

**MARINA DUTRA GIBSON**

**Os litígios estruturais no Supremo Tribunal Federal:  
uma discussão sobre conceitos**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Luís Virgílio Afonso da Silva

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2022**



**MARINA DUTRA GIBSON**

**Os litígios estruturais no Supremo Tribunal Federal:  
uma discussão sobre conceitos**

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de PósGraduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Luís Virgílio Afonso da Silva.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
São Paulo – SP  
2022**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Gibson, Marina Dutra

Os litígios estruturais e o Supremo Tribunal Federal: uma discussão sobre conceitos ; Marina Dutra Gibson ; orientador Luís Virgílio Afonso da Silva -- São Paulo, 2022.

66

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Direito Constitucional. 2. Litígios estruturais. 3. Supremo Tribunal Federal. I. Silva, Luís Virgílio Afonso da, orient. II. Título.

---

## **Agradecimentos**

Primeiramente agradeço aos meus avós, Edson e Magnólia, pela força e confiança nos meus sonhos, pois sem ajuda deles nada teria sido possível. Minha família, como um todo, funcionou como um grande alicerce nesta jornada. Meus pais, Filipe e Diana, e meus tios Gustavo, Marta, Lílian e Gedeon, todos contribuíram de alguma forma para o resultado final deste trabalho.

Como família não é somente aquela de sangue, mas também a que escolhemos, não poderia deixar de agradecer aos meus amigos. À Beatriz, Beatrice, Gustavo, Luana, Nathalie, Guilherme, João Ricardo e Rafaela, meus mais sincero obrigada por terem segurado essa barra ao meu lado. Fosse ouvindo minhas conjecturas (sem entender muito, mas mesmo assim, ouvindo), lendo as diversas versões do trabalho ou pela companhia, só tenho a agradecer pelo apoio nesse período. Escrever em uma pandemia não foi fácil, mas vocês tornaram esse processo muito mais leve.

Não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, Virgílio Afonso da Silva, pelo suporte e ideias incríveis que resultaram neste trabalho. A orientação cuidadosa, desde o início, foi essencial para que conseguisse percorrer o caminho sozinha. Na seara acadêmica, também agradeço aos meus colegas da Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo Meliza, Luiz, Maysa e todos os colegas do grupo Constituição, Política e Instituições, por se disporem a ler e comentar as versões anteriores, indicar material, e pelas boas garrafas de vinho partilhadas no processo.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a Deus pela força em todos os momentos em que pensei que não conseguiria, por me mostrar que sempre é possível ir adiante em busca de seus objetivos.

A todos, meu muito obrigada.

**RESUMO:** A decisão da Arguição de Preceito Fundamental 347 inaugurou, de acordo com alguns autores, uma nova era de decisões no Supremo Tribunal Federal. Isso porque ela decretou o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, abrindo precedentes para a reestruturação dessa política pública. Trata-se de um tipo de litígio estrutural, uma espécie de ação que ainda não foi incorporada no sistema processual brasileiro, mas que é vista como uma possível forma de resolver litígios complexos. Este trabalho tem como objetivo discutir o conceito de litígios estruturais a partir da revisão da literatura jurídica, classificando os principais argumentos utilizados para caracterizar esse tipo de ação. Foram encontradas nove variáveis, extraídas da literatura jurídica, que recorrentemente são utilizados como características desse tipo de litígio. Essas variáveis foram classificadas em necessárias, suficientes e acessórias. Para cada variável, utilizou-se uma ação, de preferência do Supremo Tribunal Federal, para exemplificar sua aplicação, quando possível. Conclui-se que não foram encontradas variáveis necessárias, ao passo em que foram consideradas suficientes: tratar sobre direitos fundamentais; a participação popular e a reestruturação de um órgão ou política pública. As outras variáveis encontradas foram consideradas acessórias, sendo uma forma de estabelecer contornos diversos para esse tipo de ação.

Marina Dutra Gibson. Os litígios estruturais no Supremo Tribunal Federal: uma discussão sobre conceitos. 66 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

**ABSTRACT:** According to some authors, the ADPF 347 inaugurated a new era at the Federal Supreme Court because of the unconstitutional state of affairs in Brazil's prison system, opening a way to restructure this policy. This is a type of structural injunctions, a kind of lawsuit that has not yet been incorporated into the Brazilian legislation but which is seen as a possible way to solve complex disputes. This work aims to discuss the concept of structural injunction based on the literature about this subject, mapping the main arguments used to classify this type of lawsuit. Nine variables were found, extracted from the literature, which are recurrently used as characteristics of this type of litigation. These variables were classified as necessary, sufficient and accessory. For each variable, a decision was used, preferably from the Federal Supreme Court, to exemplify its application, when possible. The conclusion is that no necessary variables were found, whereas they were considered sufficient: deal with fundamental rights; public inquiries and the restructuring of an institution or policy. The other variables found were considered accessory, being a way to establish different types of action.

Marina Dutra Gibson. The structural injunctions at the Federal Supreme Court: a concept discussion. 66 p. Master's Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

## Sumário

Introdução.....	3
1 Questões preliminares.....	5
1.1 Considerações sobre a nomenclatura escolhida.....	5
1.2 Metodologia.....	7
1.3 Os litígios estruturais na discussão sobre judicialização de políticas públicas.....	8
2 Os litígios estruturais nos Estados Unidos.....	11
3 Os litígios estruturais na Colômbia.....	17
4 Os litígios estruturais no Brasil.....	21
5 Elementos caracterizadores do litígio estrutural.....	27
5.1 Breves considerações sobre as características necessárias e suficientes dos litígios estruturais.....	27
5.2 Argumentos sobre direitos.....	28
5.2.1 São estruturais as demandas para efetivação de direitos fundamentais ou políticas públicas.....	28
5.2.2 São estruturais as demandas para concretização dos direitos das minorias.....	31
5.3 Argumentos sobre procedimentos.....	35
5.3.1 Litígios estruturais precisam de monitoramento.....	35
5.3.2 Todo litígio estrutural é policêntrico.....	38
5.3.3 Litígios estruturais necessitam de audiências públicas e participação popular....	41
5.4 Argumentos sobre instituições.....	46
5.4.1 São estruturais os litígios que tenham como objetivo promover a reestruturação de um órgão, instituição ou política pública.....	46
5.4.2 Ações estruturais partem de situações em que as instituições estão ineficientes ou omissas.....	49
5.4.3 O Judiciário deve atuar como coordenador das demais instituições nos litígios estruturais.....	52
5.4.4 Demandas individuais podem ser estruturais.....	54
Conclusão.....	55
Referências bibliográficas.....	58



## **Introdução**

Em 2015 o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que tratava sobre o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. A nova técnica usada pelo tribunal, que foi importada da Corte Constitucional da Colômbia, tinha como objetivo transformar o Poder Judiciário em uma espécie de coordenador entre o Legislativo e o Executivo, para combater violações de direitos fundamentais que eram causadas por entraves institucionais entre os poderes. Com isso, abriram-se as discussões sobre esse tipo de ação, sobre suas implicações, consequências e eficácia. Pela construção literária, ser considerados estruturais aqueles litígios que tem como objetivo garantir direitos que estão sendo violados pela burocracia estatal, cabendo a eles o papel do “destravamento” institucional. Mas será que só essa definição bastaria para caracterizar esse tipo de ação? O objetivo desse trabalho é discutir os diferentes conceitos existentes para os litígios estruturais e entender quais são suas principais características, especialmente para a literatura do Supremo Tribunal Federal.

A discussão sobre litígios estruturais no Brasil surge com inspiração na doutrina estadunidense sobre conflitos de interesse público, que viabilizariam reformas estruturais em instituições públicas ou privadas, lidando com conflitos de alta complexidade (com diversos atores institucionais envolvidos). Porém, mesmo com a discussão envolvendo a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, o conceito aplicado pelo STF foi o de estado de coisas inconstitucional, desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia, e considerado um dos tipos de litígio estrutural. Alguns autores e acadêmicos afirmaram que o uso da técnica do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 inaugurou os litígios estruturais na suprema corte brasileira. Outros afirmam que, mesmo sem a denominação, o instituto já não era novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre os exemplos trazidos por Didier, Zaneti e Oliveira (2017, p. 54-55), figura o caso Raposa do Sol (Pet 3.388/RR), que versa sobre a caracterização e demarcação de terras indígenas no Estado de Roraima. A decisão não possui força vinculante, em sentido técnico. Porém, no próprio acórdão, diz-se que ele ostenta “força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do país”, sendo estabelecida uma série de diretrizes que necessariamente devem ser seguidas pelo Poder Judiciário e também o Executivo em todos os processos

relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, bem como outros processos relacionados à demarcação de territórios indígenas. Outro processo incluído pelos autores é o Mandado de Injunção 708/DF, que trata de um ato omissivo do Congresso Nacional, que consiste na falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. A decisão do caso traz uma série de diretrizes que devem ser observadas pelo funcionalismo público no geral, em caso de greve, além de servir como jurisprudência para casos análogos posteriores.

Outro caso mencionado por Didier, Zaneti e Oliveira como estrutural é a ADPF 378, que tratou do rito do impeachment da presidente Dilma Rousseff. Nessa decisão, foram estabelecidas diversas diretrizes, pressupostos e determinações que devem ser seguidas pelo Legislativo e Executivo no decorrer do procedimento. Além disso, afeta a população brasileira como um todo.

Já Arenhart (2015, p. 15) considera a Ação Civil Pública do Carvão, que versa sobre a questão ambiental na mineração de carvão em Criciúma/SC. Apesar de não ser no âmbito do STF, a decisão é considerada estrutural pelo autor por se tratar de uma matéria complexa, com a recomendação da sentença desdobrada em várias fases e em procedimentos autônomos para cada réu condenado, além de lidar com um direito difuso. Por último, a Suspensão de Liminar 47-AgR/PE, mencionada também por Arenhart (2013, p. 10), trata de direitos sociais, e definiu parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. A partir da suspensão da liminar, são especificadas medidas que devem ser tomadas pelo Município de Petrolina, Estado de Pernambuco e União, para a melhoria do atendimento no hospital Dom Malan, determinando o cumprimento de uma política pública já existente, porém deficitária.

Diante de tantas diferenças conceituais, este trabalho tem como objetivo estudar mais profundamente quais são as características dos litígios estruturais, especificamente no STF, estabelecendo um colchão teórico para que esse tipo de ação seja melhor reconhecido.

Preliminarmente, no capítulo 1, debate-se questões nomenclatura e sobre a judicialização de políticas públicas. Nos capítulos 2 e 3, foram analisados dois países de referência sobre esse tipo de litígio, Estados Unidos e Colômbia, para criação de uma base teórica a respeito das características dos litígios estruturais nesses ordenamentos jurídicos, os quais serviram de inspiração para a suprema corte brasileira. No capítulo 4 discuto sobre os litígios estruturais no Brasil e a utilização dessa técnica jurídica pelo STF.

Posteriormente, no capítulo 5, foram analisados os atributos da literatura jurídica nacional sobre o tema, separados por categorias, para o aprofundamento teórico, bem como para cada um foi selecionada uma jurisprudência nacional que ilustre o argumento específico. Foram encontradas nove variáveis que classificavam os litígios como estruturais, sendo separadas, para fins acadêmicos, entre argumentos sobre direitos, sobre procedimento e instituições. A separação é meramente didática, uma vez que, na maioria dos casos, as características podem estar ou não presentes concomitantemente. Separadas as variáveis, estas foram classificadas em: suficientes, quando basta que estejam presentes para caracterizar um litígio como estrutural; necessárias, pois seria preciso mais de uma variável para a sua caracterização e, sem sua presença, não há como existir um litígio estrutural; e nem necessárias e nem suficientes, que são aquelas que podem ou não estar presentes, sem influir na caracterização, consideradas acessórias.

As decisões foram escolhidas levando em consideração a presença das variáveis previamente identificadas, sendo priorizadas decisões do STF. Por se tratar de um tipo de ação ainda incipiente no ordenamento jurídico, nem sempre foi possível encontrar nesta corte ações que ilustrassem os atributos, sendo usados exemplos de outros tribunais. A seleção de decisões tem cunho meramente exemplificativo, sem pretensão de exaurir todas as decisões existentes no ordenamento que podem se encaixar nessas características.

Por fim, a última parte representa as conclusões, com um balanço geral de tudo o que foi discutido durante o trabalho. No próximo capítulo, serão discutidas questões preliminares, mas não menos importantes para o desenvolvimento do trabalho, como a nomenclatura utilizada e uma breve discussão sobre a judicialização de políticas públicas no Brasil.

## **1 Questões preliminares**

### **1.1 Considerações sobre a nomenclatura escolhida**

Para um trabalho deste tipo, onde será realizada uma revisão bibliográfica e os autores tratam do mesmo fenômeno por nomes diferentes, é necessário um esclarecimento a respeito da nomenclatura utilizada. Algumas das denominações mais comuns são litígios estruturais, medidas estruturantes, medidas estruturais, decisões estruturais, litígios policêntricos, e

processo estrutural. De antemão, esclareço que a nomenclatura preferida no decorrer do trabalho será “litígio estrutural”, para se referir a toda a espécie de fenômenos que envolvem essa técnica jurídica. Porém, será respeitada a definição dada pelos autores ao fazer referência às características citadas, muito embora o termo “litígio estrutural”, como empregado no decorrer do trabalho, englobe todas as etapas do processo, desde o problema em si, até a ação e sua decisão.

Conforme Vitorelli (2021, p. 56) “litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo”. Essa definição se aproxima da estabelecida por Marçal (p. 39) sobre as medidas estruturantes, que são a via a partir do qual as mudanças pretendidas com a demanda serão implementadas, afirmando que o termo estruturante é mais adequado por permitir a reestruturação. Porém, para Vitorelli (2021, p. 64) o litígio se diferencia do processo, pois o processo estrutural seria um processo coletivo onde o objetivo é a reestruturação de uma estrutura pública ou privada, que causa ou viabiliza a violação de direitos, sendo causadora de um litígio estrutural.

Para Porfiro (2018, p. 38-39) e para Didier, Zaneti e Oliveira (2017, p. 48) é chamada de decisão estrutural aquela onde o tribunal se envolve na gestão de estruturas e assume uma supervisão sobre as instituições. Ou seja, essa decisão busca implantar uma reforma estrutural em uma instituição ou organização. No mesmo sentido, para Ferraro (2015, p. 1), são decisões estruturais os provimentos de dimensão coletiva que visam a reforma do modo de operar das instituições deficitárias.

As três principais definições que serão levadas em consideração nesse trabalho são os litígios estruturais, processo estrutural e decisão estrutural. Por “litígio estrutural” entendo ser todo o aparato que envolve o fenômeno processual, desde o problema estrutural, englobando as etapas processuais e sua consequente decisão. Em alguns momentos, quando se tratar de especificidades processuais, utilizarei o termo “processo estrutural”, conforme a definição pautada anteriormente. Por fim, quando se tratar especificamente dos provimentos decisórios, utilizarei o termo “decisão estrutural”. Com isso, espera-se que a compreensão do texto seja facilitada e os termos uniformizados.

## 1.2 Metodologia

Esse trabalho pauta-se na análise de bibliografia sobre os litígios estruturais na literatura jurídica brasileira, sendo exemplificada a partir de ações com as características levantadas, com preferência para ações do STF.

Para construção de um *background*, foram analisadas também a literatura estadunidense e a colombiana. A escolha desses dois países se deu porque são relevantes para a construção da base teórica utilizada no ordenamento jurídico brasileiro. Nos Estados Unidos, se deu a criação desse tipo de litígio e os primeiros estudos teóricos sobre sua aplicação. Já na Colômbia, houve sua aplicação prática e ainda mais estudos teóricos, sendo a ação T-025, da Corte Constitucional da Colômbia, utilizada como substrato da prática jurídica dos litígios estruturais no Brasil. Por isso, justifica-se o estudo preliminar desses dois países, como forma de entender como o instituto surgiu e foi aplicado. Isso não implica dizer que existe uma aplicação “mais correta” nesses lugares, mas apenas a título de entender como surgiu a inspiração para a literatura jurídica brasileira.

Ao analisar a construção da literatura jurídica brasileira sobre litígios estruturais, foram analisadas as principais obras de referência e produção científica sobre o tema, predominantemente de artigos científicos e livros. Com isso, foram separados os principais argumentos, que surgiram de forma recorrente para a caracterização desse tipo de litígio. Como o objetivo é estabelecer as características que formam os litígios estruturais, os atributos básicos foram organizados em: variáveis sobre direitos; variáveis sobre procedimento; e variáveis sobre instituições. Essa divisão em grupos maiores buscou organizar as variáveis, de forma que a sua visualização fosse facilitada.

Para exemplificar cada uma das nove variáveis encontradas, foram utilizadas decisões do STF ou de outras cortes. Apesar do escopo do trabalho ser o STF, por ser um tipo de ação ainda incipiente e pouco recorrente no ordenamento jurídico, nem sempre foi possível encontrar ações que satisfizessem os requisitos desejados para cada variável. Por isso, ações de outros tribunais também foram usadas, a título exemplificativo, para demonstração do argumento na prática. Não foi o objetivo exaurir todas as ações que satisfizessem as

características de cada argumento, mas apenas a título demonstrativo, sem montagem de um rol de todas as ações que possivelmente poderiam se encaixar nas categorias.

