a direitos. Assim, abre-se a possibilidade de que as instâncias majoritárias atuem e ajam no sentido de superar o estado de coisas violador. Diante da inação das instâncias originalmente responsáveis, as medidas estruturantes podem servir, num primeiro momento, enquanto ferramenta de desbloqueio.

Segundo Roach e Budlender (2007, p. 345), existem três razões pelas quais os governos não cumprem com os valores e parâmetros constitucionais vigentes: a desatenção, a incompetência e a intransigência. Cada um desses motivos enseja reações judiciais distintas. A primeira, segundo os autores, ocorre, sobretudo, em relação aos mais pobres e necessitados, pois esses indivíduos, em geral, são subrepresentados no processo político, o que faz com que seus direitos e interesses, não raramente, sejam ignorados pelos governos. Nesses casos, Roach e Budlender defendem que uma decisão declaratória por parte do órgão jurisdicional pode ser suficiente para conferir visibilidade ao problema desses indivíduos, fazendo com que o governo saia da situação de inércia e adote as providências necessárias (ROACH; BUDLENDER, 2007, p. 346).

A segunda causa apontada pelos autores é a “incompetência”, situação na qual os mesmos defendem que haja uma intervenção judicial por meio de medidas estruturantes, com o intuito de contribuir e auxiliar o Estado a promover e proteger direitos fundamentais dentro de prazos razoáveis, judicialmente estabelecidos.

A terceira e última causa de ineficiência estatal apresentada pelos autores é a “intransigência governamental”, caracterizada como a situação mais difícil de ser superada em decorrência da resistência institucionalizada do Estado. Essa circunstância também deflagraria, a necessidade da utilização de medidas estruturantes, exigindo uma postura mais ativa e determinada por parte dos juízes e demais atores processuais, com a adoção de medidas mais incisivas que poderiam incluir até mesmo a nomeação de um técnico ou consultor externo ou, nos casos mais graves, de um interventor para a substituição dos gestores renitentes (ROACH.BUDLENDER, 2007, p. 350). Os autores acreditam que casos de intransigência não ocorrem, atualmente, de forma expressa e verbal, pois representam uma resistência por parte das instâncias majoritárias em lutar por demandas progressistas (como o que ocorreu no caso da dessegregação nas escolas públicas em Brown) em

favor das minorias e grupos historicamente oprimidos. Essa resistência ocorreria, entretanto, de maneira velada ou oculta, por meio de instrumentos e circunstâncias institucionais informais ou não explícitas, como a super-representação de grupos hegemônicos e a sub-representação das minorias, criando um ambiente que impede o reconhecimento e a efetivação de novos direitos em favor dos mais fracos.

A proposta dos autores gira em torno de medidas interventivas diferentes, alocadas em uma escala gradativa de intervenção judicial. Assim, para os casos de desatenção governamental, é suficiente a prolação de uma sentença declaratória. Nos casos de incompetência do Poder Público, seriam cabíveis medidas estruturais interventivas, mas não sancionatórias, a fim de auxiliar o Estado a superar a situação de inconstitucionalidade verificada. Nessas circunstâncias, quanto maior o grau de incompetência do governo e a falta de capacidade para a provisão dos direitos, maior e mais forte será o grau de intervenção judicial admitido (ROACH; BUDLENDER, 2007, p. 346-347). Por fim, nas situações de intransigência estatal, admite-se não apenas a adoção das medidas interventivas não sancionatórias como, também, medidas mais fortes e dirigidas aos administradores ou gestores reticentes, inclusive, em casos mais graves, com a substituição desses agentes e as ameaças de aplicações de multas ou sanções penais (ROACH; BUDLENDER, 2007, p. 350-351).

A classificação dos autores demonstra como, em situações variadas, a adoção de medidas fortes, deferentes ou compartilhadas é contingente. Entretanto, não adota-se, no presente trabalho, a íntegra das ideias desenvolvidas por Roach e Budlender, por acreditar que algumas das medidas fortes adotadas pelos autores – como, por exemplo, a demissão ou substituição de agentes públicos – serem de difícil concretização na realidade prática brasileira, sobretudo, porque possuem uma relação direta com recursos escassos do Estado, podendo causar, no pior dos cenários, efeitos negativos sobre beneficiários de outras políticas públicas, bem como o aumento da carga tributária sobre toda a sociedade como maneira de financiar as medidas prolatadas pelo Judiciário.

O fato é que medidas judiciais, sejam elas fortes, deferentes ou dialógicas, não podem ser proferidas no vácuo, havendo a necessidade de ter atenção aos impactos que as mesmas podem causar sobre os demais programas públicos e sobre a sociedade em contraposição aos ganhos esperados. O engajamento do Judiciário com os demais atores constitucionais e sociais, nesse sentido, pode evitar medidas que onerem desnecessariamente ou excessivamente o restante da sociedade e o poder público.

Nesse sentido, ao invés de determinar de antemão, quando do julgamento da ação estrutural e de forma isolada, os remédios que serão implementados durante a fase seguinte, o juiz deverá analisar com cautela os fatos, variáveis e informações produzidas pelos envolvidos durante o processo, submetendo até mesmo a construção de medidas fortes à participação construtiva e ao

contraditório das partes e de todos os interessados, o que diminuirá os riscos de equívocos, arbitrariedades e medidas sem eficácia prática. Modelos estritamente rígidos de implementação das ordens judiciais podem gerar resultados demasiadamente negativos quando associados a decisões maximalistas e ideológicas, ainda que essa ideologia seja progressista e pró direitos fundamentais. Isso não quer dizer que medidas fortes não possam ser adotadas; mas, tão somente, que devem ser adotadas com cuidado e excepcionalmente.

5 LITÍGIOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL

Não obstante a possibilidade de judicializar demandas de cariz coletivo no Brasil, nem sempre, do ponto de vista individual, apostar na tutela coletiva traz mais benefícios práticos que litigar individualmente. Isso porque a demanda individual/atomizada costuma ser mais rápida e ter mais chances de êxito, uma vez que implica em um impacto financeiro aparentemente menor. Apesar disso, essa alternativa prejudica, na grande maioria das vezes a economicidade da prestação jurisdicional e propicia julgamentos contraditórios, ferindo o princípio da isonomia e retardando a resolução do problema como um todo (VITORELLI, 2020, p. 52).

O processo coletivo (e o processo estrutural, que se enquadra enquanto espécie deste) não é a preferência dos juízes e legitimados coletivos, em razão de sua demora, imbricação de interesses, dificuldade e complexidade (motivos exemplificativos, e não taxativos). Um exemplo que ilustra bem essa afirmativa é o da Defensoria Pública de São Paulo, que mesmo tendo legitimidade para o processo coletivo propôs, de 2014 até o meio de 2017, aproximadamente “(...) 61 mil ações individuais pleiteando vagas para crianças em creches. O motivo dessa proliferação é simples e foi explicado por um defensor público: “Nós sempre conseguimos. Nunca perdemos uma ação” (VITORELLI, 2020, p. 62).

Nesse sentido, quando problemas notadamente estruturais são apreciados em processos individuais, quaisquer critérios de prioridade colapsam e resumem-se a “quem chega primeiro”. Há, portanto, apenas uma ilusão de vitória, “pois só se ganha no processo, não na solução concreta” (VITORELLI, 2020, p. 63). Ações individuais que não enfrentam o litígio estrutural, lidam com pequenas frações de problemas multidimensionais, dando enfoque somente em suas consequências mais aparentes. Decisões individuais, por sua vez, são tomadas de maneira não racionalizada, fazendo com que o problema em questão, ao longo do tempo, não seja resolvido ou sequer atenuado.

O impacto da judicialização dos direitos sociais no processo, dessa forma, é um importante fator a ser estudado. Isso porque a possibilidade de sua tutela pela via jurisdicional levou essa espécie de direito material, que possui determinadas especificidades, ao processo civil, interferindo diretamente em técnicas processuais tidas como adequadas, principalmente, quando vislumbra-se a possibilidade do enfrentamento dos chamados “litígios estruturais”.

Nesse sentido, o presente tópico inicia apresentando tentativas de regulamentação dos processos estruturais no Brasil e um projeto de lei voltado à regulamentação do controle jurisdicional de políticas públicas. Pretende-se, com isso, demonstrar que a urgência da temática ora abordada já foi vislumbrada por juristas e por membros do Poder Legislativo, demonstrando a validade da pesquisa aqui desenvolvida para o campo do direito.

Em seguida, apresenta alguns exemplos de litígios estruturais que ocorreram no Brasil e chegaram ao Poder Judiciário. Inicialmente, expõe-se o caso da ADPF 347, para compreender como o STF, órgão que exerce a função de tribunal constitucional no país, enfrentou a situação de calamidade do sistema carcerário através da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Logo depois, serão explorados casos ocorridos nas instâncias inferiores do Poder Judiciário, ajuizados por meio de ação civil pública, a fim de compreender se a adjudicação de litígios estruturais, no Brasil, logra mais êxito no STF ou nas instâncias inferiores.

5.1 Tentativas de regulamentar os processos estruturais e o controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil

Com o objetivo de tratar especificamente sobre demandas estruturais, surgiu o artigo 151 do anteprojeto do Código de Processo Civil (CPC), o qual estipulava, em seu § 1º, que: “(...) quando o procedimento ou atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”. O dispositivo concedia uma maior discricionariedade ao magistrado para que este conduzisse o processo e até mesmo para que pudesse convertê-lo em um processo estrutural. Contudo, não permaneceu no atual Código de Processo Civil.

Outro exemplo, foi o Projeto de Lei do Senado nº 736/2015, já arquivado, que visava regulamentar a utilização do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e determinar, ainda, que ao determiná-lo, deveria realizar um Compromisso Significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental, ponderados os princípios e as normas constitucionais envolvidos.

O conceito de “Compromisso Significativo” estabelecido no referido Projeto era o de que este consistiria em um constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentariam celebrar um acordo para a formulação e a implementação de programas socioeconômicos que visassem afastar a violação ao preceito fundamental detectada. Enquanto condições de validade do acordo, estabelecia, entre outros, o respeito: a) à independência e à harmonia entre os Poderes; b) às vinculações orçamentárias constitucionalmente fixadas; c) à disponibilidade financeira dos entes federados interessados; d) à legitimidade dos chefes do Poder Executivo na definição de prioridades da ação governamental e à sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional (SENADO FEDERAL, 2015, p. 2).

Nessa mesma linha, foi apresentado em 2014, pelo deputado Paulo Teixeira, o Projeto de Lei nº 8.058/2014, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, o qual objetiva regular o controle

e a intervenção judicial em políticas públicas pelo Poder Judiciário, de modo que em seu artigo 2º, parágrafo único, dispõe que:

O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características: I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica; V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; X – que flexibilizem o cumprimento das decisões; XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este (BRASIL, 2014, p. 2).

Analisando o parágrafo único do artigo 2º, percebe-se que este viabiliza o andamento de um processo com características estruturais, permitindo um diálogo institucional entre os poderes e as instituições que executarão as decisões estruturais. Nesse sentido, Sérgio Arenhart (2013, p. 19) argumenta que “Trata-se aí de oferecer um conjunto de técnicas e instrumentos processuais aptos a tornar viável a intervenção, de modo responsável, judicial em políticas públicas.

Por enquanto, ainda não existe uma lei que regule os processos estruturais, mas as tentativas de estabelecer diretrizes e parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas e para o enfrentamento de falhas sistêmicas que violam direitos socioeconômicos e culturais demonstra a urgência e a relevância da temática, de modo que esta não passou despercebida no cenário pátrio.

5.2 É possível pensar em decisões estruturantes a partir do Código de Processo Civil de 2015?

Diante do contexto atual, que denota a alta judicialização de políticas públicas, é interessante pesquisar e debater as técnicas instrumentais adequadas para o processamento dos direitos e garantias fundamentais.

Um dos pontos que levantam objeções na judicialização de políticas públicas é a cadência entre o tempo do processo e o tempo da vida. Especialmente nos processos de longa duração, frente à complexidade dos assuntos tratados, pode acontecer de bens jurídicos relevantes perecerem ao longo do feito.

A fim de equilibrar a ampla participação e o diálogo de setores diversos da sociedade com urgências prestacionais, uma das soluções processuais apontadas pela doutrina são as decisões parciais de mérito, previstas no artigo 354, parágrafo único e 356 do Código de Processo Civil. É possível solucionar, com cognição exauriente e caráter de definitividade, as situações em questão no processo estrutural conforme a maturidade de cada uma delas, de maneira a construir uma coisa julgada escalonada. Ademais, ainda podem ser utilizadas as tutelas provisórias, quando a cognição sumária for

suficiente para resolver a pendência em tela.

Outras técnicas que também podem ser aplicadas são os dispositivos do artigo 69 § 3º do CPC, que prevê atos concertados entre juízes cooperantes e permite a reunião dos processos para a realização da instrução conjunta, por exemplo, ou o julgamento coletivo de casos idênticos, a fim de evitar decisões contraditórias e desiguais.

Ainda há o instrumento previsto no artigo 139, X, do CPC, que permite ao juiz, ao se deparar com casos repetitivos, oficiar um dos legitimados extraordinários para, se assim entender, propor uma ação coletiva.

No que concerne à ampliação do diálogo por meio da participação da sociedade civil organizada, setores comunitários e institucionais e demais interessados, pode-se fazer uso, no processo estrutural, de audiências públicas e *amicus curiae*, garantindo uma maior integração na formulação das decisões judiciais.