Assim, cada variável conta com a sua identificação teórica na literatura jurídica brasileira e uma ação exemplificativa que demonstre como essa construção se comporta na prática. Os autores, dos quais foram selecionados os atributos, foram escolhidos com base na relevância na produção acadêmica recente sobre o tema. Por exemplo, nos artigos científicos encontrados nas buscas, esses autores apareciam recorrentemente nas citações. Ou seja, são considerados referência no tema. Apesar de ser possível fazer um levantamento maior com base nos autores de processo civil, foi uma escolha não aprofundar o trabalho na seara processual.

### 1.3 Os litígios estruturais na discussão sobre judicialização de políticas públicas

O controle jurisdicional de políticas públicas é um fato, que embora possa ser questionado, já é amplamente difundido. Muitas vezes, os litígios estruturais são utilizados para discutir políticas públicas, que eventualmente são vistas como deficitárias para atingir seu fim criando situações de vulnerabilidade. Por isso, as decisões oriundas de processos estruturais deveriam ter decisões de conteúdo complexo, não necessariamente dando apenas ordens para serem cumpridas, mas abrindo espaço para negociação do que seria necessário fazer para resolver a situação estrutural.

Em geral, os direitos sociais necessitam de uma abordagem diferente da utilizada para compreender os direitos de liberdades, pois ao contrário da dimensão negativa das liberdades, onde o Estado deve abster-se de agir, nos direitos sociais o Estado, que deveria garantir a realização dos direitos, acaba permanecendo inerte (SILVA, 2011, p. 204). Apesar disso, é equivocado supor que somente direitos sociais são capazes de impor obrigações estatais, pois todos os direitos precisam de algum tipo de ação para produzirem os efeitos pretendidos, seja por políticas públicas, criação de instituições, procedimentos ou leis (SILVA, 2021, p. 104).

De acordo com Costa e Fernandes (2017, p. 366) o processo coletivo pode se tornar um mecanismo de controle político, atuando prospectivamente no delineamento de políticas públicas. Isso ocorre porque, na sociedade atual, é preciso conviver com interesses conflitantes e antagônicos, e muitas vezes incumbe-se ao Poder Judiciário o dever de concretizar os princípios e valores constitucionais.

Para sua implementação, as políticas públicas passam por um processo de elaboração, que é conhecido como ciclo de políticas públicas. Tal ciclo consiste em um esquema de visualização interpretativo que organiza as fases da elaboração de uma política pública, sendo uma boa ferramenta para a compreensão de seus momentos. Ao todo, são sete fases: identificação do problema; formação da agenda; formulação de alternativas; tomada de decisão; implementação; avaliação; e, por fim, extinção. Porém, mesmo sendo uma boa alternativa para sua compreensão, esse quadro não reflete a realidade fática, pois essas etapas muitas vezes se confundem (SECCHI, 2012, p. 33).

Para a primeira fase, que é a identificação do problema, é basicamente o esclarecimento do que é a realidade pública e o que gostaria que fosse essa realidade. Pode ser causado por um problema que veio subitamente, como uma catástrofe natural, algo estruturalmente intrincado na sociedade e nunca recebeu a atenção necessária, ou também um problema que se agrava com o tempo. A identificação do problema também envolve a delimitação, estabelecendo quais seus elementos, a percepção da sociedade quanto ao mesmo e ainda a avaliação da possibilidade de resolução (SECCHI, 2012, p. 34-35).

Na identificação do problema existe a articulação de agentes políticos e organizações não governamentais para encarar o problema como matéria prima de seu trabalho. Corriqueiramente, são os atores políticos que verificam a existência de um problema e sua potencial resolução, mas isso é mais comum para assuntos que possuem visibilidade na agenda na prioridade de ações. Para a formação dessa agenda, a segunda etapa do ciclo de políticas públicas, são postos os conjuntos de problemas ou temas específicos considerados como relevantes, podendo tomar forma de um programa de governo, lista de assuntos, enfim, ele pode vir em diversas formas. Essa agenda também pode tomar forma de agenda midiática, que retornaremos a tratar posteriormente (SECCHI, 2012, p. 35-36).

O próximo passo é a formulação e legitimação dos objetivos e programas, uma vez que nem todos os itens que entram na agenda possuem a mesma relevância, logo nem sempre é formulada uma atividade específica para aquele problema. Os produtos dessa fase são formulações genéricas como declarações de intenção, objetivos e o desenho de programas para tornarem essas intenções em ações concretas. A generalidade é uma marca importante desta etapa, uma vez que a gera o maior compromisso das instituições de forma anterior à implementação do programa, angariando apoio (RIPLEY, 1995, p. 159-160). A definição de

alternativas é uma forma de alocação de poder, pois é o momento onde são escolhidos os conflitos que serão tratados (SECCHI, 2012, p. 37).

Na tomada de decisão, etapa subsequente à formulação das alternativas, é onde os interesses dos atores são equacionados aos objetivos e métodos para o enfrentamento do problema público (SECCHI, 2012, p. 40). Essa etapa se confunde na prática com a implementação da política que foi pensada e, posteriormente, instituída. Também faz parte o levantamento de recursos através dos meios disponíveis, a interpretação da lei, expedição de regulamentos, diretrizes, enfim, todas as atividades regulamentares necessárias para a implementação da política desenvolvida. Todas são atividades políticas, mesmo que pareçam administrativas ou jurídicas, por isso sempre há propensão ao choque de interesses e conflitos com alguns setores da sociedade (RIPLEY, 1995, p. 160). É nesse momento em que todos os atos produzidos na esfera política, jurídica e administrativa são transformados em intenções sociais (SECCHI, 2012, p. 45).

Depois que as ações de uma política pública já performaram uma gama de resultados, é hora da avaliação de impacto e performance. É um estudo do que efetivamente acontece *versus* o que deveria ter acontecido, envolvendo diversos atores institucionais (RIPLEY, 1995, p. 161). Para analisar o processo de implementação da política pública pode-se estabelecer uma pesquisa sobre a implementação ou uma pesquisa avaliativa, ambas com focos diferentes. A avaliação da política é o processo onde o sucesso ou falha dessa implementação são avaliados, sendo comum a avaliação em forma de monitoramento anterior, durante a implementação e posterior. As políticas são avaliadas como uma forma de conhecer melhor o nível de redução do problema (SECCHI, 2012, p. 49).

Por último, temos a decisão sobre o futuro da política pública, podendo levar à sua continuidade ou extinção, dependendo de quais foram os resultados da avaliação do processo de implementação (RIPLEY, 1995, p. 161). São três as hipóteses que podem levar à extinção de uma política pública: a percepção da resolução do problema que originou aquela política; a ineficácia das leis, programas ou ações utilizados em sua implementação; e por fim, a perda da relevância do problema e consequente saída das agendas políticas formais (SECCHI, 2012, p. 53). Isso não significa que necessariamente a política será repensada do zero, se extinta ou mesmo continuada com ajustes. Ela poderá retornar para qualquer dos estágios descritos anteriormente para ser novamente reimplementada com as correções necessárias. Em caso de



resolução do problema, ou de sua diminuição, será retirado da agenda porque não é mais visto como pauta relevante (RIPLEY, 1995, p. 161).

Ao judiciário seria necessário, inicialmente, analisar em qual estágio do ciclo de políticas públicas se insere a sua atuação. De acordo com Rodríguez e Rodríguez (2015, p. 107), na experiência colombiana a corte necessitou reconhecer em que estágio do ciclo de políticas públicas estava a deficiência, para só assim montar um plano de ação que fosse adequado para a operação necessária, inclusive, no caso concreto, indicando a falta de metas específicas e indicadores para medir o êxito ou fracasso da política pública.

Por isso, a judicialização de políticas públicas por meio dos litígios estruturais precisa de acompanhamento por aqueles que entendem como se portam as políticas públicas, evidenciando ainda mais o caráter de cooperação entre as instituições, pois as mudanças fáticas que o Judiciário deseja somente podem se operar com o trabalho conjunto. No próximo capítulo, serão estudados os litígios estruturais nos Estados Unidos, a partir do caso *Brown v. Board of Education*, um excelente exemplo de como se procedeu a intervenção dos Estados Unidos nas políticas públicas sobre educação.

## 2 Os litígios estruturais nos Estados Unidos

Aos tribunais, especialmente às supremas cortes, é solicitado dizer o que é constitucional ou não. Porém, algumas vezes as cortes podem lidar com casos complexos, que necessitam de ações de diversas instituições para serem resolvidos. Esse tipo de ação normalmente enseja a discussão de legitimidade da corte para tanto, mas aqui parto do pressuposto de que essas ações já existem e assim devem ser trabalhadas<sup>1</sup>. Para além da legitimidade, as ações tidas como estruturais são aquelas que lidam com estruturas da sociedade, ou seja, tentam modificar estruturalmente uma situação de violação de direitos ou de não efetivação dos mesmos. Esse tipo de litígio teve início nos Estados Unidos, com a decisão *Brown v. Board of Education*, em um contexto em que foi necessária a intervenção do Poder Judiciário para garantir o direito à educação – direito social que não é previsto na Constituição do país – para crianças negras durante o período em que a segregação racial era

1 Não é o objetivo desse trabalho debater a legitimidade das cortes para julgar casos que envolvam políticas públicas ou outros poderes, partindo do ponto que já é um fenômeno consolidado, posto em prática em diversos lugares do mundo, e que merece ser encarado como tal.

previsto em lei. Essa ação, que parte da tradição do *structural injunction*, serviu como exemplo para outras cortes de todo o mundo.

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, decidido no ano de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que a segregação racial imposta pelo estado em escolas públicas, primárias ou secundárias, era inconstitucional. Além de afirmar que educação é um dos deveres mais basilares do Estado, a decisão também marcou o reconhecimento de que a segregação por critério racial priva crianças, de minorias em situação de vulnerabilidade social, de oportunidades iguais de educação, sendo uma violação da 14ª emenda da Constituição. Entretanto, implementar uma decisão desse tipo em milhares de escolas exigia que as autoridades locais estivessem alinhadas, além de dispor de dinheiro e informações, transcorrendo mais de uma década antes que ocorressem mudanças significativas no processo de dessegregação (BROWN, p. 182).

Os efeitos imediatos da decisão foram limitados. Nos estados do Arkansas e Alabama, a decisão foi implementada logo após a determinação da sentença pela Suprema Corte. O cumprimento da decisão nos estados fronteiriços de Delaware, West Virginia e Kentucky começou quase imediatamente. Entretanto, mesmo com os primeiros sinais de progresso, ainda tentaram-se diversos mecanismos para manter a segregação racial, entre eles o financiamento por vizinhança (BALL, 2006, p. 1506). Através desse mecanismo, era possível que existisse uma forma de distribuição de verbas diferente para as escolas, levando em consideração a arrecadação de impostos locais, ao invés do financiamento igualitário. Ou seja, subúrbios ricos, com maior arrecadação, tinham mais verbas para suas escolas e, por causa da organização urbana, as escolas para brancos possuíam verba maior do que as escolas de maioria negra ou latina, especialmente em centros urbanos com altos índices de pobreza (MCAULIFFE; LEMIEUX, p. 48).

Mesmo com a implementação imediata em algumas escolas nos estados do Sul, a decisão enfrentou resistência de grande parte da população branca sulista, uma vez que o regime segregacionista ainda existia e as relações sociais eram pautadas na supremacia branca. O sistema de segregação das escolas públicas era um dos principais pilares da ideologia supremacista, sendo difícil que a segregação ainda permanecesse em vigor por muito tempo se crianças negras tinham direito constitucional de frequentar escolas juntamente das crianças brancas (BALL, 2006, p. 1506). O início da eliminação real da segregação racial

nas escolas se deu apenas quando o Congresso aprovou o *Civil Rights Act*, em 1964, que autorizou o corte de verbas federais para as escolas que mantinham o sistema segregacionista.

Uma década após a decisão, pouco havia mudado para a maioria dos cidadãos afro-americanos nos onze estados que ainda exigiam segregação racial como critério para financiamento de escolas públicas. Porém, o cenário já era totalmente diferente nos anos de 1972 e 1973, quando cerca de 91% das crianças afro-americanas passaram a estudar em escolas dessegregadas. Para Rosenberg (1997, p. 1216-1218), os incentivos econômicos vindos do Congresso Nacional e das políticas do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar Social foram imprescindíveis para a implementação da decisão. Não apenas os incentivos em forma de investimento para escolas que fossem dessegregadas, mas especialmente os custos, com cortes de verba para aquelas que se recusassem em adotar políticas de dessegregação racial. Assim, a corte contou com ferramentas fora do Judiciário para aumentar a efetividade da decisão. Escolas que violassem as ordens da corte não apenas perdiam o financiamento federal, mas também se tornavam um empecilho à industrialização do Sul dos Estados Unidos que, na época, esforçava-se em atrair as indústrias, concentradas no Norte do país.

Para alguns dos estudos que surgiram posteriormente, a decisão não foi tomada para criar escolas integradas pelo país, apenas afirmar que a segregação racial em escolas era inconstitucional, mas sem especificar como, exatamente, as instituições e estados deveriam agir para corrigir essa violação de direitos (MCAULIFFE; LEMIEUX, 2016, p. 47). Como elucidado por Ball (2006, p. 1506), mesmo que a criação de escolas integradas não fosse o objetivo da corte, o fato da segregação racial nas escolas não ter chegado ao fim imediatamente após a primeira decisão foi interpretado por supremacistas brancos do Sul como um sinal de fraqueza das decisões, tendo implicações políticas nas eleições dos anos seguintes, tanto na esfera estadual, quanto nacional. As eleições presidenciais, por exemplo, impactaram diretamente nas nomeações dos ministros da suprema corte, levando a uma reversão parcial da decisão e uma mudança interpretação do papel que deveria ser desempenhado Poder Judiciário em *Brown* em anos posteriores.

No decorrer das décadas, a variar conforme a composição da corte, a decisão passou por algumas mudanças interpretativas, mesmo sem revogação do precedente. A primeira delas veio com o caso *Green v. New Kent Country*. A Suprema Corte assumiu que possuía o dever afirmativo de tomar quaisquer medidas necessárias para erradicar a discriminação racial,

reforçando o papel icônico pró-integração da decisão. Porém, esse entendimento não foi mantido por muito tempo (MCAULIFFE; LEMIEUX, 2016, p. 48). Após a eleição de Nixon, em 1968, houve uma grande reestruturação na corte, que tinha quatro vagas em aberto durante o mandato presidencial. Em 1972 a composição da corte foi profundamente modificada, com membros conservadores que começaram a reduzir a velocidade do processo de dessegregação nas escolas (BROWN, 2016, p. 183).

Na decisão de *San Antonio v. Rodriguez*, em 1973, a corte decidiu que era possível que os estados mantivessem financiamento diferente para as escolas, conforme os impostos locais, ao invés de estabelecer o financiamento igualitário. A diferença, que perpetuava condições de desigualdade racial e econômica, foi contestada posteriormente em *Milken v. Bradley*, mas a corte sustentou que era impossível aplicar os planos de dessegregação racial à questões de distribuição da população metropolitana, a menos que fosse provado que essa diferença tinha origem na lei (MCAULIFFE; LEMIEUX, p. 48).

Em outras palavras, a decisão foi incapaz de chegar aos seus destinatários e solucionar os problemas de implementação de políticas públicas para dessegregação das escolas, existindo um avanço apenas a partir do momento em que atores institucionais foram mobilizados. Tushnet (2004, p. 1709) enfatiza que o papel da Suprema Corte para a transformação nas relações raciais que ocorreram na década de 1960 nos EUA é, de fato, relevante, mas ela é exagerada, e é importante reconhecer o impacto limitado que as decisões judiciais possuem na esfera social. Tushnet (2004, p. 1706) sustenta que efeitos indiretos importantes ocorreram, uma vez que a decisão teve grande impacto junto à comunidade afro-americana, trazendo esperança de que suas lutas, levadas ao judiciário, realmente poderiam ter resultados concretos para modificar o panorama racial nos EUA.

A célebre decisão do caso *Brown v. Board of Education* é considerada o primeiro caso de litigância estrutural, citado reiteradamente<sup>2</sup> na literatura jurídica como vanguardista e responsável por criar um novo tipo de litígio. Para Owen Fiss (1979, p. 2), o litígio estrutural é uma forma de adjudicação distinta pelo caráter de envolver direitos constitucionalmente assegurados e pleitear a responsabilização da administração pública, como forma de solucionar problemas decorrentes de burocracias estruturais. A principal premissa é a noção de que a qualidade de vida é afetada das mais diversas formas pelas operações em larga escala dos atores institucionais, não somente por indivíduos agindo dentro dessas instituições. Ainda,

---

2 Como exemplo temos Barroso, 2017; Fiss, 1979, p. 2-3; Jobim, 2012, p. 78-90; Kramer, 2003; Nagel, 1984.

uma outra premissa é a crença que os princípios constitucionais não podem ser completamente efetivados sem mudanças básicas na estrutura das instituições.