Vale ressaltar, nesse sentido, que os processos estruturais são capazes de realocar determinadas pautas de políticas públicas sociais de forma a conferir maior visibilidade para assuntos que eram relegados (pelo menos do ponto de vista coletivo).

Existem, por fim, múltiplas formas de solucionar questões complexas que dizem respeito aos direitos e às garantias fundamentais, de modo que, muitas vezes, o Poder Judiciário só precisa fazer com que um determinado problema se torne prioritário, ao invés de apresentar uma solução fechada e inflexível.

5.3 A ADPF 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Carcerário Brasileiro

Em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no sistema carcerário brasileiro, ocasionado por violações generalizadas de direitos fundamentais e reiterada inércia estatal, implicando na determinação de medidas estruturais flexíveis a serem manejadas e monitoradas pela Corte, com o auxílio dos demais poderes, órgãos e pessoas afetadas.

Em apertada síntese, o autor (partido PSOL) afirmou que a superlotação do sistema carcerário brasileiro, bem como as condições degradantes deste, configurariam um cenário fático completamente incompatível com a Constituição brasileira. Isso porque os cárceres do país ofendem uma pluralidade de direitos fundamentais, tais quais “(...) a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e aos direitos sociais à saúde, à educação, ao trabalho e à segurança dos presos” (BRASIL, 2015, p. 7). Ademais, declararam que o quadro era proveniente de uma “multiplicidade de atos comissivos e omissivos “dos Poderes Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial” (BRASIL, 2015, p. 8).

Em suas alegações, o partido ressaltou que os órgãos administrativos menosprezariam os preceitos constitucionais e legais ao não viabilizarem a criação de um número de vagas prisionais compatíveis com o tamanho da população carcerária, de forma a proporcionar condições dignas de encarceramento aos presos e a consequente proteção à sua segurança física, saúde, alimentação, educação, trabalho, assistência social e acesso à jurisdição (BRASIL, 2015, p. 9).

Ainda nesse sentido, vale o destaque de um ponto importante: além da generalizada violação aos direitos dos presos, foi registrado o perigo que as mazelas do sistema penitenciário provocaram na sociedade como um todo, pois as condições degradantes nas quais eram (e ainda são) cumpridas as penas privativas de liberdade e a mistura entre os presos com graus diferentes de periculosidade tornariam o trabalho de ressocialização dos detentos uma quimera, propiciando reincidências constantes (BRASIL, 2015, p. 9). Assim, a prisão tornaria-se uma verdadeira “escola do crime” e a forma como funciona o sistema estaria somente agravando esta situação. Afinal, ao contrário do que se imagina, o encarceramento em massa não geraria a segurança prometida, mas, tão somente, agravaria os índices de criminalidade e violência social em detrimento de toda a população (BRASIL, 2015, p. 10).

No mérito, o autor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) requereu, entre outros pedidos:

(...) que fossem determinados ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; b) que o aludido plano contivesse propostas e metas; c) que o plano previsse os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; d) que o plano fosse submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Procuradoria-Geral da República (PGR), da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e de outros órgãos e instituições que desejassem se manifestar e da sociedade civil; e) que o Tribunal deliberasse sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares; f) uma vez homologado o plano, fosse determinado aos governos dos estados e do Distrito Federal que formulassem e apresentassem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do ECI; g) que o Tribunal deliberasse sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares; e h) que o Supremo monitorasse a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil (MAGALHÃES, 2019, p. 13).

Após descrever a deplorável situação da população carcerária no Brasil, o relator, ministro Marco Aurélio, confirmou que dela decorrem inúmeras violações de direitos fundamentais, bem como de preceitos básicos presentes na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984) (BRASIL, 2015, p. 27). A responsabilidade por essa situação recairia sob os três Poderes da República e sob a sua falta de coordenação institucional, de forma que a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, se justificaria sem que fossem levantadas maiores objeções.

Afinal, diante de um cenário de bloqueios políticos, pontos cegos políticos e inércia

proposital das instâncias majoritárias (em virtude do tema ser desinteressante e custoso aos membros dos Poderes Legislativo e Executivo), cumpriria ao STF “catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções” (MAGALHÃES, 2019, p.9), a fim de verificar o (in)sucesso dos meios escolhidos, emitindo ordens flexíveis, que proporcionariam margens de criação legislativa e de execução e serem esquematizadas e implementadas pelos demais poderes (MAGALHÃES, 2019, p. 9).

Dessa forma, o Tribunal atuaria enquanto um coordenador institucional, capaz de produzir um efeito desbloqueador, sem interferir, entretanto, na elaboração de políticas públicas (MAGALHÃES, 2019, p. 9). Os argumentos do relator foram repetidos, com pouca variação, pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Passados seis anos de sua declaração, não obstante os muitos trabalhos produzidos acerca da temática⁸¹ e os debates que giravam em torno da denúncia (acertada) do estado de calamidade em que se encontrava o sistema carcerário do país, pouco ou nada mudou na vida dos detentos (MAGALHÃES, 2019, p. 9). Nesse sentido, Vitorelli (2020, p. 451) destaca que, após a medida cautelar concedida pelo plenário do STF, apenas, para determinar a realização de audiências de custódia dos presos e para determinar à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos:

(...) apenas providências de menor importância foram determinadas nos autos. *Amici curiae*, tais como Defensorias Públicas, foram admitidos, mas não formularam qualquer manifestação. Alguns presos tentaram obter benefícios pessoais, peticionando diretamente nos autos da ADPF. Todos os pedidos foram indeferidos. Houve alguns debates acerca da liberação ou não de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para alguns estados, como foi o caso do Ceará. Todos eles, inconclusivos. De modo geral, a execução orçamentária do FUNPEN parece ter sido influenciada pela decisão. Em 2016, logo após a decisão, o fundo repassou para os estados, em transferências diretas (fundo a fundo), R\$ 1.209 bilhão. No entanto, em 2017, o montante caiu para R\$ 590 milhões e, em 2018, ficou no módico valor de 61 milhões. Ainda que esse feito prático exista, a verdade é que a situação do sistema prisional brasileiro não parece ter melhorado nos últimos anos. Talvez o mais provável é que venha se deteriorando ainda mais. (...) Não há caminho para a superação do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional senão pela compreensão do caráter estrutural da crise que enfrentamos. Só seremos capazes de promover mudanças efetivas quando as soluções forem capazes de atacar as raízes dos nossos problemas (VITORELLI, 2020, p. 251).

A Procuradoria-Geral da República deu parecer pela parcial procedência da ADPF em setembro de 2019, mas ainda não existe uma previsão de julgamento definitivo do caso

⁸¹ “A maioria desses debates, contudo, manteve-se no âmbito opinativo das manifestações jornalísticas e ainda não se estendeu de forma profunda na academia, especialmente no que diz respeito à exploração de seus contornos dogmáticos. A tendência dos estudos feitos no campo acadêmico sobre o ECI é a de não problematizar sua feição enquanto categoria dogmática constitucional, com trabalhos que: a) se limitam em reproduzir o decidido pelo STF; b) sugerem sua inserção na decantada e pouco produtiva discussão sobre ativismo judicial; c) propõem sua extensão e aplicação para outros direitos fundamentais ou situações tidas como problemáticas ou d) apenas reforçam e reafirmam a importância do ECI no atual cenário social” (MAGALHÃES, 2019, p. 2).

(VITORELLI, 2020, p. 452).

Tendo em vista as nuances que fomentam a complexidade do problema estrutural relatado acima, o presente tópico tentará identificar possíveis razões pelas quais o ECI não obteve sucesso no Brasil, partindo da análise de três pontos trazidos na Ação do PSOL: i) a falência total das políticas públicas existentes para a questão prisional; ii) a impopularidade e sub-representação dos presos em detrimento de perderem os seus direitos políticos e da antipatia da opinião pública, respectivamente; e iii) a necessidade de um diálogo cooperativo entre os Poderes (e não da imposição judicial de medidas rígidas e inflexíveis), tendo em vista a responsabilidade de todas as funções Estatais no que concerne ao sistema carcerário do país.

5.4 A falência total das políticas públicas prisionais em detrimento do hiperencarceramento no país: complexidade, experimentalismo e cultura punitivista como empecilhos

A superlotação do sistema carcerário brasileiro não é uma questão nova e já estava na pauta do Supremo antes da ADPF 347 (BRASIL, 2015, p. 20). A maior parte dos detentos, conforme argumentou o ministro Marco Aurélio, está sujeita a condições de superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas sujas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, falta de produtos higiênicos básicos, falta de água potável, falta de acesso à assistência judiciária, educação, saúde e trabalho. Além disso, os cárceres brasileiros encontram-se sob o domínio de organizações criminosas e o controle quanto aos meios de penas são insatisfatórios e obscuros (BRASIL, 2015, p. 9).

O ministro expôs, ainda nessa oportunidade, que a superlotação carcerária poderia ser a origem de todos os males, a fonte que dá ensejo a todos os outros problemas, e que o modo de funcionamento do cárcere brasileiro não serve à ressocialização dos presos, além de aumentar a criminalidade e viabilizar que os reincidentes passem a cometer crimes ainda mais graves (BRASIL, 2015, p.23). Ainda nesse sentido, vale o destaque feito pelo relator de que o Judiciário – que seria responsável, inclusive, pela “cultura do encarceramento” em virtude do número excessivo de prisões provisórias – e a Defensoria Pública contariam com um número insuficiente de Varas de Execuções Penais e este fato implicaria no encarceramento acima do determinado judicialmente, o que agravaria a violação aos direitos fundamentais processuais dos presos, que, muitas vezes, sequer possuem informações sobre os processos criminais que lhes dizem respeito (BRASIL, 2015, p. 25).

Apesar da sumarização dos argumentos acerca da insuficiência das políticas públicas do sistema carcerário, não se faz difícil compreender que um dos argumentos centrais utilizados pelo PSOL é a necessidade de criação ou ajustes dos programas estatais já existentes. Existem, dessa forma, três pontos que precisam ser enfrentados: 1) o experimentalismo e a complexidade, próprios

das demandas estruturais, que exigem, em geral, medidas flexíveis e que darão ensejo a resultados imprevisíveis x a cultura punitivista existente no país – que figura enquanto uma das causas principais do hiperencarceramento –; 2) a impopularidade e a sub-representação dos presos x resultados de longo prazo; e 3) a necessidade de Diálogo entre os Poderes em detrimento do ECI prisional ser decorrente da falta de coordenação entre eles.

Para enfrentar as questões do parágrafo anterior é necessário pensar “a longo prazo”, prática custosa não só à população brasileira, como também às instituições do país (notadamente imediatistas).

O fato é que, sempre que uma determinada demanda envolver questões estruturais de interesse público, as medidas tomadas pelos Poderes e demais atores envolvidos hão de ser experimentais e complexas. Se não houver espaço para o ciclo de “tentativa → erro; tentativa → acerto; tentativa → descoberta de novos caminhos”, nunca se poderá atingir a solução desejada. Isso porque matérias referentes a políticas públicas, por sua natureza, dependem de variáveis imprevisíveis e contingenciais, que só poderão ser identificadas na prática e no momento de sua implementação ou ajuste.

Importante salientar, ainda nesse sentido, que processos que enfrentam os litígios estruturais devem ter um foco prospectivo (ou seja, busca-se uma solução futura, capaz de dar fim à continuidade do problema, e não uma reparação por um ilícito ocorrido, como ocorre no processo bipolar), e, portanto: deve-se levar em consideração a mutabilidade da situação e da tutela necessária, de forma que seja possível pensar na adaptabilidade do procedimento a depender da contingencialidade das circunstâncias.

Outro ponto importante é que, ainda que houvesse coordenação institucional no ajuste e/ou implementação de políticas públicas no sistema carcerário, o Brasil sustenta, ainda, uma cultura demasiadamente punitivista. Há uma percepção social, no país, de que a prisão é a saída para o “castigo da violação de uma transgressão criminal, tendo em vista a formação de um cidadão que não mereça estar na cadeia, visando, portanto, sua reabilitação” (BRASIL, 2015, p. 22). Discutir o papel do cárcere exige uma reflexão profunda sobre a função dos presídios, das penas de reclusão e do próprio direito criminal, pois soluções que ainda estejam ancoradas na lógica do encarceramento, por melhor que sejam, podem estar fadadas ao fracasso (MAGALHÃES, 2019, p. 25)

Pensar em políticas públicas punitivistas e voltadas ao encarceramento não faz cessar a fonte dos problemas, pois até que seja resolvido o problema da estrutura dos presídios,

“(…) isso não significará o desaparecimento de outras violações a direitos fundamentais que não serão resolvidos após o “desbloqueio” político. (...) A principal violação de direitos humanos dos encarcerados envolve sua liberdade e não, necessariamente, seus direitos sociais; portanto, respostas orçamentárias seriam insuficientes para saná-las. As violações não cessam com a construção de mais e melhores presídios” (MAGALHÃES, 2019, p. 24).

Essa reflexão, todavia, não implica dizer, automaticamente, que o aprimoramento das

políticas públicas voltadas ao sistema carcerário ou a criação de novos presídios não seriam importantes para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional existente no país. Implica dizer, tão somente, que verdadeiras mudanças nessa seara prescindiriam também de transformações culturais na forma de enxergar os direitos fundamentais e humanos dos detentos⁸².