Fiss (1985. p. 37-38) também afirma que, em uma conjuntura que torna impossível a efetivação da prática constitucional e de seus valores, pelos entraves da administração pública para a garantia de direitos sociais, a principal função da adjudicação seria a interpretação dos direitos na constituição a partir de sua função social. Esses entraves da administração pública são definidos como a dificuldade de desafiar as práticas inconstitucionais que são reiteradas de forma institucionalizada no que diz respeito às políticas que exigem atuação direta do Estado. As Cortes, então, não devem ser vistas como um sistema isolado, mas sim como uma fonte da coordenação do poder governamental, como parte integrante de um sistema político amplo.

Em uma linha de raciocínio parecida, Sabel e Simon (2004. p. 1016) sustentam que a litigância estrutural foi reinventada a partir da década de 1970 nos Estados Unidos, passando da rigidez de regras pré-fixadas hierarquicamente em sentenças, que deveriam ser seguidas pela administração pública, para um modelo considerado “experimentalista”, pois baseia-se na negociação contínua, com revisão periódica dos resultados e transparência. Essa espécie de experimentalismo costuma ser evidente em áreas que necessitam de uma efetiva atuação estatal, como o sistema prisional, educacional ou de saúde pública. Um dos grandes obstáculos ao experimentalismo da litigância estrutural é a forma de adjudicação bilateral, herdada do direito privado, aplicada aos litígios de direito público.

Para Abraham Chayes (1976. p. 1284-1285), a concepção tradicional de adjudicação reflete a visão da sociedade do século XIX, com seus arranjos institucionais e individuais, que serviam prioritariamente para uma organização voltada para o privado, tendo a adjudicação constitucional herdado a estrutura do direito privado, sendo assim necessária a criação de uma litigância de direito público. A relação de adversariedade tradicional é substituída pela negociação e mediação contínuas, com o juiz sendo um criador e administrador de formas complexas de implementação, que envolveriam a flexibilização da atuação do Judiciário, em uma lógica plurilateral, que permita a atuação em políticas públicas. Porém, conforme esclarece Marinho (2009, p. 38), a existência da possibilidade da adjudicação plurilateral é uma herança histórica estadunidense, derivada do sistema de *equity*, que permite que o juiz possua maior discricionariedade nos processos plurilaterais, o que os tornaria melhor

aparamentados processualmente para lidarem com a flexibilização necessária nos processos sobre políticas públicas.

É oportuno trazer também a definição de *complex enforcement*, que surge a partir dos estudos de litigância estrutural civil a partir da década de 1970 nos EUA. Para Sargentich (1981, p. 299-300), por *complex enforcement* entende-se um tipo de litigância civil no qual o Judiciário toma a iniciativa de reorganizar um caso sistemático de erro partindo do pressuposto de que a adjudicação não deve servir apenas para denunciar, mas também transformar práticas sociais. Há dois casos específicos, analisados pelo autor, no qual esse tipo de adjudicação foi utilizado: no caso da segregação racial nas escolas públicas, tratado acima, e na reorganização dos distritos eleitorais. Em ambos os casos, que são considerados paradigmáticos, os requerentes buscavam reestruturar um programa ou atividade governamental resguardada sob a autoridade de uma norma constitucional. Apesar disso, Sargentich defende que não é um fenômeno limitado às normas constitucionais, podendo aplicar-se ao direito privado, como por exemplo em casos de antitruste, reestruturação de aposentadorias privadas, entre outros.

Assim, são estabelecidos alguns requisitos preliminares, como: a escala do problema a ser resolvido, que é sempre algo que demanda diversas ações coordenadas; as instituições contra as quais se litiga, que devem ter caráter burocrático<sup>3</sup>; a representatividade dos autores da demanda; a política pública ou conduta que será contestada. Em resumo, a conduta a ser corrigida é uma prática, a solução é um plano e o judiciário deve contar com diversos setores da sociedade para chegar a uma solução estrutural para a coletividade.

A análise do caso paradigmático *Brown* serve, neste trabalho, para estabelecer como surgiu a teoria dos litígios estruturais como um tipo de adjudicação, independente do tipo de técnica empregada. Dessa análise, percebe-se que o seu principal objetivo, ao menos como a teoria foi desenhada nos Estados Unidos, é a resolução de problemas que afligem a sociedade a partir da atuação do Judiciário, mais especificamente da Suprema Corte, para a eliminação dos entraves estruturais. Mesmo com o pronunciamento da corte como primeiro passo para mudanças sociais e delineamento de políticas públicas, fica claro que estas só podem ser efetivadas com a colaboração de outras instituições democráticas.

---

3 Para Sargentich (1978, p. 302) o caráter burocrático é definido como uma prática reiterada baseada em uma estrutura “the wrong is not conduct, but a practice, is to indicate that the state of affairs denounced by the substantive law is a totality of related behavior having a structure and engaged in by the defendant continuously over time—in a word, that the wrong is on-going and systematic in character”.

Além disso, a possibilidade de rediscutir o litígio parece importante para caracterizá-lo como estrutural, pois diversas outras ações que versavam sobre o mesmo assunto continuaram sendo propostas até que se chegasse a um patamar em que não cabia mais ao judiciário proferir decisões. Não foi proposto necessariamente um monitoramento, apenas a possibilidade de rediscutir as decisões já tomadas, que também não foram exatamente flexíveis, mas sim dotadas da exigibilidade inerente às decisões judiciais. Portanto, como critérios para ser considerado um litígio estrutural, que podem ou não ser essenciais, temos: a discussão de políticas públicas; atuação de diversas instituições necessárias para a resolução do problema; necessidade de mudança de uma estrutura social; possibilidade de rediscutir o objeto da ação; violação de direitos de parte da população a nível fundamental; e diversos atores envolvidos na demanda.

Na parte seguinte, discutirei os litígios estruturais na Corte Constitucional da Colômbia, a partir da sentença T-025 e do estado de coisas inconstitucional, recapitulando como foi dada a decisão e quais são as atribuições da corte, de forma a conseguir reunir o conjunto de características desse tipo de litígio, que formam uma matriz de características pertencentes a esse tipo de litígio.

### **3 Os litígios estruturais na Colômbia**

Mesmo com a inspiração estadunidense, o instituto do litígio estrutural foi reconhecido pela atuação do STF como estado de coisas inconstitucional, que deriva diretamente da construção da Corte Constitucional colombiana a partir da sentença T-025, do ano de 2004, mencionada na ADPF 347. A sentença colombiana trata das violações de direitos fundamentais da população refugiada em razão dos conflitos armados dentro do próprio país. Na decisão, a violação massiva e reiterada dos direitos humanos da população refugiada e as falhas estruturais das políticas estatais colombianas, que contribuiriam ainda mais para estas violações, foram reconhecidas como um estado de coisas inconstitucional. Porém, desde 1998 a corte já adotava mecanismos parecidos para resolução de problemas que exigiam a coordenação de mais de um órgão da Administração Pública, sendo as sentenças mais recentes um aperfeiçoamento da técnica.

César Rodríguez e Diana Rodríguez (2015, p. 55-63) descrevem detalhadamente a situação dos refugiados e a atuação da Corte Constitucional em um estudo de caso sobre a Sentença T-025, e me utilizarei desse estudo para descrever o caso e a atuação da corte. O deslocamento forçado de populações dentro na Colômbia não é novidade, sendo um fenômeno conhecido desde a década de 1940. Porém, a partir da segunda metade dos anos 1990, com a escalada do conflito interno com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), o deslocamento populacional aumentou consideravelmente, especialmente entre os anos 2000 e 2002. Dentre as razões apresentadas para abandonar as terras de origem e partir para outra localidade, estão as ameaças diretas, assassinato de familiares e vizinhos, massacres e combate armado, sendo uma grande diferença da Colômbia para outros países que apresentam esse fenômeno, a imigração colombiana ser interna ao país e individual.

O governo colombiano demorou a reconhecer o impacto do conflito armado no fenômeno do deslocamento populacional, atribuindo-o a fenômenos naturais, razões econômicas, entre outros. Como consequência dessa negação, não existiam programas de enfrentamento do problema ou políticas públicas direcionadas para essa população. O reconhecimento veio apenas em 1995, com a declaração de que o fenômeno estava intrinsecamente relacionado à violência, quando foi considerado como um problema humanitário, e sua incorporação à agenda de discussão pública para formulação de políticas específicas.

A partir de então, alguns programas e estratégias foram formulados para o enfrentamento da questão, como a criação de um conjunto de instituições para executar o *Programa Nacional de Atención Integral da Población Desplazada por la Violencia*. Porém, o programa enfrentou dificuldades de gestão e coordenação interinstitucional, de informação e financiamento, evidenciando que não havia uma verdadeira política pública integral de atenção a essa população. Apesar do marco legal e da existência de três projetos de políticas públicas de alta complexidade, desenhados especificamente para atender as pessoas em condição de deslocamento forçado, o problema se agravou ainda mais durante os primeiros anos da década de 2000.

Diante da piora da crise humanitária e da necessidade de centralizar a prestação dos serviços à população deslocada, as autoridades iniciaram negociações institucionais para melhorar o serviço de assistência. Em resumo, o período que vai de 1995 a 2004 marcou a primeira etapa do reconhecimento embrionário do problema humanitário gerado pelo



deslocamento forçado da população e do esforço estatal em formular planos, através de políticas públicas, para tentar resolver essa situação de violação de direitos. Porém, a eficiência desses esforços iniciais foi baixa, incapaz de atender as demandas da população que migrava dentro do próprio país.

Neste cenário de práticas regulatórias abundantes, mas ineficazes, a Corte Constitucional da Colômbia passou a desempenhar funções de avaliação e coordenação de políticas públicas, através de uma sentença e processo de execução continuada que alterou a percepção e tratamento do deslocamento forçado na Colômbia. Assim, a situação da população deslocada foi considerada um Estado de Coisas Inconstitucional. Como se pode extrair da prática jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia, a caracterização de um estado de coisas inconstitucional se dá pelo fato dessa situação não afetar somente direitos individuais que viabilizam as pretensões através da ação de tutela, mas também por afetar todo o aparato jurisdicional, que fica congestionado em razão da quantidade de ações propostas, e afeta a efetividade do cumprimento razoável das obrigações do órgão.

A declaração de um estado de coisas inconstitucional já havia sido utilizada em outras situações, como mencionado anteriormente, mas para Rodríguez e Rodríguez (2015, p. 67) a principal diferença da sentença T-025 para as outras foi o processo de seguimento iniciado após a decisão, com a retenção da jurisdição do caso e o início de um processo de seguimento regular, com participação pública e contínua, que permaneceu em execução ao longo de uma década. Um dos principais mecanismos utilizados pela corte foi a audiência pública, com a presença de ministros, representantes da população deslocada, das entidades que ingressaram com a ação e dos órgãos de representação pública. Até abril de 2014, vinte audiências foram realizadas. Outro mecanismo de seguimento foram as sessões técnicas, regionais e informais, que tiveram início no ano de 2010, que também tinham como objetivo a discussão pública do cumprimento das ordens contidas na sentença, e foram celebradas doze, até 2014. Além dos autos, como são chamados os mecanismos de expedição das decisões e requisição de informações dos órgãos competentes, que já somavam 289 também no ano de 2014, foi criada também a *Sala Especial de Seguimiento*, com objetivo de avaliar o progresso, atrasos e empecilhos institucionais ao cumprimento das ordens.

A sentença T-025 foi considerada uma macrossentença, ou decisão estrutural, levando em consideração: a quantidade de pessoas beneficiadas; a gravidade das violações que ela pretendia resolver; os numerosos agentes estatais e sociais envolvidos; e a duração do

processo de implementação das ordens foi amplo (RODRÍGUEZ e RODRÍGUEZ, 2010, p. 14).

Algumas das características levantadas pela doutrina colombiana para caracterização dos litígios estruturais são: multiplicidade de atores processuais; uma grande coletividade de afetados, que são representados judicialmente; violação massiva de direitos fundamentais; um estado burocrático estruturalmente deficiente; reivindicação de direitos constitucionalmente assegurados, especialmente sociais, econômicos ou culturais; uma sentença que implique um conjunto de ações contínuas e prolongadas, coordenadas pelo Poder Judiciário (PUGA, 2014, p. 46). Ainda, são consideradas decisões abstratas que esboçam os fins e procedimentos que devem ser adotados para a resolução do problema estrutural, respeitando o princípio da separação dos poderes, e deixam a cargo dos próprios órgãos públicos a responsabilidade de delinear e implementar as políticas públicas. Esse tipo de litígio abre um processo de supervisão, responsável por fomentar a discussão sobre as alternativas políticas capazes de solucionar o problema estrutural que foi detectado no decorrer do processo (RODRÍGUEZ e RODRÍGUEZ, 2015, p. 213).

Um dos principais efeitos da situação dos deslocados levantados pela doutrina colombiana foi simbólico, uma vez que a situação ganhou notoriedade na mídia, fomentando a discussão em outras esferas sociais. Determinada discussão sobre direitos fundamentais pode ganhar relevância na sociedade pelo simples fato de ter destaque na suprema corte, o que é proporcionado pelos litígios, estruturais ou não. As decisões judiciais são capazes de gerar transformações sociais não somente quando induzem mudanças na conduta individual de grupos diretamente envolvidos no caso, mas também quando provocam mudanças indiretas na percepção dos atores sociais e legitimam visões de mundo que promovem os ativistas e litigantes participantes dessas decisões (RODRÍGUEZ e RODRÍGUEZ, 2010, p. 24). Mesmo que se trate da última decisão em instância jurídica e o caso seja dado como resolvido pela Corte, quando o tema ganha visibilidade no judiciário, por consequência poderá levar a algum ato por parte da comunidade política em momento posterior, que continuará a debatê-lo por algum tempo (MENDES, 2008, p. 174).

A Corte Constitucional da Colômbia tem se destacado na América Latina como uma das cortes que mais promovem ações para a efetivação de direitos sociais, nos mais diversos campos. Isso foi possível a partir da aprovação da Constituição de 1991 pela maior quantidade de direitos sociais, também decisiva quanto ao papel institucional do Poder Judiciário, do

acesso facilitado à jurisdição constitucional e as novas ferramentas de proteção aos direitos fundamentais. A Constituição incluiu uma série de mecanismos de participação política, imposição de justiça social e equidade de deveres para o Estado, afirmando que a maioria das normas que contém garantias fundamentais possuem eficácia imediata, além do cumprimento obrigatório dos tratados internacionais que tratem sobre o tema (UPRIMNY, 2006, p. 128).

Para Uprimny (2006, p. 129-130) dois fatores políticos estruturais estimularam a atitude ativista da Corte, especialmente quanto aos direitos sociais. Esses fatores seriam uma crise política de representação e os movimentos sociais e partidos de oposição pouco coesos. Por um lado, o desencanto com a política, presente em alguns setores da sociedade colombiana, viu na judicialização de demandas, que antes seriam resolvidas por outros canais de participação política, uma forma viável de suprir o vácuo deixado pelos atores políticos omissos ou ineficientes. Por outro, o país teria não apenas uma deficiência histórica quanto a articulação de movimentos sociais, mas um histórico de violência contra líderes e ativistas que desencorajaria qualquer atividade de oposição. Ao somar esses fatores históricos ao acesso fácil e relativamente barato à jurisdição constitucional, a Corte se apresentou como uma forma viável de litigância estratégica para grupos com demandas sociais, substituindo a mobilização social e política.

A Corte Constitucional da Colômbia apresenta os litígios estruturais por meio do estado de coisas inconstitucional, sendo suas principais características as apresentadas por Mariela Puga (2014, p. 46) que são: multiplicidade de atores processuais; uma grande coletividade de afetados, que são representados judicialmente; violação massiva de direitos fundamentais; um estado burocrático estruturalmente deficiente; reivindicação de direitos constitucionalmente assegurados, especialmente sociais, econômicos ou culturais; uma sentença que implique um conjunto de ações contínuas e prolongadas, coordenadas pelo Poder Judiciário. Mas algumas dessas características podem ser específicas do tipo de litígio estrutural em foco.

#### **4 Os litígios estruturais no Brasil**

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no STF ocorreu na Medida Cautelar na ADPF 347, quando o tribunal utilizou pela primeira vez a expressão “litígio

estrutural”. A decisão trata das violações de direitos fundamentais nos estabelecimentos prisionais brasileiros e condena a administração pública a tomar providências, estabelecendo diretrizes de ação para o Executivo, Legislativo e o próprio Judiciário. Como panorama, a situação dos estabelecimentos carcerários brasileiros foi considerada como incompatível com a Constituição, sendo necessária uma rearticulação dos poderes executivo e legislativo, para que estes desenvolvam políticas públicas capazes de resolver essa situação. As prerrogativas fundamentais possuem conteúdo normativo que exige em sua concretização não só a abstenção estatal, mas o dever de proteção que se traduz em uma obrigação positiva, que exige a ação efetiva de todos os poderes. Ou seja, o fato do STF poder determinar aos outros poderes o que fazer, decorreria diretamente da inércia do Estado em proporcionar os direitos sociais que são previstos no ordenamento<sup>4</sup>, expondo parte da população a situações de vulnerabilidade extrema.

Após a ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou novamente, no Habeas Corpus 143641, onde foi constatada gravíssima deficiência estrutural quanto à situação da mulher presa, pois muitos dos estabelecimentos prisionais não possuem maternidade, estrutura adequada para realização de pré-natal, creches, ou sequer camas disponíveis para grávidas. Ainda, manter crianças recém-nascidas nesse tipo de situação, em locais sem a mínima estrutura física, seria conferir pena cruel e degradante que, além disso, extrapolaria a previsão constitucional de que a pena é individual e não passará da pessoa do condenado. Assim, uma das soluções paliativas encontradas pelo judiciário foi conceder habeas corpus coletivo para que mulheres encarceradas que estejam grávidas, em puerpério ou tenham filhos de até 12 anos sob sua guarda, possam cumprir a pena em prisão domiciliar. Porém, o problema continua sem solução efetiva e necessita de ação conjunta dos poderes Executivo e Legislativo. A corte não deu provimento às medidas liminares tidas como maiores caracterizadoras do ECI – dos cinco pedidos deferidos, quatro foram direcionados ao Poder Judiciário e apenas um ao Executivo.

---

4 “(...) apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas”. Supremo Tribunal Federal. **MC ADPF n. 347 – DF**. Rel. Min. Marco Aurélio

Alguns dias antes do acórdão da ADPF 347, o tribunal também reconheceu a possibilidade do Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, pois viola-se a dignidade da pessoa humana por não ser proporcionado o mínimo existencial, seguindo relativamente a mesma linha argumentativa, mas sem utilizar-se do estado de coisas inconstitucional.

Os litígios estruturais surgem na literatura brasileira com especial inspiração da doutrina de origem estadunidense, guiando uma discussão a respeito do conflito de interesse público, que pode viabilizar reformas estruturais em instituições públicas ou privadas, buscando o cumprimento de direitos fundamentais ou o dimensionamento dos conflitos de alta complexidade. Mesmo com o primeiro caso que foi denominado pela corte como de litígio estrutural tendo utilizado o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, outro instituto que surgiu recentemente nas decisões do STF foi o *complex enforcement*<sup>5</sup>, de criação também estadunidense.

A tese foi usada no RE 641.320/RS e na ADO 25. No primeiro, o relator Gilmar Mendes, afirma que a corte acolheria sentenças manipulativas de efeito aditivo, que não apenas podem modificar o ordenamento jurídico, mas promover mudanças estruturais que sejam capazes de alterar os órgãos da administração pública e outras instituições. O ministro definiu esse “tipo de litígio no qual um segmento da realidade social é denunciado como ofensivo ao direito e transformado por ordens judiciais de fazer ou não fazer”.<sup>6</sup> Para Magalhães (2019, p. 18), essas duas decisões colocam em xeque a necessidade de declaração do estado de coisas inconstitucional enquanto única forma de promover mudanças estruturantes em os outros poderes, coordenadas pelo judiciário. A resposta do Poder Legislativo consistiu em tentar controlar os as categorias de monitoramento decisional que impactam os outros poderes, através do compromisso significativo<sup>7</sup>.

5 A menção à teoria apareceu no RE 641320 / RS, P. 34-35, e na ADO 25, P. 46, ambos de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

6 Supremo Tribunal Federal. RE 641320 / RS. Min. Relator Gilmar Mendes. P. 34-35.; ADO 25, P. 46.

7 De acordo com o próprio projeto de lei: “O compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada”. Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015. Ementa: Estabelece termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 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,

Outra ação foi considerada procedente para declaração de estado de coisas institucionais no âmbito do STF, desta vez a ADPF 822, que teve como objeto os atos comissivos e omissivos do Governo Federal frente a pandemia do covid-19. Nessa ação foram apontadas como violações sistemáticas o quadro revelado no sistema de saúde brasileiro, diante da grave crise sanitária enfrentada em todo o mundo, pela atuação inadequada do Governo Federal.

Conforme a decisão, o colapso do sistema de saúde advém da redução dos investimentos, além do péssimo gerenciamento de bens, recursos, falta de manutenção de hospitais e equipamentos e da desvalorização dos profissionais da área. Ainda, o direito a saúde deve ser prestado de forma universal e igualitária, de acordo com os preceitos constitucionais, sendo reconhecida a obrigação estatal de fornecer assistência à saúde, a partir de políticas públicas direcionadas à proteção integral da saúde individual e coletiva. Questionou-se na ação se as políticas públicas destinadas à proteção da saúde durante a pandemia, oriundas do Governo Federal, teriam sido suficientemente adequadas à luz do art. 196 da Constituição Federal.

Ao Poder Executivo federal caberia o papel de principal coordenador de ações governamentais de políticas públicas de saúde no contexto da pandemia. A atuação do Governo Federal na pandemia incluiu, além da tentativa de embarçar os estados e municípios de atuarem conforme as diretrizes internacionais da Organização Mundial de Saúde, a disseminação de inverdades e notícias falsas quanto ao tratamento precoce da doença, o incentivo à utilização de medicamentos sem eficácia comprovada cientificamente para o tratamento, negação da gravidade da pandemia, referência à imunidade coletiva alcançada a partir do contágio massivo, estímulo ao descumprimento de medidas sanitárias, tais como o uso de máscara e distanciamento social, entre outros.

Essas atitudes, somadas ao atraso na aquisição de vacinas, seriam suficientes para violar o mínimo existencial e evidenciar uma falha estrutural na administração pública, notadamente do Executivo e Legislativo, pois ambos estariam em dificuldade de comunicação, e as políticas públicas em vigor se mostrariam incapazes de reverter o quadro de reiteradas inconstitucionalidades. O tribunal reitera que não é um elaborador de políticas públicas, mas sim que atuaria como um coordenador institucional, responsável por

---

dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo.

“desbloquear” as instituições, incentivando a saída do estado de letargia e determinar a formulação de políticas públicas através da deliberação política e social.

Nos pedidos, foi requerida: a declaração do estado de coisas inconstitucional na condução de políticas públicas destinadas à realização do direito à vida e saúde durante a pandemia, que foi acolhido; uma série de determinações aos entes federados, as quais foram acolhidas somente as que o tribunal entendeu não substituir o Legislativo e o Executivo em suas tarefas próprias, como a determinação de campanhas educativas, orientações para população permanecer em casa, apoio de grupos de vulnerabilidade e etc.; a determinação da limitação das atividades que não são essenciais, que não foi acolhido; e a prorrogação da vigência dos benefícios de proteção social que foram adotadas durante a pandemia, que também não foi concedido.

Passando para a análise dos critérios que seriam definidores da atuação de uma corte constitucional em litígios estruturais, a possibilidade da corte constitucional ser vista como um local oportuno para demandas parece essencial, tanto pelo que foi visto na Colômbia, quanto nos Estados Unidos. O fato do Judiciário ser um local viável para exposição de demandas de grupos sociais minoritários ou com pouca voz política garante tanto a possibilidade de sucesso da ação quanto atenção à demanda que não é incluída nos debates sobre políticas públicas. Nesse sentido, a atuação da suprema corte brasileira como protagonista na discussão sobre implementação de políticas públicas e direitos fundamentais é importante, especialmente em um contexto de judicialização de demandas sobre direitos sociais, que é um movimento crescente em toda América Latina (BRINKS; FORBATH, 2014, p. 221).

Conforme Diana Kapiszewski (2011, p. 174) a Constituição de 1988 desenvolveu um cenário de oportunidade estrutural para constitucionalização e judicialização de conflitos sociais e políticos, abrindo espaço para o STF desempenhar um papel crucial em casos sobre distribuição de competências, governança econômica e, eventualmente, direitos e garantias sociais. Porém, o tribunal teve uma participação muito mais significativa nas duas primeiras do que na garantia de direitos nas primeiras décadas após a transição de governo, sugerindo que seria necessária uma maior abertura na estrutura de oportunidade constitucional. Essa abertura implica o STF passar a ser visto como um local onde essas demandas podem ser ouvidas. Para Barroso (2017, p. 45), a atuação do STF tem sido mais ativa em direitos fundamentais a partir de 2011, tendo como exemplo o reconhecimento das uniões entre

pessoas do mesmo sexo. Porém, não necessariamente essa atuação leva à interação entre as instituições ou definição direta de políticas públicas.

Além disso, outra discussão latente nos pedidos concedidos na cautelar da ADPF 347 é se as ordens concedidas ao próprio Poder Judiciário são vistas realmente como implementação de política pública ou apenas como parte do cumprimento da prestação jurisdicional do Estado. Pela análise do caso estadunidense e o colombiano, a existência de um entrave institucional e a tentativa de interação com instituições governamentais, que não sejam apenas do Judiciário, parece também ser um alicerce importante para os litígios estruturais. Como visto em *Brown v. Board of Education*, as modificações reais na sociedade passaram a ocorrer com a atividade dos poderes Executivo e Legislativo, o que pode levar à conclusão que políticas judiciárias não são suficientes em todos os tipos de litígios estruturais, embora possam ser vetor de transformação caso a prática de violação de direitos seja proveniente de atuação deficitária do Poder Judiciário.

Em uma análise a respeito de como as cortes constitucionais podem contribuir diretamente para a transformação social, Siri Gloppen (2006, p. 35) elenca uma série de formas de atuação, entre elas: promover um ambiente onde os problemas de grupos marginalizados podem ser potenciais ações judiciais, enquanto litigância de direitos sociais em casos paradigmáticos; reafirmar a importância de políticas públicas em face de interesses sociais privados, especialmente em Estados em desenvolvimento; servir como baluarte contra a corrosão de políticas públicas que foram diminuídas ou extintas com base na mudança de governos; e servir como plataforma pública de discussão para articulação e mobilização de demandas, com destaque para causas que normalmente são ignoradas no momento de desenho de políticas públicas.

A literatura jurídica brasileira já considera que existem outros casos de litígios estruturais<sup>8</sup>, existindo uma série de argumentos sobre o que são eles. Abaixo trarei os principais variáveis da literatura sobre as características desse tipo de litígio, separados por espécie de atributos: variáveis sobre direitos, sobre procedimento e sobre instituições. Ao realizar o mapeamento da argumentação que caracteriza os litígios estruturais, esses três

---

8 Alguns exemplos foram citados na introdução mas são eles: caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR), Mandado de Injunção 708/DF, ADPF 378(DIDIER JR., ZANETI JR., OLIVEIRA, 2017, p. 54-55); Ação Civil Pública do Carvão (ARENHART, 2015, p. 15); RE 641.320/RS e ADO 25 (MAGALHÃES, 2019, p. 18); RE nº 592.581 e ADPF 45 (LIMA; SERAFIM, 2021, p. 199).



grandes grupos pareceram englobar todas as subdivisões encontradas na literatura que definem esse tipo de litígio.

## **5 Elementos caracterizadores do litígio estrutural**

### **5.1 Breves considerações sobre as características necessárias e suficientes dos litígios estruturais**

Este trabalho pauta-se na revisão da literatura nacional sobre litígios estruturais, e seus desdobramentos correlatos, com o intuito de estabelecer uma classificação entre características necessárias, suficientes e acessórias para que esse tipo de litígio seja assim reconhecido. Com isso, foram examinados diversos trabalhos de autores nacionais sobre o tema, de onde foram extraídos nove variáveis principais, que apareceram de forma reiterada como atributos desse tipo de ação.

Essas variáveis foram relativos tanto ao conteúdo, quanto ao procedimento e sua relação com instituições, sendo essa a divisão maior em que estão inseridos. Nos atributos sobre conteúdo temos: litígios estruturais são demandas para efetivação de direitos fundamentais ou políticas públicas; e que tratam sobre direitos das minorias. Já nas variáveis sobre procedimento, temos discussões sobre necessidade de monitoramento da demanda, policentria, demandas individuais, e necessidade de democratização do processo, com forma de participação popular. Por fim, nos atributos sobre instituições, foram encontradas variáveis sobre a ineficiência ou omissão dos órgãos e instituições, a promoção de reformas das estruturas e a atuação do Judiciário como “coordenador”. Todas elas serão trabalhadas detalhadamente em subseções desse capítulo.

Estas variáveis foram classificadas em “necessárias” e “suficientes” para a caracterização de um litígio estrutural. Isso implica dizer que alguns atributos devem estar necessariamente presentes, enquanto alguns são facultativos para essa classificação. Eles podem ser necessários, suficientes e nem necessárias nem suficientes (acessórios). É importante esclarecer de antemão quais são as variáveis suficientes ou necessárias porque, muitas vezes, os atributos estão ligados, e a discussão de uma variável leva necessariamente a citação de outra, que será realizada de forma detalhada em momento posterior no trabalho.

Não foram encontradas variáveis suficientes, que seriam aquelas que não precisariam de outras para que o litígio fosse considerado estrutural. Como necessárias, que são aquelas que precisam estar presentes para um litígio ser considerado estrutural, formando um conjunto, foram: tratar sobre direitos fundamentais; presença de audiências públicas (como forma de participação popular) e reestruturação de um órgão ou instituição. As variáveis necessárias formam um conjunto, pois sem a presença de uma delas não há um litígio estrutural. Todas as outras variáveis são consideradas como nem necessárias e nem suficientes, ou seja, podem estar presentes, mas não são o bastante, por si só, para classificar um litígio como estrutural, pois podem constar em outros tipos de processo. Quando se tratar das variáveis consideradas necessárias, é possível que elas não possam ser reconhecidas desde início na ação, como é o caso das audiências públicas, mas a ação ainda poderá ser considerada estrutural caso exista a probabilidade desse tipo de desdobramento.

As próximas seções desse trabalho dedicam-se ao aprofundamento do estudo dessas variáveis. Será feita a exposição de como os diversos autores nacionais trabalham os conceitos em suas obras, seguida de uma discussão sobre o tema e, quando couber, a ilustração a partir de uma decisão judicial que se encaixe na característica trabalhada.

## 5.2 Variáveis sobre direitos

### 5.2.1 São estruturais as demandas para efetivação de direitos fundamentais ou políticas públicas

O primeiro atributo a ser analisado é o de que litígios estruturais tratam da efetivação direitos fundamentais ou implementação de políticas públicas. Essa variável normalmente vem acompanhada de outra, o da reestruturação das instituições, que será trabalhada detalhadamente mais adiante. Esse atributo diz que, para que direitos fundamentais que estão sendo violados sejam garantidos eficientemente, é preciso que exista uma reestruturação institucional, que seja capaz de sanar a deficiência na efetivação desses direitos.

Didier, Zaneti e Oliveira (2017, p. 48) afirmam que uma decisão estrutural seria aquela que tem como objetivo implementar uma reforma estrutural de um ente ou instituição para concretização de um direito fundamental, realização de uma política pública ou resolução de

litígios complexos. Ainda, que se parte da premissa de que existe uma ameaça ou lesão à efetividade das normas constitucionais, ocasionada pelas organizações burocráticas, que não podem ser sanadas sem sua reestruturação. Camila Almeida Porfiro (2018, p. 42-43) reitera esse argumento, acrescentando ainda que essa violação repetida é causada por bloqueios nos processos políticos ou institucionais, e que os litígios estruturais não lidam somente com direitos sociais e econômicos, mas podem ser aplicados a qualquer espécie de direito fundamental.

Para Leonardo Nunes (2019), esses litígios surgem a partir da dificuldade da concretização de valores públicos, e também pela dificuldade de efetivação de direitos fundamentais, que podem estar relacionados a questões que envolvem meio ambiente, saúde, educação, sistema carcerário, e uma série de outros assuntos. Conforme Marco Félix Jobim (2021, p. 837), os litígios estruturais seriam uma junção de fatores, que são: a concretização de direitos garantidos constitucionalmente e um estado de desconformidade entre realidade e texto constitucional, marcado pela complexidade, aliado ao policentrismo, multipolaridade e multifatorialidade.

Por sua vez, Felipe Barreto Marçal (2021, p. 62) afirma que essa ideia de que as medidas estruturantes ligam-se à burocracia estatal, e lidam com implementação de direitos fundamentais, está intrinsecamente relacionada à influência da doutrina proveniente dos Estados Unidos. Para ele, se esse tipo de medida constitui uma ferramenta de tutela jurisdicional, não há por que se limitar a situações nas quais existam problemas com políticas públicas, implementação de direitos fundamentais ou casos de interesse público, mas que pode ser usada também no direito privado.

Diversos autores concordam que as técnicas aplicáveis aos litígios estruturais são adequadas a resolver problemas da esfera do direito privado e que existem, sim, litígios estruturais entre particulares. De forma sucinta, para eles, o litígio estrutural estaria mais baseado na reestruturação das instituições e nas técnicas processuais envolvidas, que serão melhor abordadas em momento oportuno. De toda forma, isso implica dizer que não necessariamente precisa existir um direito fundamental envolvido para que exista um litígio estrutural, pois ele se pautaria em outras características para ser assim considerado, não apenas na ineficácia de mandamentos constitucionais que tratam de direitos fundamentais. Todavia, considero que a carga constitucional de tratar sobre esse tipo de direito deve ser

considerada como importante, discordando dos autores que consideram desnecessário tratar de direitos fundamentais.