5.5 Bloqueios institucionais: a impopularidade e sub-representação dos presos *versus* resultados de longo prazo

De acordo com o inciso III, do art. 15º, da Constituição, enquanto durarem os efeitos da sentença criminal transitada em julgado, o preso terá os seus direitos políticos suspensos.

A perda dos direitos políticos tem o potencial de fazer com que os detentos sejam mal representados ou que os seus interesses sequer sejam levados em consideração pelas instâncias majoritárias. Além disso, como mencionado no tópico anterior, grande parte da população brasileira acredita que os castigos desumanos sofridos no cárcere consistem em retribuição justa pelos crimes cometidos. Dessa forma, a opinião pública não aceitaria que as melhorias das instalações prisionais fossem questões prioritárias nos gastos públicos. Este ponto argumentativo, inclusive, foi utilizado pelo ministro-relator para demonstrar que existem bloqueios institucionais presentes no caso em questão (BRASIL, 2015, p. 32).

Assim, a impopularidade dos presos faria com que os políticos, salvo raras exceções, não reivindicassem recursos públicos a serem utilizados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna aos detentos, afinal, questões criminais são capazes, de fato, de gerar paixões em níveis que outros temas e áreas do Direito não conseguem (BRASIL, 2015, p. 33). De alguma forma, a ideia de que a tutela de condições dignas no cárcere é congruente com os direitos assegurados constitucionalmente não parece fazer sentido para uma sociedade que não tolera mais a criminalidade e a insegurança.

O ministro Marco Aurélio exemplifica a questão afirmando que:

Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não paute a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional. É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative*

⁸² “Todo este quadro é ainda agravado pelo fato de este contexto de violação de direitos em que vivem os presos no Brasil, ser visto com indiferença social. Não são raras as constatações de que esta situação é largamente aceita por grande parcela da sociedade brasileira, que pautada no senso comum, acredita que os detentos realmente devem sofrer duras sanções e até mesmo penas cruéis.” (PEREIRA, Luciano Meneguetti, 2017, p. 172).

blindspot): o debate parlamentar não a alcança (BRASIL, 2015, p. 33).

As questões levantadas pelo ministro-relator, dessa forma, seriam responsáveis por ensejar “pontos cegos” e bloqueios políticos, que só poderiam ser superados com a interferência do Supremo Tribunal Federal, vez que, em tese, não sofre interferência da opinião pública e exerce função tipicamente contramajoritária.

A impopularidade da população carcerária, bem como sua sub-representação no parlamento, se somadas ao fato de que processos estruturais, na grande maioria das vezes, são caros e levam tempo para começarem a produzir resultados, pode não somente obstar o enfrentamento de um litígio estrutural em um processo desse mesmo cariz como, também, desencorajar a adoção de quaisquer medidas voltadas à superação das violações massivas e reiteradas a direitos no cárcere.

5.6 Necessidade de Diálogo entre os Poderes em detrimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro ser decorrente da falta de coordenação entre estes

Um ponto de importante destaque foi o reconhecimento de que o estágio ao qual havia se chegado, não poderia ser atribuído a um único e exclusivo Poder, e sim aos três: Executivo, Legislativo e Judiciário, e não somente os da União, mas, também, os dos estados e os do Distrito Federal, havendo problemas tanto de formulação e de implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal, caracterizando uma verdadeira “falta de coordenação institucional” (BRASIL, 2015, p. 23).

Assim, apesar de muitos dos direitos violados serem assegurados na Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal – e na Lei Complementar nº 79/94 – Lei do Fundo Penitenciário Nacional –, estaria-se diante de verdadeira omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos e um funcionamento deficiente do Estado como um todo (BRASIL, 2015, p. 23).

A inércia, para o Tribunal estaria caracterizada não somente quando ausente a legislação mas, também, diante da inexistência de qualquer tentativa de modificação da situação, que não só configuraria um descaso com a situação como, também, propiciaria o agravamento desta. Diante de tal quadro, a solução seria envolver – numa atuação coordenada, mútua e complementar – o Legislativo, Executivo e Judiciário dos diferentes níveis federativos, e não somente um único órgão ou entidade (BRASIL, 2015, p. 23).

O ministro designou o caso como sendo uma situação que envolve diretamente os chamados “litígios estruturais”, caracterizando-os enquanto aqueles nos quais é necessária a correção ou criação de políticas públicas, a alocação de recursos orçamentários, ajustes e reestruturações institucionais e outras medidas que envolvem uma pluralidade de autoridades públicas.

Apesar do reconhecimento da necessidade de participação dos demais Poderes, o pontapé

inicial do Supremo Tribunal Federal no sentido de dialogar com as instituições majoritárias responsáveis pelas violações ocorridas parece não ter fomentado um diálogo cooperativo, como era esperado, e isso não parece ter decorrido do fato de que o Tribunal não tomou medidas mais fortes e impositivas – utilizando-se de uma espécie de “*strong judicial review*” – ou da falta de um pedido final dialógico na petição do PSOL, e sim da indisponibilidade institucional para o diálogo por parte dos requeridos, colocando em dúvida a possibilidade de juízes, por meio do Direito, serem capazes de transformar a realidade social.

5.7 Impressões gerais sobre a ADPF 347

Em sede de considerações finais, expostos os fundamentos que subsidiaram o pedido da ADPF 347, bem como a resposta apresentada pelo Supremo Tribunal Federal – com destaque ao voto do ministro-relator Marco Aurélio –, argumentou-se que a situação que deu ensejo ao ECI pouco foi modificada. Foram observados, ademais, três pontos importantes, na tentativa de compreender por que a ADPF 347 – caso notadamente estrutural – não se desenvolveu em um processo estrutural: 1) complexidade, experimentalismo e cultura punitivista; 2) a impopularidade e a sub-representação dos presos *versus* resultados de longo prazo; e 3) a necessidade de diálogo entre os Poderes em detrimento do ECI prisional ser decorrente da falta de coordenação entre eles.

Ultrapassada essa fase, verificou-se que: a) a complexidade e o experimentalismo parecem agravar o cenário dos detentos no país. Isso porque processos estruturais são caros, demorados, e, em geral, demandam diversas tentativas de medidas até que alguma melhora seja vista. Não parece ser interesse dos brasileiros que tempo e dinheiro sejam investidos no aprimoramento das condições carcerárias daqueles que a população, em grande parte, considera serem merecedores das atrocidades com as quais têm que lidar diariamente; b) a impopularidade e a sub-representação dos presos parece contraditar a necessidade imediatista das instituições majoritárias de produzirem resultados concretos, dentro de seus mandatos, a fim de garantir reeleições futuras e de agradar seus eleitores. Ademais, a indisponibilidade desses atores em atuarem em prol do grupo marginalizado em questão parece não afetá-los diretamente, uma vez que os detentos têm seus direitos políticos suspensos enquanto durar a pena; c) a tentativa de diálogo com os Poderes (também) responsáveis pelo ECI no sistema carcerário, por parte do STF, demonstra que não havia interesse institucional em resolver a questão em pauta e, conseqüentemente, em estabelecer um diálogo cooperativo com o Poder Judiciário, denotando que a iniciativa judicial dialógica pode não ser suficiente quando não existe vontade política; d) a demora injustificada no julgamento do mérito da ADPF 347 parece denunciar, também, que não há interesse do STF em enfrentar a inconstitucionalidade do sistema carcerário do país. Afinal, se o *status quo* vigente é, de fato, urgente e insustentável – o suficiente para justificar a declaração de um ECI – a matéria deveria ser tratada como prioridade da agenda do Tribunal. Nesse

sentido:

(...) não parece haver grande disposição do tribunal para acompanhar a implementação de um eventual plano, caso sua elaboração venha a ser determinada, o que é improvável. Assim, é possível concluir que, embora a pretensão inicial da ADPF 347 tenha sido elaborada para permitir a condução do processo de maneira estrutural, o STF não se organizou para tanto e, por enquanto, nenhuma medida com esse caráter veio a ser determinada (VITORELLI, 2020, p. 452).

Assim, ainda que questões estruturais sejam judicializadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, nem sempre haverá interesse por parte dos ministros e/ou das instâncias majoritárias em lidar ou levar a cabo demandas estruturais. Isso significa, em outras palavras, que apesar do STF ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e o *locus* de maior atenção, em âmbito judicial, no cenário nacional, nem sempre a adjudicação de litígios estruturais será produtiva neste Tribunal, de forma que, no caso da ADPF 347, o STF parece ter se utilizado do “maravilhoso mistério do tempo”⁸³⁸⁴ para não ter que lidar com questões complexas sem averiguar seus impactos políticos, sociais e institucionais.

Nesse sentido, a concessão parcial da cautelar – e não julgamento do mérito – pode ter exercido uma “função pedagógica”, que a jurista Flávia Santiago aponta enquanto estratégia à disposição do Tribunal quando este pretende, por exemplo, “(...) avaliar as reações do público e dos agentes governamentais, de sorte a construir seu entendimento” (LIMA, 2014, p. 62-63). Dessa forma, ao invés de postergar o debate, o STF pode utilizar-se de decisões provisórias como forma de “(...) persuasão lenta, para avançar com ideias que já articula em sua forma final” (LIMA, 2014, p. 62-63).

Sobre a ADPF 347, Vitorelli (2020, p. 263) argumenta que esta foi um caso de litígio estratégico com pedido estrutural; ou seja, o caso visava a produção de um novo precedente ou uma nova compreensão do direito, bem como uma reforma no modo como as instituições que causavam a violação a direitos atuavam ou deixavam de atuar. Isso porque, segundo o autor, a requisição de que fosse declarado um ECI do sistema carcerário no país em nada mudaria a situação fática dos presos, mas poderia ser capaz de mobilizar a comunidade jurídica e as autoridades relacionadas ao tema, pois a obtenção de uma declaração, pelo Tribunal mais alto do país, de que algo está errado, é uma estratégia importante de mobilização de forças.

⁸³ O termo é originariamente utilizado por Alexander Bickel em “The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics” (1962). Em âmbito brasileiro, a expressão é utilizada por Flávia Santiago, José Mario Wanderley Gomes e Leon Barbosa para falar das “virtudes passivas” no Supremo Tribunal Federal. (LIMA; GOMES; BARBOSA, 2018, p. 21-36).

⁸⁴ “As virtudes passivas possibilitam ainda que a corte explore o “maravilhoso mistério do tempo”, em suas diversas implicações. Por vezes, na oportunidade posterior de julgamento, pode-se concluir que chegou o momento de abordar diretamente a questão, mesmo que fundamentada em princípio contrário à expectativa popular (...) Em outras hipóteses, o tribunal adia a resposta porque tem dúvidas quanto ao princípio controlador ou sobre seu sentido (...) Para solucionar sua incerteza, emprega soluções “provisórias”, que lhe permitem avaliar as reações do público e dos agentes governamentais, de sorte a construir seu entendimento. Assim, ao invés de simplesmente postergar o debate, a corte desempenha uma função pedagógica, utilizando essas decisões “provisórias” como uma estratégia de persuasão lenta, para avançar com idéias que já articula em sua forma final.” (LIMA, 2014, p. 62-63).

Entretanto, o autor continua sua linha de argumentação alegando que a petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental acabou envolvendo metas tão abrangentes e tão difíceis de serem realizadas, que é mais provável que a intenção da própria ADPF tenha sido mais simbólica que prática (VITORELLI, 2020, p. 263)⁸⁵.

Vitorelli (2020, p. 265) finaliza alegando que a construção de pedidos demasiadamente distantes da realidade, com providências altamente complexas e conflituosas, como ocorreu no caso da ADPF 347, pode atrair descrédito para o autor da ação, sem o resultado estratégico objetivado e sem benefícios diretos para a situação litigiosa, que poderiam ser viáveis se o pedido elaborado fosse mais factível.

O fato é que, em geral, casos levados ao Supremo Tribunal Federal, cuja pretensão é a de que o Tribunal declare um ECI, muitas vezes, levam os autores a formularem pedidos irrealizáveis. Almeja-se muito, pois acredita-se que o órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil pode muito. Essa falta de congruência entre aquilo que é pedido e aquilo que pode ser realizado tende a acontecer mais facilmente em casos levados ao STF.

O primeiro passo para o desenvolvimento adequado de um processo estrutural, de fato, é a adoção de uma postura dialógica por partes dos magistrados, mas ela, por si só, não garante bons resultados ou sequer quaisquer resultados. Isso ocorre por, pelo menos, dois motivos. O primeiro é que uma decisão aparentemente dialógica pode não representar uma verdadeira disposição do Tribunal em dialogar com os demais ramos do poder estatal. Pode retratar, ao revés, uma manobra estratégica para não deixar de responder a uma questão que diz respeito diretamente à violação sistemática de direitos fundamentais sem, contudo, comprometer a autoridade da instituição. Assim, o STF mostra-se sensível à proteção de direitos de grupos vulneráveis – exercendo a função contramajoritária para a qual foi primordialmente designado – e, ao mesmo tempo, observa o *backlash* de sua decisão, movimentando-se, posteriormente, de acordo com a reação das instâncias majoritárias e da população sobre um tema (politicamente e socialmente) custoso, não incorrendo no risco de comprometer sua autoridade institucional.

Nesse sentido, talvez seja mais interessante judicializar demandas estruturais nas instâncias

⁸⁵ Acerca da petição inicial da ADPF 347, Vitorelli (2020, p.264) argumenta que “O primeiro pedido é explicitamente estratégico. A declaração, pelo STF, de um “estado de coisas inconstitucional” não resolve absolutamente nada na situação dos presos. Ela é capaz, no entanto, de mobilizar a comunidade jurídica e as autoridades relacionadas ao tema, trazendo o foco dessas pessoas para o problema. (...) Obter da mais alta Corte do país uma declaração de que algo está errado é uma estratégia importante de mobilização de forças, embora não signifique nenhum resultado concreto imediato. (...) O segundo pedido, embora explicitamente estrutural, é, no fundo, estratégico. É que o plano requerido pela inicial envolve metas tão abrangentes e tão difíceis que, à primeira vista, já parecem irrealizáveis. A meta “contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país”, por exemplo, exigiria, por si só, um processo multi-institucional, com envolvimento de diversos atores de diversos entes federados, na busca para a solução de um problema que países mais ricos e avançados que o Brasil, (...) ainda estão longe de resolver. Dificilmente essa circunstância deve ter passado ao largo da percepção dos autores da inicial. O mais provável é que esse pedido tenha sido incluído como forma de, estrategicamente, mobilizar o debate público e as instituições envolvidas para o problema do crescimento da população carcerária”.

inferiores. Isso porque, apesar da repercussão geral que pode ser garantida no Supremo Tribunal Federal, justamente por estar “no centro das atenções”, o STF pode adotar posturas que melhor atendam às suas necessidades institucionais às custas da melhor solução para o caso em concreto. Não é difícil vislumbrar, atualmente, que o Tribunal tem uma agenda própria e que suas decisões podem envolver interesses políticos dos próprios ministros.

Isso não quer dizer, todavia, que demandas estruturais sempre que chegaram ao STF, não receberão o tratamento adequado. Quer dizer, tão somente, que as instâncias inferiores são, em regra, menos visadas e observadas e que possuem, em geral, maior proximidade com a causa do litígio estrutural que se pretende resolver. Por esse último motivo, inclusive, é mais fácil que audiências públicas sejam realizadas e que as necessidades das vítimas que têm os seus direitos violados sejam melhor atendidas.

O segundo é que, ainda que o Tribunal esteja, de fato, comprometido com a mudança do quadro de violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais, as mudanças só vão acontecer se houver disposição política em efetivá-las, pois dificilmente o direito, sozinho, é capaz de transformar cenários calamitosos que perduram há décadas por razões inerentes à própria cultura do país. Transformações profícuas, portanto, dependem mais dos contextos sociopolíticos em que estão inseridos do que da postura judicial adotada.

Isso não significa, entretanto, que demandas estruturais não devam ser ajuizadas, mas que, nem sempre, repercutirão o efeito pretendido. Mesmo quando não são capazes de provocar mudanças substanciais, entretanto, a judicialização desses casos contribuem para chamar a atenção do Poder Judiciário, dos demais órgãos públicos, da população, da mídia, da academia e da sociedade civil organizada para violações de direitos fundamentais que, anteriormente, passavam despercebidas ou não eram tratadas como questões “de direito”. Somente com esforços contínuos, de fato, é que a Constituição se transformará numa “verdade viva” (FISS, 2017, p. 606).

5.8 A experiência das instâncias inferiores: a Ação Civil Pública como ferramenta de judicialização de litígios estruturais

O presente tópico volta-se à discussão da Ação Civil Pública (ACP) enquanto ferramenta importante para a proteção de interesses coletivos que são comprometidos por problemáticas estruturais. Regulada pela Lei nº 7.347/1985, a ACP protege um vasto campo de interesses pertinentes à coletividade, quais sejam: a) direitos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor ou a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; b) a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; c) à honra e à dignidade de grupos sociais, étnicos ou religiosos; d) ao patrimônio público e social; e e) a danos morais e patrimoniais causados por infrações de ordem

econômica (sem prejuízo da Ação Popular e de maneira complementar a este instrumento).

Entre o amplo rol de legitimados para a propositura do referido instrumento, destacam-se o Ministério Público (MP) e a Defensoria Pública (DP). A legitimidade ativa da última se deu com a edição da Lei nº 11.448/2007 (responsável pela atual redação do art. 5º da Lei da ACP), pondo fim a aspectos gerais da discussão em torno da possibilidade de ajuizamento deste instrumento processual pela instituição¹²². A Emenda Constitucional 80/2014, por sua vez, ratificou a legitimidade ativa do órgão para a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos hipossuficientes.

No Brasil, diferentemente de outros ordenamentos – nos quais a defesa desses interesses é realizada por atores da sociedade civil – os órgãos estatais voltados à sua proteção possuem uma grande capacidade institucional – contando com profissionais qualificados, bem remunerados, com relativa independência de atuação e abrangente capacidade de atuação – para a proteção de direitos metaindividuais (RODRIGUEZ et al., 2013, p. 18). Como sugerem Katya Kozicki e Maria Helena Faller (2019), esse cenário remonta à necessidade de uma arena compartilhada de interação que permita dinâmicas fluidas entre a mobilização jurídica da sociedade civil e o trabalho destes órgãos.

Nesse sentido, serão apresentados os casos da “ACP do Carvão”, das creches no município de São Paulo e da intervenção judicial na Fundação Estadual da Criança e do Adolescente (FUNDAC/RN) como exemplos bem-sucedidos de litígios estruturais que chegaram às instâncias judiciais inferiores por meio de ACP.

5.9 A “ACP” do Carvão

O sul de Santa Catarina tem como uma das principais atividades a mineração de carvão, prática iniciada no século XIX. Essa exploração, realizada ao longo de décadas – nas quais não havia preocupação com a recuperação das áreas exploradas – deixou um grande passivo ambiental. Em 1993, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou uma Ação Civil Pública, tombada sob o nº 93.8000533-4, perante a Justiça Federal de Criciúma (SC) com o intuito de impor às rés (mineradoras e a União) a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da região degradada pela mineração de carvão na região.

Em janeiro de 2000, sentença foi prolatada pelo então juiz federal Paulo Afonso Brum Vaz, na qual foi imposto aos réus que, dentro do prazo de seis meses, oferecessem um projeto de recuperação da região, abarcando, pelo menos:

(...) todos os itens assinalados no PROVIDA-SC, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, e executar dito projeto no prazo de 3 (três) anos, contemplando as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento (ARENHART, 2017, p. 424).

A sentença cominou multa coercitiva e impôs medida de sub-rogação, consistente na

contratação, às expensas dos condenados, para a elaboração e execução dos planos. Ademais, a sentença impôs às mineradoras que adequassem sua conduta, em 60 dias, às normas de proteção ambiental – sob pena de interdição – e aos órgãos de proteção ambiental e de fiscalização de mineração o “dever de apresentar relatório circunstanciado de fiscalização de todas as minas em atividade naquela região” (ARENHART, 2017, p. 424).

O referido processo pode ser descrito pelas seguintes fases: 1) entre os anos de 2000 e 2004 não houve avanços significativos para o cumprimento das ordens judiciais; 2) entre 2004 e 2005 foi produzido um amplo material técnico sobre como deveria ser realizada a recuperação da área. As informações trazidas pelo MPF possibilitaram delinear com maior precisão quais medidas deveriam ser adotadas pelas rés a curto, médio e longo prazo a fim de viabilizar a recuperação do ambiente degradado; 3) no período entre 2006 a 2009 foram adotadas medidas para reparar a região –, inclusive, houve a criação de um grupo de assessoramento técnico do juízo e a realização de audiências públicas –, Ainda nessa fase, os réus tiveram que apresentar projetos que atendessem às padronizações instituídas pelo MPF, que viabilizou um controle preciso dos atos que estavam sendo adotados e daqueles que deveriam ter sido adotados; 4) Em 2009, iniciaram-se algumas inspeções para o monitoramento do cumprimento da decisão e foi criado um *website* para publicizar as atividades realizadas visando a recuperação ambiental da região.

Nessa quarta fase de cumprimento da sentença judicial, que continua até os dias atuais, buscou-se a implementação dos cronogramas e dos projetos de recuperação ambiental (ARENHART, 2015, p. 216). A última audiência pública no caso ocorreu em 13 de março de 2016, para a discussão do 9º relatório (PORFIRO, 2018, p. 156). Cumpre observar, ainda nesse sentido, que as audiências públicas foram realizadas em locais diferentes, o que viabilizou uma maior publicidade e participação (PORFIRO, 2018, p. 156).

A experiência da ACP do Carvão permite observar que soluções consensuais e graduais têm maior chance de êxito que a simples imposição de uma sentença não-dialógica, que pode não contemplar os limites – orçamentários e atitudinais – das partes processuais e da Administração Pública, dando ensejo a soluções que não são factíveis tecnicamente.

5.10 O caso das creches no município de São Paulo

Outro caso estrutural brasileiro ocorreu com o ajuizamento de uma ACP (de nº 0150735-64.2008.8.26.0002), em 5 de setembro de 2008, por um conjunto de associações integrantes do “Movimento Creche para Todos”, requisitando: 1) a fixação de 180 (cento e oitenta) dias ou outro prazo para a municipalidade de São Paulo (SP) construir unidades em números suficientes para 736 crianças, em locais próximos às suas residências; 2) o estabelecimento de 90 dias, ou outro prazo, para o município apresentar um plano de ampliação de vagas e de construção de unidades – em

conformidade com o Plano Nacional de Educação (Lei nº 10.172/2001).

Em primeira instância, o feito foi julgado extinto sem resolução do mérito, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido, posto que os pedidos invadiriam a discricionariedade do Poder Executivo. Após a interposição de recursos, realização de audiências públicas e outras providências, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reformou a sentença. Assim, o último acórdão proferido foi publicado em 16 de dezembro de 2013, nos autos da apelação nº 0150735-64.2008.26.0002, oportunidade na qual o desembargador federal Walter de Almeida Guilherme argumentou que a atuação do Poder Judiciário não representaria lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes, pois “(...) ao exigir a observância de direito consagrado na Constituição, não está ele (o Poder Judiciário) se pronunciando sobre o mérito administrativo, relacionado às conveniências do Governo, mas sim fazendo respeitar as determinações do legislador constituinte” (BRASIL, 2013, p. 13).

Assim, o TJSP determinou que o município de São Paulo criasse, entre os anos de 2014-2016, 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade e incluísse em seu orçamento recursos suficientes para tal procedência. Ademais, o Tribunal condenou o município a formular, no prazo de 60 dias, um plano para a ampliação de vagas e de construções de novas unidades de educação infantil e apresentar, semestralmente, relatórios sobre as medidas realizadas. Por fim, determinou que a Coordenadoria de Infância do Tribunal supervisionasse a implementação desse plano em conjunto com representantes do Ministério Público, Defensoria Pública e entes da Sociedade Civil envolvidos com a questão.

5.11 O caso da intervenção judicial na Fundação Estadual da Criança e do Adolescente (FUNDAC/RN)

O último caso refere-se à decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Natal na Ação Civil Pública nº 0108149-70.2014.8.20.0001, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra o Estado do Rio Grande do Norte (e da Fundação Estadual da Criança e do Adolescente (FUNDAC) – entidade da administração indireta do Governo do referido estado –, responsável pela execução de medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes infratores daquela unidade federativa –.

A petição inicial denunciava um quadro caótico, de abandono e descuido das instalações físicas dos estabelecimentos de internação socioeducativa, além de irregularidades na gestão da instituição. Ademais, inexistiam vagas suficientes nas instalações e havia uma tendência crescente de aliciamento de adolescentes por organizações criminosas para a prática de ilícitos, dando ensejo, inclusive, ao surgimento de grupos de extermínio de adolescentes suspeitos de envolvimento com práticas delitivas (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 118).

O objetivo central do MP ao promover a ACP em questão foi o de realizar uma reforma institucional estrutural no âmbito da FUNDAC/RN, com o intuito de promover sua adequação às normas do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituído pela Lei nº 12.594/2012. Dessa forma, postulou-se a nomeação de um interventor judicial pelo prazo de 180 dias, prorrogável por iguais e sucessivos períodos, dotado de amplos poderes para gerir a FUNDAC, em substituição ao gestor em exercício na época, fixando-se sua remuneração a ser custeada pela referida entidade, com o escopo de garantir o integral cumprimento das obrigações estabelecidas pelo Juízo (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 118).

Não obstante a ausência de previsão na legislação processual do instituto da intervenção judicial em entidades públicas, o magistrado julgou procedente o pleito ministerial e a sentença foi confirmada em sede recursal pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Passados 33 meses da decisão – proferida em 12 de março de 2014 – o governo do referido estado realizou um termo de acordo com o intuito de manter por mais nove meses a intervenção judicial na FUNDAC até 30 de setembro de 2017 (RIO GRANDE DO NORTE, 2019, on-line). No dia 29 de setembro foi firmado um aditivo ao acordo, objetivando

implementar todas as ações necessárias e indispensáveis ao completo reordenamento institucional da FUNDAC, nos moldes do SINASE, bem como desenvolver um diálogo interinstitucional, a fim de viabilizar a construção de um sistema socioeducativo adequado e, consequentemente, a devolução da gestão da entidade ao governo do Estado do Rio Grande do Norte (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 118).