Considero que esta seria, uma característica necessária para caracterização de um litígio como estrutural. Ser uma ação que verse apenas sobre a efetivação de direitos fundamentais não a torna um litígio estrutural, por mais que grande parte dos litígios assim considerados tratem sobre esse tema. Porém, junto das outras características, torna-se um fator decisivo para caracterizar uma ação como estrutural.

Ao dizer que uma ação tem função de implementação de políticas públicas ou efetivação de direitos fundamentais, atribui-se uma forte carga constitucional e um sentido de interesse público à demanda. Diversos processos que possuem como assunto direitos fundamentais ou implementação de políticas públicas chegam ao Judiciário brasileiro todos os anos, sendo uma realidade e envolvem tanto demandas individuais quanto coletivas (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 369).

Isso não significa que as demandas que versem sobre esses assuntos serão estruturais, apesar de perpassarem tangencialmente a temática. Por exemplo, uma ação individual que pleiteie a concessão de um remédio de alto custo pelo Sistema Único de Saúde trata de um direito fundamental, o direito à saúde, mas busca apenas a satisfação daquele direito em si, e não a reestruturação do sistema como um todo, que seria, de antemão, uma das condições necessárias para que a demanda seja considerada estrutural.

O caso que pode ser considerado um exemplo da proteção de direitos fundamentais a partir de litígios estruturais é a ADPF 347, que trata sobre o sistema penitenciário e foi explicada em tópicos anteriores. Estavam em pauta a proteção de direitos fundamentais como direito à integridade física, vedação à tortura e ao tratamento desumano. Porém, outros casos que tratam sobre direitos fundamentais e tiveram grande relevância pública já passaram pelo STF, mas o que tornaria este caso diferente dos demais, como por exemplo a ADPF 132, que trata da união homoafetiva como entidade familiar? A resposta estaria no tipo de prestação necessária para garantir este direito fundamental, não bastando somente uma ordem, como no caso da ADPF 132, para que o direito seja garantido.

A ADPF 347 exigiria uma série de outros procedimentos para sua satisfação, como a prolação de diversas decisões para o cumprimento da sentença principal, em uma espécie de monitoramento, e tem como objetivo a reorganização de estruturas. Já para o cumprimento da ADPF 132 bastaria uma ordem reconhecendo ou não aquele direito, para que ele fosse

aplicado quase imediatamente. Não foi preciso grandes mudanças no aparato público para o reconhecimento da união homoafetiva, pois o reconhecimento de união familiar já era proporcionado para outros tipos de arranjos familiares.

Ao classificar essa variável como necessária, quero dizer que é possível que ela apareça em litígios estruturais como uma característica importante da ação, mas que só o fato de se tratar de uma demanda sobre direitos fundamentais não será o bastante para caracterizá-la como estrutural. Porém, para ser um litígio estrutural, ele precisa tratar de uma questão sobre direitos fundamentais. Diversas demandas que adentram o judiciário diariamente tratam sobre esses direitos e, nem por isso, merecem o tratamento diferenciado que as técnicas para lidar com litígios estruturais exigem. Por isso, é preciso que estejam presentes outras características, também necessárias, para que esta possa fazer parte de um litígio estrutural.

#### 5.2.2 São estruturais as demandas para concretização dos direitos das minorias

Um dos atributos sobre a matéria dos litígios estruturais é que são estruturais as demandas que tratam da concretização de direitos das minorias. A técnica seria uma ferramenta para efetivação dos direitos dessa categoria, por ser uma forma de fazer com que o STF seja mais atuante. Porém, seria preciso cautela para não adentrar a esfera de atuação dos outros poderes, muito embora ainda consista em uma forma de forçar sua atuação. Este foi um atributo considerado nem necessário e nem suficiente, mesmo que possa figurar em litígios desse tipo.

Para Porfiro (2018, p. 72) os remédios estruturais podem ser uma ferramenta poderosa para a proteção de grupos marginalizados, minoritários, ou mesmo que não tenham suas demandas atendidas pelos outros poderes. Seria preciso, porém, levar em consideração o princípio democrático e o respeito à capacidade institucional tanto do Legislativo, quanto do Executivo, devendo atuar de forma equilibrada e flexível para a efetivação dos direitos fundamentais dessas categorias.

Já Jobim (2013, p. 149) afirma que a doutrina das medidas estruturantes faz com que o STF seja responsável por tomar decisões mais efetivas para a concretização dos direitos das minorias, pois seria dever do Estado manter as regras do jogo iguais para todos, exercendo uma jurisdição contra majoritária. Conforme o autor, existe um hiato de inefetividade entre as

normas trazidas na Constituição Federal e a situação que realmente ocorre na realidade. Transformar a realidade social seria um dos grandes alicerces das medidas estruturantes, que está em consonância com os artigos iniciais da Constituição. Ainda afirma que o conceito que abarca esses direitos de maior importância, que precisam ser efetivados pelas medidas estruturantes, são os trazidos pela ADPF.

Essa variável se baseia em duas premissas principais: a proteção dos direitos das minorias; e a atuação da suprema corte enquanto promotora da efetivação desses direitos. A primeira parte esbarra na definição do que seria uma minoria que precise da defesa de seus interesses. Já a segunda parte trata sobre os limites da atuação do Judiciário na promoção de direitos e o quanto ele pode adentrar em outras esferas, que se aproxima bastante do atributo de que os litígios estruturais surgem quando as instituições estão inertes ou omissas.

De acordo com Fredman (2011, p. 2-3), a experiência tem mostrado que tratamentos iguais, na verdade, podem perpetuar desigualdades. Tratamento desigual pode ser necessário para equalizar as oportunidades de todos os indivíduos, mas uma vez que as oportunidades são iguais, escolhas diferentes e capacidades podem levar a desigualdade dos resultados. Uma maior atenção às causas de desigualdades em uma sociedade apontam para a necessidade de instituir programas sociais mais amplos. A igualdade precisaria ser interpretada se aplicada aos direitos das minorias, não como uma forma de trazer tratamento igual para todos, mas sim conceder o tratamento necessário para que aquele grupo chegue às mesmas oportunidades que os outros, por isso as políticas públicas são ferramentas importantes.

Como visto com o caso *Brown v. Board of Education*, a judicialização foi um caminho escolhido pelos afro-americanos nos Estados Unidos na década de 1950, que continuou a ser usado posteriormente por outras categorias, como mulheres e a população homossexual, sendo uma via para “destravar” políticas públicas ou ao menos chamar a atenção para a causa. A existência de litígios estruturais nessa seara não necessariamente implicou mudanças legislativas, que ocorreram algumas décadas depois, mas certamente foram um marcador de vitória para os movimentos sociais da época. Esses litígios mexeram especialmente com políticas públicas para os grupos requerentes, fazendo com que fossem criadas oportunidades de igualdade a partir dessas políticas.

Um litígio estrutural pode, potencialmente, lidar com demandas de direitos das minorias. Ao lidar com políticas públicas (ou a falta delas), pode ser uma forma de chamar a atenção para uma causa ou pauta específica, pela visibilidade de estar na mais alta corte do

país, mesmo que a decisão não seja favorável. Todavia, apenas se tratar sobre direitos das minorias não faz com que a demanda seja um litígio estrutural, muito embora ações estruturais possam tratar de direitos das minorias com certa frequência.

Uma decisão do STF que é tida como estrutural pela literatura<sup>9</sup> que trata desse assunto é a do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388)<sup>10</sup>. Nessa ação, foi contestada a demarcação da terra indígena e a presença de não-indígenas na reserva. O STF foi a favor da demarcação das terras, mas estabeleceu uma série de condições, que tiveram a intenção de gerar uma reestruturação em toda a área demarcada. A autoridade para fiscalização do cumprimento da decisão foi delegada para o presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª região, que poderia manter contato mais próximo que o STF para averiguar seu cumprimento. Também foi determinada a produção de relatório, por parte da FUNAI, referente ao cumprimento da decisão direcionado para o STF.

A problemática que diz respeito à demarcação da terra indígena teve início no ano de 1977, e desde então enfrentou um longo processo judicial e político para sua homologação. Somente em 1993 foi apresentada uma proposta de estabelecimento de limites territoriais, na qual constava o levantamento antropológico e territorial da Raposa Serra do Sol. Após a regulamentação do processo de demarcação, o Estado de Roraima passou a contestar o procedimento administrativo no Judiciário. Em 1999 foi concluída a demarcação física e enviada para a homologação. Porém, fazendeiros, invasores e o próprio governo do estado se insurgiram contra a portaria que declarava a demarcação, e passaram a ingressar com ações judiciais na Justiça Estadual, Federal e no STF. Inúmeras ações foram propostas até que o STF declarasse que todas as ações sobre o território eram de sua competência, somente no ano de 2004. (YAMADA, VILLARES, 2010, p. 155).

Dentre as condições mais importantes estabelecidas na decisão que favorável à demarcação da terra indígena, estavam: a desocupação da terra por não indígenas e as diretrizes a partir das quais essa desocupação seria executada; determinações sobre o usufruto das terras por parte dos indígenas em contraposição ao interesse nacional; determinação do órgão que seria responsável pela unidade de conservação dentro da própria reserva; e assegurar a participação dos entes federativos no processo de demarcação. De acordo com o

---

9 Didier, Zaneti e Oliveira (2017, p. 54) consideram a decisão como estrutural.

10 Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388 RR. Min. Relator Carlos Ayres Britto.

texto da decisão, as condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação, e seriam decorrentes da própria constituição.

A ação, entretanto, teve outros desdobramentos no decorrer do tempo. Em 2013 foi suspensa a supervisão judicial sobre o território, determinado que o precedente teria força vinculante que se estenderia a outros processos que discutem matéria similar e declarada exaurida a competência originária do STF para julgar casos que se relacionem à terra indígena.

A decisão ilustra como o STF estabeleceu condicionantes que foram capazes de reestruturar a organização do processo de demarcação de terras, que envolvia diversas instituições. Essa decisão é considerada estrutural não pelo conteúdo em si, mas pela reestruturação e outras características, também consideradas necessárias, presentes nela. Como visto, diversas outras ações foram propostas sobre o mesmo tema, em diversas instâncias do Judiciário, mas nem todas tiveram a intenção de reestruturação, somente de permitir a efetivação de um direito ou não. Por isso, o fato de o conteúdo tratar de direitos de minorias foi considerado como nem necessário e nem suficiente para a caracterização de um litígio como estrutural.

### 5.3 Variáveis sobre procedimentos

#### 5.3.1 Litígios estruturais precisam de monitoramento

Esse é o primeiro atributo que trata do procedimento de uma ação estrutural que será analisado. É uma variável que foi considerada acessória, ou seja, pode ser encontrado em litígios estruturais, mas apenas como uma forma de classificar diferentes tipos de litígios, que podem ou não contar com esse atributo sem ser descaracterizado.

A construção do monitoramento gira em torno não apenas da criação de instituições que sejam capazes de monitorar a efetivação da decisão, mas também na prolação de decisões no decorrer do tempo. O monitoramento seria a capacidade do Judiciário de permanecer produzindo decisões sobre aquele caso, em uma espécie de experimentalismo, realizando testes sobre o que funciona e o que não funciona para a correção do problema estrutural ou reestruturação da instituição. A principal característica dessas decisões é serem prospectivas,



pautadas no consenso entre os participantes do processo estrutural, privilegiando soluções dialógicas.

Para Marçal (2021, p. 105-106), as medidas estruturantes trabalham com uma espécie de tentativa e erro, uma experimentação, com a inversão do contraditório para se tornar mais eficaz, pois assim as partes podem levar ao conhecimento do juízo o que tem funcionado ou não para a resolução do litígio. Ainda, após a tomada da decisão e de sua consequente implementação, é importante o diálogo entre todas as partes envolvidas acerca do que pode ser corrigido na medida, para a sua adequação ao devido fim, verificando a necessidade de modificação ou revogação. Desta forma, existe uma delegabilidade nas medidas estruturantes e o aumento da função de fiscalização do Judiciário, que passa a atuar como supervisor. Osna (2021, p. 470) assevera que a intervenção jurisdicional passa a ser continuada, pois o provimento não se encerraria de pronto, mas exigiria fiscalização e ajustes constantes. Dessa forma, a execução da sentença poderia ser melhorada periodicamente e revista de acordo com as circunstâncias de cada caso, por assumir uma composição institucional.

No mesmo sentido, Porfiro (2018, p. 46) afirma que os litígios estruturais exigem um processo contínuo de cumprimento, não se esgotando em um único ato, aprofundando e prolongando no tempo o envolvimento do tribunal com aquela causa. A execução seria um estágio contínuo de relacionamento entre as partes e a corte, no qual é estabelecido um processo de supervisão a longo prazo sobre as instituições. Para Cabral (2019), as decisões estruturantes, que são parte do processo estrutural, devem ser compostas por condições que sejam mutáveis e fluidas, com a possibilidade de revisão para garantir maior efetividade aos resultados.

Vitorelli (2021, p. 73) estabelece que a decisão do processo estrutural não se esgota em apenas uma ordem, de cumprimento instantâneo, mas sim em um conjunto progressivo de ordens. A implementação desse conjunto se daria no decorrer do tempo, formando uma cascata de decisões, pois as subseqüentes seriam dependentes das antecedentes. Nunes (2019) também atenta para o caráter de cascata das decisões, pois as soluções prospectivas, alcançadas através do consenso dos participantes, dão ensejo a múltiplas decisões que tem como objetivo a satisfação dos direitos declarados.

O conceito de decisões em cascata foi primeiro desenvolvido por Sérgio Arenhart (2013). Para ele, nas medidas estruturais seria frequente a necessidade de recorrer a esses provimentos, pois os problemas são resolvidos na medida em que aparecem. Por isso, seria

dada uma primeira decisão, que se limitaria a estabelecer linhas gerais e diretrizes do direito que deve ser tutelado, sendo uma decisão principiológica, com um núcleo que deve ser seguido nas posteriores. Essa primeira decisão teria caráter mais abrangente e genérico, tendo como função estabelecer as primeiras necessidades da tutela jurisdicional. Com o passar do tempo, outras decisões, derivadas dessa primeira, seriam necessárias para a resolução de problemas e questões pontuais na implantação da decisão núcleo, em uma ampla cadeia de decisões. Essas decisões podem implicar avanços ou retrocessos a partir do que foi inicialmente firmado, adequando a tutela jurisdicional ao que é possível ser implementado no caso concreto.

Com essa exposição, podemos perceber que a variável do monitoramento gira em torno da função decisória do Judiciário prolongada no tempo, na necessidade de se estabelecerem decisões dialógicas, e no fato de uma decisão poder gerar outras subsequentes, necessárias para a implementação da primeira. O monitoramento figura como uma das principais características do litígio estrutural, mas por si só não garante que a ação seja assim considerada. Embora pareça difícil que outras ações envolvam uma cadeia tão complexa de execuções, o simples fato do Judiciário dar diversas ordens para cumprimento de uma decisão não a torna estrutural. É um atributo acessório, pois sozinho não basta para caracterizar esse tipo de litígio e tampouco tem correlação com as variáveis necessárias, que são as que precisam estar presentes para essa caracterização. O que quero dizer é que o monitoramento precisa ter como objetivo uma reestruturação, que é condição necessária, juntamente das outras, para caracterização de um litígio estrutural.

Uma ação do STF capaz de ilustrar uma espécie de monitoramento é a ADPF 709. A ADPF 709<sup>11</sup> surge no contexto da pandemia do covid-19, no qual a ação tem por objeto as falhas e omissões do Poder Público nesse contexto, mas mais especificamente entre os povos indígenas, entre os quais existe maior risco de contágio e até extermínio de etnias. Alega-se que os povos indígenas são vulneráveis a doenças infectocontagiosas, pois apresentam imunidade mais baixa que o padrão da sociedade brasileira, e também que as taxas de mortalidade durante a pandemia são maiores que a média nacional, além de existirem indícios de que o vírus se espalharia mais rapidamente entre seus membros e da ineficácia das ações tomadas pela União para impedir que o quadro se agravasse.

---

11 Supremo Tribunal Federal. MC/ADPF 709-DF. Min Relator Roberto Barroso.

Foram formulados pedidos específicos em relação aos povos em contato recente, que incluíam a criação de barreiras sanitárias, instalação de uma sala de situação, retirada de invasores das terras indígenas, acesso amplo de todos os indígenas, até os que não eram aldeados, ao Subsistema Indígena de Saúde e, por fim, a criação de um plano de enfrentamento e monitoramento da covid-19.

Afirma-se que o intuito da decisão foi estabelecer um diálogo institucional entre o STF e o Poder Executivo, de forma que fosse possível construir uma solução para a questão indígena. O ministro relator, Luís Roberto Barroso, afirma que a concretização das políticas públicas que seriam necessárias exigiam diretamente a atuação da União, Ministério da Saúde e Forças Armadas, não sendo um esforço somente do Judiciário.