Da descrição dos casos em referência, observa-se que a legislação processual brasileira, embora apresente limitações para o emprego de mecanismos estruturantes, permite que – no decorrer da relação processual – sejam estabelecidas inovadoras dinâmicas entre as partes, que contemplem aspectos técnicos e fáticos, além da integração dos representados, interessados e participação da sociedade civil. Neste universo, destaca-se o relevante papel do juiz, que pode assumir uma postura articuladora deste amplo diálogo, incentivando as partes à colaboração na busca de soluções efetivas. Certamente que as instituições do sistema de justiça legitimadas para a propositura destas ações desempenham importante papel, que não se esgota com o mero ajuizamento das demandas, mas deve persistir ao longo do processo, no empenho para a caracterização do direito transindividual em jogo e da delimitação dos pedidos. No mesmo sentido, deve-se pontuar a necessidade de que os órgãos de representação judicial dos entes públicos – Advocacia-Geral da União, Procuradorias Estaduais e Municipais – também se engajem na colaboração com os demais atores do processo, a partir da defesa jurídica e técnica das políticas públicas, expondo os pressupostos fáticos e a motivação dos atos administrativos, seus trâmites e complexidades, mas também promovendo a integração com os diversos órgãos da estrutura estatal. Em verdade, a fase satisfativa de decisões estruturantes prescinde de interlocução entre as instituições envolvidas na lide e a sociedade civil, com o constante monitoramento das medidas adotadas.

5.12 A garantia jurisdicional dos direitos socioeconômicos e culturais: qual o papel dos processos estruturais?

A prática judicial, atualmente, tem demonstrado a vitória dos defensores da justiciabilidade dos direitos socioeconômicos e culturais sobre aqueles que defendiam que a segunda dimensão dos direitos humanos só poderia ser concretizada por meio de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Podem ser apontados, nesse sentido, alguns fatores catalisadores desse processo.

Os mecanismos regionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como a jurisprudência desses órgãos, têm produzido uma interpretação das normas de direitos socioeconômicos e culturais favorável à sua realização judicial no âmbito nacional (LANGFORD, 2009, p. 101). Essa tendência foi reforçada no ano de 2008, com a adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que prevê um procedimento de denúncia individual ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDCP) (LANGFORD, 2009, p. 100). Ainda nesse sentido, em seu artigo 21, impõe aos Estados signatários a obrigação de adotar medidas, no limite da disponibilidade de recursos, para assegurar, de forma progressiva, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto.

Da disposição ora em comento, extraem-se bons parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas, quais sejam: 1) a adoção imediata de medidas adequadas e capazes de assegurar, pelo menos, o mínimo existencial dos direitos elencados no Pacto; e 2) a implementação de medidas continuadas, para a realização progressiva dos direitos, à medida, obviamente, dos recursos orçamentários disponíveis.

Apesar do tratado não falar especificamente do “mínimo existencial”, trata-se de uma conclusão implícita, pois, como observa Christian Courtis (2008, p. 503-504):

Um elemento conceitual importante que diz respeito à determinação de responsabilidades de um Estado em relação aos DESC é a noção de *core content* (também denominado conteúdo central mínimo, obrigações centrais mínimas, limiar mínimo ou “conteúdo essencial”, como é conhecido na tradição constitucional alemã e nas tradições que dela decorrem). Essa noção implica a possibilidade de definição do grau mínimo absoluto do direito, sem o qual esse direito se tornaria irreconhecível ou não teria significado algum.

Como averiguar qual seria o conceito de “mínimo existencial” é uma tarefa que deve ser efetuada a partir do caso em concreto. Discutir especificidades genéricas parece não ter, de certa forma, aplicabilidade prática, uma vez que as contingências da vida real – bem como a existência de práticas institucionalizadas não mapeadas que obstem ou dificultam o dispêndio de recursos públicos com políticas públicas – variam a depender do cenário nos quais os problemas estão inseridos.

Não parece haver lógica, entretanto, possíveis concessões atomizadas de direitos

socioeconômicos e culturais por meio de ações individuais não lidarem diretamente com o argumento do “mínimo existencial”, mas as ações coletivas serem recorrentemente recusadas pelo Poder Judiciário a partir deste mesmo fundamento. Apesar disso, juízes parecem ser mais sensíveis a casos específicos e pontuais que a demandas capazes de beneficiar a coletividade. Isso porque, a partir de uma visão micro, decisões individuais não geram gastos visíveis aos cofres públicos, enquanto ações coletivas, via de regra, acabam interferindo em políticas públicas e, conseqüentemente, gerando dispendios notadamente maiores.

A correta compreensão da reserva do possível, nesse sentido, precisa ser guiada a partir de uma análise de razoabilidade, ou seja: antes de julgar procedente uma demanda em que se reivindica do Estado uma prestação material, para a realização dos DESC, os magistrados devem averiguar se a medida pretendida é razoável, de modo que as condições financeiras do aparato estatal comportam o cumprimento de uma obrigação de natureza, levando em conta, ademais, as necessidades sociais como um todo.

Essa análise da razoabilidade deve compreender, também, a possibilidade de que a medida seja estendida a todos aqueles que estejam em igual situação, mesmo que estes não tenham recorrido ao Poder Judiciário⁸⁶. Isto porque uma característica inerente aos direitos humanos é a sua universalidade, de modo que sua garantia deve ser conferida a todos os seres humanos, sem distinções de qualquer natureza. Assim, a imposição de uma determinada obrigação ao Estado, via jurisdição civil, deve, necessariamente, ser precedida de tal verificação, o que denota a necessidade de uma ampla compreensão das políticas públicas sociais, que vão além dos limites da relação processual.

Uma solução adequada, nesse sentido, demanda a possibilidade de um Poder Judiciário dialógico (LIMA; FRANÇA, 2009, p. 243), pois somente através da avaliação holística do problema, é que suas decisões poderão, de fato, beneficiar a coletividade. Além do diálogo institucional, a mobilização social é de crucial importância para a efetiva implementação dos DESC, pois desta forma, cria-se um sentimento de apropriação estratégica do litígio, o que acaba por facilitar a produção de provas e ampliar a legitimidade da reivindicação levada a juízo, além de ajudar no monitoramento e aplicação das ordens e dos acordos alcançados.

Nesse sentido, o processo estrutural aparece enquanto alternativa viável à implementação dos DESC pela via judicial, na medida em que possibilita não somente o ajuste ou revisão de uma política pública, como, também, garante a ampla participação dos envolvidos e atenta para a fonte da violação

⁸⁶ Nesse sentido, “A questão, contudo, é mais complexa em relação ao componente fático da reserva do possível, pois aqui o obstáculo não é jurídico ou ético, mas decorre da realidade econômica. Assinale-se, em primeiro lugar, que a reserva do possível fática não pode ser vista tomando em conta apenas a pretensão individual demandada em juízo. Fosse este o caso, o conceito seria praticamente irrelevante, pois é altamente implausível que o atendimento ao direito de uma única pessoa tenha algum impacto significativo no universo dos recursos disponíveis de um ente público. É uma exigência inexorável do princípio da igualdade que o Estado só conceda a uma pessoa aquilo que tenha condições de dar às outras que estiverem em idêntica situação. Por isso, a reserva do possível fática deve ser compreendida como a capacidade financeira do Estado de arcar com a universalização da prestação material postulada, para todas as pessoas que estiverem nas mesmas condições daquele que a requereu.” (SARMENTO, 2016, p. 556).

de direitos, e não para as suas consequências. Sentenças estruturais, dessa forma, evitam decisões que “enxugam o gelo” (VITORELLI, 2020, p. 114-115) e, portanto, interferem no litígio de forma estruturada, buscando reorganizar o estado de coisas que fomenta violações a direitos fundamentais. A lógica do processo estrutural, desse modo, permite a transição de uma racionalidade causal para uma teleológica (GALDINO, 2019, p. 380).

Esse caráter contínuo e prospectivo dos processos estruturais demanda flexibilidade e, como dito anteriormente, experimentalismo. Essas duas características proporcionam a esse tipo de procedimento uma boa estrutura para lidar com a implementação ou reajuste gradual de políticas públicas e assegurar, progressivamente, o mínimo existencial. Isso porque garantem ao processo estrutural uma maleabilidade não somente no plano substancial – abrindo espaço para que a ideia inicial acerca dos resultados ou do significado dos direitos violados no caso concreto seja revisada – como, também, com o desenho e a configuração do próprio procedimento – levando em conta a complexidade e o desafio epistêmico dos litígios estruturais – (FERRARO, 2015, p. 138). Desse modo, é possível abarcar contextos concretos que violam direitos fundamentais e revisá-los constantemente, até que o mínimo existencial passe a ser garantido⁸⁷.

O processo estrutural é interessante, ademais, pois o emprego de um procedimento rígido ou influenciado por institutos de um processo pensado para ser estático não comporta as contingências dos litígios estruturais, de forma que se faz necessário, inclusive, uma maior flexibilidade entre cognição e execução⁸⁸ (FERRARO, 2015, p. 138).

5.13 Conclusões parciais sobre o capítulo 4

Os litígios estruturais vêm chamando, nos últimos tempos, a atenção de acadêmicos, juristas e tribunais brasileiros. Uma confluência de fatores contribui para tanto, podendo-se destacar o avanço na luta pela efetivação de direitos, a insustentabilidade de cenários caóticos – que comprometem a implementação das promessas constitucionais – e um consequente deslocamento do eixo de poder em favor do Judiciário (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 121).

Atrelado a isso, vale destacar que a cultura judicial que vem evoluindo desde a promulgação do texto constitucional de 1988 e a crença (questionável) de que situações complexas – ao ponto de

⁸⁷ O que é “mínimo existencial”, como dito anteriormente, só poderá ser delineado no caso em concreto, que permite uma análise realista e profunda das necessidades das vítimas.

⁸⁸ Ainda nesse sentido, no que toca à causa de pedir, Marcela Ferraro (2015, p.139) argumenta que: “É necessária a inversão da lógica segundo a qual o objeto do processo é conhecido, como regra, desde logo. A lógica invertida seria um objeto do processo verificável apenas a posteriori, após a discussão entre as partes e demais interessados, como reflexo de que a petição inicial apenas traz um “esboço da demanda” (da causa de pedir e do pedido e talvez, até mesmo, de quem seriam aqueles responsáveis pela violação de direitos). É uma visão mais ajustada à dinâmica e à dinamicidade dos litígios estruturais. Isso, certamente, tem reflexos naquilo que vem atrelado ao princípio da demanda. Tem repercussão sobre a regra da correlação entre demanda e sentença, até porque essa congruência depende de o pedido ser certo e determinado, como regra. Igualmente, tem relação com uma causa de pedir que pode ser delineada pelo autor, além de pressupor um esgotamento da cognição com a sentença”.

não terem sido resolvidas em outros setores do Estado ou da sociedade – podem ser solucionadas ou mitigadas por juízes.

Os processos estruturais enfrentam problemas demasiadamente complexos – que não se restringem à procedência/improcedência do pedido, mas adentram em campos como a escassez de recursos, a discricionariedade alocativa, a inexistência de programas estabelecidos em lei, falhas provenientes de décadas de omissão pública, dificuldades de implementação de políticas públicas etc. –, de forma que não podem ser tratados sem que haja uma observância das consequências e impactos dos remédios utilizados na realidade social. Além disso, lidam, não raramente, com problemáticas sociais arraigadas, cuja solução não é alcançada por meio de medidas simples, mas sim através da mudança de paradigmas da sociedade como um todo ou da adoção de mecanismos que levam mais de uma geração para surtir efeitos. Dessa forma, independentemente das intenções do julgador que exarou a medida tendente a afastar violação constitucional, resultados empíricos dependem, também, em algumas circunstâncias, de uma mudança de mentalidade e conscientização da população sobre o respeito, na prática, dos direitos e princípios constitucionais.

Provocar mudanças substanciais na concretização e/ou execução de questões estruturais requer um procedimento judicial cauteloso e consequencialista, preocupado com o caráter público e o alcance coletivo do processo, com escopos palpáveis e condizentes com a realidade. Nesse sentido, o próprio diálogo contribui com uma percepção mais objetiva dos magistrados em relação ao problema, pois a contribuição dos atores envolvidos direta ou indiretamente no conflito traz à baila aspectos que não podem ser deduzidos, imaginados ou aferidos pelos juízes, pois existe um limite intransponível entre a experiência daqueles que vivenciam o problema (realidade fática) e a capacidade de aproximação de um observador externo, por mais engajado que este esteja na causa.

Por mais que o magistrado se esforce, existem questões técnicas, financeiras e até mesmo burocráticas que ele não domina e que precisam ser consideradas quando da definição de “como” e “quando” determinados quesitos (como, por exemplo, a implementação de uma política pública) precisam ser tratados (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2013, p. 146). Assim, se a decisão judicial for subsidiada por elementos que o juiz, solitariamente, não teria acesso e sem os quais, muito provavelmente, adotaria medidas que não gozariam de eficácia na prática, possui mais chances de causar impactos positivos na superação do problema.

A compreensão da função e da formatação do litígio estrutural são importantes para o reforço da sugestão de que transformações sociais só são viáveis através de esforços compartilhados entre uma ampla gama de atores, sem os quais a decisão judicial, muito provavelmente, teria um cunho meramente declaratório.