A argumentação também conta com o princípio da prevenção ou da precaução, pois a proteção da vida e saúde desses grupos validaria a hipótese de se adotarem medidas protetivas cabíveis, desde que fossem razoáveis e proporcionais. Outro argumento citado foi o estabelecimento de um diálogo intercultural entre as duas culturas, pois seria possível, tanto pela Constituição quanto por tratados internacionais, que os próprios povos indígenas afetados participassem da construção das políticas públicas que dizem respeito a eles.

A União instalou a Sala de Situação para tratar de povos indígenas isolados, apresentou um plano de instalação de barreiras sanitárias e realizou a entrega do plano de enfrentamento. O plano de enfrentamento foi entregue diversas vezes ao tribunal e contou com quatro versões, com a quarta sendo aceita, porém ele não foi posto em prática, e a União apresentou um quinto plano com conteúdo diferente do que tinha sido ratificado pelo tribunal. O tribunal estabeleceu um monitoramento no decorrer do tempo, que se estendeu até após a ratificação do plano, que contou com diversas versões, sendo responsável por analisar se os planos oferecidos pela União estariam de acordo com as necessidades das populações indígenas e à altura de resolver o problema.

Essa decisão mostra a tentativa de estabelecimento de um diálogo com as instituições envolvidas na situação, que inclui especialmente o Governo Federal. A decisão pede que seja elaborado um plano de ação, dentro das possibilidades do Executivo, mas que também leve em conta os direitos que devem ser tutelados pelo Judiciário dentro da ação. Em seu andamento, outros provimentos precisaram ser estabelecidos para o seu cumprimento, como o retorno dos planos de ação que foram rejeitados pelo STF. Esta é uma decisão que exige que o tribunal permaneça atento à sua execução no tempo, para garantir seu efetivo cumprimento.

Essa decisão ilustra o caráter de reestruturação de uma instituição para a efetivação de um direito fundamental. Para isso, são necessários diversos provimentos e a extensão da tutela judicial no tempo, para averiguar as condições do cumprimento dessa decisão, pois somente uma única decisão de fazer ou não fazer não seria suficiente para garantir a proteção do direito em questão. Apesar de figurar o monitoramento, também faz parte a reestruturação, que é o que lhe garante o caráter estrutural, junto das outras variáveis necessárias.

### 5.3.2 Todo litígio estrutural é policêntrico

O próximo atributo analisado diz respeito ao fenômeno da policentria nos litígios estruturais. Essa variável foi considerada nem necessária e nem suficiente para a caracterização desse tipo de litígio, e gira em torno da inadequação do processo bipolar para lidar com os diversos polos de interesse existentes dentro de uma mesma ação. De acordo com esse atributo, o fato do litígio ser originado a partir de uma violação sistemática de direitos faria com que diversos setores da sociedade fossem prejudicados, o que tornaria necessária a participação da maior quantidade de atores no processo, de forma a conseguir a representação mais fidedigna dos interesses quanto possível.

Para Vitorelli (2021, p. 39), o litígio estrutural é uma espécie de litígio coletivo irradiado, que ocorre quando a sociedade civil é atingida de modos diferentes entre seus integrantes. Isso origina subgrupos distintos, que não fazem parte da mesma comunidade, nem possuem a mesma perspectiva social e não são atingidos da mesma forma pelo resultado do litígio. Os litígios coletivos irradiados seriam decorrentes de situações nas quais as lesões são relevantes para a sociedade, mas atinge grupos de forma diferente sem que eles tenham qualquer proximidade social ou vínculo de solidariedade em comum (VITORELLI, 2021, p. 61). Para que esse tipo de litígio seja resolvido, existe o processo estrutural, que é um processo coletivo no qual se pretende reorganizar a estrutura burocrática, seja pública ou privada. O autor ainda traz a definição de que nem todo litígio coletivo irradiado é estrutural, mas que todo litígio estrutural é coletivo irradiado, além de que todos os litígios estruturais são policêntricos por não se enquadrarem no sistema processual tradicional (VITORELLI, 2021, p. 60).

Arenhart (2019) afirma que, em demandas coletivas, muitas vezes é inviável supor que toda a coletividade envolvida possa ser agrupada em dois polos, sendo um a favor e outro contrário, pois as situações podem ser muito mais complexas que isso. Especialmente ao debater políticas públicas, que são assunto recorrente para litígios estruturais, o processo pode se tornar complexo, com a presença de vários polos, que necessitam ser isolados e pensados de forma autônoma. Esses polos nem sempre estão consorciados em prol de um objetivo em comum, podendo litigar entre si, oferecendo visões contrastantes dentro de um mesmo polo do processo.

Para Nunes (2019) os litígios estruturais são marcados pela policentria e pela ligação estreita dos interesses, que se relacionam e são dependentes entre si, embora possam ser antagônicos. Ele descreve essa imbricação de interesses a partir da metáfora da teia de aranha de Fuller<sup>12</sup>. Afirma ainda que esses litígios são formados pela causalidade complexa da violação sistemática de direitos, causada pelas práticas e dinâmicas já institucionalizadas.

De forma contrária, Didier, Zaneti e Oliveira (2021, p. 434) afirmam que a multipolaridade não figura como um atributo essencial do processo estrutural e nem uma característica determinante, podendo o processo ser estrutural, porém ser bipolar. Os autores afirmam que podem existir situações em que existem dois polos de interesse e o litígio seja estrutural, como pode existir o caso de ser multipolar, porém não estrutural. Em sentido semelhante, Marçal (2021, p. 34-36) afirma nem todos os litígios que envolvam interesses diversos, ou seja, caracterizados como policêntricos, necessariamente precisarão ser resolvidos por via de medidas estruturantes. Para o autor, o termo “estruturais” não abrange todo o conceito, pois nem sempre serão postuladas medidas que buscam a reestruturação de uma política pública ou instituições estatais, mas sim prestações positivas e negativas de sujeitos que também podem ser particulares.

A argumentação da policentria está calcada em dois principais alicerces, que são: a incapacidade do processo bipolar de abarcar diversos polos de interesse diferentes dentro da mesma ação; e da complexidade de interesses desses diversos polos, especialmente quando se trata de discussão de políticas públicas. Parte da literatura, no entanto, afirma que não é uma característica essencial do litígio estrutural.

---

12 A policentria pode ser explicada a partir de uma teia de aranha. Ao fazer pressão em uma vertente da teia, as outras partes dela serão afetadas a partir dessa tensão criada, em um padrão complicado de imbricação, com reflexos variados em suas extremidades. Cada uma das partes da teia é afetada pela tensão inicial, mas de formas diferentes. Assim também funciona a policentria de um litígio estrutural, onde as diferentes partes são afetadas pelo problema de forma distinta (FULLER, 1978, p. 395).

Um caso paradigmático trazido por Arenhart (2021, p. 1073) para evidenciar o caráter multifacetado dos interesses de um litígio estrutural, é o caso do Albergue Estadual de Uruguaiana. Esse caso teve início a partir de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul para que fossem realizadas obras de reforma do estabelecimento penitenciário, que estava em situação de inadequação para os apenados. Inicialmente, se deu como uma ação comum, com o Ministério Público em um polo e o Estado do Rio Grande do Sul em outro. O tribunal do primeiro grau julgou a ação procedente, impondo o dever de reforma do estabelecimento para o estado. Porém, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou que seria inviável a realização do pedido por imposição do Poder Judiciário, pois seria uma intromissão indevida nas vias administrativas.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul, inconformado com a decisão, ofereceu recurso extraordinário, que teve a repercussão geral reconhecida em 2009. A partir daí, quinze estados e a União se habilitaram ao processo, já que a discussão a respeito da prerrogativa do judiciário de determinar a realização de obras públicas interessava a todos. O dito processo passou a contar com, no mínimo, dezoito polos de interesse distintos, que poderiam ainda se multiplicar mais. O STF acolheu o recurso e determinou que é possível que o judiciário imponha ao estado o dever de realização de obras essenciais para o mínimo da dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>.

O exemplo não é muito feliz, pois a maioria dos estados que se habilitaram o fizeram apenas para saber se seriam obrigados também a seguir aquela determinada decisão em momentos posteriores, não configurando polos de interesses distintos. O fato do Judiciário reconhecer que é possível a imposição de obras essenciais para garantir o mínimo da dignidade humana não consiste em uma reestruturação. Seria apenas o reconhecimento de que, futuramente, podem ser impostas novas obrigações, sem que estas acarretem na mudança das estruturas burocráticas que levam à violação.

Uma ação que implique a reestruturação de um órgão ou instituição, verse sobre direitos fundamentais e no âmbito da qual sejam realizadas políticas públicas, mesmo que não possua diversos polos de interesse distintos, ainda assim poderá ser considerada estrutural. A policentria não figura como um atributo necessário e nem suficiente para caracterizar um litígio estrutural, podendo figurar como característica acessória.

---

13 Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. Min Relator Ricardo Lewandowski.

### 5.3.3 Litígios estruturais necessitam de audiências públicas e participação popular

Para a literatura, a presença de audiências públicas e participação popular figura como uma das características mais importantes de um litígio estrutural. No entanto, a simples presença tanto das audiências públicas, quanto de qualquer outro meio de participação, não é suficiente para caracterizar esse tipo de litígio. É, portanto, um atributo considerado necessário, pois é preciso que estejam presentes as outras variáveis também consideradas assim para a caracterização do litígio.

O argumento gira em torno do tipo de decisão de um processo estrutural, que faz com que seja necessária a discussão do problema a partir da ampla participação popular, sendo uma forma de garantir legitimidade democrática para as decisões subsequentes. Essa participação popular não precisaria ser restrita a fase anterior à sentença, pois caso se dê em um momento posterior, seria capaz de trazer parâmetros sobre a implementação da decisão. Alguns institutos que são citados com frequência são o *amici curiae* e as audiências públicas. As instituições permaneceriam sob esse monitoramento judicial indefinidamente, com participação popular, com novas medidas sendo determinadas de acordo com o andamento positivo ou negativo da demanda.

Para Didier, Zaneti e Oliveira (2021, p. 450) a complexidade e multipolaridade que geralmente marcam os processos estruturais, além da potencialidade de que a decisão atinja um grande número de pessoas, faz com que seja necessário pensar em novas formas de participação dos sujeitos no processo, podendo ser ferramentas o *amici curiae* e as audiências públicas. Em sentido similar, Squadri e Jobim (2021, p. 845) afirmam que as audiências públicas devem ser medidas obrigatórias inerentes ao processo estrutural, para assegurar o contraditório e proporcionar diálogo colaborativo que reflita no resultado do processo.

Ferraro (2021, p. 174), por sua vez, reconhece que em um processo estrutural que seja público, o rol de sujeitos participantes e as formas de participação devem ser diversificadas, proporcionando espaço para diferentes representações de interesses. Isso implica que outros sujeitos sejam chamados a participar do processo, estejam ou não inseridos nos legitimados ativos. Para Ferraz (2019) é preciso que exista articulação entre os setores e as possíveis soluções, sendo a participação dos diferentes atores uma condição fundamental para esse novo modelo de jurisdição e processo.

Para Marçal (2021, p. 98), independente da perspectiva adotada, a intervenção de instrumentos como o *amici curiae* é indispensável para a ampliação do contraditório, e deve existir nos processos estruturais, como forma de enriquecer o diálogo e possibilitar ao juiz a decisão com o máximo de informações possíveis. Nunes (2019) assevera que, para que a oxigenação do processo estrutural passa pela criação ou expansão dos mecanismos de debate público dentro do processo. Assim, é possível compreender os reais interesses que estão em conflito, seja por meio de audiências públicas, participação dos setores auxiliares, criação de grupos de trabalho, ou criação de plataformas que possam transmitir e publicar informações atinentes ao processo em questão.

Arenhart (2021, p. 1052) afirma, em sentido semelhante aos demais, que os instrumentos como audiências públicas e *amicus curiae* são fundamentais, e que as audiências que permitam participação da comunidade envolvida são indispensáveis, muito embora não estejam disciplinadas na legislação. Por fim, Porfiro (2018, p. 85) assinala que o processo estrutural deve ser conduzido a partir de um método dialógico, permitindo a participação de todos os interessados e possíveis afetados pela consequente decisão. O julgamento deveria atrair não só as autoridades públicas, mas sim todos aqueles que tenham interesse legítimo na causa.

Por todos os argumentos e pontos de vista expostos, podemos perceber que essa variável é pautada em alguns pontos específicos, que são: a participação de todos (ou a maioria) os afetados pelo litígio; a necessidade de que essa participação leve ao diálogo para a criação das decisões; e a existência de instrumentos que possibilitem essa participação, como *amicus curiae* e audiências públicas. Existe também o ponto da legitimidade conferida às decisões por se pautarem na participação popular, ou participação dos afetados, para que cheguem a um acordo sobre a melhor resolução do caso. Esta é uma variável importante para a caracterização dos litígios estruturais porque diz respeito ao seu caráter inovador no ordenamento jurídico, através da participação e diálogo para a tomada de decisões. Por isso, foi considerada como necessária, mas não suficiente como atributo de um litígio estrutural, uma vez que os instrumentos de participação podem estar presentes em outros processos que não sejam necessariamente estruturais. Por isso, somente o fato de utilizar esses instrumentos não é suficiente para sua caracterização como estrutural; porém, quando presentes as outras características necessárias, trata-se de um litígio estrutural.

Conforme Costa e Fernandes (2017, p. 368):



O Poder Judiciário brasileiro desenvolveu duas técnicas de democratização do processo decisório: as audiências públicas e a participação do *amici curiae*.

As audiências públicas, desenvolvidas especialmente no âmbito do STF, permitem a participação direta dos cidadãos nas deliberações do tribunal. É, ao mesmo tempo, uma forma de aproximar o Supremo da população e, assim, abrir um canal de comunicação entre a sociedade e os grupos interessados em casos especialmente difíceis. As audiências públicas são essencialmente democráticas, promovem uma cidadania ativa e, além disso, aumentam a publicidade, a transparência e consequente legitimidade do processo decisório.

O *amicus curiae* se refere ao terceiro interessado que ingressa no processo com intuito de resguardar o interesse público discutido. O *amicus curiae*, regra geral, representa um grupo ou uma determinada ideologia e sua participação aprofunda o debate. A adoção dessa técnica aumenta a qualidade das decisões uma vez que agrega a complexidade do cenário social à reflexão do tribunal. Por conseguinte, aumenta a legitimidade das deliberações da corte julgadora.

O processo que se destine a discutir políticas públicas precisa de uma amplitude de participação muito maior do que a que existe na lógica bipolar do processo, exigindo a participação da sociedade como um todo, para que o Judiciário possa ter contato com o problema em sua totalidade, não somente de partes dele pela narrativa dos participantes. Para tanto, devem ser estabelecidas técnicas de representação adequada, uma vez que é inviável a real participação de toda a sociedade em um processo, sendo instrumentos indispensáveis as audiências públicas e o *amicus curiae* (ARENHART, 2015, p. 10).

O caso paradigmático desse argumento não está no STF. Na realidade, trata-se de uma ação civil pública do estado de Santa Catarina, que o Ministério Público ajuizou junto à Justiça Federal do município de Criciúma, impondo à União e 24 réus a obrigação de concretizar um projeto de recuperação ambiental da área degradada pela mineração. Inclusive foi criada uma página na internet, durante a execução da sentença, para tornar as decisões públicas e aumentar a participação social no gerenciamento do problema da mineração. A sentença proferida determinou que os réus, que incluíam mineradoras, União e o Estado de Santa Catarina, oferecessem em seis meses um plano com cronograma mensal de etapas a serem executadas, em um tempo total de três anos, para a recuperação total da área degradada pela atividade de mineração do carvão. As determinações incluíam desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação de cursos d'água, além de atitudes para amenizar os danos sofridos pela população dos municípios prejudicados. O plano deveria receber o aval

do Ministério Público, para que fosse cancelado pelo Judiciário posteriormente (ARENHART, 2015, p. 11).

Arenhart (2015, p. 13-14) divide a ação em quatro partes. A primeira delas, que durou de 2000 a 2004, serviu para coletar informações e definir condutas que posteriormente implicariam a adoção de medidas concretas para o cumprimento da sentença. Na segunda fase, entre 2004 e 2005, o Ministério Público Federal, com informações do Ministério do Meio Ambiente e do Departamento Nacional de Produção Mineral identificou as incongruências e fragilidades das informações trazidas pelas réis e procurou estabelecer uma padronização dos projetos apresentados para a recuperação ambiental.

De 2006 a 2009, os réus apresentaram os projetos dentro da padronização indicada anteriormente pelo Ministério Público Federal, permitindo um controle preciso dos atos que seriam adotados e de todos os deveres impostos aos condenados, tornando possível cobrança de atitudes concretas dentro de prazos específicos. Foi criado também o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo, com representantes técnicos das partes e sujeitos externos ao processo que atuavam na questão ambiental, tendo por objetivo propor estratégias e técnicas para a recuperação ambiental. Nessa época ainda foi criada a “proposta de indicadores ambientais e plano de monitoramento das áreas degradadas pela mineração de carvão no Estado de Santa Catarina”, documento que permitiu o acompanhamento próximo e preciso da poluição na região, além de captação de informações, que serviram de base para 19 acordos para recuperação dos danos ambientais. A quarta é o efetivo cumprimento da sentença judicial, com a implementação dos cronogramas e do projeto de recuperação ambiental, que deveria ter sido cumprido até o ano de 2020 (ARENHART, 2015, p. 14). No ano de 2021, a página de acompanhamento não se encontrava mais no ar e é difícil encontrar informações sobre o cumprimento do processo. Porém, segundo o relatório executivo de 2020<sup>14</sup>, a evolução do projeto ficou abaixo do esperado, pois as atividades previstas não foram iniciadas, tanto pela pandemia do Covid-19, quanto por mudanças de posicionamento do Ministério Público Federal.