Não se pode desconsiderar, ademais, que o processo civil, ainda que imperfeito, é uma estratégia a ser ponderada quando o foco é a transformação social. De certo, não é a única via, mas é

um dos caminhos que podem ser trilhados a depender da estratégia dos demandantes. Se esse argumento não for suficiente como resposta às questões levantadas, é válido lembrar, como apontam Gauri e Brinks, que “de uma perspectiva pragmática, é tarde para questionar se os tribunais deveriam intervir para assegurar direitos, pois já o fazem diariamente; a questão mais importante agora é entender como devem fazê-lo”, o que traz à tona a necessidade de pensar em soluções práticas, viáveis e imediatas ao invés de revisitar o “dever ser” (GAURI; BRINKS, 2008, p. 342).

Destaca-se que esse tipo de raciocínio não implica em atribuir ao Judiciário um papel hercúleo de garantidor das esperanças populares, mas, tão somente, que as críticas dirigidas aos processos estruturais precisam ser pensadas levando em consideração a aptidão real de outros canais de poder para promover as mudanças sociais que se pretendem (VITORELLI, 2018, p. 349).

Defende-se, dessa forma, que a atuação jurisdicional em casos estruturais deve ser contingente, iniciando-se, todavia, com declarações mais “abertas”, deixando espaço, num primeiro momento, para que o “alerta” acerca da “obrigação de fazer” ou da obrigação de “não fazer” seja levado a sério pelas instituições responsáveis pela violação de direitos. As decisões dialógicas tendem a abrir um processo de monitoramento que incentiva a discussão de alternativas de políticas para resolver o problema estrutural detectado na decisão. Diferentemente das decisões judiciais unilaterais, as minúcias das políticas surgem durante o curso do processo de monitoramento, e não no próprio julgamento. Os tribunais dialógicos, dessa forma, tendem a emitir novas decisões à luz do progresso e dos contratemplos no processo e incentivam a discussão entre os atores do caso por meio de audiências públicas deliberativas (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 12).

Através do acompanhamento e monitoramento do (des)cumprimento da sentença estrutural, os magistrados podem utilizar medidas mais “fortes” ou “fracas”, sempre privilegiando, todavia, o diálogo constitucional, entendendo que a eleição dos mecanismos a serem empregados para chegar ao objetivo central depende de uma ampla gama de atores, responsáveis diretamente pela materialização daquilo que foi estipulado na sentença. Destaca-se que esses diálogos não implicam em consenso, mas sim num processo de “dar e receber” em que os atores envolvidos estão aptos a transparecer fraquezas, experimentar estratégias e produzir resultados palpáveis e condizentes com as circunstâncias que permeiam o caso. A virtude consiste na busca e provocação do ator mais apropriado para cada aspecto da demanda, entendendo que a materialização do texto constitucional só ocorrerá com esforços múltiplos.

Ademais, o sistema político brasileiro passou por diversas mudanças nas últimas três décadas, que afetaram não apenas os tribunais, mas outras instituições do sistema de justiça, como a Defensoria Pública, o Ministério Público, e a Advocacia Pública. Atrelada às prerrogativas legais conferidas às referidas instituições e aos fatores endógenos que contribuíram com o seu fortalecimento, tem-se o argumento de que a sociedade civil brasileira é fraca, desorganizada e

incapaz de defender seus interesses fundamentais (sociedade “hipossuficiente”) como outro argumento sólido na construção da ideia de que essas instituições deveriam interferir diretamente na relação Estado/sociedade em defesa desta última.

Diante disso, a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública ainda tem uma grande relevância para a construção de respostas satisfatórias na superação de violações massivas a direitos metaindividuais, bem como a atuação jurisdicional na satisfação destes.

A realidade denuncia, portanto, a necessidade de que o sistema de justiça atue de forma integrada. Do outro lado, como meta a ser atingida, tem-se a necessidade de criar ferramentas que sejam capazes de fortalecer a sociedade civil enquanto ator social capaz de participar ativamente de demandas que lhe digam respeito, destacando-se, aqui, a importância das audiências públicas e dos *amici curiae* em processos estruturais que envolvam litígios estruturais de interesse público.

Entende-se que pensar em um processo dialógico, no Brasil, é pensar em uma mudança substancial no *modus operandi* das instituições, que nem sempre estão dispostas a interagir cooperativamente, de forma que construir um ambiente participativo nas fases de cognição e execução em litígios estruturais depende diretamente da disposição dos atores envolvidos.

A busca por soluções dialógicas é uma luta de longo prazo e sem garantias, mas espera-se que o presente trabalho contribua, de alguma forma, com o estudo da relação entre a sociedade civil, o direito e as instituições políticas e jurídicas, pois a proteção de direitos socioeconômicos e culturais através da judicialização de litígios estruturais encontra no ativismo judicial dialógico uma possibilidade e na necessária aderência das instâncias majoritárias às medidas estruturantes prolatadas, um limite.

6 CONCLUSÃO

Após o período da Segunda Guerra Mundial, transformações históricas e sociais repercutiram diretamente nas esferas jurídica e política, principalmente, com o fenômeno da constitucionalização dos direitos em sociedades ocidentais, em oposição aos períodos autoritários que existiram durante o século XX. O referido fenômeno levou à previsão constitucional de diversos direitos sociais, econômicos e culturais – que foram alavancados à condição de direitos fundamentais – interferindo diretamente na atuação do Estado, que passou a exercer a função de garantidor.

O Direito brasileiro também passou por essas transformações, sobretudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seus mais de 30 anos de vigência ensejou diversas mudanças do ponto de vista normativo-estrutural.

A Constituição, enquanto centro do ordenamento jurídico, modificou a forma como os dispositivos constitucionais passaram a ser tratados pelo Poder Judiciário e pelos jurisdicionados. Essa nova realidade refletiu diretamente em outros ramos do direito, como o processual, bem como na redefinição do papel das instituições como um todo.

A teoria do direito processual passou a estar diretamente vinculada à Constituição Federal de 1988, extraindo dela as bases para o seu desenvolvimento e criando um modelo constitucional democrático de processo (THEODORO JR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 32-33).

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC), nesse sentido, trouxe o capítulo 1, denominado “Das normas fundamentais do processo civil”, dos artigos 1º ao 12º⁸⁹. Esses 12 dispositivos reforçam o caráter constitucional do CPC e a consequente necessidade de observância dos ditames constitucionais na via processual. Entre estas, podem ser citados: o contraditório; a ampla defesa; a cooperação processual entre os sujeitos processuais; a consagração de um modelo multiportas para a solução dos conflitos; a duração razoável do processo; e a primazia da solução integral de mérito, entre outros. Percebe-se que o intuito foi o de fugir das amarras oitocentistas e do formalismo do CPC/1973, bem como mudar a relação entre os sujeitos processuais, modificando a estrutura e o modelo de aplicação do processo civil brasileiro.

A relação jurídica processual atual, portanto, não pode ser vista simplesmente como uma relação na qual o julgador implementa sua posição de superioridade, de modo a relegar o debate processual a segundo plano. Os sujeitos processuais, de modo diverso, devem atuar em cooperação e por meio de uma perspectiva democrática, participando e influenciando na formação do provimento jurisdicional.

A participação dos sujeitos processuais na formação do provimento jurisdicional é uma das

⁸⁹ O artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015, nesse sentido, prevê que: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

características principais do processo constitucional democrático e perpassa, dessa forma, pelo seu aspecto coparticipativo.

Apesar da constitucionalização do processo civil, no Brasil, um dos maiores problemas observados nas tentativas de tratar os litígios estruturais – que são complexos, multipolares e envolvem, na grande maioria das vezes, o ajuste ou a implementação de uma determinada política pública – é que a matriz processual é predominantemente individual.

Os conflitos, em geral, se desenvolvem entre “A” e “B”, que possuem posições jurídicas completamente distintas e bem definidas. O autor postula um pleito em face do réu que, de forma passiva, simplesmente resiste, em um modelo individualista de processo, que tem por objetivo a resolução da disputa por um terceiro imparcial e distante das partes.

O modelo tradicional de processo civil, também chamado de “bipolar”, tem características marcantes, como o foco no ato ilícito cometido pela parte, sendo bem delineada a posição de cada parte. O autor, em geral, é vítima e o próprio beneficiário da reparação do ilícito, representando seus próprios direitos e sendo o réu o autor do ilícito, o representante do interesse contraposto e o destinatário da norma jurídica prolatada a ser cumprida.

Ainda nesse sentido, o papel do magistrado é passivo, uma vez que permanece enquanto árbitro ou observador entre duas partes, confiando a estas a iniciativa de apresentar os fatos, direitos e provas, para, ao final, declarar qual delas têm razão.

O processo de caráter bipolar é, por fim, episódico e autossuficiente, de modo que o impacto da sentença se restringe às partes e conclui a atividade judicial, sendo o direito e o remédio interdependentes. Em outras palavras: o alcance da reparação deriva da violação causada pela parte adversa.

Logo, é perceptível que o modelo processual bipolarizado é marcado pela rigidez formal, pelo caráter retrospectivo das soluções jurídicas, pela posição passiva e de simples acerto de direitos do magistrado pela definição do conflito com a prolação de sentença condenatória, entre outros.

Entretanto, em decorrência da profusão de situações do dia a dia que denunciam litígios de natureza estrutural, o Poder Judiciário vem sendo, cada vez mais, chamado a atuar na implementação de políticas públicas, bem como na estrutura burocrática de entes privados ou públicos para, por meio do processo, impor uma série de medidas visando fomentar, em conjunto com outras instâncias de Poder, mudanças sociais.

Litígios ditos “estruturais” têm sua complexidade e conflituosidade cotidianamente obscurecidos em processos individuais. Isso ocorre, sobretudo, em detrimento da preponderância do modelo de resolução de disputas como paradigma da atuação jurisdicional, formulada para solucionar conflitos e controvérsias individuais e patrimoniais (PICOLI, 2018, p. 101).

Esse modelo bipolarizado torna a teia de interesses sociais imbricados em uma relação

abstratamente reduzida à lógica dual da relação jurídica processual; retira a violação massiva de direitos de seu contexto fático e a torna um simples episódio sobre o qual se deve deliberar pontual e retrospectivamente, além de não garantir qualquer tipo de *accountability* social.

No que concerne ao aspecto consequencial, essa simplificação pode ensejar duas vicissitudes insanáveis às decisões judiciais, quais sejam: a ineficácia global (porque meramente combativas das consequências) e a produção de efeitos colaterais (porque incapazes de apreender o conflito social em sua integralidade) (PICOLI, 2018, p. 102).

O processo estrutural, nesse sentido, foi apresentado enquanto ferramenta adequada ao enfrentamento judicial de litígios estruturais, uma vez que a tutela jurisdicional nele desenvolvida guarda caráter prospectivo, contínuo e maleável e o enfoque adjudicatório se desloca da reparação de violação pontual do direito à reestruturação do estado de coisas transgressivo.

São comumente vistos como um tipo (espécie) de processo coletivo⁹⁰, que visa enfrentar conflitos multipolares e de elevada complexidade, cujo objetivo é promover a guarda dos direitos fundamentais pela via jurisdicional, interferindo no (mal) funcionamento ou na omissão de organizações públicas ou privadas. É necessário, nesse sentido, que as organizações sejam reestruturadas como um todo, a partir da alteração de seus procedimentos internos, sua estrutura burocrática e a mudança comportamental de seus agentes.

Demandam, para tanto, o estabelecimento de um processo civil democrático e coparticipativo, embasado no estabelecimento de uma relação dialógica e na revisitação de diversos institutos do processo civil tradicional, que não são ideais ou adequados, em sua forma atual, para o tratamento de litígios estruturais.

Em suma, processos estruturais, em geral⁹¹, servem à implementação de uma reforma da estrutura de organizações públicas ou privadas por meio da via judicial, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais, resolver litígios complexos e efetivar políticas públicas (DIDIER; ZANETTI; OLIVEIRA, 2017, p. 355).

Em detrimento da mudança pretendida não poder ser realizada de imediato (tendo em vista a complexidade dos problemas enfrentados nos processos estruturais), a duração do processo estrutural, em geral, não é rápida. Isso porque, em questões que envolvem políticas públicas, a solução é uma resposta ativamente procurando por uma pergunta (VITORELLI, 2020, p. 261), de forma que os problemas e as soluções se formam de modo totalmente autônomo. Assim, nos processos estruturais de interesse público, nos quais a existência do problema decorre das reiteradas ações ou omissões

⁹⁰ “(...) processos estruturais são instrumentos processuais que buscam transformar um estado de coisas A — violador de direitos fundamentais — em um estado de coisas B — promotor de direitos. Isso costuma implicar em uma reestruturação de uma instituição pública, mas não necessariamente.” (FRANÇA; SERAFIM; ALBUQUERQUE, 2021, p. 7).

⁹¹ Diz-se “em geral” em razão das exceções já trabalhadas no presente trabalho acerca de processos que possuem características estruturais mas protegem, majoritariamente, interesses individuais.

institucionais, propagadas no tempo, é improvável que a solução seja encontrada a partir de um plano que traga, previamente, todas as respostas. Será necessário trabalhar com algum grau de experimentalismo, orientado por probabilidades. Tenta-se adotar uma determinada medida e, a partir dos resultados obtidos, as providências vão sendo readequadas.

Em varas sobrecarregadas, nas quais o processo estrutural precisa dividir atenção com uma série de outras causas, metas temporais de encerramento do feito, como as que vêm sendo aprovadas pelo CNJ, precisam ser flexibilizadas. O tempo da reforma estrutural, dificilmente, corresponderá ao tempo de um processo tradicional (VITORELLI, 2020, p. 390), pois o que se pretende é a produção de resultados racionais relevantes, que só podem ser atingidos com o tempo.

A exigência de mais tempo, entretanto, não deve provocar a sensação de que o processo estrutural demanda algo que esteja além das capacidades de um juiz ou do sistema judiciário. Até porque, é improvável que um juiz esteja envolvido com mais de um (ou no máximo dois) processos estruturais ao mesmo tempo. De fato, demandas estruturais são demoradas, mas não o suficiente para inviabilizar o trabalho dos juízes em outros casos, de modo que um processo desse tipo não exige um juiz em dedicação exclusiva, mas, tão somente, um juiz disposto a dedicar, a um único caso, mais horas do que aquelas que usualmente dedica aos demais e a buscar caminhos que podem ou não estar claros desde o início (VITORELLI, 2020, p. 391).

Vale destacar que privilegiar a reparação do dano futuro significa, muitas vezes, que indivíduos presentes têm que sofrer efeitos negativos severos, que poderiam ser evitados por ordens judiciais individuais. Nesse caso, apesar de não haver uma resposta simples ou satisfatória, o mais interessante, principalmente, pensando-se em benefícios a longo prazo, é prestigiar a reforma estrutural. Isso, pois o processo não deveria ser um mecanismo para criar riquezas ou privilegiar seletivamente algumas pessoas, mas sim para redistribuí-las. Se o atendimento de um indivíduo não é possível, no presente, isso indica que existem diversos outros, não identificados pelo sistema judiciário, que necessitam do mesmo atendimento e, no entanto, não estão sendo assistidos. O acesso à justiça, no processo estrutural, deve ser vislumbrado como uma ferramenta para permitir que a decisão alocativa de recursos seja mais justa, e não para cultivar a ilusão de que será possível criar, instantaneamente, algo que não existe (VITORELLI, 2020, p. 437). Políticas públicas de saúde, moradia e educação, por exemplo, devem ser implementadas de modo gradual, uniforme e isonômico, não a partir de demandas individuais. No caso do direito à saúde, por exemplo, isso significa que, no presente, pessoas serão privadas de tratamentos que poderiam salvar suas vidas ou, pelo menos, melhorar suas condições de sobrevivência a uma determinada doença. A incorporação desse tratamento ao SUS, no futuro, não resolverá o problema de pessoas no presente (VITORELLI, 2020, p. 438). A verdade, ao fim e ao cabo, é que não existem respostas simples para problemas complexos. Mudanças efetivas só ocorrem quando se atacam as raízes dos problemas que se visa superar.

Um outro possível problema do processo estrutural é que os juízes, em geral, estão mais inclinados a resolverem demandas “a conta gotas” que pela via estrutural, pois esta última, em geral, é cara, demorada e mais complexa. É mais fácil conceder decisões que beneficiam poucas pessoas e acarretam, aparentemente, poucos gastos ao cofre público, do que decisões estruturais, que demandam do julgador o desempenho de uma atividade difícil e por um considerável período de tempo (visto que a sentença, quase nunca, encerra o processo nesses casos). Decisões minimalistas são mais fáceis que decisões que abordam o problema como um todo (VITORELLI, 2020, p. 385), tanto por questões de exequibilidade quanto por chamarem menos atenção para uma atividade jurisdicional voltada a resolver questões que dizem respeito à alocação de recursos públicos.

Os riscos associados à implementação da reforma estrutural também são notadamente maiores do que aqueles provenientes do enfrentamento judicial de litígios individuais, aos quais é aplicado um modelo de solução de controvérsias. Entretanto, é preciso atentar para o fato de que a efetividade de um processo estrutural não está numa simples sentença favorável/desfavorável, e sim na reconstrução de uma realidade, que pode se dar de diversas formas, o que, novamente, envolve a necessidade de práticas experimentalistas e, conseqüentemente, demanda tempo.

Os possíveis “erros” que podem advir de um processo estrutural fazem parte de um processo de aprendizagem, quase que inevitável quando deseja-se resolver problemas policêntricos e complexos.

Assim, o processo estrutural é um meio de denunciar a incompatibilidade de um *status quo* vigente que viola direitos fundamentais, indicando que algo precisa ser feito tendo em vista a insustentabilidade do quadro em questão. O procedimento de resolução, entretanto, precisa viabilizar a supervisão, avaliação e modificação das medidas adotadas, bem como permitir a alteração dos próprios objetivos ou metas que já se mostrem inexecutáveis ou incompatíveis com as expectativas.

Tendo em vista o escopo de estudar de modo comparado o Sul Global, foram identificados, neste trabalho, dois possíveis modelos de decisão judicial em processos estruturais: o deferente e o compartilhado, extraídos, respectivamente, da experiência sul-africana (caso *Grootboom*) e colombiana (caso da *Sentencia T-25/04*). Concluiu-se, nesse quesito, que o mais interessante para um adequado desenvolvimento do processo estrutural é o modelo compartilhado, uma vez que este se pauta no diálogo e na cooperação entre os Poderes, os legitimados coletivos e a sociedade civil organizada.

Apesar de, em geral, os estudos comparativos focarem somente na experiência de dois países, como dito na introdução deste trabalho, o Brasil não possui, ainda, uma vasta experiência com processos estruturais, razão pela qual foi necessário recorrer à experiência de dois outros países do Sul Global para compreender, através delas, os modelos “deferente” e “compartilhado” de decisão judicial. A experiência brasileira, portanto, é *sui generis* e não permitiu que a seleção de casos fosse

realizada por meio do mesmo recorte aplicado à Colômbia e à África do Sul.

Todavia, ao não implementar o mesmo recorte utilizado nos referidos países do Sul Global, percebeu-se, ao estudar a experiência brasileira com processos estruturais, que até o presente momento, com base nos casos analisados, estes se desenvolvem com mais facilidade nas instâncias inferiores que em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Assim, uma vez constatado que, no Supremo Tribunal Federal, não existiam muitos casos com pedidos estruturais, recorreu-se ao estudo das instâncias inferiores para melhor compreender a relação que o Poder Judiciário vinha desenvolvendo com causas estruturais. Desse levantamento de processos estruturais nas instâncias inferiores, constatou-se uma percepção original e inédita, qual seja: a de que existia uma quantidade consideravelmente maior de casos estruturais sendo trabalhados por juízes de primeiro grau, e que esses processos vinham provocando maiores transformações sociais que aqueles levados ao STF⁹². Logo, como demonstrado no capítulo quatro, percebeu-se que os processos estruturais, no Brasil, se desenvolvem melhor nas instâncias inferiores que em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Dentre outras razões, esse entendimento foi baseado no fato de que, apesar da repercussão geral que pode ser garantida no Supremo Tribunal Federal, justamente por estar “no centro das atenções”, o STF pode adotar posturas que melhor atendam às suas necessidades institucionais às custas da melhor solução para o caso em concreto. Não é difícil vislumbrar, atualmente, que o Tribunal tem uma agenda própria e que suas decisões podem envolver interesses políticos dos próprios ministros. Isso não significa dizer, todavia, que demandas estruturais, sempre que chegarem ao STF, não receberão tratamento adequado. Quer dizer, tão somente, que as instâncias inferiores são, em regra, mais interessantes quando se pretende, além dos efeitos simbólicos (provenientes, muitas vezes, de uma litigância estratégica), resultados concretos.

Por fim, um litígio estrutural pode ou não ser resolvido por meio de um processo estrutural. Existem vias alternativas. Em âmbito judicial, pode ser que ele seja abordado em uma multiplicidade de ações individuais ou em ações coletivas cuja pretensão é resolver as consequências e não as causas do problema que se pretende superar. Pela via extrajudicial, pode ser resolvido, por exemplo, por meio de um termo de ajustamento de conduta (TAC) ou mesmo pela via política.

É preciso ter em mente, todavia, que a consagração dos direitos fundamentais nas constituições implica que eles podem ser demandados em juízo. Se fosse necessário aguardar a movimentação das instâncias políticas para implementá-los, eles não seriam, de fato, direitos tal como esse conceito é concebido presentemente no Brasil (VITORELLI, 2020, p. 470). Portanto, se é

⁹² Vale destacar, nesse sentido, que não foram abordados, na presente dissertação, todos os casos de processos estruturais que se desenvolveram nas instâncias inferiores. Existem muitos outros casos interessantes que vêm sendo trabalhados por pesquisadores dedicados à temática e que podem ser melhor compreendidos por meio de uma análise minuciosa e precisa das medidas estruturantes implementadas e dos efeitos práticos e simbólicos provenientes das decisões. Por questões de tempo e espaço, essas experiências não foram desenvolvidas nesta pesquisa.

inevitável que essas questões cheguem a juízo, o processo estrutural oferece ferramentas mais apropriadas para obter resultados significativos, duradouros e igualitários.

A resposta ao problema de pesquisa proposto inicialmente neste trabalho, portanto, é a seguinte: o limite para a atuação judicial na proteção de direitos socioeconômicos e culturais é a discricionariedade das instâncias políticas, enquanto a possibilidade de proteção mais efetiva desses direitos pelos magistrados é o ativismo dialógico, figura que pode ser melhor desenvolvida em um processo estrutural. Decisões solipsistas ou de extrema deferência judicial podem, em maior ou menor grau, contribuir com a perpetuação ou mesmo com o agravamento de violações a direitos fundamentais, razão pela qual faz-se interessante pensar em um meio termo, capaz de garantir um envolvimento adequado do Poder Judiciário quando este for provocado acerca de questões que envolvem ajustes ou implementação de políticas públicas.

Assim, pensar em processos estruturais pode ser interessante quando objetiva-se tentar transformar a realidade social pela via judicial. É certo que as expectativas precisam estar alinhadas com a realidade e que o processo não é, inicialmente, o *locus* mais adequado para a solução de questões que dizem respeito à alocação de recursos (geralmente públicos). Entretanto, não raramente, a alternativa ao processo é a manutenção do *status quo* vigente (violador de direitos), que não está sendo tratado pelo Poder Público (ou que está sendo tratado de modo ineficiente), podendo ser interessante, nessa hipótese, a judicialização estratégica do caso em questão para o seu posterior desenvolvimento em um “processo estrutural”.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). Constitution Of The Republic Of South Africa No. 108 of 1996. Pretória, 1996. Disponível em: <https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v.38, nº 225, p. 389-410, dez. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de processo civil coletivo. **São Paulo: Revista dos Tribunais**, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v.1, p.211-229, jul./dez, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.423-448.

ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas Públicas de Prestação Social**: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista jurídica da presidência**, v. 12, nº 96, p. 05-43, 2010.

BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.) **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 245-291, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8058/2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em: 03 fev. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 736/2015**. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Brasília, 2015c. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em: 02 jan. 2020.

BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina. 1ª Vara Federal de Criciúma. **Ação Civil Pública que objetivava a recuperação ambiental das áreas degradadas na mineração do carvão em Criciúma (SC)**. Ação Civil Pública nº 93.80.00533-4 (SC)/0000533-73.1993.4.04.7204. Ministério

Público Federal e Nova Próspera Mineração S.A e outros. Juiz: Lousie Freiburger Bassan Hartmann. Santa Catarina, BRASIL, 5 de abril de 1993. Disponível em: https://www.jfsc.jus.br/novo_portal/home.php . Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Ação Civil Pública que objetivava a realização de uma reforma institucional da FUNDAC/RN a fim de promover sua adequação às normas do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo instituídas pela Lei nº 12.594/2012.** Ação Civil Pública nº. 0108149-70.2014.8.20.0001. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, Estado do Rio Grande do Norte e Fundação Estadual da Criança e do Adolescente. Relator: João Rebouças. Rio Grande do Norte, BRASIL, 29 de setembro de 2015. Disponível em: <http://esaj.tjrn.jus.br/cpo/pg/open.do> . Acesso em: 14 jan.2019.

BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Decisão que deu provimento parcial ao pedido da Ação Civil Pública nº 150735-64.2008.8.26.0002.** Apelação n.º 0150735 64.2008.8.26.0002. Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação e outros e municipalidade de São Paulo. Relator: Walter de Almeida Guilherme. São Paulo, BRASIL, 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2018/11/AP-0150735-64.2008.8.26.0002-TJSP-1.pdf> . Acesso em: 25 jan.2019.

BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** El control de convencionalidad, v. 3, nº 200, 2011.

BILCHITZ, David. Judicial remedies and socio-economic rights: A response to Christopher Mbazira. **European Sociological Review**, v. 9, n. 1, p. 9-12, mar. 2008.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 293- 320.

BRINKS, Daniel M.; FORBATH, William. **Social and economic rights in Latin America: Constitutional Courts and the prospects for pro-poor interventions.** Texas Law Review, v. 89, 2010.

CABALLERO, Jackeline Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. **Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. Prolegómenos.** Derechos y Valores, v. 18, nº 35, p. 121-134, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 40, nº 1, p. 167-177, 1997.

CARDOSO, Evorah. **Ciclo de vida do litigio estrategico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores nao estatais.** Revista Electronica del Instituto

de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", ano V, p. 363-378, 2011.

CARDOSO, Evorah. Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"**, v. 5, p. 363-378, 2011.

CARDOSO, Evorah. Pretérito imperfeito da advocacia pela transformação social. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 1, p. 543-570, 2019.

CASTELO, Fernando Alcântara. Direito à Saúde e Decisões Estruturais: Por uma judicialização mais racional e eficiente. **Revista de Processo**, v.274, p.1-18, dez. 2017.