Este caso mostra como as soluções foram construídas de forma dialógica, considerando as possibilidades fáticas e a tutela do direito. A criação de grupos externos para

---

14 HOEZEL, M.; CARDOSO, A. T. Relatório executivo 2020: ação 125 F. Implementação da recuperação ambiental da bacia carbonífera de Santa Catarina. 2020. Disponível em: <<https://rigeo.cprm.gov.br/jspui/handle/doc/22006>>

averiguar o cumprimento da decisão foi essencial para a propositura de estratégias na questão ambiental, mostrando como é importante a existência desse tipo de mecanismo nos litígios estruturais. Apesar de não figurar no STF, essa ação é um bom exemplo da utilização da publicidade para acompanhamento do caso e da criação de grupos externos para atingir um fim. Entretanto, apesar da importância e da participação popular ser um requisito necessário para a caracterização dos litígios estruturais, é preciso figurar com mais algumas outras características.

#### 5.4 Variáveis sobre instituições

5.4.1 São estruturais os litígios que tenham como objetivo promover a reestruturação de um órgão, instituição ou política pública

Esta é, sem dúvidas, a variável mais importante para a caracterização de um litígio estrutural. A reestruturação de um órgão, instituição ou política pública figura como atributo necessário para que um litígio seja considerado estrutural. Ou seja, juntamente das outras variáveis consideradas necessárias (tratar sobre direitos fundamentais e participação popular), tem-se as características principais.

De acordo com a literatura jurídica, o litígio estrutural teria como objetivo a reestruturação de uma instituição deficitária. A reestruturação teria como objetivo a concretização de direitos fundamentais, de uma política pública, ou a resolução de casos concretos nos quais as ferramentas processuais comuns fossem insuficientes.

Nunes (2019) assevera que as decisões estruturais “têm por objetivo a implementação de políticas públicas, a resolução de casos complexos ou a realização de reformas na estrutura de entes, organizações ou instituições públicas ou privadas, com o fim de concretizar direitos fundamentais”. Arenhart (2013, p. 15), por sua vez, afirma que é fundamental perceber que as decisões estruturais foram feitas para lidar com o caráter burocrático estatal, e que se voltam à proteção das relações públicas e privadas. Não apenas elimina uma determinada conduta ilícita de uma instituição, mas pretende reestruturar essa relação burocrática, modificando substancialmente a forma como essas interações sociais são travadas. Jobim (2013), também segue na mesma linha, afirmando que essa reestruturação das organizações burocráticas deve seguir os valores constitucionais, de forma a concretizar o texto da Constituição.

Para Vitorelli (2021, p. 70), um processo estrutural busca resolver um litígio estrutural, a partir da reforma de uma estrutura, que pode ser uma instituição, política ou programa. O mau funcionamento dessa estrutura é que causa o litígio, e a reestruturação se dará por meio da elaboração de um plano, a ser implementado ao longo de um período de tempo. O objetivo desse plano seria modificar o comportamento dessa estrutura de forma prospectiva, implicando a avaliação e reavaliação dos impactos diretos e indiretos dessa reestruturação. No mesmo sentido, Porfiro (2018, p. 38) afirma que os litígios são estruturais porque os tribunais se envolvem na gestão das estruturas públicas e assumem sobre elas um certo nível de supervisão.

Como visto, a construção do critério sobre a reestruturação perpassa a necessidade de modificação do comportamento deficitário ou inadequado de uma instituição, política, ou programa, a resolução de conflitos complexos, e a concretização de direitos fundamentais. Para atingir esses fins, seria necessária toda uma reestruturação do organismo burocrático que não está funcionando de acordo com o ideal. Essa característica foi considerada necessária para a caracterização de um litígio estrutural porque a reestruturação pode ser considerada o cerne desse tipo de litígio. Juntamente dos outros atributos necessários, que são os direitos fundamentais e a participação popular, é possível identificar esse tipo de litígio, e seu reconhecimento implica a utilização técnicas processuais diferentes para poder levar à sua satisfação.

A ADPF 635 pode ilustrar como a reestruturação de uma política pública pode ser executada no âmbito do STF. A ação foi deflagrada no contexto de violações praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e execução das políticas de segurança pública, especificamente da letalidade da atuação policial nas favelas. A conduta do Estado teria sido falha e omissa, pois já havia sido condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para promover políticas públicas de redução da letalidade policial.

A parte requerente afirma que existe ofensa à dignidade humana na conduta da polícia, e que também leis e protocolos são constantemente desrespeitados. Além disso, existem relatos de utilização irregular de imóveis de moradores das favelas, gerando um impacto desproporcional especialmente para a população negra. Conforme relatórios, a maioria das vítimas de homicídio são pessoas negras, já marginalizadas pela condição socioeconômica e pelo racismo. Também existe no estado do Rio de Janeiro uma das maiores taxas de homicídios de jovens de todo o mundo.

Em sede de liminar, alguns pedidos foram deferidos, outros não. Dentre os pedidos mais relevantes, estavam: a determinação de elaboração de um plano que visasse a redução da letalidade policial e controle das violações aos direitos humanos pela polícia do estado no prazo de 90 dias, que foi indeferido; a restrição do uso de helicópteros em operações policiais, que foi deferido; a orientação para que os agentes de segurança e de saúde preservem todos os vestígios de eventuais crimes cometidos em operações policiais, que também foi deferido; a restrição de operações em perímetros de escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, que foi deferido; a transferência das investigações de agentes públicos dos órgãos de segurança pública para o Ministério Público, quando houver suspeitas de envolvimento dos mesmos, que foi deferido.

Entretanto, em razão da pandemia da covid-19, foi deferida mais uma medida incidental, cuja decisão determinou que não fossem realizadas operações policiais em comunidades enquanto permanecesse a pandemia, a não ser em hipóteses excepcionais, e mesmo nesses casos excepcionais, que fossem adotados cuidados especiais. As decisões das medidas cautelares foram referendadas pelo pleno do tribunal.

A ADPF exemplifica como a atuação do tribunal pode interferir em políticas públicas. Algumas das medidas que foram indeferidas, como a elaboração do plano que visava a diminuição da letalidade, foi indeferido “por ora”, porém já indica a possível reestruturação da política pública de segurança no estado. Além disso, foi uma decisão em liminar, o que torna mais difícil que a corte conceda as medidas que demandem mais esforço ou discussão sobre a aplicação.

No entanto, parte da literatura defende que essa reestruturação não precisa ficar restrita à esfera pública, podendo ser estendida para entidades privadas. De acordo com Vitorelli (2021, p. 331) “É um equívoco associar a reforma estrutural apenas a instituições públicas. Apesar delas serem os réus mais comuns nesses casos, instituições privadas podem perfeitamente demandar alterações estruturais para que resultados sociais sejam produzidos. No mundo contemporâneo, os particulares representam uma ameaça tão grande ou maior que a do Estado para as liberdades públicas”.

Em sentido semelhante, Marçal (2021, p. 63) assevera que não apenas as instituições de direito público que precisam de reforma, sejam pontuais ou estruturais, mas também as de direito privado podem precisar dessa intervenção, até mesmo em razão de violações de direitos de particulares. Os exemplos práticos envolvem falência e recuperação judicial,

relações contratuais e trabalhistas. Para ele, cada vez mais as instituições e atividades privadas geram impacto em questões sociais e coletivas, não podendo ser excluída a tutela de reestruturação das mesmas. Arenhart (2013) exemplifica como uma demanda privada pode se tornar estrutural com a seguinte situação:

Imagine-se uma demanda de reintegração de posse, de área ocupada por movimento social. A pretensão do autor será, obviamente, a retomada imediata do imóvel; já a resistência dos réus simboliza a tentativa de manutenção da área, especialmente com o propósito de sensibilizar o governo para os problemas sociais ligados à terra. Uma solução judicial que esteja condicionada, apenas, a acolher ou a rejeitar, no todo ou em parte, o pedido do autor, certamente gerará soluções inadequadas. Optando pelo deferimento da medida reintegratória, pode-se agravar um problema social, com a remoção de famílias inteiras, que poderão ocupar outro imóvel ou insistir em outros meios mais violentos para fazerem-se ouvir. A rejeição do pedido, por outro lado, implicará negativa ao direito de posse/propriedade, um dos pilares do direito privado moderno, com consequências também nefastas, a par de gerar reações certamente graves no âmbito dos conflitos agrários.

Porfiro (2018, p. 49) exemplifica a aplicação das medidas estruturantes a partir da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, que utilizou essa técnica na *sentencia* T-774 de 2015 para a Empresa *Colombiana de Pensiones*, uma empresa pública dotada de autonomia administrativa, que foi ré no caso. Da mesma forma, a corte também atuou na *sentencia* T-357 de 2017, com ordens estruturais dirigidas às Entidades Promotras de Salud, empresas privadas que atuavam na administração de serviços médicos no país, denotando que existe uma incidência horizontal dessas medidas.

Partindo do pressuposto que uma das principais característica dos litígios estruturais é a reforma de um órgão, instituição ou política pública, mesmo com exemplos, entendo que é adequado manter essa reestruturação somente na esfera pública. A suposta reestruturação no âmbito privado, que é representada nos exemplos, não parece se aproximar das formas em que são reestruturadas políticas públicas, como a de segurança pública do Rio de Janeiro. Elas envolvem uma série de determinações, dadas aos entes públicos, como formulações de planos, que não parecem suficientemente reestruturantes ao serem transferidas para o âmbito privado.

Ao considerar também o conteúdo da ação, que deve versar sobre direitos fundamentais, como característica necessária para classificar uma ação como estrutural, excluem-se aquelas que somente tratam de reestruturação. O que proponho é que exista um conjunto de variáveis que, se presentes, são capazes de classificar um litígio como estrutural,

sendo essas características já citadas e classificadas anteriormente. Caso a ação privada verse também sobre direitos fundamentais e possua mecanismos de participação dos afetados, talvez seja possível que ela seja considerada como estrutural, desde que todos os requisitos elencados estejam presentes.

#### 5.4.2 Ações estruturais partem de situações em que as instituições estão ineficientes ou omissas

Alguns autores sustentam que os litígios estruturais derivam de situações nas quais as instituições, órgãos ou poderes estejam desempenhando seu papel de forma ineficiente ou omissa. Assim, o Poder Judiciário estaria legitimado a garantir o cumprimento de políticas públicas ou outros tipos de ações que são consideradas deficitárias. Este atributo foi considerado nem necessário e nem suficiente para a caracterização de um litígio estrutural.

Para Cabral (2019), alguns litígios são dotados de maior complexidade por envolverem a realização de uma política pública, e por isso exigem a interferência do Poder Judiciário nos órgãos e instituições responsáveis pela execução considerada insuficiente. Já Jobim (2013) é categórico ao afirmar que o Judiciário deve intervir quando o Poder Legislativo não conseguir aprovar novas leis capazes de modificar o ambiente de ineficiência, ou quando o Executivo permanecer inerte em seu dever de administrador. Campos (2019, p. 102) afirma que o tipo de ação busca proteger as garantias de direitos fundamentais que estejam em perigo por causa da omissão de poderes públicos.

De acordo com Sarlet (2021, p. 629) as decisões estruturantes servem para assegurar uma solução unitária e sistêmica em situações nas quais a omissão legislativa e administrativa é prolongada. Elas serviriam para derrubar a resistência ao cumprimento espontâneo, sem afastar eventuais demandas para correção dos problemas mais urgentes. Araújo (2021, p. 1140) afirma que “a atuação dos agentes do sistema judiciário, em pleno Estado Democrático de Direito, revela-se necessária e legítima diante dos litígios complexos que lhe são apresentados tendo em vista a ineficiência e/ou as omissões na atuação dos demais ‘poderes’, que, embora independentes, são harmônicos e integram um só Estado”.

Existe uma longa discussão sobre a legitimidade do Judiciário adentrar outras esferas, como a legislativa e a executiva. Não é o objetivo deste trabalho entrar especificamente nesta

discussão, apenas explanar um dos argumentos que surgem na literatura jurídica sobre os litígios estruturais. Esse atributo considera que esse tipo de técnica judicial seria uma ferramenta importante para retirar as instituições de uma suposta inércia ou omissão diante de políticas públicas que não são executadas propriamente, ou não atingem seu fim principal.

Esse atributo não foi considerado nem necessário e nem suficiente porque não é preciso existir uma ação de reestruturação, que mova todo o aparato complexo que envolve os litígios estruturais, para ações que envolvam outros poderes ou instituições. Além disso, é preciso versar sobre direitos fundamentais e possuir alguma forma de participação popular. Dezenas de ações ingressam no Judiciário, todos os anos, contestando políticas públicas ineficientes como, por exemplo, a indisponibilidade de medicamentos do Sistema Único de Saúde e nem por isso desejam reestruturar essa política.

O caso paradigmático que pode ilustrar a intervenção judicial em outros poderes por ineficiência ou omissão em suas políticas públicas não está no STF, mas sim na justiça estadual de São Paulo. Entre os anos de 2014 e 2016, foi determinado que o Município de São Paulo criasse 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas, atendendo crianças de zero a cinco anos, sendo necessário incluir verba no orçamento para essas determinações. Também foi parte da condenação a formulação de um plano de ampliação de vagas e construção de novas creches, apresentando relatórios semestrais que confirmassem a efetividade das medidas em questão. Por fim, foi determinado que a Coordenadoria de Infância do Tribunal fosse a responsável por monitorar essa implementação (PORFIRO, 2018, p. 157). Ou seja, houve uma reestruturação da política pública.

Porfiro (2018, p. 158) descreve o caso:

“Em primeira instância, o feito foi julgado extinto, sem resolução de mérito, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que os pedidos ‘invadiram a discricionariedade atribuída ao Poder Executivo’. Após ampla tramitação processual e inúmeros recursos, o último acórdão proferido no caso foi publicado em 16 de dezembro de 2013, nos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.26.0002. De acordo com o voto do Desembargador Federal Walter de Almeida Guilherme, relator do caso, a atuação do Poder Judiciário, na verdade, não representa lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes. Em suas palavras, ‘ao exigir a observância de direito consagrado na Constituição, não está ele (Poder Judiciário) se pronunciando sobre o mérito administrativo, relacionado às conveniências do Governo, mas sim fazendo respeitar as determinações do legislador constituinte’”



Na decisão, foram determinadas: a criação de no mínimo 150 mil vagas de ensino infantil, para crianças entre zero e cinco anos de idade, de forma a eliminar a lista de espera que existia; a obrigação do Município de São Paulo de incluir a verba para a ampliação da rede de escolas em sua proposta orçamentária; a apresentação de um plano de ampliação de vagas e construção de unidades, no prazo de 60 dias; a apresentação de relatórios semestrais sobre as medidas para cumprimento da criação das vagas; e, por fim, concedeu à Coordenadoria da Infância e Juventude a função de monitorar o cumprimento da decisão, acompanhando sua execução<sup>15</sup>.

Em análise do caso das creches, Marinho (2009, p. 102) assevera que, embora os direitos sociais estejam positivados nas constituições, a sua implementação só é possível através de políticas públicas. Porém, levando em consideração a omissão do Poder Público ao implementar essa política, o Judiciário começou a atuar para tutela desses direitos. O problema não seria a exigibilidade ou garantia de direitos pelo Judiciário, mas sim a capacidade de julgar aplicando a regra de forma isonômica e não excludente, sem criar desigualdades dentro da esfera decisória.

Embora não tenha sido de competência do STF, o caso das creches demonstra como o Judiciário pode intervir em outras instituições que não estão atuando de forma desejável. Ao exigir do Município de São Paulo a criação de novas vagas e apresentação de um plano de ação, não apenas retirou o Executivo da inércia, mas também reestruturou a política pública deficitária. Importante salientar que nem sempre é preciso que exista necessariamente uma inércia, podendo ser alvo também as políticas públicas já existentes, mas que são deficitárias. A variável da omissão institucional não foi considerada como suficiente e nem necessária porque nem sempre existe omissão dos órgãos e instituições, mas sim falta de possibilidades fáticas do cumprimento naquele momento. Como visto no caso das creches, apesar de tratar de um direito social, previsto na Constituição, a judicialização dessa demanda não acarretou na reestruturação do sistema público devido à ação do Judiciário, que em alguns momentos até gerou congestionamento na Justiça pelo volume de processos, além de não contar com participação popular no processo.

---

15 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002.

#### 5.4.3 O Judiciário deve atuar como coordenador das demais instituições nos litígios estruturais

Outra variável existente na literatura jurídica é que, no litígio estrutural, o Poder Judiciário deve ter um papel dialógico, atuando como “coordenador” entre as instituições envolvidas. Assim, sairia de seu papel de impositor e assumiria a postura de promotor de diálogo, para que as melhores soluções fossem alcançadas para todas as partes envolvidas, dentro de suas possibilidades. Como esse tipo de litígio lida com diversas instituições, o dever do Judiciário não é criar decisões rígidas, mas sim permitir a flexibilidade da negociação entre as partes. Essa foi considerada uma variável acessória.

Para Nunes (2021, p. 690), a provocação do Judiciário tem a tendência de demandar uma atuação coordenada entre as esferas do poder político. Por isso, é necessário que exista um diálogo interinstitucional franco, que esteja comprometido com a solução dos problemas estruturais e traga soluções adequadas dentro dos limites constitucionais. Em sentido semelhante, Ferraz (2019) assevera que a construção coletiva das soluções tem mostrado resultados com maior potencial de efetividade do que decisões que são tomadas individualmente, sendo preferível para a solução dos litígios estruturais.

De acordo com Porfiro (2018, p. 44) o papel do judiciário não seria somente resolver o litígio, decidindo qual lado detém a razão, mas sim determinar quais as reformas que devem ser instituídas para que aquele direito fundamental seja concretizado, usando métodos dialógicos para construção da decisão. Vitorelli (2021) afirma que isso implicaria dizer que o papel do juiz não seria somente dar a sentença e buscar sua execução, mas sim negociar as melhores soluções, juntamente dos entes envolvidos. O processo funcionaria mais como forma de realocar o poder do que como mecanismo de impor um resultado coercitivamente, sendo um processo de negociação política que determina a forma e conteúdo de políticas públicas.

Para Marçal (2021, p. 34-35) a finalidade principal do litígio estrutural pode ser a tutela de direitos fundamentais ou realização de uma política pública, valendo-se de medidas executivas atípicas, respostas graduais e experimentais, soluções criativas concentradas nos sujeitos do processo e terceiros e, por fim, a atuação do judiciário mais como ente supervisor e coordenador do que impositor.

Essa característica do litígio estrutural sofre algumas críticas, pois ao se posicionar como “coordenador” o judiciário estaria se posicionando em local de superioridade, e não de intermediador de discussões. Magalhães (2019, p. 19) afirma que, se tratando da ADPF 347, é difícil sustentar o diálogo quando a corte afirma que o Executivo e o Legislativo são incapazes de solucionar uma violação de direitos fundamentais, impondo medidas para superação da situação, mesmo que flexíveis, que precisam necessariamente ser cumpridas pelos outros poderes. Para Lima e Serafim (2021, p. 200), ainda com relação a ADPF 347, os pedidos finais formulados nessa ação afastaram o STF do modelo dialógico de sentença estrutural, podendo conceder ao tribunal os tão criticados poderes excessivos. Em resumo, pressupor que os outros poderes precisam da intermediação do judiciário para que encontrem soluções para problemas fáticos que decorrem de suas políticas pode servir mais como um entrave das interações institucionais do que realmente como forma de instaurar soluções para os problemas apresentados na ação.

Não há exemplos de ações em que o STF atue realmente como coordenador, e não como impositor. Nas ações mais recentes que tentam estabelecer esse tipo de diálogo com os outros poderes, como na ADPF 709, a corte assume o posicionamento que, na teoria, estabelecerá as condições das ações em diálogo com os outros poderes, mas o que se vê é uma série de medidas passadas ao Executivo, com os parâmetros traçados de acordo com o desejo do judiciário para a resolução da situação, e não uma real troca. Por outro lado, vemos o executivo também assumindo uma posição de não respeitar as imposições do judiciário, uma vez que, na ação citada, o próprio executivo pôs em prática um plano diferente daquele que tinha sido homologado.

#### 5.4.4 Demandas individuais podem ser estruturais

Alguns autores sustentam que demandas individuais podem gerar litígios estruturais. Quando problemas que atingem toda uma coletividade são alvo de ações individuais reiteradamente, é possível que o Judiciário tome um desses casos como tentativa de diminuir o ingresso de ações, buscando soluções de cunho estrutural.

Conforme Didier, Zaneti e Oliveira (2021, p. 435), mesmo que o processo estrutural seja majoritariamente coletivo, pelo fato da discussão se dar a respeito de uma solução

coletiva, existe a possibilidade de que um processo individual pautado em um problema estrutural. Isso ocorre especialmente quando existe o fenômeno da múltipla incidência, que consiste no fato de uma mesma situação afetar tanto a esfera individual quanto a coletiva. Para Tosta e Marçal (2021, 221), muitas das demandas consideradas estruturais são, na verdade, individuais e bipolares, embora seu objeto não possa ser resolvido adequadamente a partir dos procedimentos tradicionais da resolução de conflitos. No mesmo sentido, Ferraro (2015, p. 145) afirma que o direito é individual, mas a violação que gerou a necessidade de tutela é estrutural, por isso o processo individual torna-se inadequado para aquela demanda.

Para Arenhart (2021, p. 1048) os processos individuais não servem para o debate sobre políticas públicas, pela sua própria gênese. Esses processos promovem um debate centrado apenas no direito subjetivo do indivíduo frente ao Estado, convertendo um debate complexo na simples decisão de conceder ou não o pedido. Isso afasta o real cerne da discussão, que é a eficiência ou não daquela determinada política pública, favorecendo aqueles que possuem condições fácticas de recorrer ao Judiciário.

O Tema 793 do STF, decidido após repercussão geral, trata sobre a responsabilidade dos entes federados nas demandas prestacionais sobre saúde. Essa ação exemplifica como uma ação individual pode ter consequências em estabelecer uma modificação em uma política pública, através da fixação de parâmetros para concessão do direito. A discussão deixou de focar apenas na tutela do direito individual e tomou outras proporções na decisão, por ter assumido o caráter repetitivo. Isso implica dizer que várias outras pessoas também ajuizaram ações em busca da mesma satisfação de direito, o direito à saúde, que vinha sendo preterido pela política pública desenhada pelo Estado.

Apesar da divergência na literatura jurídica, considero ser possível que ações individuais possam ter decisões estruturais, especialmente quando tratadas como repercussão geral ou decisão repetitiva. Tornar essas ações individuais em decisões estruturais faz com que não apenas aqueles que têm condições financeiras de adentrar o Judiciário tenham acesso aquela política, mas também para aqueles que não têm acesso. Entretanto, isso não faz com que uma ação seja considerada estrutural, por isso, foi considerada uma variável acessória.

## Conclusão

A judicialização de políticas públicas é uma realidade no Brasil. No primeiro capítulo, discuti sobre como ela tem ocorrido nas últimas décadas, suas implicações no ciclo de políticas públicas, e as novas ferramentas que o Judiciário tem utilizado para atender a essa demanda. Por ser um tipo de ação relativamente recente, pois o STF passou a admitir esse tipo de ação não muito tempo atrás, as formas de execução e tutela de direitos ainda são muito discutidas.

Nessa discussão, utiliza-se até instrumentos inspirados na experiência de outros países, como visto no capítulo 2, que tratou sobre as *structural injunctions* nos Estados Unidos e seu caso paradigmático, *Brown v. Board of Education*, e também da Colômbia, com o estado de coisas inconstitucional. Ambas as experiências foram importantes balizadores do que foi posteriormente adotado no Brasil.

Com a decisão da medida cautelar na ADPF 347, que utilizou como referência o estado de coisas inconstitucional, um novo panorama teórico passou a ser mais discutido no Brasil. Com o STF sendo visto como canal capaz de promover mudanças em políticas públicas, outras ações do mesmo escopo foram impetradas na corte, como a ADPF 822, ADPF 635, ADPF 709 e outras tantas que buscavam a intervenção do Judiciário em políticas públicas deficitárias. Apesar de não ter sido a primeira ação desse cunho no ordenamento jurídico brasileiro, pois parte da literatura jurídica considera algumas decisões mais antigas como estruturais, mesmo assim continua como um marco do uso da teoria do estado de coisas inconstitucional no tribunal.

A utilização de novas técnicas jurídicas é sempre seguida de intensa produção acadêmica sobre o tema que, muitas vezes, pode discordar em diversos aspectos. O objetivo desse trabalho foi analisar as diferentes variáveis, dadas pela literatura, para caracterizar os litígios estruturais. Dessa análise, depreendeu-se que algumas características foram consideradas necessárias para a caracterização desse tipo de litígio, como a reestruturação da política pública, instituição ou órgão, a temática sobre direitos fundamentais e a participação popular, através de mecanismos como *amici curiae* e audiências públicas. Existem também as variáveis que, mesmo presente na maioria das vezes, não foram consideradas nem suficientes nem necessárias para a caracterização do litígio, sendo consideradas acessórias. Essas foram a maioria das variáveis, que incluem o monitoramento posterior da ação, tratar sobre direitos das minorias, policentria e outras.

As variáveis consideradas acessórias são importantes pois estabelecem características que, mesmo não sendo essenciais para o considerar o litígio como estrutural, são responsáveis por estabelecer procedimentos, formas de lidar com o litígio ou mesmo como será percebido pela sociedade em geral. Elas podem gerar outras classificações, futuramente, em trabalhos posteriores.

Essa classificação foi feita por um motivo. A partir de um delineamento concreto, ou de parâmetros para analisar os atributos, a aplicação das técnicas jurídicas que envolvem os litígios estruturais pode ser facilitada, norteando a própria função das partes, do juiz e de todos os envolvidos no processo. Em teoria, saber em quais situações aplicar esse instituto pode contribuir para a maior eficiência da tutela dos direitos em jogo.

Estabelecer que não existem variáveis suficientes implica dizer que não existem variáveis que, por si só, serão capazes de definir um litígio estrutural. Porém, ao afirmar que existe um conjunto de variáveis necessárias para essa classificação, cria-se uma série de condições *sine qua non*, isto é, é preciso que todas as variáveis consideradas necessárias estejam presentes para essa caracterização. Foi considerado necessário tratar sobre direitos fundamentais, a presença de mecanismos de participação (audiências públicas e *amici curiae*) e a reestruturação de um órgão ou estrutura. Embora a reestruturação pareça o cerne, sem as outras duas características, não é possível classificar um litígio estrutural, pois são complementares. É possível que uma ação que não verse sobre direitos fundamentais busque a reestruturação de algo, como é o caso das ações no direito privado, entretanto, não se mostra suficiente para aplicação de uma técnica diferente de processo e de decisão.

Apesar do avanço do debate e da aplicação das técnicas por parte do Judiciário, ainda existe um longo caminho a percorrer para que essa técnica judicial seja realmente incorporada no ordenamento e tenha sua eficácia prática realmente comprovada. Muitos são os obstáculos, desde falta de regulamentação necessária no Código de Processo Civil, até o próprio despreparo dos operadores do direito para lidar com questões estruturais. Essa pode ser uma ferramenta preciosa para atender a parcela da população que não tem acesso ao Judiciário para que seus direitos sejam efetivados, a partir da busca pelo bom funcionamento das políticas públicas e das instituições.

Assim, embora o intuito seja a tutela do direito e reestruturação da política pública, instituição ou órgão deficitário, existem outros efeitos importantes que podem ocorrer a partir de um litígio estrutural. A mobilização em torno do tema e a publicidade em torno da

demanda são alguns deles, que existem pelo fato de tramitar na corte mais alta do país. Ainda existe um longo caminho para sua aplicação, mas os primeiros passos já foram dados.

## Referências bibliográficas

ARAÚJO, V. M. A sentença estruturante e o pleno acesso à justiça: em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. In: **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1135–1160.

ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389–410, 2013.

\_\_\_\_\_. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, n. 2, 2015.

\_\_\_\_\_. Desafios do litígio multipolar. In: **Coletivização e Unidade do Direito**. Londrina: Editora Toth, 2019.

\_\_\_\_\_. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir da ACP do Carvão. In: **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1047–1070.

BALL, C. A. The Backlash Thesis and Same Sex Marriage: Learning from *Brown v. Board of Education* and Its Aftermath. **William & Mary Bill of Rights Journal**, v. 14, n. 4, p. 1493–1538, 2006.

BARROSO, L. R. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171–2228, out. 2018.

BRINKS, D.; FORBATH, W. The Role of Courts and Constitutions in the New Politics of Welfare in Latin America. In: **Law and Development of Middle-Income Countries: Avoiding the Middle-Income Trap**. New York: Cambridge University Press, 2014.

BROWN, F. The First Serious Implementation of *Brown*: The 1964 Civil Rights Act and Beyond. **The Journal of Negro Education**, v. 73, n. 3, p. 182–190, 2004.

CABRAL, T. N. X. Acordos nos processos estruturais. In: **Coletivização e Unidade do Direito**. Londrina: Editora Toth, 2019. p. 592.

CAMPOS, C. A. DE A. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CHAGAS, R. R. DAS et al. Decisões estruturais em demandas judiciais por medicamentos. **Saúde em Debate**, v. 43, n. spe4, p. 95–110, 2019.

CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281–1316, 1976.



COSTA, S. H.; FERNANDES, D. C. M. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas - Relatório Brasil. In: **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v. 8, n. 1, p. 46–64, jan. 2017.

\_\_\_\_\_. A. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicadas ao Processo Civil brasileiro. In: **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 423–462.

FERRARO, M. P. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação de mestrado—Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015.

\_\_\_\_\_. Litígios estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. In: **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 757–778.

FERRAZ, T. S. A atividade do juiz frente aos litígios estruturais: mais conexões; menos protagonismo. In: **Coletivização e Unidade do Direito**. Londrina: Editora Toth, 2019.

FISS, O. The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, 1979.

\_\_\_\_\_. Two Models of Adjudication. In: **How Does the Constitution Secure Rights?** [s.l.] American Enterprise Institute Constitutional Studies, 1985.

FREDMAN, S. **Discrimination Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

FULLER, L. L.; WINSTON, K. I. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353, dez. 1978.

GLOPPEN, S. Courts and Social Transformation: An Analytical Framework. In: **Courts and Social Transformation in New Democracies - An Institutional Voice for the Poor?** Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2006. p. 35–60.

JOBIM, M. F. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KAPIZEWSKI, D. Power Broker, Policy Maker or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 154–186.

KYMLICKA, W. **Multicultural Citizenship**. [s.l.] Oxford University Press, 1996.

MAGALHÃES, B. B. A INCRÍVEL DOCTRINA DE UM CASO SÓ: ANÁLISE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, p. 32760, 14 set. 2019.

MARÇAL, F. B. **Processos Estruturantes**. Salvador: JusPodivm, 2021.

MARINHO, C. M. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais: análise de julgados do direito à educação sob enfoque da capacidade institucional**. Dissertação de mestrado—São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

MCAULIFFE, R.; LEMIEUX, S. The Two Browns: Policy Implementation and the Retrenchment of *Brown v. Board of Education*. **New Political Science**, v. 38, n. 1, p. 44–60, 2016.

MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese de doutorado—São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

NUNES, L. S. Certificação de processos estruturais. In: **Coletivização e Unidade do Direito**. Londrina: Editora Toth, 2019.

\_\_\_\_\_. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

OSNA, G. Nem “tudo” nem “nada” - Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

PORFIRO, C. A. **Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PUGA, M. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, v. 2, p. 41–82, 2014.

RIPLEY, R. B. Stages of the Policy Process. In: **Public Publicity Theories, Models and Concepts: An Anthology**. New Jersey: Prentice-Hall, 1995.

RODRÍGUEZ, C.; RODRÍGUEZ, D. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

RODRÍGUEZ, C.; RODRÍGUEZ, D. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

ROSENBERG, G. The Implementation of Constitutional Rights: Insights from Law and Economics. **University of Chicago Law Review**, v. 64, p. 1215–1224, 1997.

SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Destabilization Rights: How public litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 1015–1100, 2004.

SARGENTICH, L. D. Complex Enforcement. **Harvard Law Review**, v. 626, n. 1, 1981.

SARLET, I. W. Direitos Fundamentais sociais e o mínimo existencial - notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 605–636.

SECCHI, L. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. 1. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SERAFIM, M. C. G.; LIMA, F. G. M. DE. O transplante acrítico de sentenças estrangeiras: cavalo de Tróia para as demandas estruturais no Brasil. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 14, n. 01, p. 193–216, 6 abr. 2021.

SILVA, V. A. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, V. A. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SKRENTNY, J. D. **The Minority Rights Revolution**. Estados Unidos da América: Harvard University Press, 2004.

SQUADRI, A. C.; JOBIM, M. F. O publicismo e o privatismo no processo estrutural: o papel do juiz e da audiência pública. In: **Processo Estrutural**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 835–852.

TUSHNET, M. Some Legacies of “Brown v. Board of Education”. **Virginia Law Review**, v. 90, n. 6, p. 1693–1720, 2004.

UPRIMNY, R. Judicialization of Politics in Colombia: cases, merits and risks. **International Journal on Human Rights**, v. 6, n. 4, p. 48–65, 2004.

VITORELLI, E. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

YAMADA, E. M.; VILLARES, L. F. Julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, p. 143–158, 2010.