CHAYES, Abraham. **The role of judges in Public Law litigation**, Cambridge: Harvard Law Review, 1976.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentença que declarou o Estado de Coisas Inconstitucional dos deslocados internos**. Sentença T-25/04. Abel Antonio Jaramillo e outros e Red de Solidaridad Social e outros. Relator: magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, COLÔMBIA, 24 de janeiro de 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 13 dez. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**, v.224, p.1-35, jul. 2012.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma análise do litígio sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da (org.) **O processo para solução de conflitos de interesse público**, São Paulo: Juspodivm, 2017, p.449-471.

COSTA, Susana Henriques da. A Imediata Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais e o Mínimo Existencial: Relação Direito e Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da (org.) **O processo para solução de conflitos de interesse público**, São Paulo: Juspodivm, 2017, p.397-419.

COSTA; Susana Henriques da. FERNANDES; Débora Chaves Martines. Processo coletivo e controle judicial de Políticas Públicas: Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da (org.) **O processo para solução de conflitos de interesse público**, São Paulo: Juspodivm, 2017, p.359-380.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 503-534, 2008.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). **Política Pública como Campo Disciplinar**. Rio de Janeiro/São Paulo: Unesp, Fiocruz, 2013, p.181-200.

CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: Insights from theory and practice. **Fordham Urb. Law Journal**, v. 36, nº 4, p. 603, abril. 2009.

DALLA, Humberto; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, nº 13, p.1-30, dez. 2014.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, nº 2, p. 155-176, 2016.

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

De Marco, C. M., Santos, P. J. T., & Möller, G. S. (2020). Gentrificação no Brasil e no contexto latino como expressão do colonialismo urbano: o direito à cidade como proposta decolonizadora. urbe. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, 12, e20190253. <https://doi.org/10.1590/2175-3369.012.e20190253>.

DÍAZ, Ana Milena Coral; TORO, Beatriz Londoño; ÁVILA, Lina Marcela Muñoz. **El concepto de litigio estratégico en América Latina**: 1990-2010. *Vniversitas*, v. 59, n. 121, p. 49-76, 2010.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. Salvador: Juspodium, 2016.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 303, n. 2020, p. 45-81, 2020.

DIDIER, Fredie et al. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.353-368.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

Duque, César. **¿Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?**. Em: Aportes Andinos No. 35. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos Humanos, diciembre 2014. pp. 9-23.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EASTERBROOK, Frank H. Civil Rights and Remedies. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 14, n. 1, p. 103-111, 1991.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **REI-**

Revista Estudos Institucionais, v.4, n.1, p.211-246, jan./jun. 2018.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Universidade Federal do Paraná, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1643-1668, 2010.

FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. **Syracuse Law. Review.**, v. 57, p. 187, 2006.

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

FISS, Owen. The Forms of Justice. Cambridge: **Harvard Law Review**, v. 93, p. 1-58, 1979.

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

FISS, Owen. To make the Constitution a Living Truth. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.583-606.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus Gomes Casimiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Processos Estruturais e COVID-19: efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. **Revista Culturas Jurídicas**. v.8, n.AOP, 2021. DOI: 10.22409/rcj.v8iAOP.

GALDINO, Matheus. Processos Estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 20, n. 3, p.358-384, 2019.

GARAVITO, César A. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law review**, v. 89, p. 1-30, 2011.

GARAVITO, Cesar A. Rodriguez et al. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, p.1-27, dez. 2013.

GARAVITO, Cesar A. Rodriguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **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.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2019.

GAURI, Varun; BRINKS Daniel. A new policy landscape: legalizing social and economic rights in the Developing World. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel (Org). **Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. New York: Cambridge University Press, 2000, v.1, cap.6, p.303-354.

GEWIRTZ, Paul. Choice in the Transition: School Desegregation and the Corrective Ideal. *Columbia Law Review*, v. 86, p. 728-798, 1986.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: As origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HIRSCHL, Ran. The question of case selection in comparative constitutional law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 53, nº 1, p. 125-156, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. WW Norton & Company, 2000.

JOBIM, Marcos Félix; ROCHA, Marcelo Hugo. Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.563-582.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. *Harvard Law Review*. 2011.

KLARMAN, Michael J. How Brown changed race relations: The backlash thesis. **The Journal of American History**, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994.

KIZER, Benjamin H. The impact of Brown vs. Board of Education. **Gonzaga Law Review**, v. 2 1967.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 29, nº 56, p. 151-176, jun. 2008.

KOZICKI, Katya; FALLER, Maria Helena Fonseca. Radicalizando a democracia, redefinindo a esfera pública, redesenhando instituições: um ensaio para maior participação popular na política. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, nº 3, e34534, set./dez. 2019.

LANDAU, David. **A dynamic theory of judicial role**. *BCL Rev.*, v. 55, p. 1501-1562, 2014.

LANDAU, David. **Grootboom and the One-Case (or Country?) Canon on Social Rights**. 2012.

LANDAU, David. **Instituciones Políticas y Función Judicial en Derecho Constitucional Comparado (Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law)**. *Revista de Economía Institucional*, v. 13, nº 24, p. 13-83, 2011.

LANDAU, David. **The reality of social rights enforcement**. *Harvard International Law Journal*, v. 53, p. 189, 2012.

LANGFORD, Malcolm. **Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sociojurídica**. *Sur, Rev. int. direitos human.(Impr.)*, v. 6, nº 11, p. 98-133, 2009.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Ativismo dialógico x bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da Sentencia T-025/04 da Corte Colombiana. **Argumenta Journal Law**, nº 31, p. 209-243,

jul./dez., 2019.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. A justiciabilidade dos direitos socioeconômicos e culturais no Sul Global: Uma aproximação às teorias dialógicas de Landau, Tushnet e Dixon. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v.12, nº 22, p.45-80, 2020.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, nº 1, p.350-378, 2020.

LIMA, Flávia Danielle Santiago Lima. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 63, nº 2, p. 145-167, ago. 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). **Tutela Coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006, p.184-199.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: revista de cultura e política**, nº 57, p. 113-133, 2002.

MADURO, Miguel Poiares. In Search of a Meaning and not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. **Wisconsin Law Review**, 2013, p.1-23.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, nº 3, e32760, set./dez. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, v. 58, 2000.

MBAZIRA, Christopher. **Litigating socio-economic rights in South Africa: A choice between corrective and distributive justice**. South Africa: The Pretoria University Law Press, 2009.

MEDEIROS JÚNIOR. **Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. Vol. 183, p. 165-194, maio.2010.

MÜLLER-CHEN, Markus et al. Annex: Guidelines for Writing a Paper in Comparative Private Law. In: CHEN-MULLER, Markus; MULLER, Christoph; LUCHINGER, Corinne (org.). **Comparative private law**. Suíça: Dike, 2015, p.425-433.

GIUPPONI, María Belén Olmos. La protección de las comunidades afrodescendientes en el sistema interamericano: reflexiones a la luz del caso de las comunidades de Jiguamiandó y de Curbaradó. **REIB: Revista Electrónica Iberoamericana**, v. 4, nº 2, p. 61-97, 2010.

MONTESQUIEU, (Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et). **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, nº 132, p. 321-330, 1996.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O litígio estratégico como ferramenta de proteção social: Uma análise da experiência colombiana através da Sentencia T-25/04. In: **Anais do X Congresso da ABRASD - Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, v.1, p. 1152-1163, 2019.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências: A lógica pragmática da abdução de C.S Peirce aplicada ao direito**. Universidade Federal de Pernambuco. Dissertação de Mestrado, 2007.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Por uma Metodologia do Direito de base Pragmatista: O Raciocínio Abduutivo no Direito. In: **XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, 2006, Recife. Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 145-147.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: Juliana Cordeiro de Faria Ester Camila Gomes Norato Rezende Edgard Audomar Marx Neto (org.). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p.365-383.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado De Direito E Desigualdade: Reflexões Sobre as Críticas À Judicialização Dos Direitos Prestacionais. **Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro**, v. 8, nº 3, p. 2080-2114, 2015.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo estrutural**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2018.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, v. 1, nº 2, p. 41-82, nov. 2014.

RAWLS, John. The Idea Of Public Reason Revisited. **The University of Chicago Review**. Vol. 64, Summer 1997.

RENDLEMAN, Doug. **Complex Litigation: Injunctions, Structural Remedies and Contempt** Foundation Press, 2009.

ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is it Appropriate, Just and Equitable? **South African Law Journal**, v. 122, p. 325-351, 2005.

ROACH, Kent. **The challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights.** Harvard Law Review, v. 89, p. 1281-1316, 1976.

RODRIGUEZ, José Rodrigo et al. **Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013.

RODRIGUES, Luís Henrique; VARELLA Luiz Henrique. As *structural injunctions* e o direito processual brasileiro: apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da litigância de interesse público. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.513-540.

ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot. **Ottawa Law Review**., v. 41, p. 171, 2009.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class Actions- Ações Coletivas nos Estados Unidos: O que podemos aprender com eles?.** Salvador: JusPodivm, 2013.

RIO GRANDE DO NORTE. ASSECOM. **Reunião para discutir intervenção na Fundac será realizada nesta segunda.** 2016. Disponível em: <http://www.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=135258&ACT=&PAGE=&PARM=&LBL=Materia>. Acesso em: 16 dez. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? Para Uma Crítica do Direito (brasileiro).** São Paulo: FGV, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo et al. **Advocacia de interesse público no Brasil: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013.

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

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, 2004, p. 1016-1101.

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 (Ed.). **Processos estruturais**. JusPodivm, 2017.

SENADO FEDERAL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil nº 2, de 2010. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil**. 1ª ed. Brasília, DF: Senado Federal,

2010. p. 1-269. 1. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 jan. 2021.

SCHEINGOLD, Stuart A. The politics of rights: Lawyers, public policy, and political change. University of Michigan Press, 2010.

SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. **Michigan Law Review**, v. 97, nº 6, p.1-44, 1999.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso Significativo**: Contribuições Sul-Africanas para os processos estruturais no Brasil. Universidade Federal do Ceará, 2021. Dissertação de Mestrado em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ARAÚJO, Sara; BAUMGARTEN, Maíra. As Epistemologias do Sul num mundo fora do mapa. **Sociologias**, v. 18, nº 43, p. 14-23, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. Epistemologias do Sul. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 80, p. 5-10, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In SANTOS, B. S.; MENESES, M. P (org). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-83.

STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. **Georgia Law Review**, v. 79, nº 8, p. 1355-1446, 1990.

STURM, Susan. Resolving the remedial dilemma: Strategies of judicial intervention in prisons. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 138, p. 805, 1989.

STURM, Susan. The legacy and future of corrections litigation. **University of Pennsylvania Law Review**, v.142, nº 2, p.641-735, dez.1993.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, nº 4, p. 885-951, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in robes**: why extreme right-wing judges are wrong for America. 2005.

SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: Re-thinking the judicial role in new governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, nº 76, p. 1-28, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. **Revista de Processo**, v.4, nº 23, p. 121-152, jun. 2013.

TUSHNET, Mark. **A response to David Landau**. Harvard International Law Journal, v.53, p.155-164, 2012.

TUSHNET, Mark. **The relation between political constitutionalism and weak-form judicial review**. German Law Journal, v. 14, nº 12, p. 2249-2263, 2013.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton University Press, 2000.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton University Press, 2009.

TUSHNET, Mark. **Weak Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties** (2006). Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 41, p. 1-22.

VALLE, Vanice Lírio do. **Demandas derivadas e ampliação do núcleo essencial do direito a moradia: Deferência como critério judicial de solução**. Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 1, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à Jurisdição em Políticas Públicas: O que se pode aprender com a experiência da Colômbia? In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da (org.) **O processo para solução de conflitos de interesse público**, São Paulo: Juspodivm, 2017, p. 493-522.

VALLE, Vanice Lírio do. **Estado De Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a construção da resposta adequada**. Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo, 2016.

VALLE, Lírio et al. **Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático**. Gramma, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 14, nº 14.2, p. 387-408, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOVÊA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UNIMOVE-UFCS/Florianópolis: CONPEDI**, p. 222-248, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 1, nº 2, p. 67-102, 2014.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil** - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”: Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **Anais - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.P)**, v. 43, p. 267-286, 2013. Disponível em: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequen=1. Acesso em: 20 abr. 2020.

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.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186. Disponível em: < <http://www.senado.leg.br/estudos> >. Acesso em: 10 jul. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.303-353.

VIOLIN, Jordão. **Processo coletivo e protagonismo judiciário**: O controle de decisões políticas mediante ações coletivas. Universidade Federal do Paraná, 2011. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Universidade Federal do Paraná, 2015. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 284, nº 28, p. 333-369, jan. 2018.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática. Salvador: Juspodium.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. The Core Case Against Judicial Review”. **The Yale Law Review**, v. 115, nº 6, p. 1346-1406, 2006.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. 2006. **Revista de Processo**, v.139, p.28-35, 2006.

YOUNG, Katharine G. A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. **International journal of constitutional law**, v. 8, nº 3, p. 385-420, 2010.

YOUNG, Katharine G. **Constituting economic and social rights**. Oxford University Press on Demand, 2012.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. Sur, **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, nº 6, 2007.

YEPES, Rodrigo Uprimny. Should courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court. Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems. Antwerp: Intersentia-Maastricht Centre for Human Rights, p.355-388, 2006.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Oxford: Oxford University Press, 1992.